



JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 4
MURCIA



SENTENCIA: 00011/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N11600
AVDA. LA JUSTICIA S/N 30011 MURCIA (CIUDAD DE LA JUSTICIA FASE I). -DIR3:J00005739

Equipo/usuario: CLS

N.I.G: 30030 45 3 2016 0000818
Procedimiento: EO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000090 /2016 /
Sobre: ADMINISTRACION LOCAL
De D/D*:
Abogado:
Procurador D./D*:
Contra D./D* AYUNTAMIENTO DE MURCIA
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./D*:

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
NÚMERO 4 DE MURCIA

Procedimiento Ordinario: 90/2016

SENTENCIA N° 11/19

En la ciudad de Murcia, a 24 de enero de 2019.
Visto por el Ilmo. Sr. D. Lucas Osvaldo Giserman Liponetsky, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 4 de los de esta ciudad y su partido, el presente recurso contencioso-administrativo, seguido por el procedimiento ordinario número 90/2016, interpuesto como **parte demandante** la mercantil representada por la Procuradora de los Tribunales y asistida por el Abogado. Habiendo sido **parte demandada** el AYUNTAMIENTO DE MURCIA representado y asistido por el Abogado. Siendo el **acto administrativo impugnado** la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de subvención presentada por el concesionario el 14-4-2015, referida al ejercicio 2014, correspondiente a la diferencia entre la subvención que estaba prevista en el Plan Económico-Financiero aprobado con la oferta para dicho año (456.802 euros, que ya ha sido abonada en su totalidad en dos pagos a cuenta) y la que solicita el actor con sus cuentas anuales, por importe de 1.717.292 € y posterior Acuerdo de Junta de Gobierno de 27-10-2017 que aprobó la liquidación definitiva de la subvención del ejercicio 2014, por importe de 456.801 euros, que era el importe de subvención previsto en el Plan de Viabilidad





presentado con la oferta, lo que suponía desestimar la solicitud efectuada de contrario. La cuantía del recurso contencioso-administrativo se fijó en 1.260.491,24 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo y seguidos los trámites previstos en la LJCA se emplazó a la parte demandante al objeto de que formalizara su escrito de demanda, lo que verificó en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y solicitando se dictara sentencia por la que se estimen la pretensiones en ella contenidas.

Segundo.- Por la parte demandada se contestó a la demanda mediante escrito en el que se solicitó la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de las Resoluciones objeto del mismo, por estimarlas ajustadas a Derecho, alegando los hechos y Fundamentos de Derecho que estimó de pertinente aplicación.

Tercero.- Habiéndose recibido el proceso a prueba, y practicadas las declaradas útiles y pertinentes, se emplazó a las partes para trámite de conclusiones previsto en el artículo 64 y concordantes de la LJCA y, presentados dichos escritos, se declararon los autos conclusos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de subvención presentada por el concesionario el 14-4-2015, referida al ejercicio 2014, correspondiente a la diferencia entre la subvención que estaba prevista entre en el Plan Económico-Financiero aprobado con la oferta para dicho año (456.802 euros, que ya ha sido abonada en su totalidad en dos pagos a cuenta) y la que solicita el actor con sus cuentas anuales, por importe de 1.717.292 € y posterior Acuerdo de Junta de Gobierno de 27-10-2017 que aprobó la liquidación definitiva de la subvención del ejercicio 2014, por importe de 456.801 euros, que era el importe de subvención previsto en el Plan de Viabilidad presentado con la oferta, lo que suponía desestimar la solicitud efectuada de contrario. La parte actora solicitó en su demanda que se dicte Sentencia por la que, "estime el presente recurso con anulación del acto recurrido, y en su virtud, condene al Ayuntamiento de Murcia a abonar a esta parte el importe de la subvención del ejercicio 2014 por la explotación del centro deportivo La Flota por valor pendiente de pago de 1.260.491,24 € según la solicitud de , o en su caso, de 1.160.438 € según el cálculo realizado por la propia Administración; más sus intereses desde que transcurrieron 3 meses desde la presentación de la solicitud en el Ayuntamiento, o en su defecto, desde la fecha de la demanda, y con expresa condena en costas a la





Administración demandada, en los términos expuestos.". La Administración demandada solicitó la desestimación de la demanda alegando la conformidad a Derecho del acto administrativo impugnado.

Segundo.- Para resolver la cuestión objeto de litigio se ha de partir del criterio que interpretativo plasmado en la sentencia de fecha 3-12-2017 dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº6 de Murcia en el PO 89/2018. Dicho procedimiento se refiere al Centro Deportivo Inacua y fue interpuesto por el concesionario del mismo, distinto del aquí recurrente. Pero también allí se discutía, igual que aquí, el importe de la subvención abonada por el Ayuntamiento, en función de la interpretación de la cláusula del Pliego (4.3) que fue fijada en su Acuerdo de 31 de julio de 2014, relativa al posible recalcularlo anual del importe de la subvención. En su Fundamento de Derecho quinto la referida sentencia sostuvo que: "QUINTO.- Sentado lo anterior, la discusión entre las partes, resumida en los fundamentos de derecho primero a tercero, se reduce a la interpretación y alcance que debe darse a la cláusula 4.3 del Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económicas, al acuerdo de 27-6-2002 de adjudicación, que se pronuncia sobre la referida cláusula, a la Consideración 5ª del Dictamen 195/2002, al acuerdo municipal de 31-7-2014 que pone fin al procedimiento de interpretación del contrato en el que se emitió el dictamen y al proceder posterior del Ayuntamiento reflejado en el oficio de 4-12-2014 dirigido a la actora y la comunicación interior de 5-5-2015.

Conforme a la cláusula 4.3 y al acuerdo de 27-6-2002 de adjudicación el AYUNTAMIENTO debe abonar a una subvención anual que equilibre el coste de la inversión más los gastos de funcionamiento de la instalación con los ingresos previsibles. En el momento de la adjudicación del contrato en el año 2002, los gastos se cuantificaron en 1.611.600 euros, los ingresos en 794.100 euros y la subvención a percibir en 817.500 euros, diferencia entre los gastos y los ingresos. En el acuerdo de adjudicación se dijo que la referida diferencia no era más que una referencia teórica del montante de la subvención municipal para el primer año de ejercicio y que la subvención real debía determinarse, (recalcularse), cuando la liquidación de ingresos y gastos reales de cada año estuviera disponible. Ello, no obstante, en los años posteriores hasta 2013 la subvención vino a coincidir con la diferencia entre gastos e ingresos.

Tal modo de proceder privó de virtualidad la cláusula 19 del Pliego que dice que: "El contrato se hace a riesgo y ventura del contratista", principio conforme al que el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor, (o incluso perder), cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, e infringió el apartado 4 del art. 129 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que





dice que: "Si como forma de retribución, total o parcial, se acordare el otorgamiento de subvención, ésta no podrá revestir la forma de garantía de rendimiento mínimo ni cualquier otra modalidad susceptible de estimular el aumento de gastos de explotación y, en general, una gestión económica deficiente por el concesionario y el traslado de las resultas de la misma a la Entidad concedente".

Por ello y porque se estaban produciendo importantes desviaciones entre las estimaciones consideradas para la adjudicación de la concesión y los resultados que se venían produciendo anualmente en las cuentas de la actora con el consiguiente incremento de la subvención anual, el AYUNTAMIENTO trató de interpretar cuándo debía proceder el recálculo a que se refiere la cláusula 4.3. Y como consecuencia de ello adoptó un acuerdo, el de 31-7-2014, a cuyo amparo sostiene que se fijó una disciplina procedimental para el recálculo de la subvención, disciplina de la que son reflejo el oficio de 4-12-2014 dirigido a la actora y la comunicación interior de 5-5-2015, referidos en el fundamento de derecho primero.

Entendemos que, contrariamente a lo que sostiene el AYUNTAMIENTO, en el acuerdo de 31-7-2014 no se estableció ningún procedimiento para el recálculo de la subvención, sino que sólo se asumieron las consideraciones del dictamen 195/2002, especialmente la 5ª, y se manifestó la necesidad de que el importe de la subvención se ajustara a la diferencia entre gastos e ingresos reales conforme a lo estipulado. Prueba de ello son las decisiones municipales posteriores actualizando, en parte y después totalmente, los gastos de inicialmente previstos. Llegados a este punto, la cuestión que se plantea es a cuánto debe ascender el importe de la subvención para el ejercicio 2016.

Desde luego, no puede ascender a la diferencia entre los gastos e ingresos previstos inicialmente, (cuantificada en 817.500 euros), por tratarse de una referencia teórica del montante de la subvención. Tampoco, como pretende la actora, a la diferencia aritmética entre los gastos e ingresos del ejercicio 2016, (cuantificada en las cuentas auditadas de la mercantil en 1.600.784,72 euros), porque el hecho de que haya que mantener el equilibrio financiero de la concesión no significa que se deba garantizar un rendimiento mínimo, ni se puede fomentar o, en cualquier forma, incentivar, el aumento de los gastos de la explotación, porque ello iría en contra de las más elementales reglas de preservación del servicio público y de la donación modal que implica una subvención como la que nos ocupa. La necesidad de mantener el equilibrio financiero de la concesión, (entendido como capacidad de la empresa para atender a sus deudas en el plazo fijado y conseguir el mantenimiento del ciclo normal de sus operaciones), conjugada con el principio de riesgo y

ventura asumido por la recurrente, (conforme al que el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor, (o incluso perder), cuando sus cálculos está mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato), implica que la subvención

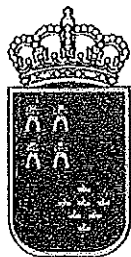




debe ascender a la diferencia entre gastos e ingresos inicialmente previstos, actualizados conforme al IPC, no conforme a los criterios que propone la recurrente, excluyendo los gastos que no fueron previstos inicialmente porque: -en primer lugar, la cláusula 4.3 del Pliego prevé la subvención anual con la finalidad de mantener el equilibrio financiero de la subvención y no de compensar a la actora por la diferencia entre gastos e ingresos anuales; - en segundo lugar, aceptar que la subvención debe calcularse por la diferencia entre gastos e ingresos según los estados de cuentas auditadas anualmente supone negar que el contrato se celebrara a riesgo y ventura de la actora; -en tercer lugar, por mor del principio referido, la recurrente debe asumir las consecuencias derivadas del hecho de que al calcular los gastos e ingresos en el Estudio de viabilidad que presentó inicialmente no contemplara variaciones en las cantidades que integran cada una de las partidas de aquellos motivadas por causas distintas al incremento del IPC; -en cuarto lugar, el hecho de que durante años la subvención se desviara, sin objeción, de su finalidad e ignorara el principio de riesgo y ventura del contratista no obsta a la facultad de la Administración municipal de tratar de reconducir el importe de la subvención conforme a los principios que la deben inspirar sin que ello implique que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de la partes contratantes.

En consecuencia, debemos desestimar la pretensión deducida en el suplico de la demanda presentada, (que se condene al Ayuntamiento a "la práctica y abono de la liquidación definitiva de la subvención correspondiente al ejercicio 2016 de acuerdo con las previsiones contenidas en la Cláusula 4 del Pliego, en el Acuerdo Segundo del Acuerdo de Adjudicación y conforme los actos propios y concluyentes de la Administración producidos desde el inicio del Contrato, y que conforme las cuentas anuales auditadas asciende a la cantidad de 1.600.784,71 Euros con más los intereses de demora que correspondan"), porque, como se ha dicho, el Ayuntamiento procedió conforme a lo pedido, el abono de una cantidad a cuenta. Por otra parte, su importe no puede ser objeto de enjuiciamiento al tratarse de una cantidad provisional y no definitiva. Será cuando conste el importe de la liquidación definitiva cuando podrá comprobarse si la cantidad entregada a cuenta se ajusta o no a lo procedente conforme a la presente sentencia."

Tercero.- Así la Administración demandada desestimó por silencio administrativo la solicitud de subvención presentada por la parte actora el 14-4-2015, referida al ejercicio 2014, correspondiente a la diferencia entre la subvención que estaba prevista entre en el Plan Económico-Financiero aprobado con la oferta para dicho año (456.802 euros, que fue abonada en su totalidad en dos pagos a cuenta) y la que solicita el actor con sus cuentas anuales, por importe de 1.717.292 €. Se reclama por tanto la cantidad de 1.260.491,24 € (o bien, según se indica en el suplico de la demanda, 1.160.438 €, aceptando





las correcciones a los datos de dichas cuentas anuales efectuadas en el Informe de la Dirección Económica y Presupuestaria que se analizó en nuestra contestación), en cuanto exceso de subvención no reconocida por el Ayuntamiento. Más tarde el Acuerdo de Junta de Gobierno de 27-10-2017 que aprobó la liquidación definitiva de la subvención del ejercicio 2014, por importe de 456.801 euros, que era el importe de subvención previsto en el Plan de Viabilidad presentado con la oferta, lo que suponía desestimar la solicitud efectuada de contrario. Esa liquidación definitiva es la que tiene por objeto, en su caso, valorar las posibles justificaciones que de los resultados anuales presente el concesionario a fin de determinar si procede algún tipo de recálculo de la subvención conforme a la cláusula 4.3 del Pliego.

Cuarto.- La parte actora alegó que concurrían los supuestos que darían derecho al recálculo e incremento de la subvención en 1.260.490 euros respecto a lo previsto en su Plan Económico Financiero, y que los costes del ejercicio 2014 han sido algo inferiores a los previstos en el Plan Económico-Financiero, lo que demostraría una gestión eficiente, y que la razón de la desviación respecto a lo previsto en aquel se ha debido a una significativa disminución de los ingresos previstos, que imputa a decisiones sobrevenidas u unilaterales de la Administración. Así procede analizar cada una de las causas que según la parte actora justificarían la subvención solicitada, ahora bien, estas causas se deben poner en relación con la interpretación antes sostenida de la cláusula 4.3 del Pliego, en concreto:

1º.- La modificación del IVA, que en septiembre de 2012 pasó del 8 al 21 %, lo que habría supuesto una pérdida de clientes cuyo coste cifra en 174.906'23€. A pesar de las alegaciones realizadas por la parte actora en su demanda, se debe dar la razón a la Administración demandada cuando en contestación a la demanda señaló que no cabe calificar como "imprevisible" la posibilidad de que el tipo impositivo de éste y de cualquier otro impuesto pueda sufrir modificaciones a lo largo del periodo de vida de la concesión, que es de 40 años, con lo que ya falta un requisito esencial para que tal motivo pueda justificar un recálculo de la subvención. La cláusula 26.2 del Pliego establece expresamente que "serán de cuenta de la contrata todos los tributos, contribuciones y arbitrios de cualquier esfera fiscal, los que, por considerarse incluidos en los precios ofertados, no podrán repercutirse como partida independiente", por lo que contractualmente está prohibido que se pueda repercutir dicho incremento al Ayuntamiento, vía incremento de subvención. Además, tampoco la actora acredita que haya sido dicho incremento del IVA (que es de obligado cumplimiento por disposición legal) el que haya provocado una disminución de ingresos por pérdida de clientes, y mucho menos en el concreto





importe que se señala en demanda. El informe pericial aportado por la parte actora y realizado por el estima el importe de la disminución de ingresos supuestamente imputable al incremento del IVA en base a un documento genérico al parecer elaborado por la Federación Nacional de Empresarios de Actividades Deportivas, que lo cifraría en un 11 '9 % de la facturación. Pero en nada se acredita tal supuesto descenso de los ingresos por este motivo en base a los datos concretos de la concesión objeto de autos, que es lo que debe demostrarse. Por el contrario, la Administración demandada aportó con su contestación a la demanda informe del Servicio Municipal de Deportes de 20-12-16 al que se acompañan unas tablas donde se reflejan los datos de ocupación del C.D. La Flota desde el inicio de la concesión, en base a los datos aportados por el propio concesionario aplicando la media ponderada anual. En los mismos se aprecia una disminución de la ocupación que se inicia en el ejercicio 2009-2010 (se pasa de 7.074 en el ejercicio 2008-2009 a 6619 en el ejercicio 2009-2010), y comienza a recuperarse en el ejercicio 2015-2016. No existe prueba, en definitiva, de que el descenso de ingresos, en la cuantía que se señala, sea debido al incremento del IVA. Por todo lo expuesto, procede la desestimación del motivo de impugnación alegado por la parte actora del proceso.

Quinto.- También la parte actora alegó como causa que justificar la subvención solicitada:

2º.- Bonificaciones impuestas por el Ayuntamiento para determinados servicios deportivos, no incluidas en el Pliego de condiciones y que se habrían ido ampliando, cuyo coste cifra en 482.147'54 €. La cláusula 4ª el Pliego de Condiciones del contrato prevé, como una de las formas de retribución del concesionario, los precios públicos fijados por la Administración para las actividades deportivas que se recogen en su Anexo II, destinados a determinados colectivos que fueron determinantes en el interés público en la convocatoria de la licitación del contrato. Tales precios públicos son los que pueden revisarse anualmente por la Corporación a través del acuerdo de revisión de precios al que se refiere la cláusula 4.3. Tales precios públicos aparecían ya en el Pliego del contrato y fueron asumidos por el concesionario en su oferta (folios 139 y siguientes del expediente de contratación). También se debe dar la razón a la Administración demandada cuando en su contestación a la demanda señaló que el concesionario, cuando formuló su oferta, conocía cuales eran los precios o bonificaciones que se aplicarían a tales actividades, y tuvo que hacer sus previsiones de ingresos del Plan de Viabilidad en atención precisamente a dichos precios (como una de sus formas de ingresos), que conocía y asumió, y en función de cuales fueran sus previsiones de demanda u ocupación. La disminución de ingresos que pudiera suponer la aplicación de estos precios,





según las previsiones de su Plan Económico Financiero, se tuvo en cuenta ya, o tuvo que tenerse, a la hora de fijar la subvención solicitada al Ayuntamiento en dicho Plan presentado con su oferta. Si dichas previsiones se han demostrado erróneas, sólo a él es imputable. Por otra parte, el Pliego también prevé en su cláusula 4ª como forma de retribución del concesionario, las tarifas que el concesionario propusiera para otras actividades deportivas que el Pliego denomina servicios opcionales, tarifas que serían revisadas conforme al IPC. Es el concesionario el que propone por tanto cuales sean estos servicios opcionales y las tarifas que se le aplicarán, por lo que queda completamente dentro de su ámbito de libertad de gestión y riesgo y ventura el que estas actividades, que deben ayudar a la viabilidad de la concesión, produzcan o no los ingresos esperados. El concesionario tuvo que hacer también en su oferta su previsión de cuáles serían los ingresos a obtener a través de estas actividades en función de las tarifas que él mismo fijó, por lo que, también en este caso, si dichas previsiones se han demostrado erróneas, sólo a él es imputable. Lo único que podría dar lugar al recálculo de la subvención sería que con posterioridad, y a lo largo de la vida de la concesión, el Ayuntamiento hubiera modificado unilateralmente los precios públicos o bonificaciones que se establecieron en el Pliego (y que el concesionario tuvo ya en cuenta al formular su oferta), y que de dicha modificación se hubiera derivado una mayor disminución de ingresos de la que se pudo prever al formular la oferta. Por eso la cláusula 16.2 señala claramente que sólo puede dar lugar a un aumento de la subvención municipal las alteraciones que sean ordenadas por el Ayuntamiento. No se ha demostrado por la parte actora que la Administración demandada le haya impuesto de forma unilateral los precios públicos o bonificaciones que se establecieron en el Pliego. Las únicas bonificaciones que se han modificado desde el inicio de la concesión son las que se citan en el informe 18-11-16 aportado como documento nº 6 de la contestación a la demanda contestación (bonificaciones por pago trimestral y curso completo y para menores de 14 años). Y dicho informe precisamente lo que hace es cuantificar el efecto económico (en este caso positivo) de dichas bonificaciones modificadas por el Ayuntamiento a posteriori de la oferta, que son las únicas que podrían tener algún efecto, en su caso, en el cálculo de la subvención a abonar. Así el técnico del Ayuntamiento autor de dicho informe ratificó que la concesionaria asumió las bonificaciones del Anexo II del Pliego en su oferta. De hecho constan tales tarifas y bonificaciones en el apartado B.3.4 de la oferta (folios 137 y siguientes del expediente de contratación), que son las previstas en el referido Anexo II del Pliego, sin que los peritos de la actora hayan podido desvirtuar este hecho. Y como reconocieron estos últimos, en su informe se limitan a cuantificar el importe de las bonificaciones aplicadas, pero no han valorado el efecto que, en caso de quitar tales bonificaciones, se podría producir en el número de usuarios. Por ello, entendemos que en ningún caso resultaría válido tomar, sin más, los importes que se recogen en los informes

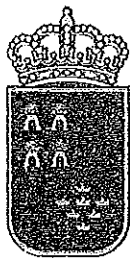




aportados de contrario. Por todo lo expuesto, procede la desestimación del motivo de impugnación alegado por la parte actora del proceso.

Sexto.- También la parte actora alegó como causa que justificar la subvención solicitada:

3º.- La apertura de otros Centros Deportivos por el Ayuntamiento en las inmediaciones, y la pérdida de clientes que ello le habría supuesto, que cifra en 167.288'02 €. También se debe dar la razón a la Administración demandada cuando en su contestación a la demanda señaló que no cabe calificar como imprevisible el que puedan abrirse nuevos Centros Deportivos en el municipio a lo largo del período de vida de la concesión, de 40 años. No puede exigir la actora una especie de monopolio en la prestación de este tipo de servicios en el municipio de Murcia, y ningún compromiso de tal tipo se asumía por el Ayuntamiento en el Pliego. Además tampoco consta acreditado que la posible apertura de nuevos Centros Deportivos sea la causa directa y única de la disminución de clientela. Como única prueba se señalan clientes dados de baja en función del código postal de su residencia. Dicha prueba es insuficiente pues no basta con demostrar que se hayan dado de baja clientes que puedan vivir en una determinada zona, habría que demostrar que esos clientes a su vez se han dado de alta en otros Centros Deportivos más cercanos. Por el contrario, las tablas de ocupación de los distintos centros deportivos que se acompañan al informe que se acompañó como documento nº3 de la contestación a la demanda reflejan que en todos ellos la ocupación se ha mantenido estable o se ha producido una disminución de ocupación, mayor o menor, lo que evidentemente no casa con que los perdidos por La Flota hayan ido a parar a otros Centros. Pero es que, además, en el informe del Servicio de Deportes señala que cuando se abrió el CD. La Flota ya estaba en funcionamiento el de INACUA sito en el Cuartel de Artillería, que inició su actividad en el Curso 2003-04. Los correspondientes Acuerdos de adjudicación de las distintas concesiones se recogen en el informe de conclusiones de la Comisión Técnica que obra en el expediente de contratación. Por lo tanto, la posible incidencia de este Centro Deportivo, que es el más cercano a La Flota, ya se conocía y se tuvo que tener en cuenta al formular su oferta. Los únicos Centros Deportivos sujetos a concesión abiertos con posterioridad al inicio del funcionamiento de la Flota son, dentro de Murcia capital, el JCl(a 2'9 km de distancia), que pertenece a la misma empresa aquí recurrente, y fuera de Murcia capital, el de Cabezo de Torres (a 4'2 km) y el de Verdolay (a 5'5 km). Evidentemente se trata de Centros fuera del posible ámbito de influencia del de La Flota, no siendo imputable a su existencia la posible





pérdida de clientes por tal motivo, que no se ha probado. Con posterioridad al inicio de actividad en el CD La Flota no se ha construido en la ciudad de Murcia ninguna otra instalación que se gestione directamente (y no por concesión) por el Servicio municipal de Deportes. Por todo lo expuesto, procede la desestimación del motivo de impugnación alegado por la parte actora del proceso.

Séptimo.- Por último la parte actora alegó como causa que justificar la subvención solicitada:

4.- Determinados gastos suportados por el concesionario, que cifra en 185.536 €. Esos gastos vienen referidos a determinadas obras interiores que el concesionario tuvo que realizar en el Centro Deportivo y que fueron autorizadas por el Ayuntamiento, a las que se hace referencia en los folios 132 a 136 del expediente del Servicio de Deportes, y que, según se dice en demanda, fueron "ocasionadas por decisiones de la Administración". No se recoge tal cuestión en cambio en el informe de la parte actora aportado. En concreto se trata de reparación y reposición de los pavimentos de la playa y bordes de la zona de piscinas (folios 132 y 133) y actuaciones para la reorganización y reubicación del control de accesos al Centro y otros puntos de control de movilidad interna en el mismo (folios 135 y 136). Al respecto ha informado el Servicio de Deportes en el informe aportado como documento n°4 de la contestación a la demanda que "la intervención de este Servicio respecto a los gastos que nos comunican los concesionarios se circunscribe a examinar su necesidad para el mantenimiento de la misma sin que ello deba implicar necesariamente un aumento de la subvención municipal. En consecuencia los mayores gastos realizados por el concesionario obedecen a decisiones propias del mismo y lo que no puede pretender es trasladar al Ayuntamiento el riesgo económico de decisiones que toma unilateralmente, por cuanto la subvención no debe considerarse como una retribución fija del concesionario... consecuentemente, los gastos deben limitarse, como máximo, a las previsiones realizadas por el concesionario en su Estudio de Viabilidad, debiendo asumir los errores que hubiera cometido en sus cálculos, y el riesgo y ventura en la explotación del servicio". En efecto, la realización de obras de reposición o mantenimiento como las señaladas son perfectamente previsibles en una concesión de 40 años, por lo que tal posibilidad, y los gastos que puedan suponer, deben estar contempladas en el Plan Económico Financiero de la oferta, donde ya se fijaba el importe de subvención que se consideraba necesario atendiendo a ello. Tales actuaciones no fueron además imposiciones del Ayuntamiento, sino propuestas por el concesionario como necesarias y autorizadas por esta Administración por tal motivo. Pero además, en la cuenta de resultados presentada por (folios 8 y siguientes del expediente de Deportes) no es posible localizar donde puedan estar incorporados los gastos correspondientes a tales concretas actuaciones a efectos de poder compararlo con los gastos que estaban





previstos por este concepto en el Plan Económico Financiero, y valorar las diferencias que se hayan podido producir. Véase el cuadro que obra al folio 15 de dicho expediente. Tampoco en el detalle de las facturas presentado de los gastos de explotación del complejo deportivo del ejercicio 2014 (folios 79 y siguientes de dicho expediente), y en concreto las que se refieren a reparaciones (folio 91 vuelto) no es posible identificar dónde están las correspondientes a tales actuaciones, que acrediten su imputación a este ejercicio económico, correspondiendo tal prueba a la parte actora. Por todo lo expuesto, procede la desestimación del motivo de impugnación alegado y con ello del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte actora del proceso.

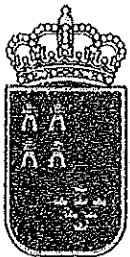
Octavo.- El artículo 139.1 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su nueva redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, prescribe que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Así, en el presente caso, ha sido necesario acudir al Juzgado para diseccionar la relevancia jurídica de los argumentos impugnatorios expuestos por tanto, se desprenden la existencia de serias dudas de hecho y derecho, "ab initio" del proceso, que impide la aplicación del criterio de vencimiento objetivo en materia de costas.

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

FALLO

1º.- Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por representada por la Procuradora de los Tribunales contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de subvención presentada por el concesionario el 14-4-2015, referida al ejercicio 2014, correspondiente a la diferencia entre la subvención que estaba prevista entre en el Plan Económico-Financiero aprobado con la oferta para dicho año (456.802 euros, que ya ha sido abonada en su totalidad en dos pagos a cuenta) y la que solicita el actor con sus cuentas anuales, por importe de 1.717.292 € y posterior Acuerdo de Junta de Gobierno de 27-10-2017 que aprobó la liquidación definitiva de la subvención del ejercicio 2014, por importe de 456.801 euros, que era el importe de subvención previsto en el Plan de Viabilidad presentado con la oferta, lo que suponía desestimar la solicitud efectuada de contrario.

2º.- Las costas no se imponen a ninguna de las partes del proceso.





Testimonio de la presente resolución se unirá a los autos principales y se llevara su original al libro de sentencias de este Juzgado.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Apelación en este Juzgado en el plazo de 15 días a partir de su notificación, admisible en un solo efecto y para su resolución por la Il.ª Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia. Para la interposición del Recurso al que hace referencia la presente resolución, será necesaria la constitución del depósito para recurrir al que hace referencia la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, inadmitiéndose a trámite cualquier recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo, en el día de su fecha.

Diligencia de publicación.- En el día de la fecha, el Magistrado-Juez que suscribe la presente resolución, ha procedido a publicarla mediante íntegra lectura, constituido en audiencia pública, de lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia, Doy Fe.





**T.S.J.MURCIA SALA 1 CON/AD
MURCIA**

AYUNTAMIENTO DE MURCIA
SERVICIOS JURÍDICOS
28 MAYO 2019
ENTRADA

SENTENCIA: 00267/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

N56820
PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5, 3ª PLANTA
DIR3:J00008050
Teléfono: Fax:
Correo electrónico:

UP3

N.I.G: 30030 45 3 2016 0000818
Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000107 /2019
Sobre: AUTORIZACIONES Y LICENCIAS ADMITIVAS.
De D./ña.
Representación D./Dª.
Contra D./Dª. AYUNTAMIENTO DE MURCIA
Representación D./Dª.

**ROLLO DE APELACIÓN núm. 107/2019
SENTENCIA núm. 267/2019**

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA**

SECCIÓN PRIMERA

Compuesta por los Ilmos. Srs.:

Dª María Consuelo Uris Lloret
Presidenta
D. Indalecio Cassinello Gómez-Pardo
Dª María Esperanza Sánchez de la Vega
Magistrados
han pronunciado

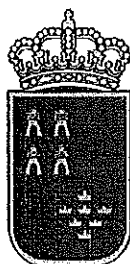
EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A n° 267/19

En Murcia, a veinticuatro de mayo de dos mil diecinueve.

En el rollo de apelación n°. 107/2019, seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia n° 11, de fecha 24 de enero de 2.019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n°. 4 de Murcia, en el recurso contencioso administrativo n°. 90/2016, tramitado por las normas del procedimiento ordinario, en cuantía de 1.260.491,24 euros, sobre: Contratación administrativa, en el que figuran como **parte apelante**





Procuradora representada por la
s y defendida por el Letrado
y **como parte apelada el Excmo. Ayuntamiento**
de Murcia, representado y defendido por el letrado de sus servicios jurídicos;
siendo Ponente la Magistrada **Ilma. Sra. Dña. María Esperanza Sánchez de**
la Vega, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia, lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la parte apelada para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a la Sala, y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia.

Se señaló para votación y fallo el día 10 de mayo de 2.019.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia apelada falla lo siguiente:

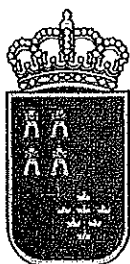
1º.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por contra la desestimación por
silencio administrativo, de la solicitud de subvención presentada por el por
concesionario el 14 de abril de 2.015, referida al ejercicio 2.014, correspondiente a la diferencia entre la subvención que estaba prevista en el Plan Económico-Financiero aprobado con la oferta para dicho año (456.802 euros, que ya ha sido abonada en su totalidad en dos pagos a cuenta) y la que solicita el actor con sus cuentas anuales, por importe de 1.717.292 euros y posterior Acuerdo de Junta de Gobierno de 27 de octubre de 2.017, que aprobó la liquidación definitiva de la subvención del ejercicio 2.014, por importe de 456.801 euros, que era el importe de subvención previsto en el Plan de Viabilidad presentado con la oferta, lo que suponía desestimar la solicitud efectuada de contrario.

2º.- Las costas no se imponen a ninguna de las partes.

En el recurso de apelación se alega:

-Infracción del principio de mantenimiento del equilibrio contractual: la subvención aprobada se basa en datos teóricos y no reales que no equilibran la concesión.

-Infracción del contrato y sus pliegos: incumplimiento del mecanismo de equilibrio contractual en él establecido y en el que confió el licitador.





Dice que . cumplió diligentemente con sus obligaciones contractuales en 2.014, siendo favorables los informes de gestión deportiva y técnica y que, además, el propio Servicio Económico del Ayuntamiento de Murcia dictaminó favorablemente el cálculo de la subvención reconociendo la procedencia de la cantidad de 1.617.239 euros frente a los 1.717.292,24 euros solicitados; es decir, su práctica totalidad. Lo que impone la procedente subvención solicitada. Dice también que la cláusula del apartado 4.3 del PCAP, no está siendo aplicada en sus propios términos diez años después de la adjudicación del contrato, provocando inseguridad jurídica, y una alteración sobrevenida de las reglas del juego, y un efecto muy peligroso sobre la confianza legítima y la que se depositó en la Administración al tiempo de licitar.

-Error en la valoración de la prueba. Desproporción en la carga atribuida al concesionario.

En este punto se dice que, la subida del tipo impositivo del IVA (de 13 puntos), fue de todo punto imprevisible. Cita en este sentido varias sentencias.

Dice también que las bonificaciones que ha aplicado de manera efectiva a la concesionaria a determinados servicios deportivos no estaban incluidas en su Plan de Viabilidad Inicial aprobado por el Ayuntamiento.

Dice también que se acreditó la autorización e implantación de otros centros deportivos por la misma Administración contratante dentro del radio de influencia de La Flota. Dice que está probada la huida de clientes coincidiendo con la apertura de otros centros deportivos de titularidad municipal.

-Infracción del principio de riesgo y ventura: improcedente extensión sin límites del mismo, contraria a la buena fe y equilibrio de las prestaciones de las partes.

Solicita que se anulen los actos administrativos recurridos y se condene a la Administración demandada a abonar a la apelante el importe de la subvención correspondiente al ejercicio 2.014 por la explotación de la concesión del Centro Deportivo La Flota, en la cuantía solicitada en la demanda y descontados los pagos parciales recibidos, más intereses y costas.

El Ayuntamiento de Murcia se opone al recurso de apelación por no alegarse razones o causas que desvirtúen la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Se aceptan los argumentos de la sentencia apelada.





Nos encontramos ante un contrato de <<Concesión del Obra Pública para la Redacción de Proyecto de Obras y Construcción del Complejo Deportivo La Flota-Murcia y posterior Gestión del Servicio>> que, tras la correspondiente tramitación, se adjudicó a _____ por Acuerdo de Junta de Gobierno de 26 de mayo de 2.004. El Ayuntamiento por Acuerdo de 27 de octubre de 2.017, aprobó la liquidación definitiva de la subvención del ejercicio 2.014, por importe de 456.801 euros, que era el previsto en el Plan de Viabilidad presentado con la oferta.

A través del recurso de apelación se viene a insistir básicamente, en los mismos argumentos ya utilizados en primera instancia. En la oferta, y concretamente en el Plan de Viabilidad se fijó un importe de subvención que el Ayuntamiento de Murcia debía abonar para mantener el equilibrio económico del contrato. Para el ejercicio 2.014 se fijó en la cantidad de 456.801 euros. Lógicamente los concretos importes de subvención fueron uno de los datos a tener en cuenta como criterio de valoración para llevar a cabo la adjudicación del contrato.

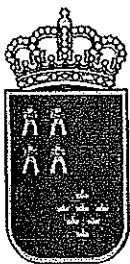
Así las cosas, el concesionario fue presentado al Ayuntamiento unos resultados anuales en los cuales la diferencia entre gastos e ingresos era mayor que la prevista en el Plan de Viabilidad, solicitando de este modo importes de subvención anual superiores a los que fijó en su oferta, (y que, no olvidemos, era uno de los datos a valorar para la adjudicación). Y el Ayuntamiento, en aplicación de la cláusula 4.3, del Pliego, vino otorgando durante los primeros años de la concesión una subvención que cubría esas diferencias entre ingresos y gastos.

Ante ese incremento importante de la subvención año tras año, se llevó a cabo un expediente de interpretación del contrato, concretamente de la cláusula 4.3 del Pliego; el mismo concluyó con el Acuerdo de Junta de Gobierno de 31 de julio de 2.014.

La citada cláusula 4.3, establece: <<A su vez, si el licitador a la vista del estudio económico-financiero que presente estima que no equilibra el coste de la inversión más el de funcionamiento de la instalación con los previsibles ingresos, deberá presentar en su oferta propuesta de cifra anual de subvención que abonará el Ayuntamiento y cuya finalidad es la de mantener el equilibrio financiero de la concesión. En su caso, anualmente, a la vista de las cuentas anuales auditadas del adjudicatario y del acuerdo municipal de revisión de precios se recalculará el importe de la subvención solicitada con el objetivo de mantener el equilibrio financiero de la concesión previos los informes del Servicio de Deportes>>.

Pues bien, en el citado Acuerdo de 31 de julio de 2.014, el Ayuntamiento asumió la interpretación que de dicha cláusula hacía el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, y que es la siguiente:

<<En consecuencia y frente a la interpretación de la Cláusula propuesta por el Ayuntamiento, que únicamente admite el reequilibrio de la economía de la





concesión mediante el recálculo de la subvención cuando aquélla se haya quebrado por actuaciones imputables a la Administración, considera el Consejo Jurídico que procederá recalcular la subvención para restaurar el equilibrio de la concesión previamente alterado, cuando a la luz de las cuentas anuales auditadas y una vez descartada la posibilidad de corrección total o parcial actuando sobre las tarifas del servicio, dicho desequilibrio sea tan importante y desproporcionado que se ponga en peligro la viabilidad de la concesión y la prestación misma del servicio en caso de no corrección, y siempre que sus causas no sean imputables al concesionario y éste haya desarrollado una buena y ordenada administración, para amortizar el coste de establecimiento del servicio, cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial. La justificación de tales extremos constituirá el contenido sustancial del informe del Servicio de Deportes a que se refiere la cláusula objeto de interpretación>>.

Por tanto, conforme a esta interpretación, si hay una diferencia entre ingresos y gastos no implica que la misma se abone de forma automática, sino que ha de haber una justificación de que no se debe a causas imputables al concesionario y que el mismo ha desarrollado una buena y ordenada administración. Por tanto, para que proceda ese recálculo que la cláusula citada prevé, es preciso que se justifiquen las causas que han provocado esa mayor desviación entre ingresos y gastos respecto de la prevista en la oferta.

Destacar que dicho Acuerdo de 31 de julio de 2.014 no fue recurrido, por lo que se trata de un acto firme y consentido, sin que se pueda entrar a discutir el contenido en sí del mismo y su legalidad ahora.

De manera que, a partir de dicho acuerdo lo que se hace es aplicar esa nueva interpretación, que era distinta de la que se hacía en principio, antes del acuerdo.

TERCERO.- Y teniendo en cuenta esa interpretación el juzgador de instancia, de forma correcta, entiende que no se justifica la importante desviación producida en el importe de la subvención solicitada para el año 2.014. De este modo en la sentencia se va explicando porqué no se estima ninguno de los motivos alegados por la recurrente.

En esencia, se pone de manifiesto que las bonificaciones aplicadas por el concesionario son las que se recogen en el Anexo II del Pliego; por tanto, eran perfectamente conocidas por el hoy apelante en el momento de hacer su oferta.

Así, el concesionario aceptó aplicar las bonificaciones, no sólo a los servicios propios o municipales (a los que en todo caso debían aplicarse), sino también a los servicios opcionales que podía proponer el concesionario en su oferta. De manera que fue el propio concesionario el que propuso, libremente, hacer bonificaciones a tales servicios opcionales. Por tanto, pudo y debió prever la consecuencia de dichas bonificaciones que él mismo ofertó



y, además, si no calculó las consecuencias de dicha bonificación extra, él mismo es el que debe asumir la correspondiente repercusión económica, y también si las calculó de forma equivocada. Lo que no puede es pretender que esos errores, en su caso, se asuman por el Ayuntamiento.

La sentencia pone de manifiesto que las únicas bonificaciones que se han modificado desde el inicio de la concesión son las bonificaciones por pago trimestral y curso completo y las de menores de catorce años; éstas son las que recoge el informe que aportó el Ayuntamiento con la contestación (documento nº 6), y cuantifica su efecto económico, que es positivo, siendo las únicas que se podrían tener en cuenta en el cálculo de la subvención.

El juzgador de instancia pone de manifiesto que los peritos de la actora se limitan a cuantificar el importe de las bonificaciones aplicadas, pero no han valorado el efecto que, en caso de quitar tales bonificaciones, se podría producir en el número de usuarios. Es por ello que no se pueden valorar, sin más, los importes de las bonificaciones de los informes de la actora.

CUARTO.- En cuanto a la cuestión relativa al incremento del IVA, hay que recordar que nos encontramos ante un contrato de concesión de cuarenta años de duración, por lo que no resulta imprevisible que un cambio así se pueda producir. Pero es que, además, conforme al Pliego, esos posibles cambios corresponde asumirlos al concesionario.

Por otro lado, el juzgador de instancia ya argumenta que no se acredita que el descenso que se alega producido en el número de usuarios se deba a dicha circunstancia y no a otros factores distintos, y menos aún en el importe en que se concreta. No vamos a insistir en la valoración que hace el juzgador y que es conforme a la sana crítica; por otro lado, también alude al informe del Ayuntamiento, que recoge los datos de ocupación de distintos centros deportivos que, temporalmente, no permiten que se pueda imputar la pérdida de usuarios al incremento del IVA producido.

Y ello es así ya que, lo que se observa en el aludido informe de la Administración, es que el periodo de años en los que se aprecia el descenso de ocupación, se inicia antes del incremento del IVA y, además, coincide con los años más difíciles de la crisis económica vivida en España; de manera que no cabe establecer esa correlación de incremento de IVA con el descenso de usuarios.

A ello añadir que la disminución de ingresos respecto de los que se comprometieron en la oferta se ha venido produciendo desde el primer momento de vigencia de la concesión; por tanto, existía muchos años antes del incremento del IVA. Ello es otro dato más (junto a lo ya expuesto) de que, el descenso de usuarios no es una consecuencia automática del incremento del IVA, ya que existía desde años anteriores al mismo una disminución de ingresos.



Ello nos lleva a pensar que, esa disminución de ingresos respecto a los que constaban en la oferta se debe, o bien a un cálculo erróneo de esos datos fijados en la misma, o bien a una deficiente gestión en la captación y mantenimiento de clientela. Quiere ello decir que esa circunstancia queda así, de forma clara, bajo el riesgo y ventura del concesionario.

QUINTO.- Cumplida respuesta da también el juzgador de instancia a la cuestión relativa a la existencia de otros centros deportivos. Así, se pone de manifiesto que el Centro Deportivo Inacua, en el Cuartel de Artillería, es anterior al de La Flota, lo que implica que tenía que tener en cuenta la existencia de dicho centro en el momento en que realizó su oferta.

Además, se resalta que recoger el Código Postal de usuarios que se han dado de baja, no demuestra, por sí solo, que se hayan dado de alta en otro centro deportivo que se haya abierto posteriormente al del apelante.

De manera que tampoco es éste un elemento acreditado a tener en cuenta, remitiéndonos a la propia argumentación del juzgador de instancia.

Respecto a la cuantía, en apelación se dice que se solicita el abono de la subvención, en la cuantía solicitada en la demanda (y descontados los pagos parciales recibidos) más intereses y costas; pero, lo cierto es que no se hace mención a los 185.536 euros, que también se solicitaban en primera instancia por unos gastos que habían sido soportados por la concesionaria por obras interiores efectuadas en el centro deportivo, y que la sentencia rechazó en el correspondiente fundamento de derecho. De manera que no vamos a entrar en lo relativo a dicho concepto, al no alegarse nada en la apelación.

En consecuencia, y por todo lo expuesto, el recurso ha de ser desestimado, al no quedar acreditada ninguna de las infracciones a que se refiere la parte apelante.

SEXTO.- Por aplicación del art. 139.2, de la L.J.C.A., las costas de esta instancia son de imposición a la parte apelante.

En atención a todo lo expuesto, **Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,**

F A L L A M O S

DESESTIMAR el recurso de apelación nº 107/2019, interpuesto por la mercantil contra la Sentencia nº 11, de fecha 24 de enero de 2.019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 4 de Murcia, en el recurso contencioso administrativo nº.





90/2016, que se confirma y ratifica íntegramente. Imponiendo las costas de esta instancia a la parte apelante.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el artículo 86.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siempre y cuando el asunto presente interés casacional según lo dispuesto en el artículo 88 de la citada ley. El mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el artículo 89.2 de la LJCA.

En el caso previsto en el artículo 86.3 podrá interponerse recurso de casación ante la Sección correspondiente de esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

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

