

CARMEN RIBAS BUYO
Procurador de los Tribunales

FECHA NOTIFICACION :19/03/19
M/ REF.: 7602
LETRADO:EVA DALMAU CALZADA
FINE PLAZO:

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Rollo de apelación nº 479/2015

SENTENCIA Nº 125/2019

Ilmos. Sres.:

Presidente

DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA

Magistrados

DON JOSÉ MANUEL DE SOLER BIGAS

DON FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS

DON EDUARDO PARICIO RALLO

En la Ciudad de Barcelona, a cinco de marzo de dos mil diecinueve.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación nº 479/2015, interpuesto por la entidad **FUNDACIÓ PRIVADA ESPORTIVA TERRASSA FÚTBOL CLUB**, representada por el Procurador D. Ignacio López Chocarro y dirigida por el Letrado D. Lluís Pons Mir, contra la sentencia dictada el 18 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Barcelona, en el procedimiento ordinario nº 425/2010, siendo parte apelada el **AYUNTAMIENTO DE TERRASSA**, representado por la Procuradora D^a Carmen Ribas Buyo y dirigido por la Letrada D^a Helena Lucio Viciano.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Alberto Andrés Pereira, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario nº 425/2010, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Barcelona, se dictó sentencia en fecha 18 de

mayo de 2015, desestimatoria del recurso dirigido contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Terrassa el 16 de julio de 2010, por el que se modificó el pliego de condiciones que rige la concesión demanial del solar denominado “Les Palmeres”, delimitado por las calles Antoni Bros, Alexandre de Riquer, Jocs Olímpics y Voluntaris Olímpics, que había sido otorgada a la actora por acuerdo del Pleno municipal de 25 de octubre de 2001.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte actora, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la contraparte para que formalizase su oposición en el plazo legal.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrado Ponente y, habiéndose denegado el recibimiento a prueba en esta alzada y la celebración de vista, se señaló fecha para la votación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha expuesto en los antecedentes, la sentencia apelada ha desestimado el recurso dirigido contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Terrassa el 16 de julio de 2010, por el que se modificó el pliego de condiciones que rige la concesión demanial del solar denominado “Les Palmeres”, delimitado por las calles Antoni Bros, Alexandre de Riquer, Jocs Olímpics y Voluntaris Olímpics, que había sido otorgada a la recurrente por acuerdo del Pleno municipal de 25 de octubre de 2001.

La parte actora ha interpuesto contra dicha sentencia recurso de apelación, el cual se fundamenta, en síntesis, en las siguientes alegaciones: a) se ha incurrido en incongruencia omisiva, puesto que el Juzgado *a quo* no ha valorado la existencia de la desviación de poder que había alegado la recurrente; b) no se trata de una concesión demanial, sino de servicio público; c) en el pliego regulador de la concesión ya se preveía el abono de un canon en especie, consistente en la construcción de un centro deportivo en el solar de autos, que ha asumido la actora a sus expensas, al tiempo que el destino de los recursos generados por la instalación al servicio del deporte ya se garantiza por la naturaleza fundacional de la actora; d) debió seguirse el procedimiento para modificar una concesión de servicio público, que es su verdadera naturaleza y, en todo caso, sería competente el Pleno municipal y no la Junta de Gobierno Local; e) el canon introducido por el acuerdo impugnado es, en realidad, una tasa, por lo que debió aprobarse previamente la correspondiente Ordenanza fiscal.

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa tiene por objeto determinar si resulta ajustada a Derecho la modificación que el acuerdo municipal impugnado ha introducido en el pliego de condiciones que rige la concesión otorgada en su día a la actora para el uso privativo del solar denominado “Les Palmeres”, que tiene la naturaleza de bien de dominio público. Dicha modificación ha consistido, por una parte, en suprimir una de las finalidades a que respondía la concesión, en concreto la que se enunciaba en

el párrafo segundo de la cláusula segunda del pliego de condiciones, y, por otra parte, en la introducción de una nueva cláusula que establece la obligación del concesionario de abonar al Ayuntamiento un canon de 296.820 euros anuales, en doce mensualidades de 24.735 euros.

TERCERO.- Para una adecuada resolución del proceso, debe determinarse en primer lugar la verdadera naturaleza de la concesión litigiosa, que resulta discutida por las partes, ya que la actora considera que se trata en realidad de una concesión de servicio público, en tanto que el Ayuntamiento la califica como una concesión demanial, tal y como se hace constar en el pliego de condiciones.

La sentencia de esta Sala y Sección nº 187/2016, de 31 de marzo, ya analizó la naturaleza de una concesión que presentaba características equiparables a la actual, en el marco de un proceso que enfrentó a las mismas partes que éste y que tenía por objeto la concesión del “Estadio Olímpico Municipal de Fútbol”. Pues bien, en dicha sentencia se afirmó que:

“... no cabe duda que la concesión tiene naturaleza demanial, como resulta de las siguientes consideraciones:

a) Así lo declara explícitamente el acuerdo municipal por el que aquélla fue otorgada. Es cierto que debe atenderse a la verdadera naturaleza de la concesión y no sólo al nomen iuris, pero no es menos cierto que tampoco cabe apartarse del contenido del título constitutivo, si no existen razones concluyentes que aquí no se aprecian.

(...)

c) El establecimiento de un servicio público hubiera precisado de un acuerdo formal por parte del Ayuntamiento, que no ha existido en ningún momento. En efecto, el artículo 247.1 del mismo Texto refundido (de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña), dispone que “els ens locals han d'acordar de manera expressa la creació del servei públic local i procedir, si s'escau, a regular-lo per reglament abans de començar a prestar-lo. Així mateix, han de determinar les modalitats de prestació i el règim estatutari dels usuaris”.

A ello cabe añadir que la concesión de los espacios y equipamientos se realizó para facilitar y hacer posible el desarrollo deportivo y social de la entidad concesionaria y la consecución de sus objetivos fundacionales, evitando cualquier ánimo de lucro, según la cláusula 7.c) del pliego, lo que aleja la idea de que se trate de la prestación de un servicio público.

En definitiva, debe concluirse que la concesión litigiosa tenía naturaleza propiamente demanial, por lo que deben decaer cuantas alegaciones formula la recurrente sobre este particular.

CUARTO.- Una vez establecido lo anterior, debe examinarse si resulta posible la modificación unilateral del pliego de condiciones por parte del Ayuntamiento y, en caso afirmativo, si se ha seguido el procedimiento legalmente establecido.

Sobre la primera cuestión, debe llegarse a una conclusión positiva, y ello no sólo por el *ius variandi* de que dispone la Administración, sino también por la alteración que se ha producido en las circunstancias que justificaron en su día el otorgamiento de una concesión demanial sin contraprestación alguna.

Como resulta del tenor literal del pliego de condiciones, en su redacción inicial (cláusula 2ª), el motivo principal de la cesión gratuita del solar consistía, por una parte, en facilitar el desarrollo de fines de interés público, coincidentes con los de la entidad concesionaria, que consistían en el servicio al deporte y, en especial, al fútbol, mediante la gestión y explotación de servicios deportivos que permitieran obtener recursos económicos que debían ser destinados a la consecución de aquellos objetivos. En segundo lugar, se pretendía garantizar el desarrollo de la actividad social y deportiva de los equipos de fútbol-base y del primer equipo del Terrassa F.C. Sociedad Anónima Deportiva, para lo que debía asegurarse la posibilidad de que los deportistas de esta entidad pudieran utilizar los equipamientos existentes y los que pudieran construirse en el futuro.

De acuerdo con estas finalidades, consta que la actora, además de permitir el uso de las instalaciones de autos por el citado club de fútbol, realizó aportaciones económicas de carácter periódico en favor del mismo hasta el año 2009, procedentes sin duda de la explotación por su parte de los equipamientos existentes en el solar objeto de la concesión.

Ahora bien, del contenido del expediente administrativo y de los autos se desprende que el Terrassa F.C. ha pasado a utilizar otras instalaciones deportivas (el Estadio Olímpico Municipal), por lo que ha dejado de tener contenido una de las finalidades para las que se otorgó la concesión litigiosa. Además, tampoco se discute que han cesado desde el año 2009 las aportaciones económicas de la actora a la referida entidad deportiva.

En tales circunstancias, debe concluirse que concurren razones de interés público que justifican la modificación de las cláusulas de la concesión. Por una parte, porque ha desaparecido la necesidad de garantizar el uso de las instalaciones de autos por parte del Terrassa F.C. y, por otra, porque tampoco consta que la actora destine al servicio del deporte y, en especial, del fútbol, los recursos económicos generados por los equipamientos ubicados en el solar objeto de la concesión. Por el contrario, la recurrente lleva a cabo una explotación de las instalaciones, cuyo producto revierte en su beneficio exclusivo, por lo que ha dejado de estar justificada una cesión gratuita de los terrenos municipales.

Como consecuencia de todo ello, resulta ajustada a Derecho la supresión del párrafo 2º de la cláusula 2ª del pliego, que garantizaba el uso de las instalaciones por parte del Terrassa F.C., la cual ha quedado sin objeto, así como la previsión del pago de un canon mensual por parte del concesionario, al quedar acreditado que los rendimientos de la explotación no revierten en beneficio del deporte en general.

En otro orden de cosas, no puede compartirse la alegación de la actora sobre la existencia de un canon en especie, consistente en la construcción del centro deportivo que ha realizado la actora a sus expensas. De hecho, el pliego de condiciones ni siquiera establece que ésta fuera una obligación a cargo de la recurrente, sino que sólo se preveía la posibilidad de que se edificara la instalación, con la correspondiente autorización municipal. Ahora bien, para compensar a la recurrente ya se prolongó la duración de la concesión desde los 20 años iniciales a los 35, según aprobó el Pleno municipal el 25 de octubre de 2001. Por otra parte, la procedencia de una posible indemnización por este concepto, al término de la concesión y por las cantidades no amortizadas, es una cuestión ajena a este proceso y que deberá dilucidarse en su día. El objeto del acto impugnado se refiere exclusivamente a la introducción de un canon por la ocupación del solar, a cargo del concesionario, que se justifica por haber desaparecido las circunstancias que motivaron inicialmente que la concesión tuviera un carácter gratuito.

QUINTO.- No cabe apreciar la existencia de vicios de forma que puedan dar lugar a la anulación del acto impugnado. Por una parte, porque la competencia para acordar la modificación del pliego ya no se halla reservada al Pleno municipal, al haberse derogado la previsión contenida inicialmente en el artículo 22.1.n) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre. Pero además, con independencia de ello, la Junta de Gobierno Local actuó en este caso en virtud de las facultades que le habían sido delegadas por el Pleno municipal, según acuerdo de 28 de junio de 2007, como indica el propio acto impugnado.

En cuanto al procedimiento, se ha seguido el previsto para la extinción de la concesión y, en cualquier caso, se otorgó audiencia a la entidad actora, lo que aleja cualquier tipo de indefensión, por lo que deben desestimarse las alegaciones de la recurrente sobre el particular. Debe tenerse en cuenta, además, que no se trata de una concesión de servicio público, como antes se ha expuesto.

SEXTO.- La entidad apelante sostiene que el canon que se establece mediante el acuerdo impugnado tiene la naturaleza de tasa, por lo que debió aprobarse previamente la Ordenanza fiscal correspondiente.

Para dar respuesta a este alegato, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, el cual establece que:

“Las concesiones de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o condición o estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público estatal regulada en el capítulo VIII del título I de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de Modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, o a las tasas previstas en sus normas especiales”.

Según este precepto, se prevén tres posibilidades respecto de dichas concesiones, a saber, que sean de carácter gratuito, que se otorguen mediante contraprestación o condición, o bien que se hallen sujetas a una tasa.

En el presente caso, el canon que prevé el acuerdo impugnado se inscribe en la segunda de dichas posibilidades, puesto que constituye sin duda una contraprestación por la cesión del dominio público, de modo que no resulta necesaria la aprobación de una Ordenanza fiscal, ya que se trata de un gravamen impuesto con carácter singular como contrapartida a la utilización del demanio por parte del concesionario en este caso concreto.

Ello no excluye, sin embargo, que el canon tenga efectivamente la naturaleza propia de una prestación patrimonial de carácter público, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional que se contiene, entre otras, en las sentencias 185/1995, 233/1999 y 63/2003. Sin embargo, como establece la última de dichas resoluciones, *“la norma suprema únicamente resultará vulnerada en la medida -y sólo en la medida- en que la regulación que de los citados cánones contiene la Ley (...) no respete las exigencias derivadas de la reserva de Ley establecida en los artículos 31.3 y 133.1 de la Constitución”*.

Pues bien, en el caso de autos, el requisito de la reserva de ley se halla cumplido en este caso mediante la previsión que se contiene en el artículo 24.1.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Según dicho precepto, debe tomarse como referencia, con carácter general, el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de la utilización privativa o del aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público.

En el caso que ahora se examina, el informe económico que obra al folio 9 del expediente permite apreciar que se ha tenido en cuenta, a la hora de determinar el importe del canon que debe satisfacer la entidad concesionaria, el precio de mercado que tendría el arrendamiento de una instalación semejante, al cual se ha aplicado únicamente la repercusión del 25% que corresponde al solar, lo que arroja la cifra mensual de 24.735 euros.

Debe concluirse, pues, que la determinación del canon se ha realizado con arreglo a los criterios que establece el artículo 24.1.a) del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, lo cual satisface la exigencia de la reserva de ley aplicable en este caso. Por otra parte, como dice la sentencia apelada, la recurrente no discute en realidad el importe del canon que ha fijado el acuerdo impugnado.

Desde otro punto de vista, tampoco puede considerarse desproporcionado el importe del canon, si se tiene en cuenta, como pone de relieve la sentencia apelada, que la actora ingresa unas cantidades superiores a los 300.000 euros anuales por la explotación de la escuela de fútbol, a los que han de añadirse más de 700.000 euros al año por el alquiler del centro deportivo y del restaurante. Las explicaciones de la actora sobre que dicho alquiler no se percibe en realidad resultan totalmente carentes de prueba y son contrarias al contenido de los respectivos contratos.

SÉPTIMO.- En último término, debe abordarse la posible existencia de la desviación de poder que denuncia la actora. En realidad, lo que alega dicha parte es la existencia de un trato desigual respecto de otras instalaciones deportivas municipales que han sido también objeto de concesión administrativa, lo que constituiría un vicio distinto de la desviación de poder invocada, ya que esta desigualdad no comportaría necesariamente una finalidad desviada, que no se ha acreditado en este caso.

De todos modos, no cabe olvidar que el principio de igualdad se aplica dentro del de legalidad, como ha declarado una reiterada jurisprudencia, de modo que no cabe pretender que no se apliquen las previsiones de una norma jurídica, por el hecho de que no lo haya sido en otros supuestos equivalentes.

Por todo ello, debe desestimarse en su integridad el recurso y confirmarse en sus propios términos la sentencia apelada.

OCTAVO.- Procede imponer las costas procesales a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, si bien con el límite de la cantidad de 1.000 euros.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- Desestimar el recurso de apelación que interpone la entidad “Fundació Privada Esportiva Terrassa Fútbol Club” contra la sentencia dictada el 18 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Barcelona, en el procedimiento ordinario nº 425/2010, la cual se confirma en sus propios términos.

2º.- Imponer a la apelante el pago de las costas causadas, con el límite de la cantidad de 1.000 euros.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Contra esta sentencia cabe, en su caso, recurso de casación, que se deberá preparar ante esta Sección en el plazo de 30 días desde su notificación, con arreglo al artículo 89.1 de la Ley Jurisdiccional, en la redacción conferida por L.O. 7/2015, en relación con lo previsto en el artículo 86 y siguientes LJCA.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.