



**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 6
MURCIA**

SENTENCIA: 00258/2018

ENTRADA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: 016100

AVDA. DE LA JUSTICIA, S/N - CIUDAD DE LA JUSTICIA - FASE I - 30011 MURCIA -DIR3:J00005741

Teléfono: Fax: 968-817234

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MEG

N.I.G: 30030 45 3 2018 0000604

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000089 /2018 /

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D/Dª:

Abogado:

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª AYUNTAMIENTO DE MURCIA

Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO.

Murcia, tres de diciembre de 2018.-

Vistos los autos de procedimiento ordinario num. 89/2018, seguidos a instancias de la entidad mercantil representada por el Procurador y asistida por el Letrado, contra el AYUNTAMIENTO DE MURCIA, representado y asistido por el LETRADO DEL AYUNTAMIENTO, sobre impugnación de...

EN NOMBRE DEL REY,

dicto la siguiente

S E N T E N C I A

I.-ANTECEDENTES DE HECHO.-

ÚNICO.-El día 26-2-2018 el Procurador, en la representación indicada, anunció recurso contencioso-administrativo, formalizado mediante demanda presentada el día 15-6-2018 de la que se dio traslado a la parte demandada que la contestó, quedando los autos conclusos para dictar sentencia previo recibimiento a prueba de los mismos.

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO.-



PRIMERO.-Los datos precisos para la comprensión inicial del presente litigio son, (según resultan de los expedientes 195/2002, 417/2016 y de los documentos acompañados a la demanda y contestación), los siguientes:

En el BORM num. 76 de 3-4-2002, se publicó el anuncio para la licitación del contrato "Concesión para la redacción del proyecto de obra y construcción de piscina cubierta en Cuartel de Artillería y posterior gestión del servicio", ff 40 y ss, expt 195/2002.

La cláusula 4 del Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económicas rector de la Concesión dice, f 6, expt 195/2002:

"4. RETRIBUCIÓN DEL CONCESIONARIO Y CANON DE LA CONCESIÓN

4.1 El concesionario percibirá en concepto de retribución por los servicios que preste las tarifas previstas en los precios públicos que se incluyen como Anexo II en el presente Pliego de Condiciones. Dichos precios públicos serán revisados anualmente por la Corporación, quedando el concesionario sujeto a los que anualmente estén vigentes.

4.2 No obstante, para servicios opcionales que los concursantes puedan proponer tales como jacuzzi, sauna, baño turco, etc cuyas tarifas no vienen establecidas en la relación de precios públicos del Anexo II, los licitadores presentarán en su oferta su propuesta de tarifas, que anualmente serán revisadas conforme a las variaciones del IPC.

4.3 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, hasta la extinción de la concesión, 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 objeto de mantener el equilibrio financiero de la concesión previos los informes del Servicio de Deportes".

A la licitación sólo concurrió , f 59, expt 195/2002, que presentó una oferta acompañada de un estudio de viabilidad que preveía unos gastos de 1.611.600



euros y unos ingresos de 794.100 euros, ff 42 y ss, expt 195/2002.

El 27-6-2002 el AYUNTAMIENTO DE MURCIA adjudicó el contrato a ff 81 y ss, expt 195/2002.

El acuerdo de adjudicación dice:

"La oferta base que resulta adjudicataria se concreta en sus aspectos esenciales como a continuación se determina:

De conformidad con el Pliego de Condiciones, apartado 4.3 e informe emitido al respecto, la subvención municipal será la diferencia entre los gastos totales que en primer año asciende según su oferta a 1.611.600 euros, (incluyendo los gastos financieros al tipo fijo del 7%), y los ingresos reales que cada año se alcancen, tras las comprobaciones oportunas. Por consiguiente, la cantidad de 817.500 euros, diferencia entre los ingresos y gastos previstos inicialmente, no es más que una referencia teórica del montante de la subvención municipal para el primer año de ejercicio; la subvención real será determinada precisamente cuando la liquidación de ingresos y gastos reales del año esté disponible".

Entre los años 2004 y 2013 el AYUNTAMIENTO abonó a una subvención equivalente a la diferencia entre el coste anual de la concesión y los ingresos, pág 5 de la demanda, anexos 1 a 10 de la demanda.

El 7-11-2012 se constituyó una Comisión Técnico-Jurídica para el estudio de los contratos de concesión municipal de obra pública de, entre otros complejos deportivos, Inacua, a efectos de determinar la procedencia, en su caso, de la revisión de dichos contratos o su modificación conforme a la normativa aplicable, a la vista de las importantes desviaciones que se venían produciendo entre las estimaciones que se consideraron para la adjudicación de la concesión y los resultados que se venían produciendo anualmente en las cuentas de la empresa con el consecuente incremento de la subvención a abonar por la Administración. En informe de 5-2-2014 la Comisión sostuvo, en síntesis, que uno de los principales problemas que se planteaban al interpretar y aplicar lo previsto en el Pliego era que no delimitaba de manera suficientemente clara y precisa los supuestos, requisitos y límites dentro los cuáles proceder al recálculo anual de la subvención previsto en los mismos, pudiendo dar lugar ello a interpretaciones diversas porque se había observado que el desequilibrio real entre costes e ingresos que cada año podían presentar las empresas en sus cuentas no tenía por qué ser la



única variable a tener en cuenta para determinar la procedencia del recálculo y su importe, debiendo ponderar otros elementos como las causas que motivaban las desviaciones, a quiénes eran imputables y cuál había sido la gestión del concesionario en orden a intentar ajustarse a las previsiones de su plan económico-financiero y ello porque el principio de riesgo y ventura del concesionario tiene carácter de elemento esencial y configurador del contrato de concesión de obra pública así como del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión. Concluía, por ello, que el recálculo debía proceder cuando las desviaciones que pudieran presentar las cuentas anuales respecto de lo previsto en los planes financieros presentados por la concesionaria en su oferta fueran imputables a decisiones municipales impuestas al concesionario, ff 232 y ss, expt 195/2002.

Con fundamento en el informe anterior, el 12-3-2014 el AYUNTAMIENTO inició un procedimiento de interpretación de la cláusula 4.3 sobre los criterios para el recálculo de la subvención a abonar al concesionario, ff 259 y ss, exp 195/2002.

El 18-7-2014 el CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA emitió el dictamen 209/2014 en el procedimiento de interpretación del contrato iniciado por el Ayuntamiento, ff 319 y ss, expt 195/2002.

En sus conclusiones dice:

"PRIMERA.-Se dictamina desfavorablemente la interpretación propuesta por el Ayuntamiento consultante para la Cláusula 4.3 PCAP, en la medida en que pretende restringir las causas que determinan la necesidad de proceder al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato a aquellas que sean imputables a la propia Corporación, lo que no se considera ajustado ni al clausulado que rige la concesión ni a la normativa contractual, conforme a lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

SEGUNDA.-La interpretación que de la referida Cláusula entiende el Consejo Jurídico que se ajusta más a la naturaleza del contrato en cuestión, a su clausulado y a la normativa aplicable, se contiene en la Consideración Quinta in fine de este Dictamen.

TERCERA.-En cualquier caso y dada la finalidad de control del gasto que inspira la interpretación municipal, puede valorar el Ayuntamiento la posibilidades de actuación sobre el contrato que, amparadas en la normativa relativa a





sostenibilidad de los servicios públicos y la estabilidad presupuestaria, se indican en la Consideración Sexta de este Dictamen".

En la consideración quinta, núcleo del informe emitido, se pueden leer, entre otras manifestaciones, las siguientes, ff 342 y ss, expt 195/2002:

"QUINTA.-

...
La Cláusula 4ª PCAP, destinada a regular el sistema de retribución del concesionario... dispone... que aquél percibirá el importe de las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento. Si la previsión de ingresos por tal concepto no alcanza para equilibrar el coste de la inversión más el funcionamiento de la instalación, el licitador presentará propuesta de cifra anual de subvención a abonar por el Ayuntamiento para mantener el equilibrio financiero de la concesión. En su caso, el importe de esta aportación pública se calculará anualmente, a la vista de las cuentas anuales auditadas del concesionario y del acuerdo municipal de revisión de precios públicos y previo informe del Servicio de Deportes, con el objetivo de mantener el equilibrio financiero de la concesión.

La interpretación que por ambas partes del contrato se ha venido dando hasta ahora al principio de equilibrio financiero de la concesión recogido en dicha cláusula ha dado lugar a una traslación total de los riesgos de la explotación al Ayuntamiento, haciendo inefectivo el principio de riesgo y ventura del concesionario, pues la subvención municipal se ha convertido en un auténtico seguro de beneficios mínimos, que cubre las diferencias existentes entre ingresos y gastos en las cuentas anuales presentadas por el concesionario, compensando totalmente el déficit de explotación.

Lo expuesto es demostrativo de una errónea concepción acerca del equilibrio financiero de la concesión, pues, al eliminar la subvención municipal cualquier riesgo para el concesionario, impide considerar el contrato como concesión de obra pública. De hecho, dicha aportación pública se convierte en una retribución fija o estable, (aunque variable en su cuantía), del concesionario, que se ve así cubierto por un verdadero seguro de pérdidas o déficits de gestión.

...

De la lectura del expediente se advierte... que el equilibrio de la concesión se hizo coincidir con aquél punto





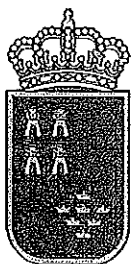
en que los ingresos, (procedentes de las tarifas abonadas por los usuarios más las aportaciones públicas), cubrieran los costes de inversión o construcción de la obra más los de funcionamiento, (Cláusula 4.3 PCAP). Éste es el equilibrio inicial de la concesión, en los términos en que fueron considerados para su adjudicación y el que ha de mantenerse durante toda la vida de la misma..

Ese equilibrio se fijó inicialmente conforme a las previsiones de ingresos y gastos contenidas en el plan económico-financiero presentado por el adjudicatario, (único licitador que acudió al concurso), junto con su oferta, por el cual se contenía una propuesta del importe de la subvención a abonar por el Ayuntamiento durante el primer año de la concesión, y cuya finalidad es la de mantener el equilibrio financiero de la concesión. En los sucesivos y años, y tal y como se recoge por el acuerdo de adjudicación, que a su vez plasma un previo informe de la Dirección Económica-Financiera del Ayuntamiento, "la subvención municipal será la diferencia entre los gastos totales que el primer año asciende a 1.611.600 euros y los ingresos reales que cada año se alcancen, tras las comprobaciones oportunas. Por consiguiente, la cantidad de 817.500 euros, diferencia entre ingresos y gastos previstos inicialmente, no es más que una referencia teórica del montante de la subvención municipal para el primer año de ejercicio; la subvención real será determinada precisamente cuando la liquidación de ingresos y gastos reales de ese año esté disponible".

En la oferta económica presentada por el adjudicatario, el importe de la subvención propuesta asciende a la diferencia aritmética entre los ingresos y gastos previstos para el primer año de vida de la subvención. Para el resto de años de vigencia del contrato, "estos ingresos para calcular el equilibrio económico de los años sucesivos, se revisarán conforme al crecimiento del IPC del sector servicios del año anterior"...

Estas previsiones económicas iniciales son formuladas libremente por los licitadores, que las integran en su oferta, quedando vinculadas por ellos. Al establecer las estimaciones de los gastos e ingresos asociados a la construcción de la obra y a su funcionamiento fijan también la subvención que consideran necesaria para establecer el equilibrio financiero de la concesión...

Ahora bien, si el concesionario ya erró al establecer esas primigenias previsiones, (al no anticipar unos importantes incrementos de costes), que son determinantes del equilibrio





inicial de la concesión, -que además fueron tenidas en cuenta como un elemento crucial de valoración para la adjudicación del contrato...-, dicho error no tendría por qué ser asumido por la Administración concedente, restableciendo un equilibrio que fue erróneamente fijado por el concesionario al inicio de la concesión...

Desde esta perspectiva, la interpretación propuesta por el Ayuntamiento sería correcta, aunque sólo de forma parcial. Así, según la Corporación consultante, el equilibrio inicial del contrato vendría determinado por la oferta del concesionario, en la que se incluye el importe de la subvención que persigue equilibrar el déficit existente entre los ingresos derivados de la frecuentación de la instalación por el público y los costes previstos, (de amortización de la obra, más los financieros, más los de explotación, incluido el beneficio industrial). Si la empresa yerra en sus previsiones iniciales, tal error no puede ser trasladado a la Administración en la forma de exigencia de una mayor subvención, sino que habrá de ser asumido por el concesionario como parte del aleas empresarial que le corresponde por el riesgo operaciones o de explotación de la obra y del servicio en cuestión. De modo que, sólo si el equilibrio de la concesión se rompe por una causa imputable a la Administración, (ius variandi o factum principis), ésta vendría compelida a su restablecimiento en virtud de lo establecido en la normativa de contratos...

Sin embargo, entiende el Consejo Jurídico que dicho entendimiento del sistema de retribución del concesionario no resuelve de forma satisfactoria esa permanente tensión entre el principio de riesgo y ventura del concesionario... y el principio de remuneración suficiente y de mantenimiento del equilibrio financiero de la concesión...

En realidad, la Cláusula 4.3 PCAP, al disponer la posibilidad de proceder al recálculo anual de la aportación municipal, establece una precisión acerca del modo en que habrá de procederse al reequilibrio financiero del contrato en caso de ruptura de la economía de la concesión. En tal supuesto, el importe de la subvención anual habrá de equilibrar los costes reales del contrato con los ingresos derivados del mismo, razón por la que se exige estar a las cuentas anuales auditadas del concesionario. En cuanto a la referencia que la cláusula contiene al acuerdo municipal de revisión de precios públicos, estima el Consejo Jurídico que no ha de considerarse como una restricción de los motivos que pueden dar lugar al reequilibrio de la concesión, como parece pretender el Ayuntamiento, -de modo que sólo procedería



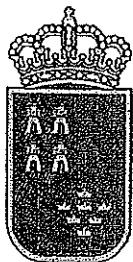


reequilibrar la concesión si se alteraran los precios públicos aprobados por la Corporación-, sino que ha de entenderse en el sentido de que la modificación de la subvención a otorgar no es el único medio para lograr el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato... sino uno más entre varios posible, toda vez que también deberán considerarse otras eventuales medidas de reequilibrio... singularmente la posibilidad de enjugar el déficit de explotación mediante una modificación de la tarifas o precios públicos aprobados por el Ayuntamiento para la utilización de las instalaciones.

En cualquier caso, y aunque conforme a lo expresado en los párrafos precedentes la interpretación propuesta por el Ayuntamiento no se considere plenamente adecuada, lo cierto es que el importe de la subvención anual resultante del recálculo previsto en la Cláusula 4.3 PCAP no tiene por qué coincidir necesariamente con la diferencia contable entre ingresos reales y costes, (amortización de las obras más funcionamiento de las instalaciones), que arrojen las cuentas de la empresa, pues ello llevaría a una absoluta traslación del riesgo de explotación al Ayuntamiento, lo que, como se ha indicado, resulta contrario no sólo a la naturaleza de la concesión de obras públicas, (art. 1286 Cc), sino también a la finalidad con que la normativa de contratos contempla la subvención de la Administración concedente de este tipo de contratos, la cual, de conformidad con el artículo 247 TRLCAP atiende, estrictamente, a la necesidad de garantizar la viabilidad económica de la explotación.

...

Así pues, el recálculo de la subvención a la explotación, como técnica de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, permite ajustar la retribución del concesionario en el contexto de la oferta inicial, lo que excluye que se puedan considerar como costes a reintegrar en dicho equilibrio extremos o cuestiones distintas a las ofertadas, que deberán ser asumidas como riesgo del concesionario. Tampoco ese equilibrio debe pretender satisfacer las previsiones del plan económico-financiero elaborado por la empresa, de modo que ésta habrá de asumir los errores contenido en él. Por el contrario, sí habrán de ser tomadas en consideración a tal efecto, además de aquellas alteraciones de la economía de la concesión derivadas de decisiones imputables a la Administración concedente, la concurrencia de hechos imprevisibles que, aún aplicando una buena y ordenada gestión empresarial, alteran la regla natural del reparto de riesgos, generando una mayor y desproporcionada onerosidad sobrevenida en el concesionario.



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 aquella 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 la cuentas 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".

A la vista del dictamen, el 25-7-2014 la Comisión técnico-jurídica emitió un informe, ff 357 y ss, expt 195/2002, en que propuso: "1º. Que la interpretación de la cláusula 4.3 del Pliego de Condiciones del Contrato, que prevé la posibilidad de recálculo anual de la subvención con la finalidad de mantener el equilibrio económico de la concesión se efectúe de conformidad con los términos y criterios expresados en el dictamen emitido por el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, (consideración 5ª).

El punto de partida o contexto a tener en cuenta para el posible recálculo de la subvención habrán de ser las previsiones establecidas en el Plan económico presentado, (que constituyen el punto de equilibrio económico inicialmente fijado por el concesionario), y las desviaciones que puedan presentar las cuentas anuales presentadas respecto de aquellas, (en cuanto puedan suponer una ruptura del equilibrio de la concesión), exigirán ser debidamente justificadas, conforme a los criterios señalados por el Consejo Jurídico en la interpretación que considera más adecuada para que puedan dar lugar al recálculo de la subvención previsto en el Pliego".

La propuesta fue asumida por el AYUNTAMIENTO en acuerdo de 31-7-2014, ff 367 y ss, exp 95/2002, contra el que la actora



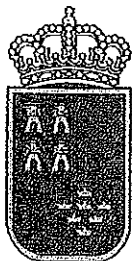


interpuso recurso de reposición alegando, sintéticamente, la caducidad del expediente de interpretación, la ausencia de oscuridad de la cláusula objeto de interpretación, la nulidad del acuerdo porque por la vía de interpretación del contrato se pretendía llevar a cabo una auténtica modificación unilateral del mismo, ff 409 y ss, expte 195/2002.

El recurso fue desestimado por acuerdo de 8-10-2014, ff 431 y ss, expte 195/2002, que no consta que haya sido objeto de recurso judicial.

El 4-12-2014 el AYUNTAMIENTO dirigió un oficio a , que decía: "Pongo en su conocimiento que la liquidación del ejercicio 2014 de ese Centro Deportivo, habrán de tener en cuenta lo dispuesto en el acuerdo de Junta de Gobierno local de fecha 31/07/2014..." y tras reproducir el acuerdo añadía: "En consecuencia, les instamos a la presentación de las cuentas del ejercicio 2014 en dos liquidaciones diferenciadas, tanto en su vertiente de ingresos como de gastos; una, atendiendo a los datos del plan económico en vigor, y otra, con las eventuales desviaciones respecto a aquél, sin cuyo requisito no podrán examinarse los datos que se aporten, con objeto de emitir los informes que corresponda, justificativos del reequilibrio económico de la concesión mediante el recálculo de la subvención municipal; de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5º del Dictamen nº 211/2014...", doc 3 de la contestación.

Como consecuencia, en una comunicación interior de 5-5-2015 se estableció que los criterios para el cálculo de las subvenciones a abonar a las concesiones deportivas municipales, eran los siguientes: "en principio, se abonará a cada concesionario la cantidad contenida en el plan de viabilidad que en su día presentó, y sólo se abonará una cantidad superior si así se acordada por la Junta de Gobierno tras la tramitación del siguiente procedimiento específico: solicitud expresa del concesionario en la que éste alegue y justifique la existencia de un desequilibrio económico "...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..." es decir, que se trate de "...hechos imprevisibles que, aún aplicando una buena y ordenada gestión empresarial, alteran la regla natural del reparto de riesgos, generando una mayor y desproporcionada





onerosidad sobrevenida en el concesionario...", doc 4 de la contestación.

Durante los ejercicios 2014 y 2015 la actora, previas cuentas anuales auditadas e informe de gestión del centro, solicitó subvenciones por importes de 1.601.459,22 y 1.591.524,47 euros; el AYUNTAMIENTO abonó, en dos pagos a cuenta de liquidación definitiva, subvenciones por importes de 800.729,61 cada una; después, aprobó sendas liquidaciones definitivas por importes de 609.274,35 y 609.276,76 euros respectivamente, resultando un saldo a favor del Ayuntamiento de 208.225,65 y 208.223,24 euros. Tanto los abonos a cuenta como las liquidaciones definitivas son objeto de sendos recursos que se tramitan en los JUZGADOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS DE MURCIA NUMS. 1 y 8, págs. 7 y ss de la demanda.

Respecto del ejercicio 2016, el 15-6-2017 la actora solicitó *"El abono del 50% como pago a cuenta del importe de la subvención para el periodo 2016, según Estado de Cuentas Financiero adjunto, certificado por Deloitte, tal y como se ha realizado en años anteriores"*, f 13, expt 417/2016. El estado de cuentas cuantificó la subvención anual a percibir en 1.600.784,72 euros, diferencia entre los gastos, 2.622.571,94 euros, y los ingresos, 1.021.787,22 euros, frente a los 817.500,01 euros previstos inicialmente, según la justificación que se detalla en el f 27, expt 417/2016.

El 1-12-2017 el SERVICIO DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO propuso que la subvención ascendiera a 600.833,41 euros, ff 79 y ss, expt 417/2016. El informe, que se remite a otros emitidos sobre el asunto que nos ocupa: por una parte lleva a cabo una actualización de los ingresos tanto por actividades que se corresponden con tarifas de precios públicos municipales, (que se actualizan conforme a los porcentajes de variación de dichos precios que cada año se han aprobado), como por actividades "propias" del concesionario, (que se actualizan conforme al IPC); por otra, no accede a la actualización de los gastos de suministros, (energía eléctrica, agua y gas), ni personal por no constar que se interesara su actualización en el pliego, la oferta o se haya acordado por el Ayuntamiento; y, respecto del resto de gastos, los actualiza conforme al IPC.

Frente a la propuesta la actora formuló alegaciones, ff 93 y ss, expt 417/2016, que fueron desestimadas y por acuerdo de 29-12-2017 el AYUNTAMIENTO aprobó la realización de una entrega a cuenta por importe de 600.833,41 euros sin perjuicio del resultado de la liquidación definitiva, ff 108 y ss, expt



417/2016, acuerdo que constituye el objeto del presente litigio.

Paralelamente, el 22-9-2017 la JUNTA DE GOBIERNO DEL AYUNTAMIENTO acordó iniciar un nuevo expediente de interpretación del contrato en cuanto a la actualización de los costes que detalla, (costes de suministro de energía eléctrica, de suministro de gas, de suministro de agua, costes de personal, resto de costes), expediente en el que la actora formuló alegaciones el 2-11-2017, anexos 15 y 16 de la demanda, y el 1-6-2018 el AYUNTAMIENTO propuso la actualización de los costes referidos conforme al IPC de aplicación a cada período tomando como fecha de inicio el IPC de la fecha de presentación de las ofertas, (3-5-2002), excluidos los gastos correspondientes a amortizaciones, gastos financieros, gastos generales y beneficio industrial.

Según mantiene la actora en la pág. 12 de su demanda la resolución mentada es favorable a incluir entre los conceptos a actualizar los referidos a gastos de suministros y personal.

SEGUNDO. - Como hemos dicho, es objeto del presente recurso contencioso-administrativo el acuerdo de 29-12-2017 en el que el AYUNTAMIENTO acordó la entrega a cuenta a FERROVIAL SERVICIOS, SA, de 600.833,41 euros en concepto de subvención y sin perjuicio de la liquidación final que se practique.

En el suplico de la demanda se pide que se dicte sentencia por la que se declare contrario a derecho el acuerdo recurrido y 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"*.

La pretensión anterior se funda, resumidamente, según se desprende de la lectura de la demanda, en que:

-El hecho de que el AYUNTAMIENTO haya realizado la entrega de una cantidad de dinero a cuenta de una liquidación final, no practicada aún, genera una situación de incertidumbre en torno a un elemento esencial del contrato, la retribución a percibir por la contratista, que no había existido con anterioridad, ha obligado a la actora a recurrir un acto de trámite y debe finalizar condenando al AYUNTAMIENTO a la



práctica de la liquidación definitiva por el importe de la subvención solicitada.

-La resolución recurrida es contraria a los pliegos, al contrato y al acuerdo de adjudicación de 27-2-2002 porque la subvención real a percibir debe ser la diferencia entre los gastos e ingresos reales que en el ejercicio 2016 fueron 2.622.571,93 y 1.021.787,22 euros, respectivamente, (según el Informe de Auditoría y Estados Financieros del Ejercicio 2016, ascendiendo la diferencia entre unos y otros a 1.600,784 euros, f 27, expt 417/2016), y no la diferencia entre el importe actualizado de los gastos e ingresos inicialmente previstos, (según se desprende la propuesta de pago contenida en los ff 79 y ss, específicamente f 89, expte. 417/2016).

-La resolución impugnada vulnera los actos propios de la Administración producidos de forma constante y sin solución de continuidad desde el inicio del contrato en relación con la tramitación de las subvenciones anuales y su abono, habida cuenta cuál ha sido la actuación de la Administración entre los ejercicios 2004 y 2013.

-La resolución impugnada contradice tanto el dictamen emitido por el CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA como el posterior acuerdo municipal de 31-7-2014.

El primero resulta vulnerado porque el dictamen dice en su Consideración 5ª que *"el importe de la subvención anual habrá de equilibrar los costes reales del contrato con los ingresos derivados del mismo, razón por la que se exige estar a las cuentas anuales auditadas del concesionario"* lo que impone una disciplina procedimental que la actora cumple auditando cada año sus cuentas a fin de conocer los gastos e ingresos reales y poder calcular el importe de la subvención. Frente a lo anterior, el modo de proceder del Ayuntamiento hace prescindible e inútil el procedimiento de cálculo de la subvención seguido por la actora.

El segundo también resulta vulnerado porque el acuerdo de 31-7-2014 se limita a recoger las consideraciones del dictamen sin establecer metodología alguna para el recálculo de la subvención.

-Los sucesivos actos que desde el año 2014 viene produciendo la Administración, con incidencia directa en la subvención a percibir como retribución por el concesionario, están perjudicando a la actora y evidencian que la Administración desconoce cómo justificar la reducción del importe de la subvención.





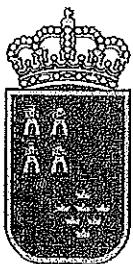
-La actuación municipal encubre una modificación del contrato por vía de hecho al realizar una interpretación en la que se imponen a la actora condiciones no previstas en la documentación contractual inicial.

TERCERO. - El AYUNTAMIENTO DE MURCIA opone:

-Frente al primer de los argumentos en que se funda la demanda que: --lo recurrido es una entrega a cuenta, de la liquidación definitiva, de la subvención prevista en el Plan de Viabilidad; --por tanto, en este recurso sólo se puede discutir sobre lo que se decide en el acto impugnado, es decir, si es legal o no acordar el anticipo de un importe de subvención a cuenta de lo que resulte de la liquidación definitiva y no si se debe conceder o no una subvención mayor porque el objeto de la liquidación definitiva es ese: decidir si procede el abono de más subvención de la prevista en el Plan de Viabilidad; --si bien es cierto que el actor solicitó que se le abonara una subvención por importe de 1.600.784,71 euros, el AYUNTAMIENTO acordó el abono, a cuenta de la liquidación definitiva, del importe de la subvención prevista para el primer año en el Plan de Viabilidad, 817.500 euros, sin perjuicio de lo que pudiera resultar del expediente de interpretación iniciado; --la petición de abono de más subvención respecto de la prevista en el Plan de Viabilidad da lugar a la tramitación de un procedimiento específico que finaliza con la liquidación definitiva del ejercicio, como se indicó en la comunicación de 5-5-2015; --es en este procedimiento específico donde debe acreditarse por el concesionario si concurren los supuestos para que proceda el recálculo de la subvención; --por ello no se puede acceder a lo pedido en la demanda porque es en el eventual recurso contra la liquidación definitiva donde el actor podrá defender el importe por el que debe aprobarse la subvención.

-En segundo lugar, sostiene el AYUNTAMIENTO que el pago a cuenta no contraviene la interpretación realizada por el CONSEJO JURÍDICO, asumida por el acuerdo municipal de 31-7-2014, porque el mismo se realiza sobre el importe previsto en el Plan de Viabilidad y no sobre el importe de la subvención solicitada y que será al discutir, en su caso, la legalidad de la liquidación definitiva donde habrá de decidirse si procede o no la liquidación de la subvención por un importe distinto al previsto en el Plan de Viabilidad.

-A continuación, mantiene el AYUNTAMIENTO que el cambio de interpretación de la cláusula 4.3 está justificado, se adoptó siguiendo el procedimiento legalmente establecido en





expediente de interpretación contractual, con audiencia del concesionario e informe del CONSEJO JURÍDICO que finalizó con el acuerdo de 31-7-2014 que es firme.

-El expediente de interpretación no es objeto del presente recurso y no puede ser discutido en estos autos; en cualquier caso, su tramitación se acordó en atención a una serie de circunstancias tales como: -que los resultados económicos que se venían presentando por el concesionario en las cuentas anuales auditadas desde el inicio de la concesión reflejaban unas diferencias de ingresos y gastos sustancialmente superiores a las establecidas por el concesionario en su oferta cuando fijó el importe de la subvención que le debía abonar el Ayuntamiento; -en tales circunstancias fue necesario proceder a interpretar la cláusula 4.3 del Pliego a través del expediente tramitado toda vez que no era posible mantener una interpretación de la cláusula según la cual el AYUNTAMIENTO asumía en todo caso las desviaciones que se produjeran respecto a lo previsto en la oferta.

-A partir del acuerdo de 31-7-2014: -el AYUNTAMIENTO no debe cubrir con su subvención toda la diferencia entre los ingresos y los costes que resulten de las cuentas anuales que presenta el concesionario; -para el recálculo de la subvención debe partirse de los datos de la subvención prevista en el Plan Económico-Financiero que presentó el concesionario con su oferta; -el recálculo sólo puede proceder si concurren las circunstancias prevista en el acuerdo citado; -cuando la desviación entre lo previsto en el Plan económico-financiero y las cuentas anuales se deba a un error en las previsiones contenida en el Plan, el error no debe ser asumido por la Administración concedente; -ésta no debe asumir costes distintos a los ofertados; -corresponde al concesionario probar que concurren las circunstancias necesarias para el recálculo de la subvención.

CUARTO. - Planteado el presente litigio en los términos expuestos en los fundamentos que preceden, para su resolución debemos partir de que lo impugnado es el acuerdo de 29-12-2017 por el que el AYUNTAMIENTO DE MURCIA aprobó la realización de una entrega a de 600.833,41 euros a cuenta de la liquidación definitiva de la subvención pedida para el año 2016.

Es cierto que lo recurrido no es la denegación de la liquidación definitiva de la subvención pedida, (lo pedido fueron 1.600,784,72 euros), sino una entrega de dinero a cuenta de la referida liquidación, (lo que formalmente se ajusta a lo que solicitó la actora 15-6-2017: "El abono del





50% como pago a cuenta del importe de la subvención para el período 2016, según Estado de Cuentas Financiero adjunto, certificado por Deloitte, tal y como se ha realizado en años anteriores").

Ahora bien, en la medida en que la impugnación de la entrega a cuenta se dirige, no tanto contra el hecho de que se trate de una entrega parcial cuanto contra la manera en que se cuantifica, (que presumiblemente será igual cuando se haga la liquidación final), consideramos que la resolución del presente litigio debe pronunciarse sobre la adecuación o no a derecho de la forma de cálculo de la subvención pedida para el ejercicio 2016 y no reducirse a un pronunciamiento sobre la procedencia o no de la entrega a cuenta acordada.

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 están 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.

SEXTO.-Al amparo del art. 139 de la LJCA cada parte debe pagar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al plantear la resolución del litigio dudas de derecho.

III.-FALLO.-

Que debo: 1º.-desestimar la demanda de recurso contencioso-administrativo formulada por el Procurador D. en nombre y representación de la entidad mercantil contra el acuerdo referido en el fundamento de derecho segundo de la presente sentencia; y 2º.-declararlo ajustado a derecho; debiendo pagar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Esta sentencia no es firme y contra ella las partes pueden interponer ante este Juzgado dentro de los quince días siguientes a su notificación recurso de apelación del que, en su caso, conocerá la SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TSJ-MUCIA.

Para la admisión del recurso es preciso es preciso acreditar la consignación en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre de de este Juzgado con el num. 3316, código 22, en la entidad bancaria BANCO DE SANTANDER de la cantidad de 50 euros, estando exentos quienes gocen del beneficio de justicia gratuita, el Mº. Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependiente de todos ellos.

Líbrese y únase testimonio de esta sentencia a los autos con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo. JUAN GONZALEZ RODRIGUEZ, Magistrado-Juez Titular del Juzgado Contencioso Administrativo nº 6 de Murcia.





PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue notificada a las partes mediante lectura íntegra estando celebrando audiencia pública el Magistrado- Juez que la suscribe. Doy fe.





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

SENTENCIA: 00287/2019

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 2018 0000604

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000054 /2019

Sobre: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

De D./ña.

Representación D./

Contra D./Dª. AYUNTAMIENTO DE MURCIA

Representación D./Dª.

ROLLO DE APELACIÓN núm. 54/2019

SENTENCIA núm. 287/2019

**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

Dª. María Esperanza Sánchez de la Vega

D. Julián Pérez-Templado Jordán

Magistrados

han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A n° 287/19

En Murcia, a siete de junio de dos mil diecinueve.

En el rollo de apelación n° 54/2019 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia n° 258/2018, de 3 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° 6 de Murcia, dictada en el recurso contencioso administrativo n° 89/2018, tramitado por las normas del procedimiento ordinario, en cuantía indeterminada, en el que figuran



como parte apelante
Procurador

-----", representada por el
y dirigida por el Letrado D.
i, y como parte apelada el Ayuntamiento de
Murcia, representado y dirigido por el Letrado de su Servicio Jurídico, sobre
contratación; siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. María Consuelo
Uris Lloret, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 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 Sala, la cual designó Magistrado ponente y acordó que quedaran los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el día 24 de mayo de 2019.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Para una mayor comprensión de las cuestiones debatidas en el presente recurso conviene destacar sus antecedentes fácticos, que son expuestos ordenadamente en la sentencia apelada en los siguientes términos:

<<En el BORM núm. 76 de 3-4-2002, se publicó el anuncio para la licitación del contrato "Concesión para la redacción del proyecto de obra y construcción de piscina cubierta en Cuartel de Artillería y posterior gestión del servicio", ff 40 y ss, expt 195/2002.

La cláusula 4 del Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económicas rector de la Concesión dice, f 6, expt 195/2002:

"4. RETRIBUCIÓN DEL CONCESIONARIO Y CANON DE LA CONCESIÓN

4.1 El concesionario percibirá en concepto de retribución por los servicios que preste las tarifas previstas en los precios públicos que se incluyen como Anexo II en el presente Pliego de Condiciones. Dichos precios públicos serán revisados anualmente por la Corporación, quedando el concesionario sujeto a los que anualmente estén vigentes.

4.2 No obstante, para servicios opcionales que los concursantes puedan proponer tales como jacuzzi, sauna, baño turco, etc cuyas tarifas no vienen establecidas en la relación de precios públicos del Anexo II, los licitadores presentarán en su oferta su propuesta de tarifas, que anualmente serán revisadas conforme a las variaciones del IPC.

4.3 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, hasta la extinción de la concesión, 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 objeto de mantener el equilibrio financiero de la concesión previos los informes del Servicio de Deportes”.

A la licitación sólo concurrió , f 59, expt 195/2002, que presentó una oferta acompañada de un estudio de viabilidad que preveía unos gastos de 1.611.600 euros y unos ingresos de 794.100 euros, ff 42 y ss, expt. 195/2002.

El 27-6-2002 el AYUNTAMIENTO DE MURCIA adjudicó el contrato a ff 81 y ss, expt 195/2002.

El acuerdo de adjudicación dice:

“La oferta base que resulta adjudicataria se concreta en sus aspectos esenciales como a continuación se determina:

De conformidad con el Pliego de Condiciones, apartado 4.3 e informe emitido al respecto, la subvención municipal será la diferencia entre los gastos totales que en primer año asciende según su oferta a 1.611.600 euros, (incluyendo los gastos financieros al tipo fijo del 7 %), y los ingresos reales que cada año se alcancen, tras las comprobaciones oportunas. Por consiguiente, la cantidad de 817.500 euros, diferencia entre los ingresos y gastos previstos inicialmente, no es más que una referencia teórica del montante de la subvención municipal para el primer año de ejercicio; la subvención real será determinada precisamente cuando la liquidación de ingresos y gastos reales del año esté disponible”.

Entre los años 2004 y 2013 el AYUNTAMIENTO abonó a , una subvención equivalente a la diferencia entre el coste anual de la concesión y los ingresos, pág. 5 de la demanda, anexos 1 a 10 de la demanda.

El 7-11-2012 se constituyó una Comisión Técnico-Jurídica para el estudio de los contratos de concesión municipal de obra pública de, entre otros complejos deportivos, Inacua, a efectos de determinar la procedencia, en su caso, de la revisión de dichos contratos o su modificación conforme a la normativa aplicable, a la vista de las importantes desviaciones que se venían produciendo entre las estimaciones que se consideraron para la adjudicación de la concesión y los resultados que se venían produciendo anualmente en las cuentas de la empresa con el consecuente incremento de la subvención a abonar por la Administración. En informe de 5-2-2014 la Comisión sostuvo, en síntesis, que uno de los principales problemas que se planteaban al interpretar y aplicar lo previsto en el Pliego era que no delimitaba de manera suficientemente clara y precisa los supuestos, requisitos y límites dentro los cuáles proceder al recálculo anual de la subvención previsto en los mismos, pudiendo dar lugar ello a interpretaciones diversas porque se había observado que el desequilibrio real entre costes e ingresos que cada año podían presentar las empresas en sus cuentas no tenía por qué ser la única variable a

tener en cuenta para determinar la procedencia del recálculo y su importe, debiendo ponderar otros elementos como las causas que motivaban las desviaciones, a quiénes eran imputables y cuál había sido la gestión del concesionario en orden a intentar ajustarse a las previsiones de su plan económico-financiero y ello porque el principio de riesgo y ventura del concesionario tiene carácter de elemento esencial y configurador del contrato de concesión de obra pública así como del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión. Concluía, por ello, que el recálculo debía proceder cuando las desviaciones que pudieran presentar las cuentas anuales respecto de lo previsto en los planes financieros presentados por la concesionaria en su oferta fueran imputables a decisiones municipales impuestas al concesionario, ff 232 y ss, expt. 195/2002.

Con fundamento en el informe anterior, el 12-3-2014 el AYUNTAMIENTO inició un procedimiento de interpretación de la cláusula 4.3 sobre los criterios para el recálculo de la subvención a abonar al concesionario, ff 259 y ss, exp. 195/2002.

El 18-7-2014 el CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA emitió el dictamen 209/2014 en el procedimiento de interpretación del contrato iniciado por el Ayuntamiento, ff 319 y ss, expt. 195/2002.

En sus conclusiones dice:

“PRIMERA.-Se dictamina desfavorablemente la interpretación propuesta por el Ayuntamiento consultante para la Cláusula 4.3 PCAP, en la medida en que pretende restringir las causas que determinan la necesidad de proceder al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato a aquellas que sean imputables a la propia Corporación, lo que no se considera ajustado ni al clausulado que rige la concesión ni a la normativa contractual, conforme a lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

SEGUNDA. -La interpretación que de la referida Cláusula entiende el Consejo Jurídico que se ajusta más a la naturaleza del contrato en cuestión, a su clausulado y a la normativa aplicable, se contiene en la Consideración Quinta in fine de este Dictamen.

TERCERA. -En cualquier caso y dada la finalidad de control del gasto que inspira la interpretación municipal, puede valorar el Ayuntamiento las posibilidades de actuación sobre el contrato que, amparadas en la normativa relativa a sostenibilidad de los servicios públicos y la estabilidad presupuestaria, se indican en la Consideración Sexta de este Dictamen”.

En la consideración quinta, núcleo del informe emitido, se pueden leer, entre otras manifestaciones, las siguientes, ff 342 y ss, expt. 195/2002:

“QUINTA.-

...
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 aquella 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 la cuentas 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”.

A la vista del dictamen, el 25-7-2014 la Comisión técnico-jurídica emitió un informe, ff 357 y ss, expt. 195/2002, en que propuso: “1º. Que la interpretación de la cláusula 4.3 del Pliego de Condiciones del Contrato, que prevé la posibilidad de recálculo anual de la subvención con la finalidad de mantener el equilibrio económico de la concesión se efectúe de conformidad con los términos y criterios expresados en el dictamen emitido por el Consejo Jurídico de la Región de Murcia, (consideración 5ª).

El punto de partida o contexto a tener en cuenta para el posible recálculo de la subvención habrán de ser las previsiones establecidas en el Plan económico presentado, (que constituyen el punto de equilibrio económico inicialmente fijado por el concesionario), y las desviaciones que puedan presentar las cuentas anuales presentadas respecto de aquellas, (en cuanto puedan suponer una ruptura del equilibrio de la concesión), exigirán ser debidamente justificadas, conforme a los criterios señalados por el Consejo Jurídico en la interpretación que considera más adecuada para que puedan dar lugar al recálculo de la subvención previsto en el Pliego”.

La propuesta fue asumida por el AYUNTAMIENTO en acuerdo de 31-7-2014, ff 367 y ss, exp. 95/2002, contra el que la actora interpuso recurso de reposición...

El recurso fue desestimado por acuerdo de 8-10-2014, ff 431 y ss, expte. 195/2002, que no consta que haya sido objeto de recurso judicial.

El 4-12-2014 el AYUNTAMIENTO dirigió un oficio a que decía: “Pongo en su conocimiento que la liquidación del ejercicio 2014 de ese Centro Deportivo, habrán de tener en cuenta lo dispuesto en el acuerdo de Junta de Gobierno local de fecha 31/07/2014...” y tras reproducir el acuerdo añadía: “En consecuencia, les instamos a la presentación de las cuentas del ejercicio 2014 en dos liquidaciones diferenciadas, tanto en su vertiente de ingresos como de gastos: una, atendiendo a los datos del plan económico en vigor, y otra, con las eventuales desviaciones respecto a aquél, sin cuyo requisito no podrán examinarse los datos que se aporten, con objeto de emitir los informes que corresponda, justificativos del reequilibrio económico de la concesión mediante el recálculo de la subvención municipal; de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5º del Dictamen nº 211/2014...”, doc. 3 de la contestación.

Como consecuencia, en una comunicación interior de 5-5-2015 se estableció que los criterios para el cálculo de las subvenciones a abonar a las concesiones deportivas municipales, eran los siguientes: “en principio, se abonará a cada concesionario la cantidad contenida en el plan de viabilidad que en su día presentó, y sólo se abonará una cantidad superior si así se acordada por la Junta de

Gobierno tras la tramitación del siguiente procedimiento específico: solicitud expresa del concesionario en la que éste alegue y justifique la existencia de un desequilibrio económico "...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..." es decir, que se trate de "...hechos imprevisibles que, aún aplicando una buena y ordenada gestión empresarial, alteran la regla natural del reparto de riesgos, generando una mayor y desproporcionada onerosidad sobrevenida en el concesionario...", doc. 4 de la contestación.

Durante los ejercicios 2014 y 2015 la actora, previas cuentas anuales auditadas e informe de gestión del centro, solicitó subvenciones por importes de 1.601.459,22 y 1.591.524,47 euros; el AYUNTAMIENTO abonó, en dos pagos a cuenta de liquidación definitiva, subvenciones por importes de 800.729,61 cada una; después, aprobó sendas liquidaciones definitivas por importes de 609.274,35 y 609.276,76 euros respectivamente, resultando un saldo a favor del Ayuntamiento de 208.225,65 y 208.223,24 euros. Tanto los abonos a cuenta como las liquidaciones definitivas son objeto de sendos recursos que se tramitan en los JUZGADOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS DE MURCIA NUMS. 1 y 8, págs. 7 y ss de la demanda.

Respecto del ejercicio 2016, el 15-6-2017 la actora solicitó "El abono del 50 % como pago a cuenta del importe de la subvención para el período 2016, según Estado de Cuentas Financiero adjunto, certificado por Deloitte, tal y como se ha realizado en años anteriores", f 13, expt. 417/2016. El estado de cuentas cuantificó la subvención anual a percibir en 1.600.784,72 euros, diferencia entre los gastos, 2.622.571,94 euros, y los ingresos, 1.021.787,22 euros, frente a los 817.500,01 euros previstos inicialmente, según la justificación que se detalla en el f 27, expt. 417/2016.

El 1-12-2017 el SERVICIO DE DEPORTES DEL AYUNTAMIENTO propuso que la subvención ascendiera a 600.833,41 euros, ff 79 y ss, expt. 417/2016. El informe, que se remite a otros emitidos sobre el asunto que nos ocupa: por una parte lleva a cabo una actualización de los ingresos tanto por actividades que se corresponden con tarifas de precios públicos municipales, (que se actualizan conforme a los porcentajes de variación de dichos precios que cada año se han aprobado), como por actividades "propias" del concesionario, (que se actualizan conforme al IPC); por otra, no accede a la actualización de los gastos de suministros, (energía eléctrica, agua y gas), ni personal por no constar que se interesara su actualización en el pliego, la oferta o se haya acordado por el Ayuntamiento; y, respecto del resto de gastos, los actualiza conforme al IPC.

Frente a la propuesta la actora formuló alegaciones, ff 93 y ss, expt. 417/2016, que fueron desestimadas y por acuerdo de 29-12-2017 el AYUNTAMIENTO aprobó la realización de una entrega a cuenta por importe de 600.833,41 euros sin perjuicio del resultado de la liquidación definitiva, ff 108 y ss, expt. 417/2016, acuerdo que constituye el objeto del presente litigio.

Paralelamente, el 22-9-2017 la JUNTA DE GOBIERNO DEL AYUNTAMIENTO acordó iniciar un nuevo expediente de interpretación del contrato en cuanto a la

actualización de los costes que detalla, (costes de suministro de energía eléctrica, de suministro de gas, de suministro de agua, costes de personal, resto de costes), expediente en el que la actora formuló alegaciones el 2-11-2017, anexos 15 y 16 de la demanda, y el 1-6-2018 el AYUNTAMIENTO propuso la actualización de los costes referidos conforme al IPC de aplicación a cada período tomando como fecha de inicio el IPC de la fecha de presentación de las ofertas, (3-5-2002), excluidos los gastos correspondientes a amortizaciones, gastos financieros, gastos generales y beneficio industrial.

Según mantiene la actora en la pág. 12 de su demanda la resolución mentada es favorable a incluir entre los conceptos a actualizar los referidos a gastos de suministros y personal>>.

SEGUNDO. - En el suplico de la demanda se interesaba que se dictara sentencia por la que se condenara al Ayuntamiento de Murcia "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 a 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".

En la demanda se alegaban los siguientes motivos del recurso, según se exponen en la sentencia apelada:

<<-El hecho de que el AYUNTAMIENTO haya realizado la entrega de una cantidad de dinero a cuenta de una liquidación final, no practicada aún, genera una situación de incertidumbre en torno a un elemento esencial del contrato, la retribución a percibir por la contratista, que no había existido con anterioridad, ha obligado a la actora a recurrir un acto de trámite y debe finalizar condenando al AYUNTAMIENTO a la práctica de la liquidación definitiva por el importe de la subvención solicitada.

-La resolución recurrida es contraria a los pliegos, al contrato y al acuerdo de adjudicación de 27-2-2002 porque la subvención real a percibir debe ser la diferencia entre los gastos e ingresos reales que en el ejercicio 2016 fueron 2.622.571,93 y 1.021.787,22 euros, respectivamente, (según el Informe de Auditoría y Estados Financieros del Ejercicio 2016, ascendiendo la diferencia entre unos y otros a 1.600,784 euros, f 27, expt. 417/2016), y no la diferencia entre el importe actualizado de los gastos e ingresos inicialmente previstos, (según se desprende la propuesta de pago contenida en los ff 79 y ss, específicamente f 89, expte. 417/2016).

-La resolución impugnada vulnera los actos propios de la Administración producidos de forma constante y sin solución de continuidad desde el inicio del contrato en relación con la tramitación de las subvenciones anuales y su abono, habida cuenta cuál ha sido la actuación de la Administración entre los ejercicios 2004 y 2013.

-La resolución impugnada contradice tanto el dictamen emitido por el CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA como el posterior acuerdo municipal de 31-7-2014.

El primero resulta vulnerado porque el dictamen dice en su Consideración 5ª que "el importe de la subvención anual habrá de equilibrar los costes reales del contrato con los ingresos derivados del mismo, razón por la que se exige estar a las cuentas anuales auditadas del concesionario" lo que impone una disciplina procedimental que la actora cumple auditando cada año sus cuentas a fin de conocer los gastos e ingresos reales y poder calcular el importe de la subvención. Frente a lo anterior, el modo de proceder del Ayuntamiento hace prescindible e inútil el procedimiento de cálculo de la subvención seguido por la actora.

El segundo también resulta vulnerado porque el acuerdo de 31-7-2014 se limita a recoger las consideraciones del dictamen sin establecer metodología alguna para el recálculo de la subvención.

-Los sucesivos actos que desde el año 2014 viene produciendo la Administración, con incidencia directa en la subvención a percibir como retribución por el concesionario, están perjudicando a la actora y evidencian que la Administración desconoce cómo justificar la reducción del importe de la subvención.

-La actuación municipal encubre una modificación del contrato por vía de hecho al realizar una interpretación en la que se imponen a la actora condiciones no previstas en la documentación contractual inicial>>.

Frente a tales motivos la parte demandada oponía:

<<-Frente al primer de los argumentos en que se funda la demanda que: --lo recurrido es una entrega a cuenta, de la liquidación definitiva, de la subvención prevista en el Plan de Viabilidad; --por tanto, en este recurso sólo se puede discutir sobre lo que se decide en el acto impugnado, es decir, si es legal o no acordar el anticipo de un importe de subvención a cuenta de lo que resulte de la liquidación definitiva y no si se debe conceder o no una subvención mayor porque el objeto de la liquidación definitiva es ese: decidir si procede el abono de más subvención de la prevista en el Plan de Viabilidad; --si bien es cierto que el actor solicitó que se le abonara una subvención por importe de 1.600.784,71 euros, el AYUNTAMIENTO acordó el abono, a cuenta de la liquidación definitiva, del importe de la subvención prevista para el primer año en el Plan de Viabilidad, 817.500 euros, sin perjuicio de lo que pudiera resultar del expediente de interpretación iniciado; --la petición de abono de más subvención respecto de la prevista en el Plan de Viabilidad da lugar a la tramitación de un procedimiento específico que finaliza con la liquidación definitiva del ejercicio, como se indicó en la comunicación de 5-5-2015; --es en este procedimiento específico donde debe acreditarse por el concesionario si concurren los supuestos para que proceda el recálculo de la subvención; --por ello no se puede acceder a lo pedido en la demanda porque es en el eventual recurso contra la liquidación definitiva donde el actor podrá defender el importe por el que debe aprobarse la subvención.

-En segundo lugar, sostiene el AYUNTAMIENTO que el pago a cuenta no contraviene la interpretación realizada por el CONSEJO JURÍDICO, asumida por el acuerdo municipal de 31-7-2014, porque el mismo se realiza sobre el importe previsto en el Plan de Viabilidad y no sobre el importe de la subvención solicitada y que será al discutir, en su caso, la legalidad de la liquidación definitiva donde habrá de decidirse si procede o no la liquidación de la subvención por un importe distinto al previsto en el Plan de Viabilidad.

-A continuación, mantiene el AYUNTAMIENTO que el cambio de interpretación de la cláusula 4.3 está justificado, se adoptó siguiendo el procedimiento legalmente establecido en expediente de interpretación contractual, con audiencia del concesionario e informe del CONSEJO JURÍDICO que finalizó con el acuerdo de 31-7-2014 que es firme.

-El expediente de interpretación no es objeto del presente recurso y no puede ser discutido en estos autos; en cualquier caso, su tramitación se acordó en atención a una serie de circunstancias tales como: -que los resultados económicos que se venían presentando por el concesionario en las cuentas anuales auditadas desde el inicio de la concesión reflejaban unas diferencias de ingresos y gastos sustancialmente superiores a las establecidas por el concesionario en su oferta cuando fijó el importe de la subvención que le debía abonar el Ayuntamiento; -en tales circunstancias fue necesario proceder a interpretar la cláusula 4.3 del Pliego a través del expediente tramitado toda vez que no era posible mantener una interpretación de la cláusula según la cual el AYUNTAMIENTO asumía en todo caso las desviaciones que se produjeran respecto a lo previsto en la oferta.

-A partir del acuerdo de 31-7-2014: -el AYUNTAMIENTO no debe cubrir con su subvención toda la diferencia entre los ingresos y los costes que resulten de las cuentas anuales que presenta el concesionario; -para el recálculo de la subvención debe partirse de los datos de la subvención prevista en el Plan Económico-Financiero que presentó el concesionario con su oferta; -el recálculo sólo puede proceder si concurren las circunstancias prevista en el acuerdo citado; -cuando la desviación entre lo previsto en el Plan económico-financiero y las cuentas anuales se deba a un error en las previsiones contenida en el Plan, el error no debe ser asumido por la Administración concedente; -ésta no debe asumir costes distintos a los ofertados; -corresponde al concesionario probar que concurren las circunstancias necesarias para el recálculo de la subvención>>.

TERCERO. - Pese a no ser el acto impugnado la liquidación definitiva de la subvención del año 2016, sino el abono de una parte a cuenta de esa liquidación, el juzgador de instancia examina la legalidad del modo en que se ha cuantificado ese importe, y desestima el recurso en atención a las siguientes argumentaciones:

<<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 v 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 están 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 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>>.

CUARTO. - Por la mercantil se interpone recurso de apelación contra la sentencia.

Reitera las alegaciones contenidas en demanda, y alega además que el Ayuntamiento sostiene que la metodología de cálculo que sigue es la que se desprende del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 31 de julio de 2014 sobre interpretación del Contrato, lo que resulta plenamente contradictorio con que la Junta de Gobierno Local en sesión ordinaria de fecha 22 de septiembre de 2017 iniciara un segundo nuevo expediente de interpretación del Contrato, en el que el Ayuntamiento proponía para el cálculo de la subvención anual una revisión de los distintos capítulos de costes de la oferta adjudicada (personal, suministros y resto de costes) conforme a las variaciones del convenio colectivo sectorial de aplicación para los costes de personal, del Índice de Precios Industriales en la clase correspondiente para el suministro de energía eléctrica, gas y agua y del I.P.C. para el resto de costes, producidas entre la fecha límite de presentación de las proposiciones (03/05/2002) y el 31 de diciembre del año de que se trate. La Junta de Gobierno Local de fecha 1 de junio de 2018 acordó conceder a la concesionaria trámite de audiencia previo al archivo del segundo expediente de interpretación del Contrato y proponer una revisión de los gastos teóricos a efectos del cálculo de la subvención conforme al I.P.C. de aplicación a cada periodo tomando entre la fecha de presentación de las ofertas (03/05/2002) y el 31 de diciembre del año de que se trate, excluyendo de la base de actualización, los gastos correspondientes a amortizaciones, gastos financieros, gastos generales y beneficio industrial en una aplicación retroactiva del artículo 4.2 de la Ley 2/2015, de desindexación de la economía española y del artículo 7.3 del Reglamento que la desarrolla, prohibida para este Contrato por su Disposición Transitoria 1.

Por último, la Junta de Gobierno Local en sesiones de fechas 21 y 28 de diciembre de 2018, cuatro, tres y dos años después de terminados los ejercicios económicos correspondientes, ha aprobado las liquidaciones definitivas de las subvenciones correspondientes a los ejercicios 2014, 2015 y 2016. Señala la demandante que ejercitará contra tales liquidaciones las acciones que legalmente correspondan.

En relación con la sentencia apelada, alega que sorprende sobremanera que, tras asumir que "(...) 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", a continuación indique 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", dado que la diferencia entre los gastos e ingresos reales conforme lo estipulado no es lo mismo que la diferencia entre los gastos (no todos los gastos) e ingresos teóricos conforme al IPC, al punto que la diferencia entre ambos asciende, a 672.212,06 euros.



Considera igualmente, que la sentencia incurre en infracción del contenido de los pliegos y del contrato y de las normas de interpretación de contratos contenidas en el Código Civil.

Tanto la cifra abonada a cuenta de la subvención 2016 (600.833,41 €) como la aprobada finalmente por el Ayuntamiento (928.572,65 €) por aplicación a los ingresos teóricos y a determinadas partidas de los gastos teóricos del IPC como indica la Sentencia dista con mucho de ser la “subvención” como diferencia entre los “gastos totales” (2.622.571,93 €) y los “ingresos reales” (1.021.787,22 €) “determinada cuando la liquidación de ingresos y gastos reales del año esté disponible”, a la vista de las cuentas anuales auditadas, y que asciende a 1.600.784,71 €, como determina el Contrato, al que están sometidos tanto la Administración contratante como el contratista.

Sin embargo la sentencia recurrida abona que la subvención sea la diferencia entre los ingresos y los costes teóricos - no los reales como estipula el pliego - conforme el I.P.C. acumulado entre la fecha límite de presentación de las proposiciones y el 31 de diciembre del año de que se trate, excluyendo de la base de actualización, los gastos correspondientes a amortizaciones, gastos financieros, gastos generales y beneficio industrial, aplicando retroactivamente del artículo 4.2 de la Ley 2/2015, de desindexación de la economía española y del artículo 7.3 del Reglamento que la desarrolla, lo que está expresamente prohibido por su Disposición Transitoria. Es evidente que ni el Pliego, ni el Contrato ni la oferta adjudicada indican que la subvención se calculará de esta forma, ya que la previsión de revisión sólo está prevista para los ingresos vía las tarifas previstas en los precios públicos las tarifas por los servicios opcionales (en este último caso, con el I.P.C.), pero no para la subvención. La revisión en los términos recogidos en la Sentencia es contraria al tenor de los Pliegos y del Contrato, ya que lo que prevén es que la subvención real (y no la teórica) se recalculará como el diferencial entre los gastos totales (y no los teóricos) y los ingresos reales (y no los teóricos) cuando la liquidación de dichos gastos e ingresos reales esté disponible y a la luz de las cuentas auditadas del concesionario. En consecuencia, la revisión del importe de la subvención que contiene la Sentencia recurrida supone una infracción de los artículos 4, 14, 49.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la jurisprudencia que los interpreta, que considera que el Pliego es la Ley del Contrato y cuyo contenido sólo puede modificarse por el procedimiento de modificación los contratos legalmente previsto.

Asimismo, infringe el artículo 1.281, 1.282 y 1.288 del Código Civil. Desde este punto de vista los actos de la Administración aprobando las subvenciones como la diferencia entre los ingresos y los gastos reales una vez terminado el ejercicio, a la luz de las cuentas anuales auditadas y tras

las comprobaciones oportunas, durante más de una década no dejan lugar a dudas sobre que la intención de la Administración era esa y no otra.

La apelación genérica al principio de riesgo y ventura que efectúa la Sentencia, que en su formulación abstracta puede ser compartido, no puede obviar que el mismo se proyecta sobre un Pliego y un Contrato concreto con un clausulado específico al que tienen que someterse las partes, pero muy especialmente la Administración en tanto que redactora del Pliego. Y en ese sentido todos los años se ha presentado por la concesionaria a la Administración la propuesta de programa deportivo que recoge todas las actividades del centro para su aprobación por la Administración, junto una exhaustiva información sobre la gestión y costes de explotación llevada a cabo, entre ellas el informe de gestión con periodicidad trimestral (que es un completo informe sobre las actividades del centro y los resultados económicos), el informe de gestión anual y el informe de auditoría de cuentas elaborado por una firma auditora de primer nivel que calcula la subvención anual en los términos indicados en el propio Contrato. Sobre esos documentos se fundamenta anualmente la solicitud de subvención que, una vez analizada y fiscalizada por la Administración, es aprobada por ella. Toda la gestión de la concesionaria ha sido fiscalizada en todos los órdenes por diversos servicios técnicos de la Administración (Servicio de Deportes, Interventoría, Servicios Jurídicos), tanto en lo que se refiere a la gestión deportiva, como a la gestión económica, dando lugar a los acuerdos municipales de aprobación de la subvención municipal. Por el contrario, la sentencia apelada, al abonar la revisión de los ingresos y parte de los costes teóricos con el IPC, frente a lo actuado en la década precedente, y siendo el objetivo de la subvención en el Pliego y en el Contrato el equilibrio entre los ingresos y los gastos, da como resultado un déficit de 670.000,00 euros/año en números redondos. El cambio radical que abona la Sentencia apelada infringe los principios de buena fe y de confianza legítima en la actuación administrativa recogido en Sentencias como la del Tribunal Supremo de fecha 4 de noviembre de 2013.

Señala, por último, que la sentencia da lugar a una modificación del contrato por la vía de hecho, una modificación del régimen retributivo previsto en el Pliego, régimen que se ha venido aplicando sin solución de continuidad durante la vida del Contrato, en contra del propio Consejo cuyo Dictamen no da cobertura a dicho actuar, máxime cuando, lejos de cumplir su finalidad de estar al servicio del equilibrio del Contrato, lo que provoca es su quiebra irremisible. Y si la Administración consideraba que la continuidad del Contrato era perjudicial para los intereses municipales por su excesiva onerosidad podía haber articulado un procedimiento de modificación del contrato como razona el Dictamen del Consejo Jurídico. Por el contrario, la Administración ni ha actuado sobre el servicio, reduciendo sus prestaciones para que la concesionaria pudiera reducir los gastos y así minorar la subvención, ni ha actuado sobre las tarifas, que contienen importantes bonificaciones a los usuarios acordadas por la Administración,

para incrementar los ingresos, y también así minorar la subvención por esta vía tal y como razonaba el Dictamen.

El Ayuntamiento apelado se opone al recurso, y solicita la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos. Añade que la apelante viene a reiterar en el recurso de apelación los argumentos esgrimidos en la demanda, y que han sido debidamente resueltos en la sentencia. Reitera la parte apelada los motivos de oposición a la demanda, y los razonamientos del escrito de contestación, que considera que han sido confirmados en la sentencia, y, en cuanto a las alegaciones de la apelante, señala que, en la medida en que no ha justificado causa o motivo alguno que, conforme a los criterios asumidos en el Acuerdo de 31 de julio de 2014 pudiera dar lugar al recálculo de la subvención a la vista de las cuentas anuales, el importe de la subvención no puede ser en este caso superior al que se señaló en la oferta con la actualización correspondiente.

En cuanto a la entrega a cuenta contenida en el acto impugnado, de 600.833,41 €, frente a los 817.500 euros previstos en el Plan de Viabilidad para el año 1º de la concesión, e importe actualizado de la liquidación definitiva del año 2016 -928.572,65 euros-, expone la parte apelada que la propia apelante solicitó que se procediera a actualizar los datos contenidos en el Plan de Viabilidad presentado con la oferta. En base al contenido de los informes del Servicio de Contratación que constan en autos inicialmente se aceptó actualizar sólo determinados datos del Plan de viabilidad conforme a determinados criterios o índices que se establecían en la oferta. Pero se dejó sin actualizar otros datos relativos a los costes de suministros (de agua, electricidad o gas) o de personal. De ahí que de esta primera actualización parcial resultara un importe de 600.833,41 € por los que se aprobó la entrega a cuenta. La forma de actualizar aquellas partidas de gasto que se habían dejado sin actualizar fue objeto de un segundo expediente de interpretación del contrato, al que se refiere la apelante, que se inició por Acuerdo de Junta de Gobierno de 21 de septiembre de 2017. Tras la finalización de dicho expediente se ha procedido a aceptar la actualización conforme a IPC de los datos del plan de viabilidad que inicialmente no se actualizaron.

Aplicando tal actualización, mediante Acuerdo de Junta de Gobierno de 28 de diciembre de 2018 se ha aprobado el importe actualizado de la liquidación definitiva del ejercicio 2016 por un importe de 928.572,65 euros. Por lo tanto, y aunque el importe de la liquidación definitiva no era objeto del recurso, deja constancia la parte apelada de que la liquidación definitiva del ejercicio 2016 finalmente se ha elevado a 928.572,65 €, una vez actualizados determinadas partidas de gasto del Plan de viabilidad (costes de suministros -de agua, electricidad o gas- y de personal) que inicialmente no se habían actualizado.



QUINTO. - Como se ha expuesto con anterioridad, el acto administrativo impugnado acordaba únicamente una entrega a cuenta de la liquidación definitiva de la subvención solicitada (por importe de 1.600.784,72 €). Por tanto, y, según lo alegado por la propia recurrente, no era un acto definitivo en vía administrativa, y no sólo porque se tratara de una entrega a cuenta (acto de trámite, no cualificado), sino porque el propio Ayuntamiento inició un nuevo expediente de interpretación del contrato, del que, presumiblemente, resultaría la liquidación definitiva, manteniendo las pautas interpretativas anteriores o modificándolas en todo o en parte. La sentencia apelada entiende que, pese a tratarse de un acto de trámite, la impugnación se dirigía no tanto contra ese anticipo a cuenta sino contra la forma de realizar la liquidación final, y por ello considera que debe pronunciarse sobre su adecuación o no a derecho.

Resulta, sin embargo, que, con posterioridad a dictarse la sentencia, se ha resuelto por la Administración en ese segundo expediente de interpretación del contrato, y se ha incrementado el importe considerado de subvención en la liquidación -600.833,41 €- por el de 928.572,65 €, y en la forma de practicar la liquidación se han introducido nuevos criterios, según se recoge en el acuerdo correspondiente, citado por las partes.

Ante este hecho nuevo, no cabe que esta Sala se pronuncie sobre un acto que ha perdido eficacia en virtud de otro posterior, que ya anuncia la actora que va a recurrir. Por tanto, en ese recurso posterior será donde se podrá enjuiciar no sólo si la forma de hacer el cálculo del importe de la subvención que lleva a cabo el Ayuntamiento es conforme a derecho, sino además cuantas otras cuestiones se planteen en relación con los criterios ahora considerados para llevar a cabo la liquidación definitiva, o con su aplicación, y que, como decimos, han variado frente a los que dieron lugar al cálculo de la cantidad que procedía abonar a cuenta, y de ahí que el importe de la subvención haya variado, incrementándose en favor de la actora.

En definitiva, no es admisible que en un recurso sobre abono a cuenta del importe de una liquidación se prejuzgue el fallo que sobre esa liquidación definitiva pueda recaer, ni cabe enjuiciar la legalidad de un acto que ha sido modificado, y por ello dejado sin efecto, por el propio Ayuntamiento demandado. Así, es de ver que la sentencia desestima el recurso, pero no se pronuncia sobre si la concreta cantidad que debía ser entregada a cuenta, y señala que "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". Parece con ello diferirse a un posterior trámite de ejecución de sentencia ese pronunciamiento, pero la sentencia, como ha hemos dicho, se dictó unos días antes de acordarse el importe de la liquidación definitiva. Por tanto, podrá la recurrente discutir de nuevo el sistema utilizado para lograr el reequilibrio financiero de la concesión y forma de recálculo del importe de la

subvención y cuantas otras cuestiones considere en relación con la liquidación definitiva, no pudiendo afectar el fallo de la sentencia aquí apelada nada más que al propio acto impugnado, que era la entrega a cuenta parcial, puesto que existe una liquidación definitiva que es un acto independiente del anterior, al que deja sin efecto, y susceptible de impugnación en todo aquello que la interesada entienda que perjudica a sus intereses.

Se desprende de lo expuesto, que el presente recurso de apelación ha perdido su objeto, por lo que procede su desestimación sin perjuicio del derecho de la recurrente a impugnar la liquidación definitiva de la subvención mediante el recurso procedente, que, -vista la fecha del acuerdo que la aprueba-, con toda probabilidad habrá sido ya formulado.

SEXTO. - Por lo expuesto, procede desestimar el recurso, al haber perdido su objeto la impugnación, y sin que haya lugar a un especial pronunciamiento sobre las costas toda vez que no se ha entrado a conocer del fondo de las cuestiones planteadas (artículo 139. 2 de la Ley Jurisdiccional).

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 interpuesto por
contra la sentencia nº 258/2018, de 3 de diciembre, del
Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Murcia, dictada en el
recurso contencioso administrativo nº 89/2018, por haber perdido su objeto
el recurso de apelación; sin costas.

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.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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.

