

Con fecha 29 de junio de 2015, la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia dictó la Sentencia nº 532/15, desestimando el recurso de apelación presentado por el Ayuntamiento contra el Auto de 9 de febrero de 2015, del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Cartagena, dictado en la pieza separada de medida cautelar dimanante del procedimiento abreviado nº 401/14. En definitiva, se condena al Ayuntamiento a abonar a la UTE adjudicataria de la gestión y explotación del Auditorio Palacio de Congresos de Cartagena el importe contratado según su oferta.

El día 22 de diciembre de 2015, la Interventora municipal emite, al hilo de la sentencia anterior, un informe en el que manifiesta que *a pesar de que en los Pliegos se hace referencia al pago de una subvención, ésta no puede considerarse como tal ya que se exige al beneficiario una contraprestación a cambio de la misma, lo que resultaría contrario a lo establecido en el artículo 2 de la Ley General de Subvenciones de 2003. Se trata por tanto del pago de un precio que deriva de una clausula contractual reguladora del “Presupuesto de Licitación del contrato” y en este mismo sentido se ha pronunciado la sentencia nº 85/15 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que establece como medida cautelar el pago de todas las cantidades adeudadas con fundamento jurídico en su condición de precio. Por todo lo anterior esta Intervención entiende que el gasto debe acometerse con cargo al Capítulo II del Presupuesto de Gastos de “Bienes y Servicios Corrientes”. Así mismo se requiere la presentación de la correspondiente factura debidamente desglosada para poder llevar a cabo el reconocimiento y pago de la obligación.*

En relación con lo que antecede, los funcionarios que suscriben creen necesario informar lo siguiente:

1.- Por acuerdo de Pleno de 15 de marzo de 2011 fue aprobado el “proyecto para el ejercicio de actividades económicas, en régimen de libre concurrencia, a realizar en el Auditorio Palacio de Congresos de Cartagena”, con base en la Memoria redactada al efecto, que fue expuesta al público mediante la inserción del correspondiente edicto en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y en el Boletín Oficial de la Región del día 21 de dicho mes.

Ya en el apartado de la Memoria que se refiere al aspecto social del proyecto se dice que debe ser *seleccionada aquella forma de gestión que responda de forma más adecuada a los requerimientos e intereses, tanto de los potenciales usuarios como del propio Ayuntamiento*. Es decir, los redactores tienen claro, ya desde el primer momento, que en el desarrollo del proyecto se identifican, de un

lado los usuarios de los eventos, que son aquellos que acuden a presenciar el espectáculo o a participar en congresos, y pagan por ello como consumidores de esos servicios, y de otro el Ayuntamiento como entidad pública que promueve el fomento de la cultura y el acceso a ella de los ciudadanos, del turismo y de la actividad económica y empresarial, para coadyuvar a la creación de empleo y de riqueza en el municipio, al tiempo que proyectarlo a escala nacional e internacional con la celebración de eventos de tipo congresual.

En la parte jurídica de la Memoria, los redactores, después de estudiar la aplicación al caso concreto de las distintas formas de gestión directa e indirecta, plantean una modalidad alternativa y adicional a estas últimas, a través de un contrato administrativo especial en la medida en que las actividades a desarrollar no se configuran como servicio público, ya que ni se encuentran entre las reservadas a las entidades locales (artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local) ni entre los servicios mínimos que éstas deben prestar (artículo 26.1).

La fórmula que propusieron (selección de una empresa experta en materia de gestión de auditorios y palacios de congresos a través de la licitación de un contrato administrativo especial) fue considerada:

- a)** Apta y adecuada para desarrollar las actividades descritas en la Memoria relativa a los aspectos técnicos, para lo que la empresa debía aportar su experiencia y su *know how*, asumiendo la gestión efectiva del Auditorio.
- b)** Aconsejable porque el desarrollo de la actividad a través de una empresa sujeta al Derecho privado conlleva diferentes ventajas como mayor agilidad en la gestión del Auditorio, financiación privada, orientación a beneficios, etc.

También se considera válido en la Memoria, parte jurídica, que el déficit de gestión que se prevé en la Memoria económica *se atenúe a través de subvenciones o a través de la cofinanciación de la empresa que gestione la actividad.*

También se dice en la Memoria económico financiera que *la naturaleza cultural de las actividades escénicas previstas debería ir aparejada de la concesión de algún tipo de subvención o ayuda pública con el fin de fomentar la difusión de la cultura en el municipio, y de este modo compensar la naturaleza comúnmente deficitaria de este tipo de actividades.*

2.- Además de la propuesta de modalidad de gestión que los redactores de la Memoria consideraron más adecuada a las necesidades municipales, también

analizaron, en la parte jurídica, la forma en que debería ser puesto a disposición de la empresa adjudicataria el edificio construido por el Ayuntamiento para albergar las actividades del proyecto, proponiendo la cesión directa, en concepto de arrendamiento, que viene justificada *no sólo como la más adecuada para conseguir el fin perseguido sino como el único posible para propiciar tal fin, al no tener ningún sentido que concurriera a la operación de cesión nadie que no fuera el ente encargado de gestionar la actividad sociocultural, siendo el fin perseguido de la operación no tanto el obtener un rendimiento lucrativo de los bienes sino proporcionar un destino adecuado a los mismos.*

3.- Siguiendo las propuestas anteriores, que, como se ha dicho, fueron aprobadas por el Pleno de la Corporación, en su sesión del día 15 de marzo de 2011, se redactaron los pliegos de prescripciones técnicas (PPT) y de cláusulas administrativas particulares (PCAP), configurándose en este último como presupuesto de licitación del contrato:

Por una parte, la subvención que el Ayuntamiento aportará a la empresa adjudicataria para la gestión de la actividad.

Por otra, el importe del alquiler anual que el Ayuntamiento percibirá de la adjudicataria por el uso del inmueble, desglosado en valor de renta y en el impuesto sobre el valor añadido.

4.- El día 9 de febrero de 2015, el Juzgado de la contencioso administrativo nº 1, de Cartagena, dictó un Auto estimando la medida cautelar solicitada por la representación de la UTE, acordando el inmediato pago de la deuda reclamada ascendente a 562.373,87 euros en concepto de importe correspondiente al semestre nº 5 del contrato.

Se dice en el cuerpo del Auto que el Ayuntamiento se opuso al pago de la deuda reclamada por la UTE por la existencia de conceptos no debidamente calculados y muy discutibles, argumentos que no fueron acogidos *en cuanto que la reclamación económica deriva directamente de la cláusula contractual reguladora del precio en el período de los cinco primeros años, al tiempo que se afirma que se trata por ello de un precio fijo, previsto en el contrato, y que no requiere cálculo alguno más allá de la compensación de la denominada “subvención” con el importe relativo al arrendamiento del inmueble.*

Se recoge también la no aplicación al supuesto de autos de la Ley general de subvenciones de 17 de noviembre de 2003, así como que *la reclamación de autos se enmarca en el ámbito de una relación contractual con obligaciones de una y otra parte, configurándose las unas como contraprestación de las otras, es decir,*

tienen la condición de sinalagmáticas. Por ello, aunque se haya empleado el término de subvención en el contrato, ello no implica la aplicación al presente supuesto de la Ley citada, al no poderse integrar en el concepto de subvención tal y como está regulado en su artículo 2, que exige la no concurrencia de contraprestación directa al beneficiario.

5.- La Sentencia nº 532/15 ratifica las consideraciones del Auto, confirmando sus fundamentos.

6.- Con fecha 23 de octubre de 2015 tuvo entrada en la oficina de contratación administrativa municipal al Acta de liquidación provisional derivada de las actuaciones previas nº 178/14, llevadas a cabo por la Unidad de actuaciones previas a la exigencia jurisdiccional de responsabilidades contables, de la Sección de enjuiciamiento del Tribunal de cuentas.

En el documento citado se transcriben algunos párrafos del informe de fiscalización del propio Tribunal. Entre otros el siguiente:

El PCAP regulaba el régimen económico del contrato disponiendo, por una parte, que “el adjudicatario... asumirá el coste de la ejecución de esta programación y su contraprestación será el importe de la taquilla” –lo que resultaba coherente con que se atribuyera a la empresa adjudicataria el diseño de las temporadas de representaciones escénicas- y, por otra, que “una vez realizado el evento, el adjudicatario presentará la cuenta justificativa de gastos e ingresos, procediéndose, una vez aceptada por la Administración, a restablecer el equilibrio económico del evento, de forma tal que el Ayuntamiento abone o reciba la diferencia entre los ingresos y los gastos que consiga dicho equilibrio”, lo que hacía recaer en la Administración el resultado económico de la gestión y suponía una quiebra del principio de ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista recogido en el artículo 199 de la LCSP.

Los abajo firmantes no compartimos la interpretación que hace el fiscalizador de este contrato en el Tribunal de cuentas, plasmada en el párrafo que acabamos de transcribir, en el cual, lo que aparece entrecomillado, es copia literal de lo que consta en el apartado 5, último párrafo, del PCAP.

Dicho apartado 5 está dedicado a regular la “organización de la actividad municipal”, y no hace otra cosa que diseñar el desarrollo en el edificio Auditorio Palacio de Congresos de las actividades programadas de carácter municipal, con un número máximo de 50 actuaciones al cabo del año, como se dice en los párrafos segundo y primero, respectivamente; actividades, respecto de las cuales, el Ayuntamiento no es sino un cliente más del gestor del edificio. Lo que regula

este apartado 5 son las obligaciones que ha de asumir el adjudicatario y también sus derechos en el desarrollo de la programación municipal de actividades escénicas.

En cuanto a las obligaciones: diseñar dos temporadas cada año de representaciones escénicas correspondientes a la actividad municipal, atender los gastos necesarios para su celebración y, si la recaudación de taquilla fuera mayor, ingresar la diferencia en el Ayuntamiento.

En cuanto a sus derechos: la propiedad de la recaudación obtenida en taquilla y, si ésta no fuera suficiente para cubrir el coste de realización del evento, obtener del Ayuntamiento el importe de la diferencia.

Siendo el Ayuntamiento cliente del gestor por las actividades que aquél programa, ha de hacer frente al coste que suponen, pagando contra factura, aquí sí, por la prestación del servicio que un tercero, la UTE, le presta. Es impensable que el gestor asuma los costes, ni una parte de ellos, que generen los encargos que le hagan sus clientes. Por eso, en este apartado no entra en juego el principio de riesgo y ventura en la ejecución del contrato y, por tanto, no puede quebrarse.

Consta también en el Acta de la Sección de enjuiciamiento un párrafo del informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas relativo a que *el contrato de gestión del Auditorio-Palacio de Congresos de Cartagena (...) se calificó y tramitó, indebidamente, como un contrato administrativo especial, cuando, por su objeto y características, se trataba de un contrato de servicios comprendido en la categoría 26 del Anexo II de la LCSP, regulador de las categorías de contratos de servicios.* Dicha categoría recoge textualmente los contratos de servicios de “esparcimiento, culturales y deportivos”.

De igual forma, podía haber sido calificado como contrato privado a tenor de lo dispuesto en el artículo 20.1, párrafo segundo, de la citada Ley, que, textualmente, dice:

Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas

y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.

Pues bien, nosotros entendemos que este contrato, precisamente en atención a su objeto, no puede ser calificado ni como de servicios ni como privado. El apartado B del PPT dice:

El objeto del contrato al que se refiere el presente pliego consiste en la GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN INTEGRAL DEL AUDITORIO Y PALACIO DE CONGRESOS DE CARTAGENA, relacionando a continuación cuatro aspectos diferenciados de esa gestión:

B.1.- GESTIÓN DEL EDIFICIO.

B.2.- PROGRAMACIÓN Y GESTIÓN DE CONGRESOS.

B.3.- PROGRAMACIÓN Y GESTIÓN DE ACTIVIDADES ESCÉNICAS.

B.4.- RESTAURACIÓN/CAFETERÍA

En los apartados siguientes de este pliego queda claro que será la adjudicataria, en uso de su autonomía empresarial, quien programe y gestione a su riesgo y ventura, tanto el edificio y el restaurante/cafetería como las actividades congresuales y sus actividades escénicas.

El apartado 2 del PCAP, consecuente con el PT, define el objeto del contrato de la siguiente manera:

Es objeto de la presente contratación la gestión del Auditorio-Palacio de Congresos de Cartagena, (...).

Es decir, este contrato no tiene por objeto la contratación por el Ayuntamiento de los “servicios de esparcimiento y culturales”, sino la contratación de una empresa que lleve a cabo la gestión del edificio mediante la contratación por ella de lo necesario para realizar actuaciones teatrales, musicales, etc. (servicios de esparcimiento y culturales), y para la celebración de congresos.

Por esta razón entendemos que el objeto del contrato no puede encuadrarse en la categoría 26 del Anexo II de la LCSP. No estamos ante un contrato de servicios ni privado, teniendo perfecto encaje en los que se dicen en el artículo 19.1.b) de dicha Ley:

Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados (de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro y servicios), pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o

tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.

7.- Una vez expuestos nuestros argumentos, por los que concluimos que el contrato no puede ser calificado como de servicios y, por tanto, entendemos, con los redactores de la Memoria aprobada por el Pleno, ajustada a Derecho su consideración como administrativo especial, debemos pasar a estudiar si el concepto por el que el Ayuntamiento abona a la adjudicataria la cantidad que figura en el contrato ha perdido su condición original de ayuda municipal por razones de interés público.

Como hemos dejado dicho en el último párrafo del apartado 1 de este informe, el fundamento o razón de ser de esta ayuda o aportación económica obedece a la naturaleza comúnmente deficitaria del tipo de actividades a desarrollar por el adjudicatario, plasmadas en las Memorias aprobadas por el Pleno bajo la consideración de que habrían de ser beneficiosas para el municipio: por el fomento de la cultura entre sus ciudadanos; por la atracción de turismo a la Ciudad; por la proyección y promoción de la Ciudad en los ámbitos nacional e internacional; por la contribución a la creación y/o mantenimiento de empleo y a la generación de riqueza en el municipio. Esto es, se trata de razones y de actividades que el Ayuntamiento consideró de suficiente calado como para colaborar desde el presupuesto municipal para posibilitar el acceso a ellas de los ciudadanos a precios más reducidos de los que serían necesarios para que la iniciativa privada las llevara a cabo con un mínimo de atractivo empresarial sin ayudas públicas.

La entrega de estos fondos municipales a la empresa gestora del edificio no supone una ayuda pública que el Ayuntamiento realiza en su favor, sino que, a su través, se consigue el fin último que con ella se pretende, que no es otro que el de “subvencionar” el precio que los consumidores de las actividades tendrían que pagar, favoreciendo de esta manera el acceso de los ciudadanos a los eventos que la gestora contrate.

Lo que se ha discutido con el gestor del edificio es si el Ayuntamiento ha de pagarle el importe anual de su oferta o si éste debe ser proporcional al volumen de gastos que acredite. No se ha litigado otra cosa. La Sentencia nº 532/15 lo resuelve de manera clara al desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento contra el Auto del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1, de 9 de febrero de 2015, que admitió la medida cautelar solicitada por la representación de la UTE, consistente en el pago inmediato de la deuda reclamada

en concepto de importe correspondiente al semestre nº 5 del contrato de gestión, una vez descontado el importe del arrendamiento.

Ya no hay lugar a dudas: el importe que figura en el contrato es un importe fijo a pagar por el Ayuntamiento sin posibilidad de que se determine otro en función de variable alguna. Pero consideramos que esto es una cosa y otra distinta es que haya que modificar el concepto por el que se hacen las entregas. Ni el Auto ni la Sentencia entran a considerar si la calificación hecha de este contrato como administrativo especial es adecuada o no. El hecho de que estas resoluciones afirmen que a este contrato no le es de aplicación la Ley general de subvenciones debe ser interpretado, como lo ha hecho el Delegado Instructor de la sección de enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, en el sentido de que *la UTE no debe rendir una cuenta justificativa del cumplimiento del objeto de la subvención, cuenta que deba ser comprobada por la administración concedente.*

Es decir, al tratarse de un importe fijo de contrato, no procede aplicar la Ley general de subvenciones porque ninguna justificación de gastos es exigible ni ninguna comprobación municipal procede más allá de la gestión que del edificio se haga, pero el concepto de las entregas no puede ser otro que el que es: subvencionar el precio que pagan los consumidores de las actividades. Además de que, a nuestro entender, no estamos ante un contrato de prestación de servicios en virtud del cual el adjudicatario haga algo que sí sea contraprestación para el Ayuntamiento: mantenimiento de colegios públicos, limpieza de la vía pública, de edificios públicos, etc. Aquí sí es el Ayuntamiento el destinatario o consumidor final de esos servicios puesto que ni hay unos sujetos a los que cobrar de manera concreta e individualizada por el uso del colegio, de las calles o de los edificios ni se trata del uso de bienes afectos a actividades económicas por el cual se pueda cobrar.

Las resoluciones judiciales emplean el término “precio previsto en el contrato”, pero siempre con la consideración de cantidad fija que no requiere cálculo alguno más allá de la compensación con el importe del arrendamiento. El vocablo “precio” es el que emplea la normativa de contratos del sector público en referencia al importe contratado, pero no solamente ha de entenderse como contraprestación dineraria (acepción 4ª de la voz “precio” en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua); también es válido su significado como el esfuerzo que sirve de medio para conseguir algo (acepción 2ª).

El Ayuntamiento adjudicó la gestión del edificio y, en la medida que ésta ha quedado acreditada con las certificaciones e informes del Director municipal responsable del contrato, con la realización de las actividades escénicas y congresuales, ha de cubrir el déficit aceptado en el proceso de licitación. Pero

estas actividades no son la contraprestación que el Ayuntamiento recibe a cambio de su ayuda o esfuerzo. Dicho gráficamente: “el Ayuntamiento ni saca la entrada ni se sienta en la butaca”. Los destinatarios de la realización de las actividades son las personas que presencian o asisten al evento y son ellos quienes reciben esa contraprestación a cambio de un precio subvencionado. Por esto son ellos los destinatarios finales de la ayuda municipal. Con este argumento, aunque referido al transporte público urbano (“el Ayuntamiento no se sube al autobús”), instamos del Ministerio de Hacienda (a sus servicios centrales en Madrid) la devolución del impuesto sobre el valor añadido que nos había repercutido la empresa que gestiona dicho servicio con motivo de nuestra aportación, con el resultado favorable a las pretensiones municipales, ingresando 1,8 millones de euros en la tesorería municipal en 2014. Igual tratamiento se aplica a la aportación municipal a la gestión indirecta de las instalaciones deportivas municipales.

Ninguna duda debe caber para aceptar, en el caso que nos ocupa, que la aportación municipal está directamente vinculada al precio que satisfacen los destinatarios de las actividades, porque aquella cumple los requisitos que para tal vínculo exige el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) en su Sentencia de 22 de noviembre de 2001. A saber: **1)** Que su abono tenga por finalidad el realizar específicamente una entrega de bienes o una prestación de servicios; **2)** que los elementos constitutivos del bien o servicios estén determinados a más tardar en el momento de su realización; y **3)** que exista una relación directa entre la subvención y el bien o servicio de que se trate, relación que debe ser constatada mediante prueba (no presunciones) de que los adquirentes de los bienes o servicios obtienen una ventaja de la aportación pública.

La aportación municipal viene determinada por la diferencia entre las previsiones de gastos y las de ingresos que para la gestión del edificio presentó el entonces licitador en su memoria económico financiera, que la empezaba diciendo que *el objetivo de esta memoria económico financiera es presentar la cuenta de resultados proyectada por nuestra propuesta y de esta forma determinar su viabilidad y así establecer el importe de la subvención municipal al adjudicatario*, la cual resultó para los cinco primeros años de 10.924.996 euros o, lo que es lo mismo, del 43,98 % de los gastos previsibles, que es la ayuda que el Ayuntamiento pone a disposición de los consumidores o destinatarios de los servicios que en el edificio se prestan a través de la reducción del precio de la entrada, precisamente en ese porcentaje.

El contrato fija esa aportación municipal porque la cuantificación de los ingresos de taquilla, propuestos por la UTE en su Memoria económica presentada en la licitación y aceptada por el Ayuntamiento, está basada en unos precios de las entradas tales que aplicados a la demanda estimada no alcanzan la cuantía de los

gastos previstos. Si en lugar de esos precios, precios reducidos con los que no se consigue el equilibrio económico de la actividad, se hubieran propuesto en dicha Memoria otros con los que sí se alcanzara dicho equilibrio, y con la misma programación de actividades, entonces no habría existido aportación municipal. Sin embargo, el contrato existiría y con el mismo objeto (la gestión del edificio, no de las actividades). En definitiva, el importe a aportar por el Ayuntamiento podía haber sido cualquiera dependiendo del esfuerzo económico que estuviera dispuesto a realizar, y no por ello con merma o aumento de las actividades programadas por la gestora del edificio. Si se ha aceptado el déficit por él propuesto es para favorecer el acceso de los ciudadanos a las actividades, con lo que la aportación municipal deviene en ayuda al consumo que de ellas realizan los ciudadanos y es ahí donde se localiza la relación directa entre la ayuda y el servicio exigida por el TJCE.

8.- Por todo lo expuesto consideramos que el contrato de gestión del edificio fue calificado correctamente como administrativo especial; que la naturaleza de la aportación municipal explicada no se desvirtúa por el hecho de la no aplicación de la Ley general de subvenciones; y que, en consecuencia, dichas ayudas han de seguir efectuándose con cargo al capítulo 4 del presupuesto de gastos de la Corporación, sin que se precise la presentación de facturas para el pago.

Es cuanto consideramos nuestro deber informar.

Cartagena, a 1 de febrero de 2016

EL DIRECTOR ECONÓMICO
Y PRESUPUESTARIO

LA JEFE DE CONTRATACIÓN

Manuel Guirado Párraga

María Jesús Guerrero Madrid

SRA. CONCEJAL DELEGADA DE HACIENDA, CONTRATACIÓN Y PATRIMONIO.