

**Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria,  
Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 254/2017 de 5  
May. 2017, Rec. 240/2016**

**Ponente:** García Otero, César José.

**Nº de Sentencia:** 254/2017

**Nº de Recurso:** 240/2016

**Jurisdicción:** CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ECLI: *ES:TSJICAN:2017:1203*

?

Sección: CGO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Plaza San Agustín s/n

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 08

Fax.: 928 32 50 38

Email: s1contadm.lpa@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Recurso de apelación

Nº Procedimiento: 0000240/2016

NIG: 3501645320140001784

Materia: Contratos Administrativos

Resolución: Sentencia 000254/2017

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000291/2014-00

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Procurador:

Apelado COMPAÑIA CANARIA DE CEMENTERIOS S.A. TOMAS RAMIREZ HERNANDEZ

Apelante AYUNTAMIENTO DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA JOSE JAVIER MARRERO ALEMAN

**SENTENCIA**

Ilmos/as Sres/as:

Presidente:

D. César José García Otero.

Magistrados/as:

D. Jaime Borrás Moya.

Dña Inmaculada Rodríguez Falcón.

-----

En Las Palmas de Gran Canaria a 5 de mayo de 2.017

Visto, en grado de apelación, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, el recurso contencioso-administrativo seguido por el procedimiento en primera instancia (procedimiento ordinario con el nº 240/16 ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº Cuatro de los de Las Palmas de Gran Canaria; en el que fueron partes: como demandante, la entidad mercantil COMPAÑÍA CANARIA DE CEMENTERIOS S.A., representada por el Procurador D. José Juan Marrero Alemán y defendido por el Letrado D. Nicolas Pérez Jiménez ; y como Administración demandada, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, representado por el Procurador D. José Manuel Marrero Alemán y defendido por Letrado de los Servicios Jurídicos municipales; pendiente en esta Sala a consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la Administración demandada contra la sentencia del Juzgado de 9 de junio de 2.016 .

**I.ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO.** En el recurso contencioso-administrativo, del que deriva la presente apelación, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº Cuatro de los de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia, en fecha 9 de junio de 2.016 , cuyo Fallo, literalmente dice: "Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Tomás Ramíres Hernández, en nombre y representación de la entidad COMPAÑÍA CANARIA DE CEMENTERIOS SOCIEDAD ANÓNIMA, se anula el acto administrativo identificado en el Antecedente de Hecho primero de esta resolución, reconociendo el derecho de la parte recurrente a que la Administración le abone la cantidad de 1.381.015,52 euros, mas los intereses legales desde la reclamación previa de fecha 30 de abril de 2.014, con expresa imposición de costas a la Administración demandada".

**SEGUNDO.** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, del que se dio traslado a la parte demandante, que lo impugnó.

**TERCERO.** Elevadas las actuaciones a la Sala, se formó rollo de apelación (registrado con el nº 240/16, con personación de las partes, tras lo cual se declararon concluidas las actuaciones y se señaló fecha para deliberación, votación y fallo, que fue suspendido por Providencia de 28 de marzo al mostrar la ponente designada su disconformidad con el voto mayoritario.

Fue designado nuevo ponente el Ilmo.Sr. Presidente, D. César José García Otero, que expresa el parecer mayoritario de la Sala, mientras que la Ilma. Sra. Magistrada Dña Inmaculada Rodríguez Falcón emite un voto particular.

**II. FUNDAMENTOS JURIDICOS.**

**PRIMERO.** La sentencia, de la que ahora se conoce en apelación, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil Compañía Canaria de Cementerios S.A. y anuló la resolución desestimatoria (primero presunta y luego expresa) de la solicitud de compensación económica en relación al contrato relativo a la "gestión del

servicio de cementerios del municipio de Las Palmas de Gran Canaria en régimen de concesión, y la realización de obras complementarias y anejas", a cuyo fin dio por acreditado el desequilibrio económico sufrido por la concesionaria durante el año 2012 como consecuencia de la supresión unilateral de la tasa de mantenimiento de las unidades de enterramiento y, con ello, de pérdida de una parte de las retribuciones derivadas de la concesión.

Para llegar a este resultado se apoyó en una sentencia del mismo órgano judicial de 7 de abril de 2015, dictada en recurso contencioso-administrativo nº 103/2013, cuyo objeto era una pretensión sustancialmente idéntica, si bien referencia al ejercicio 2011, en la que se parte del derecho de la entidad concesionaria al cobro de la retribución pactada a través de la tasa de mantenimiento suprimida unilateralmente por el Ayuntamiento, y en la acreditación del desequilibrio económico por la supresión de las tarifas con un informe pericial de ingresos y gastos, sobre todo lo cual la conclusión final fue la siguiente:

A la vista de lo razonado en la Sentencia mencionada, se ha de convenir en que la supresión de la tasa de mantenimiento por parte del Ayuntamiento ha supuesto la ruptura del equilibrio económico de la concesión. Avala, igualmente, dicha conclusión el informe pericial aportado por la actora que obra al folio 62 del expediente administrativo, cuyas conclusiones han de prevalecer sobre las recogidas en el informe elaborado a instancia de la Corporación Municipal. Y es que, tal y como refirió el perito Sr. Adriano, auto del informe pericial de la recurrente, para que pueda hablarse de desequilibrio económico-financiero es preciso que exista una disminución de ingresos no acompañada de una reducción de gastos, siendo así que el informe aportado por el Ayuntamiento, en el que se concluye que no existe el desequilibrio al que alude la actora, únicamente tiene en cuenta uno de los miembros de la ecuación que son los ingresos pero no los gastos. Ello fue corroborado en el trámite de ratificación por el autor del informe del Ayuntamiento, D. Aureliano, quien reconoció que los costes de explotación habían quedado fuera de su informe.

Por otra parte, el perito Sr. Adriano apuntó a otro error de concepto en la metodología empleada por el informe del Ayuntamiento, toda vez que el desequilibrio no se produce por la actualización o no de las tarifas, sino por la supresión de la tasa de mantenimiento, supresión que no se incluye en el informe, el cual basa sus conclusiones en una comparación entre las tarifas aplicadas por Canaricem con el resultado de la actualización de las tarifas de 1997 según variaciones del IPC.

A la vista de lo expuesto, así como de la cualificación profesional de los peritos autores de los informes aportados, ha de estarse a las conclusiones del informe aportado por la recurrente, por entender que el mismo goza de un mayor rigor técnico en cuanto a la metodología empleada. Procede, por tanto, acceder a la pretensión de compensación económica deducida por la recurrente en la cuantía de 1.387.730 euros, con la consiguiente estimación del recurso interpuesto.

**SEGUNDO.** En apelación, son varios los motivos que articula el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en su escrito recurso, en el que se mezclan referencias a error en la valoración de la prueba y en las consecuencias jurídicas de dicha valoración, que, muy resumidamente, y por el orden con el que se articulan en el escrito de recurso de apelación, son los siguientes:

a) Por error jurídico al apoyarse el razonamiento judicial en una sentencia de la Sala dictada en un marco jurídico diferente en cuanto lo que hace dicha sentencia es pronunciarse sobre el impago de la tasa de mantenimiento cuando aún estaba vigente la Ordenanza Fiscal que ha sido suprimida por acuerdo plenario de 17 de octubre de 2010, de forma que si fue la aprobación de la tasa en la Ordenanza Fiscal la que produjo el desequilibrio económico financiero con su supresión quedó corregida la situación, lo cual pone en relación con la ausencia de cobro alguno por dicha tasa desde 1997 a 2006 y en la ausencia de prestación del servicio por parte de Canaricem en el periodo de vigencia de la Ordenanza, a cuyo fin argumenta que (...) El hecho imponible de la Tasa de Mantenimiento de las Unidades de

Enterramiento hacia referencia al mantenimiento de dichas unidades, pero Canaricem nunca prestó dicho servicio porque según el art 149 del RRSC es el titular de la concesión quien debe disponer de las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de la unidad de enterramiento en las debidas condiciones de seguridad, conservación y ornato público".

b) Por existir cosa juzgada en cuanto a la declaración de inexistencia de desequilibrio económico-financiero toda vez que la entidad demandante había reclamado judicialmente las retribuciones no percibidas en concepto de tasa de mantenimiento de los ejercicios 1998 a 2005 y los primeros siete meses de 2.006, en proceso judicial seguido en el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº Tres de los de Las Palmas de Gran Canaria (P.O. 146/08) que desestimó la pretensión, en sentencia confirmada en apelación por la Sala-sentencia de 2 de julio de 2.010 -- en las que se hacia reconocía que con la actualización de las tarifas se cumplía el equilibrio económico-financiero.

c) Por cuanto no se prestaron nuevos servicios que justificasen el desequilibrio económico de la concesión, a cuyo fin explica el Ayuntamiento que (...) cuando el Ayuntamiento modificó la Ordenanza Fiscal en el año 2006 e introdujo la Tasa de Mantenimiento, durante esos cuatro años 2006 a 2010, el hecho imponible de la tasa de mantenimiento no se llegó nunca a realizar, con insistencia en que (...) ni antes de la implantación de la tasa de mantenimiento, ni en el período en que estuvo vigente 2006-2010, ni ahora en el periodo objeto de este recurso, ejercicio 2011, se ha prestado por la entidad concesionaria un nuevo servicio que justifique unos gastos que hayan de ser equilibrados.

En otro apartado del escrito de recurso razona sobre la ausencia de circunstancias imprevistas en el curso de la relación contractual que determinen la ruptura o una quiebra sustancial del equilibrio económico y que, en cualquier caso, se trataría de pérdidas susceptibles de ser previstas.

d) Por cuanto el concesionario a la firma del contrato aceptó que existía equilibrio económico-financiero de la concesión con las tarifas previstas en el Anexo IV del Pliego de Condiciones Técnicas, actualizadas según variaciones del IPC, y así lo reconoció en su oferta, sin que hubiese propuesto la inclusión de nuevas tarifas, de forma que las futuras tarifas que hubieran podido establecerse ya no formaban parte de la fórmula recogida en los Pliegos para el mantenimiento del equilibrio económico-financiero

La parte trata de resumir su impugnación de la sentencia de instancia en los últimos apartados de su escrito de apelación que pasamos a reproducir en su tenor literal:

Primera. La tasa de mantenimiento no estaba prevista en el contrato suscrito ya que el concesionario, a la firma del mismo, aceptó, tal y como exigían los pliegos del concurso que existía equilibrio económico-financiero de la concesión con las tarifas del Anexo IV, que no incluyen la tasa de mantenimiento, y , al no solicitar la inclusión de nuevas tarifas a dicha tabla en el plazo establecido, las previsiones contenidas en su oferta no forman parte de la retribución pactada, pues iría en contradicción con lo dispuesto en los Pliegos de Condiciones.

De hecho, Canaricem en su oferta (Tomo XIV-Proyecciones económicas y presupuestos) expone en su apartado g) cual es la retribución que espera obtener como concesionaria, calculando la misma partiendo de las tarifas que regian en el ejercicio 1997 aplicándoles el incremento anual del IPC.

Añade, en un cuadro aparte las "Tarifas Nuevos Servicios" donde incluye, entre otros, la Tasa de Mantenimiento indicando a pie de página que se trata de (\*) Tarifas necesarias para restablecer el equilibrio económico-financiero de la Concesión a raíz de la entrada en funcionamiento del Nuevo Cementerio. Propone, por tanto, incorporar estas tarifas tras la puesta en funcionamiento de un nuevo cementerio ( que nunca se ha construido) , al considerar que las inversiones requeridas para su construcción y los costes de su puesta en servicio, necesariamente deberían ser repercutidos en los ciudadanos a fin de restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión.

Al no darse ninguna de las circunstancias previstas, es decir, al no haberse solicitado su inclusión en la tabla de tarifas al inicio del contrato ni haberse construido el nuevo cementerio, la tasa de mantenimiento no puede considerarse parte de la retribución del concesionario.

Segunda. No se ha producido un desequilibrio económico-financiero en la concesión según lo expuesto en el art 127.1 RSCL (LA LEY 18/1955) que justifique la revisión de Tarifas en cuantía que exceda el sistema de actualización previsto según contrato, es decir, aplicando anualmente las variaciones del IPCC del mes de junio.

Tercera. No se ha producido un desequilibrio económico-financiero en la concesión según lo dispuesto en el contrato entre las partes porque, según lo pactado, el Ayuntamiento actualizó las tarifas según las variaciones del IPCC en el período 1997-2004 y compensó a la concesionaria la diferencia del IPCC dejada de percibir en el período 2005-2011.

De hecho, constan actualizaciones de los ejercicios 2005 y 2006, aprobadas aplicando el IPCC del mes de julio, en lugar del pactado (junio), a solicitud de la concesionaria, lo que incrementó las tarifas en cuantía superior a lo pactado, encareciendo la prestación del Servicio

Cuarta. En el período 1.998-2005 Canaricem prestó el servicio en situación de equilibrio económico-financiero. El mantenimiento de los cementerios es objeto del contrato y el mantenimiento de las unidades de enterramiento corresponde al titular del derecho funerario

Por tanto, la modificación operada en la OF del ejercicio 2006 que introdujo la Tarifa por mantenimiento de las unidades de enterramiento produjo un desequilibrio económico-financiero en la concesión a favor de Canaricem, que ha permitido a la concesionaria multiplicar sus ingresos sin introducir modificaciones en la prestación del servicio, situación corregida con la supresión de la TM de UE a finales de 2010.

Quinta. Toda nueva tarifa que interese aprobar debe corresponderse con la prestación efectiva de un nuevo servicio.

Canaricem podría prestar el servicio de mantenimiento de las unidades de enterramiento como servicio auxiliar o complementario, tal y como le facultan los Pliegos de Condiciones.

Además la Concesionaria , en sus liquidaciones del canon, reconoce que factura por la prestación de servicios básicos para los que no ha solicitado aprobación Municipal incumpliendo el procedimiento establecido en la Ley de Haciendas Locales (LA LEY 362/2004), es decir, sin presentar un estudio económico-financiero que justifique el importe de las nuevas tarifas que pretende sean aprobadas (art 24.2 ).

Sexta. De no haberse operado en la Ordenanza Fiscal de 2006 (modificada en 2010) la inclusión de la Tarifa por Mantenimiento de unidades de enterramiento, al finalizar elejercicio 2011, la empresa habría ingresadod 4.524.088,23 euros mas de lo previsto según la actualización de los ingresos obtenidos en 1998 aplicando la inflación.

Séptima. No existe desequilibrio económico-financiero de la concesión según lo pactado en el contrato, sin embargo, en el supuesto de que Canaricem considerase que se produce un desequilibrio económico financiero del servicio, como consecuencia de un imprevisto aumento de gastos, debe, tal y como se comprometió en su oferta (Tomo XIV) emitir una propuesta de modificación de tarifas al objeto de restablecerlo, elevando para la aprobación municipal unas tarifas actualizadas y en consonancia con los costes reales por la prestación del servicio público

Octava. Canaricem no justifica un desequilibrio económico- financiero real derivado de una diferencia entre ingresos y gastos, el desequilibrio económico lo calcula en base a las cantidades dejadas de percibir por la supresión de la Tarifa por mantenimiento de las unidades de enterramiento que, insistimos, no se correspondía con un nuevo servicio, es decir, que incrementaba sus ingresos en la cuantía total de los recibos emitidos por dicho concepto sin ningún tipo de contraprestación, incumpliendo lo dispuesto en su oferta en

cuanto a que la implantación de una tasa de mantenimiento obedecía a la necesidad de cubrir los gastos de construcción del quinto cementerio.

Por tanto, la concesión no se encuentra en una situación de desequilibrio económico-financiero que pueda achacarse a un incumplimiento de contrato por el Ayuntamiento, y todos los ingresos obtenidos en concepto de Tasa de Mantenimiento de Unidades de Enterramiento, al no corresponderse con ningún nuevo servicio prestado desde el inicio de la concesión y no corresponderse con la necesidad de cubrir los gastos de construcción de un nuevo cementerio, suponen un desequilibrio económico-financiero a favor de la Concesionaria que ha encarecido el Servicio de Cementerios Municipales de esta Ciudad, sin prestar nuevos servicios a los ciudadanos".

Al recurso se opone la parte demandante ( aquí apelada) en defensa de la correcta valoración de la prueba y de las conclusiones jurídicas de la sentencia de instancia, con respuesta a los distintos motivos de impugnación, poniendo de relieve, como primera cuestión, que el contenido del recurso de apelación es literalmente idéntico al interpuesto en la apelación nº 185/15, en la que recayó sentencia en fecha 13 de junio de 2.016 , en el que se examinaba idéntica cuestión pero referida al ejercicio 2.011, esto es, pone de relieve que la Sala en la sentencia antes referida confirmó el pronunciamiento judicial que utilizó la juzgadora como fundamento por remisión para estimar la pretensión por desequilibrio económico en el ejercicio 2.012.

Y, efectivamente, el supuesto que ahora examinamos es sustancialmente idéntico, con la única diferencia del periodo temporal de la reclamación, en cuanto en el RCA nº 103/13 se planteó la misma reclamación por desequilibrio económico en el año 2.011 y en el caso examinado la reclamación se refiere al año 2.012. El propio Ayuntamiento apelante no deja de reconocer la identidad objetiva pues su actual recurso de apelación coincide en su literalidad con el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de 7 de abril de 2.015 a la que dio respuesta la sentencia de esta Sala de 13 de junio de 2.016, dictada en recurso de apelación nº 185/15 , sin que se hubiese incluido ningún argumento nuevo o adicional.

Por tanto, basta la remisión a la referida sentencia de esta Sala de 13 de junio de 2.016 para entender cumplido el requisito de motivación pues en ella se daba respuesta a los distintos motivos de apelación ( exactamente los mismos que se articulan en el presente recurso).

**TERCERO.** En dicha sentencia, a partir del Fundamento Segundo, dijimos lo siguiente:

"SEGUNDO. A los distintos motivos de apelación iremos dando respuesta en los siguientes Fundamentos en el mismo orden en el que se articularon, si bien debemos advertir, de mano, que una parte de los alegaciones ya han sido objeto de respuesta por esta Sala en otros procesos seguidos entre las mismas partes y que una gran parte de esos motivos de impugnación se unen a la supuesta ausencia de hecho imponible de una tasa que fue aprobada por el propio Ayuntamiento e incluida en una Ordenanza Fiscal de 2.006 con lo que da la impresión que se pretende que la concesionaria sea la que acredite que prestó el servicio al que se refiere el hecho imponible cuando es la Administración Pública la que tiene el derecho, y la obligación, de control de la ejecución del contrato de concesión y del cumplimiento de las prestaciones a cargo de la entidad concesionaria. En este sentido, la actuación de la Administración, en lo que es el "iter contractual" viene presididas por las llamadas prerrogativas relativas a la ejecución por lo que no deja de ser contradictorio que el establecimiento y mantenimiento de la tasa durante varios años con el planteamiento en el proceso de inexistencia de hecho imponible.

Por lo demás, debemos recordar que el recurso de apelación ,en cuanto recurso ordinario, otorga al órgano "ad quem" la plena "cognitio" del asunto pero siempre dentro de los límites en los que la parte apelante sitúe la impugnación. Esto es, permite revisar la valoración probatoria o las conclusiones jurídicas derivadas del resultado de dicha valoración, pero con el límite de los motivos que se articulen y de que no se trata de una nueva valoración sino

de examinar el resultado de la valoración de la instancia. Y en el caso, como dice la parte demandante, mas que una crítica a las conclusiones de la sentencia de instancia lo que hace la Administración apelante es volver a plantear el debate jurídico como se planteó en la instancia, como si estuviésemos en una repetición del proceso, sin perjuicio de haber introducido nuevos motivos jurídicos como el relativo a la cosa juzgada material en relación con la pretensión ejercitada por haber existido una respuesta judicial de ausencia de desequilibrio económico en relación al periodo 1998-2006.

En cualquier caso, lo que se plantea bajo la rúbrica de cosa juzgada es, en puridad, no un supuesto de cosa juzgada como causa de inadmisión del artículo 69 d) de la ley jurisdiccional, que impediría el examen de fondo, pues es evidente que entre aquel proceso y el que nos ocupa falta la identidad objetiva y sobre la causa de pedir que constituyen dos de los requisitos materiales de la excepción procesal, sino como apelación a la Sala a que tenga en cuenta la vinculación a su propia doctrina si bien, como explicaremos en los siguientes fundamentos, es la propia doctrina de la Sala, en el examen de la procedencia de la actualización de las tarifas, la que avala las conclusiones judiciales que, ya adelantamos, acepta la Sala.

**TERCERO.** Pues bien, como punto de partida es obligado partir de la creación de la Tasa de mantenimiento de las unidades de enterramiento por una Ordenanza municipal en 2006 lo que supuso el ejercicio por la Administración de sus potestades en materia tributaria con inclusión como hecho imponible de la prestación de los servicios de mantenimiento de dichas unidades de enterramiento, incluidas como uno de los servicios básicos a cargo de la concesionaria.

Y, asimismo, de la creación de dicha tasa como instrumento jurídico para que la entidad concesionaria pudiese percibir parte la retribución correspondiente a los servicios prestados en el curso del contrato de gestión indirecta del servicio público.

En cualquier caso, el examen en este proceso es desde la perspectiva contractual, de relación entre el derecho de la concesionaria a la retribución por los servicios pactados y prestados y el posible desequilibrio económico-financiero resultante de la supresión de la tasa fiscal y con ella del instrumento de pago de parte de la retribución de la entidad concesionaria.

Por tanto, es un hecho innegable que la tasa se integraba como instrumento jurídico para hacer efectiva parte de la retribución de la entidad concesionaria de modo que su supresión, como manifestación de esa potestad tributaria limitada que tienen las Administraciones Locales, y también como manifestación-en la óptica contractual-de esas prerrogativas de modificación de los contratos por razones de interés público, es un hecho objetivo que incide en el cumplimiento de la prestación esencial a cargo de la concedente a que tiene derecho la concesionaria, que no es otra que la percepción de la retribución pactada por la prestación del servicio y que, por ello, dicha supresión afecta al equilibrio económico de un contrato de gestión que desde el año 2006 incluía una tasa por mantenimiento de las unidades de enterramiento.

En este sentido reiterada jurisprudencia ha unido el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de un contrato a la propia subsistencia de las concesiones, a cuyo fin la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1.988 citada por la parte apelada, decía literalmente que " La concesión está dominada por un criterio fundamental, mantener la continuidad de la prestación del servicio público,. Y así, cuando no se sostiene "la honesta equivalencia entre lo que se da al concesionario y lo que se exige" para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión. Con ella la concepción de la rigidez del contrato - o del pliego de condiciones- ha sido sustituida por la de flexibilidad del contrato. Es además una exigencia de la lealtad y buena fe que deben inspirar con especial intensidad las relaciones de colaboración entre la Administración y el concesionario. En definitiva, el interés público de la continuidad de prestación del servicio prevalece sobre la doctrina clásica de la inalterabilidad del contrato".



Se trata, en definitiva, del respeto a los supuestos económicos que fueron considerados básicos de la relación contractual con la consecuencia, derivada de la ruptura de la concesión, del derecho de la parte concesionaria a la reparación íntegra, en una situación en la que no se ha debatido sobre posibles necesidades nuevas o causas imprevistas que justifiquen el "ius variandi" y la supresión de una parte del servicio prestado y su correspondiente retribución.

**CUARTO.** La cuestión, por tanto, se debe reconducir a si la tasa de mantenimiento formaba parte de la retribución de la entidad concesionaria y, por tanto, su supresión incidió significativamente en la retribución de dicha entidad y alteró el equilibrio entre partes.

Al respecto, en la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 2014 (recurso de apelación nº 52/11) abordamos esta cuestión y concluimos lo siguiente:

(..) La cuestión litigiosa radica, simple y llanamente, en si tiene derecho la concesionaria a exigir el cumplimiento de un contrato cuya validez debe en Derecho presumirse mientras no sea legalmente anulado y, consecuentemente, a determinar si tiene aquella derecho al abono de la retribución pactada, sin perder de vista que dicha tasa es elemento integrante de la oferta económica realizada por Canaricem y expresamente aceptada por el Ayuntamiento, como así refleja el contrato.

Obviamente, la respuesta a esta interrogante no puede ser sino afirmativa, pues, insistimos, al contrario de lo que se infiere de la posición adoptada por el Ayuntamiento, tal modalidad retributiva se inserta dentro del complejo económico jurídico propio de la concesión, como la esencial de las contraprestaciones que ha de recibir el concesionario y cuya insólita supresión unilateral ex post facto ha alterado irremediablemente el equilibrio económico tenido en cuenta por las dos partes al contratar (o sea, al participar Canaricem en el concurso y al otorgarse la adjudicación), quiebra o alteración unilateral que, además de prescindir de procedimiento alguno, resulta tanto más rechazable cuanto que ahora se pretende sustentarse invocando una ilegalidad o nulidad o ineficacia que, de ser cierta, derivaría, sólo, de la parte que la alega o apoya para beneficiarse de ella a costa del concesionario, olvidando así que no es admisible que quien incumple la Ley pueda obtener beneficios de este incumplimiento (..)

Si el cobro de la tasa de mantenimiento es la contraprestación básica que ha sido establecida a favor de la concesionaria, lógicamente, esta estipulación ha de respetarse como el equilibrio resultante de la adjudicación de la concesión, cuya naturaleza bilateral no puede ser modificada unilateralmente por ninguna de las partes (fuera de las excepciones administrativas reguladas en la normativa contractual, entre las que no se encuentra la primitiva fórmula empleada por el Ayuntamiento).

Tal modo retributivo forma parte, pues, del equilibrio económico de la concesión y fue otorgada en su día como contrapartida municipal por la asunción del servicio por parte del concesionario, y no es posible, por tanto, que la Corporación pretenda suprimirla o modularla negativamente, o reputarla invalidada, de forma unilateral, porque ello supondría desvirtuar la justicia y la equidad e infringir la juridicidad inmanente al carácter bilateral del vínculo que une a la Administración titular del servicio y del demanio utilizado para la prestación del mismo y a la Empresa concesionaria encargada de su explotación.

(.).

Por tanto, no es cierto el error jurídico que, como primer motivo de apelación, se achaca a la juzgadora al tomar dicha sentencia en apoyo de la conclusión de ruptura del equilibrio económico-financiero de la relación contractual pues basta su lectura para constatar que aborda directamente tal cuestión y lo hace en relación a la invocación de similares motivos de rechazo a la actualización de tarifas que el Ayuntamiento invoca en el presente proceso, para concluir que existió dicha ruptura del equilibrio por la supresión unilateral de una tasa vigente que instrumentaba el pago de parte de la retribución de la entidad concesionaria.

**QUINTO.** En este contexto, cabe añadir que la inclusión de la tarifa correspondiente al



mantenimiento de unidades de enterramiento, instrumentada jurídicamente a través de la tasa fiscal aprobada por acuerdo plenario municipal de 2006, tiene plena cobertura jurídica en los Pliegos de Clausulas Administrativas Particulares ( en adelante PCAP) y en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que, según reiteradísima jurisprudencia, constituyen la ley del contrato.

Así, en el PCAP en su artículo 5 en relación a las Tarifas, literalmente dice:

5.1.El Ayuntamiento aprobará las tarifas por la prestación de los servicios de acuerdo con lo señalado en el Anexo IV del Pliego de Condiciones Técnicas.

Dichas tarifas que regirán para el año 1997 se revisarán, para cada año de vigencia de la concesión, de acuerdo con la última variación interanual al 30 de junio el Índice de Precios al Consumo de la Comunidad Autónoma de Canarias o índice que le sustituya.

5.2. Cualquier modificación o ampliación de las tarifas incluidas en la tabla del Anexo IV, así como el establecimiento de cualquier otra tarifa por nuevos servicios de naturaleza básica (inhumaciones y exhumaciones, asignación de unidades de enterramiento, reducción y traslado de cadáveres y restos, tapado de unidades de enterramiento, mantenimiento de las instalaciones, parking, incineraciones y resto que tuvieran esta consideración) no recogidos en la citada tabla, deberá ser aprobada previamente por el Ayuntamiento (.)-

Con el mismo tenor literal se incluye la referencia a las tarifas en el artículo 10 del PPTP.

Por tanto, la propia normativa rectora de la relación contractual daba plena cobertura de la modificación de las tarifas incluidas en la Tabla del Anexo II, entre ellas, en relación a mantenimiento de las instalaciones, que fue lo que hizo el Ayuntamiento que introdujo la tasa por mantenimiento de unidades de enterramiento como fórmula jurídica de retribución de ese concreto servicio que prestó la entidad concesionaria sin que exista un solo dato para entender que no fue prestado o que era inviable su prestación, ni el mínimo atisbo de ejercicio de potestades de policía o de sanción en relación a la forma de cumplimiento del servicio.

La propia entidad concesionaria había incluido en su oferta la necesidad de implantación de una tarifa por mantenimiento de las unidades de enterramiento y se contempló en el Proyecto económico unido a su proposición, por lo que no puede decirse que no se contemplase entre las previstas en el contrato como uno de los posibles servicios de naturaleza básica, con previsión expresa de su implantación en las prescripciones jurídicas y técnico-jurídicas por las que se rigen la relaciones de las partes en el curso del iter contractual.

Sin perjuicio de ello, es ir contra los propios actos rechazar en el proceso la cobertura de la tarifa en las prescripciones por las que se regula el contrato cuando la tasa que instrumentaba su pago fue aprobada por acuerdo plenario municipal de 27 de abril de 2.006 con especial referencia en el procedimiento de elaboración de la Ordenanza Fiscal a esa necesidad de retribuir la prestación de la entidad concesionaria por el servicio de mantenimiento de las unidades de enterramiento en cuanto previsión del propio contrato de concesión.

A este respecto, en Sentencia de 7 de febrero de 2.012 , saliendo al paso a la alegación de que la tarifa no figuraba en el Pliego de Condiciones Técnicas ni en el contrato concesional, dijimos:

" No deja de ser chocante que sea el propio Ayuntamiento que aprueba dicha tasa como instrumento jurídico para el cobro de las tarifas para la prestación del servicio sea la que ahora rechace lo que fue su propia decisión, siendo obvio que cualquier modificación de lo que es el contenido contractual de la relación deberá efectuarse a través de los correspondientes procedimientos de revisión contractual previstos por el ordenamiento jurídico administrativo siendo de todo punto improcedente rechazar el pago de las retribuciones que corresponden a la entidad concesionaria por la prestación del servicio so

pretexto de la ilegalidad de la Ordenanza Fiscal aprobada por el propio Ayuntamiento (...).

Y en la misma sentencia, en relación con otro de los motivos que se reiteran en esta apelación, relativo a la no prestación del servicio e imposibilidad de cobro de la tasa al no recibir el particular contraprestación alguna por no desplegar la concesionaria ningún tipo de actividad para el mantenimiento de las unidades de enterramiento, concluimos que " (...) Vuelve la Administración a mezclar lo que es la relación jurídico tributaria con lo que es la retribución de la entidad concesionaria, si bien, desde el punto de vista jurídico tributario, el artículo 4 de la Ordenanza deja claro que los sujetos pasivos son los titulares de las unidades de enterramiento que reciben el servicio de mantenimiento, sin distinción alguna entre aquellos que voluntariamente lo solicitan de aquellos que lo pudiesen rechazar (...)

Simplemente añadir que, como apuntamos al inicio, y situándonos en una perspectiva procesal, no es correcto que la Administración que tiene el derecho, y la obligación, y también los medios personales y materiales, en el control de la ejecución de un contrato de prestación de un servicio público, pretenda que sea la parte concesionaria la que acredite que prestó dicho servicio cuando dicha prestación es consustancial al contrato y el incumplimiento debe invocarlo y probarlo quien lo hace valer y quien tiene la facilidad probatoria derivada de su posición en la relación.

**SEXTO.** La consecuencia de la supresión de la tarifa no es otra que la ruptura del equilibrio económico de la relación contractual, consecuencia que también aparece contemplada en las prescripciones contenidas en el PCAP y PCTP reguladoras de la relación.

Al respecto, el artículo 6 del PCAP, bajo la rúbrica "Equilibrio económico-financiero", literalmente dice:

"6.1. El Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, de conformidad con lo establecido en el Artículo 127 del vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (LA LEY 18/1955), se compromete a mantener, en todo momento, el equilibrio económico financiero de la concesión.

6.2. A estos efectos se entenderá que, salvo que haya modificaciones instadas por la Administración concedente o circunstancias sobrevenidas e imprevisibles de acuerdo, en ambos casos, con el contenido de este pliego, existe equilibrio económico-financiero si las tarifas por los servicios básicos prestados en los cementerios municipales son las relacionadas a continuación durante el periodo de la concesión y las de los servicios auxiliares y complementarios de acuerdo con lo definido en este pliego son fijadas libremente por el concesionario:

a) Durante 1997 las detalladas en el Anexo IV del Pliego de Condiciones Técnicas y aquellas otras que pudiera proponer el concesionario en su oferta dentro de lo previsto en este pliego, para cuya adaptación respecto de las actuales dispondrá el Ayuntamiento de un plazo de tres meses desde el momento de la entrada en vigor de la concesión.

b) Desde el año 1.998 hasta la finalización de la concesión, y para cada año, las tarifas del año anterior incrementadas en la variación interanual al 30 de junio del Índice General de Precios al Consumo (IPC) de la Comunidad Canaria o índice que le sustituya".

Con igual redacción se incluye el artículo 13 del PCTP.

Por tanto, el equilibrio económico financiero se une a la retribución a través de las tarifas del año anterior con la correspondiente actualización y al abono de las tarifas por los servicios básicos prestados en los cementerios municipales, y, entre dichas tarifas se incluye el mantenimiento de las unidades de enterramiento como servicio básico con pago instrumentado a través del hecho imponible de una tasa, con vigencia desde 2.006, lo que supone que su supresión afecte, irremediablemente, al equilibrio económico financiero.

En definitiva, y como argumenta la parte apelada, los propios pliegos autorizan la introducción de cualquier otra tarifa de servicios de naturaleza básica, entre los que se incluye el de mantenimiento de las instalaciones; dicho mantenimiento se configura como

servicio básico; se prestó por la concesionaria, sin prueba alguna de lo contrario; y se instrumentó su pago por la tasa que fue suprimida unilateralmente por la Administración, lo que entronca directamente con la ruptura del equilibrio que es obligado reparar en forma integral.

Las conclusiones a las que llegó esta Sala a propósito de la procedencia de actualización de las tarifas son aplicables a los efectos de reparar el equilibrio roto por la decisión municipal de supresión de la tasa y, con ella, de la retribución del concesionario, sin que sea posible tampoco concluir que los pliegos solo contemplen la actualización de tarifas lo cual entra en abierta contradicción con su literalidad antes examinada.

Sobre la realidad del hecho imponible, que cuestiona el Ayuntamiento, como fórmula de cuestionamiento de la prestación del servicio, ya dijimos pagin 36.

**SÉPTIMO.** Sin perjuicio de lo expuesto, la conclusión de la sentencia apelada coincide con las que se incluyen en el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias en relación con la supresión de la tasa en el que se concluía que "(..) Por lo que cabe la supresión de la tasa, pero sin eliminar el equilibrio del contrato y, en particular, el abono de los servicios al concesionario, incluso en relación con las unidades de enterramiento".

En este mismo sentido, el Informe del Jefe del Servicio de Tributos y Exacciones del Ayuntamiento, decía lo siguiente:

" En cuanto a la supresión de las tasas como norma general es posible puesto que se trata de un tributo de carácter potestativo y los efectos de su suspensión lo serían desde la fecha en que se indique en el propio acuerdo.

(..)

No obstante en el caso particular de esta tasa la Ordenanza Fiscal está vinculada al Pliego de Condiciones Técnicas del concurso para la adjudicación de la gestión del servicio de cementerios del municipio de Las Palmas de Gran Canaria en régimen de concesión y por ello la libertad de acción del Ayuntamiento se encuentra limitada por el contenido de dicho pliego y en especial lo dispuesto en el artículo 8.2.3 que señala como derecho del concesionario percibir íntegramente las tarifas por la prestación del servicio. tarifas previstas en el artículo 10, cuyo apartado 10.2 incluye las de mantenimiento.

Como consecuencia de ello, en el presente caso para suprimir la tasa de mantenimiento deberá negociarse tal extremo con la entidad concesionaria puesto que a este le ampara los términos del pliego de condiciones que figuran en la concesión y el artículo 129.1 b del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales";

Y en esta misma línea se situaba el informe de la Asesoría Jurídica municipal que concluía " (.) Por tanto, en el caso de dejar sin efecto el Ayuntamiento la retribución de la controvertida tasa de mantenimiento, quedará este obligado al resarcimiento del derecho otorgado al concesionario, en sustitución de los particulares obligados al pago de la misma"

Se advertía, pues, en dichos informes de las consecuencias jurídicas de la supresión de una tasa como supuesto de ruptura del equilibrio económico financiero de un contrato con prestaciones a cargo de una y otra parte con plena cobertura de los Pliegos de Clausulas Administrativas Particular y de Prescripciones Técnicas.

La parte apelante pretende introducir, ahora , un debate sobre lo que era el alcance de la propuesta de la entidad concesionaria en relación con el servicio de mantenimiento de las unidades de enterramiento cuando lo decisivo es que el servicio se aceptó como parte de las prestaciones a cargo de la concesionaria en la forma descrita en el hecho imponible de la tasa aprobada por la Ordenanza Fiscal de 2.006.

Por lo demás, poco tiene que ver con el caso la situación anterior a 2006 en un escenario contractual distinto y anterior a la aceptación y aprobación de una tasa en relación a un servicio básico previsto en el contrato y cuya prestación, o mas correctamente, obligación de prestación a cargo de la concesionaria deriva de dicha aprobación. No hay por tanto cosa

juzgada material alguna ni lo resuelto en sentencia en relación a la relación contractual en aquel periodo temporal, anterior a la introducción de la tasa para retribución del servicio básico de mantenimiento de las unidades de enterramiento, ni es posible el examen de la relación aquí examinada con los mismos parámetros fácticos

**OCTAVO.** Ya por último, en cuanto a la cuantificación de la compensación económica nos debemos remitir a las conclusiones de la juzgadora, pues en apelación no se articula motivo alguno de error en la valoración de la prueba o conclusiones jurídicas de dicho informe como corresponde a un recurso de apelación que ,como dijimos, no supone una nueva valoración sino el examen de la valoración realizada en la instancia, sin perjuicio de añadir que la realización del informe se elabora sobre tres premisas: la determinación del importe de la tasa de mantenimiento que se hubiera devengado en el ejercicio 2011 según las tarifas vigentes con anterioridad a la modificación de la Ordenanza Fiscal que suprimió dicha tasa; la determinación del efecto producido en el balance de situación y la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2011 de la entidad concesionaria; y la existencia de desequilibrio económico derivada de la supresión de la tasa de mantenimiento.

Como dice la juzgadora la metodología empleada es la correcta teniendo en cuenta que el desequilibrio va unido, en esta ocasión a la supresión de la tasa, por lo que, en este particular, no existe error alguno en la valoración de la prueba que precise ser revisado, lo que deja zanjada la cuestión. ?

.

En definitiva, en la sentencia transcrita se da respuesta a cada uno de los motivos de apelación del Ayuntamiento, que son exactamente los mismos que los articulados en relación a la reclamación por ruptura del equilibrio económico contractual del año 2.011, por lo que nos remitimos a su contenido en cuanto se trata de idéntico supuesto.

**CUARTO.** Procede, por lo expuesto, la desestimación del recurso contencioso-administrativo con imposición de sus costas a la Administración apelante por ser la regla general de la segunda instancia ( art 139.2 LJCA (LA LEY 2689/1998) ).

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación:

#### **.FALLO :**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº Cuatro de los de Las Palmas de Gran Canaria, mencionada en el Antecedente Primero, la cual confirmamos.

Con imposición a dicha parte de las costas del proceso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de la Sala, de cuyo régimen de recurso se informa a las partes a continuación de la publicación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### **VOTO PARTICULAR**

QUE EMITE LA MAGISTRADA DOÑA Inmaculada Rodríguez Falcón AL RECURSO DE APELACIÓN 240/2016

Al igual que expuse en la Sentencia dictada en el rec de apelación 185/2015 al que se remite la Sentencia dictada por la Sala, quiero reiterar una vez más, mi más respetuosa discrepancia con la postura mayoritaria de mis compañeros, en coherencia con los votos particulares emitidos en las Sentencias dictadas por la Sala en los Recursos de apelación 52/2011 , 25/2013 , 129/2013 , 147/2013 y 185/2015 , entre otros , referidas a la tasa de mantenimiento anual de las unidades de enterramiento cedidas por concesión de 50 a 99 años, y a la actualización.

No considero tutelable judicialmente que la administración municipal y una empresa

suscriban un contrato en el que el precio no sea el establecido en la adjudicación con las actualizaciones pertinentes? sino que resulte ser otro bien diferente, ya que por medio de una Ordenanza que establezca una tasa, y una vez suprimida la Ordenanza vía "desequilibrio económico patrimonial" se obtengan unos rendimientos superiores. Ello da lugar a que el contrato se desarrolle bajo unas condiciones económicas que no se corresponden con las originarias, lo que entiendo supone una modificación patológica de la contratación administrativa.

Si ya en su día no estuve de acuerdo en que se le abonara la tasa de mantenimiento como expuse en los votos particulares a los recursos de apelación anteriormente citados? menos aún estaré de acuerdo, en que vía desequilibrio patrimonial se sigan abonando

cantidades dinerarias en base a la supresión de la tasa. Entiendo que el único desequilibrio patrimonial, del que podríamos hablar, sería un desequilibrio artificial por el abono de una tasa que nunca debió haber sido establecida, y menos aún abonada.

La tasa nunca debió abonarse como señalé en los votos particulares porque la Ordenanza en que se establecía "era contraria a la Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LA LEY 362/2004). Por vulnerar diversos preceptos, en concreto el 19 y el 24, al fijar una tasa carente de hecho imponible, porque el mantenimiento de la unidad de enterramiento ya venía siendo prestado por el concesionario según sostiene (Canaricem), y por tanto, en ningún caso podía ser abonado por el usuario (que ya abonaba por la cesión de la unidad de enterramiento y se supone también prestaba el servicio ya que limpiaba su sepultura, nadie ha acreditado lo contrario)

Además no retribuía el servicio ni era proporcional a él, lo que exige el artículo 24 de la LHL (LA LEY 362/2004). Téngase en cuenta que solo por el año 2008 se reclamaron 1.435.758,80 euros, por servicios que ya se venían prestando y retribuyendo es decir, sin motivo alguno que lo justifique."

Si ya la tasa no se debió pagar, no puedo considerar que exista un desequilibrio económico patrimonial. Máxime cuando ni siquiera estaba prevista en los pliegos del contrato, cuestión distinta es que la adjudicataria tuviese la esperanza o expectativa de su establecimiento. Ya expuse en los votos particulares citados que el Ayuntamiento no es un particular que pueda pagar lo que quiera por un servicio, sino que en un contrato administrativo la entidad Canaricem como adjudicataria/ concesionaria fue seleccionada en base a unos criterios y condiciones económicas que no pueden ser alterados sin más, porque implica desnaturalizar la contratación administrativa.

Es cuanto tengo el honor de exponer.-

PUBLICACIÓN:

Leída y publicada lo fue la anterior sentencia por el Ilmo.Sr. Presidente , en su condición de ponente, en audiencia pública, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.