



Roj: **STSJ GAL 6526/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:6526**

Id Cendoj: **15030330022018100578**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **30/11/2018**

Nº de Recurso: **4232/2017**

Nº de Resolución: **591/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO MARTINEZ QUINTANAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00591/2018

RECURSO DE APELACIÓN 4232/2017

EN **NO** MBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Ilmos. Sres y Sras. Magistrados:

DÑA. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

DÑA. MARÍA AMALIA BOLAÑO PIÑEIRO

D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

A Coruña, a 30 de noviembre de 2018

Visto por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el recurso de apelación nº 4232 del año 2017 pendiente de resolución en esta Sala, interpuesto por BABCOCK KOMMUNAL, MBH Y TÉCNICAS MEDIOAMBIENTALES, TECMED S.A. (actualmente denominada URBASER, S.A.), miembros integrantes de la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS que gira en el tráfico mercantil bajo la denominación "UTE ALBADA", representada por la Procuradora Dña. Beatriz Dorrego Alonso y defendida por el Letrado D. Juan Carlos Calvo Corbella, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de A Coruña de fecha 1 de marzo de 2017, dictada en el procedimiento ordinario 178/2014, revisión de precios de contrato.

Es parte apelada EL CONCELLO DE A CORUÑA, representada y defendida por la Letrada del Concello Dña. María José Macías Mourelle.

Es Ponente el Magistrado D. ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de A Coruña dictó la sentencia de fecha 1 de marzo de 2017, en el procedimiento ordinario 178/2014, por la que se acuerda desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por BABCOCK, MBH Y TÉCNICAS MEDIOAMBIENTALES, TECMED S.A. (actualmente denominada URBASER, S.A.), miembros integrantes de la "UTE ALBADA", contra la desestimación



de la solicitud de reconocimiento del derecho a la revisión de los cánones por un importe de 14.703.981,48 euros, más los intereses legales sobre dicha cantidad hasta el momento en que se proceda al cumplimiento de la sentencia. Y se inadmite la pretensión de que se declare y reconozca el derecho de la UTE ALBADA a la revisión anual del canon actualizado, y fijado definitivamente, según número de toneladas realmente ingresados en 2013, para su aplicación al ejercicio 2013, conforme a la tabla propuesta por el departamento de medioambiente; así como declare y reconozca el derecho a la percepción de intereses legales por el retraso en la actualización del canon, condenando a la Administración al pago de la cantidad resultante. Con imposición de costas al recurrente.

SEGUNDO: La representación procesal de BABCOCK KOMMUNAL, MBH Y TÉCNICAS MEDIOAMBIENTALES, TECMED S.A. (actualmente denominada URBASER, S.A.), miembros integrantes de la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS que gira en el tráfico mercantil bajo la denominación "UTE ALBADA, interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, en el que solicita que se revoque la sentencia recurrida en cuanto al pronunciamiento parcialmente inadmisorio y en cuanto a la desestimación de la demanda, efectuando la declaración de resultar procedente rectificación del canon de 2013 conforme al resultado de las pruebas periciales practicadas en la instancia, apreciada racionalmente y condenando a la Administración al pago de las cantidades que resulten, con imposición de costas.

TERCERO: El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado a las demás partes.

La representación procesal del CONCELLO DE A CORUÑA presentó escrito de oposición al recurso de apelación, solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia apelada.

CUARTO: Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron todas las partes, por auto se acordó admitir el recurso de apelación, denegando la petición de trámite de vista.

Mediante providencia ulterior se señaló para deliberación, votación y fallo el día 29 de noviembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Sobre la inadmisión de una de las pretensiones por desviación procesal.

La parte apelante alega que lo que solicita en la demanda no es otra cosa que lo solicitado en vía administrativa, con la única variación de que, aplicando los datos y realizando las operaciones numéricas descritas en el informe que acompañó la petición, se cuantificó la diferencia exigible por título de revisión del canon. El error en el que incurre la sentencia, al considerar que la demanda habría contenido una pretensión que no hubiera sido deducida previamente en vía administrativa, resulta de la confusión que, al parecer, ha cometido al considerar que solicitar la revisión del canon conforme a una fórmula polinómica no es lo mismo que solicitar la revisión del canon conforme a la tabla aprobada por la Administración, que recoge el resultado de revisar el canon según los términos del informe pericial.

En suma, la única pretensión ha sido, en vía judicial, y en vía administrativa, la de revisión del canon para 2013 conforme a la fórmula polinómica prevista en el contrato.

La representación del Concello de A Coruña alega que la declaración de inadmisión de la primera de las pretensiones de la demanda ninguna incidencia ha tenido, pues finalmente la sentencia analiza en extenso si se debe aplicar o no la fórmula polinómica, y si se ha de atender al abono de la diferencia pretendida. Es decir, si se admite la pretensión relativa al abono de la diferencia que resultaría en caso de revisarse el precio conforme a la fórmula polinómica, también se está admitiendo la relativa a que la revisión anual del canon se practique con arreglo a dicha fórmula, pues la segunda engloba necesariamente la primera.

Vistas las alegaciones de ambas partes, y analizando el contenido de la solicitud presentada en vía administrativa en fecha 7 de marzo de 2014 (contra cuya desestimación por silencio se acciona) y el petitum de la demanda, en realidad no hay divergencia sustancial, ya que lo pretendido por la actora es la revisión del canon del año 2013, correspondiente a la concesión administrativa de obra pública de tratamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos, que le fue adjudicada por acuerdo plenario de 29 de noviembre de 1997, siendo formalizado el contrato el 19 de enero de 1998.

Esa revisión solicitada en la vía administrativa se basaba en la aplicación de una determinada fórmula polinómica, mencionada en la solicitud, y se incluía una determinada tabla, con el canon cuantificado en función de los intervalos de toneladas. La confusión la introduce la actora al mencionar el suplico de la demanda que dicha tabla fue propuesta por el departamento de medio ambiente, cuando en realidad sus datos se corresponden con la página 28 del informe pericial realizado por la firma Mazars, que se adjuntaba a dicha solicitud.



Afirma la parte apelante que la tabla en cuestión, en el particular relativo a los tramos de toneladas ingresadas, a los efectos del cálculo del canon, había sido aprobada por el Concello en resolución de 27 de diciembre de 2013. Y efectivamente, el documento 9 de la demanda, consiste en una resolución municipal aprobando una tabla, con unos determinados intervalos de toneladas, intervalos que son los tomados en consideración por la tabla incorporada a la solicitud presentada por la actora. Lo que hay que advertir es que la tabla aprobada por el Concello determina esos intervalos de toneladas ingresadas reflejados en la tabla incorporada a la solicitud, aunque obviamente no coincide el importe del canon fijado para cada tramo o intervalo. En suma, lo pretendido por la actora en su demanda es la revisión de precios, conforme a la tabla adjunta a su solicitud, que recogía los tramos o intervalos de toneladas ingresadas de una tabla aprobada por el Concello, pero con el canon revisado para el año 2013 en función del informe pericial de Mazars, y esta pretensión, deducida en vía administrativa, guarda estricta correspondencia con la deducida en el suplico de la demanda.

Por ello, procede revocar parcialmente la sentencia, en el sentido de declarar admisibles íntegramente las pretensiones deducidas en el suplico de la demanda, por no apreciar desviación procesal. Ahora bien, tal y como señala la representación del Concello de A Coruña, este pronunciamiento de inadmisión no ha tenido relevancia a los efectos del análisis de fondo de la única pretensión ejercitada en la demanda, ya que se ha analizado la procedencia de la revisión de precios solicitada, sobre la base de la fórmula polinómica en cuestión. En suma, la pretensión declarada admisible y desestimada en el fondo, sobre condena a pagar 14.703.981,48 euros, en concepto de revisión del canon del año 2013, englobaba o presuponía la pretensión de revisión anual del canon actualizado y fijado definitivamente según número de toneladas realmente ingresados en 2013, para su aplicación en el ejercicio de 2013, conforme a la tabla propuesta por el departamento de medioambiente, en cuanto que se proyectaba para dicha tabla (en cuanto a intervalos de toneladas ingresadas) el resultado de aplicar la fórmula polinómica propuesta por la actora en su oferta y posteriormente en su estudio económico definitivo.

SEGUNDO: Sobre la alegación de apreciación errónea de las pruebas periciales, con infracción del artículo 384 de la LEC .

La parte apelante alega que la sentencia no discute que la revisión del canon deba realizarse mediante la aplicación de una fórmula polinómica. El perito judicial utilizó la fórmula incorporada a la oferta presentada en 1997 mientras que el informe de Mazars emplea la fórmula presentada junto con el Estudio Económico definitivo presentado por la adjudicataria en 1998 y aprobado por acuerdo del Pleno Municipal el 19 de octubre de 1998. La posición de la apelante es que es esta última fórmula la que debe ser de aplicación.

Ambos peritos desarrollan su trabajo de cálculo partiendo, como referencia respecto de la cual determinar el canon aplicable en el año 2013, el que denominan canon de partida: el perito de Mazars toma como referencia y punto de partida de su cuantificación el canon aplicable en el año 2003, resultante del informe realizado por el Jefe del Área de Medioambiente de 17 de septiembre de 2004, y el perito judicial toma como referencia para la revisión del canon de amortización el correspondiente al estudio económico definitivo del año 2002; respecto al canon de explotación, toma sin embargo los datos contenidos en el estudio económico de 2003. A partir de esta consideración básica, la parte apelante expone los diferentes cálculos realizados en aplicación de la fórmula polinómica, como justificación de los resultados de ambas pruebas periciales, y reprocha a la sentencia que no efectúe una crítica directa de las pruebas periciales y que no justifica por qué omite tomar en consideración los informes de los peritos sobre qué canon tomar como punto de partida, limitándose a decir que ha de estarse a la última revisión realizada conforme a lo peticionado por la propia recurrente, esto es, 2012, cuando se practicó la revisión conforme al IPC.

La segunda y última de las críticas a las periciales se refiere al hecho de no haber detraído del canon revisado el coste de mantenimiento de vertedero propio, en virtud de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de esta ciudad y confirmado por sentencia del TSJ de Galicia de 15 de junio de 2016 . La apelante manifiesta que nunca se podría admitir como crítica a las periciales, porque se funda en una sentencia posterior a la fecha de dichas pruebas, y la eventual detracción podría producirse en ejecución de sentencia.

En respuesta a las alegaciones de la apelante, y con acogimiento de la oposición formalizada por el Concello de A Coruña, debe indicarse que no eran exigibles mayores desarrollos argumentales a la sentencia en relación al resultado de las pruebas periciales, cuando el objeto de las mismas era la cuantificación de una revisión de precios en aplicación de una determinada fórmula, y cuando la sentencia ofrece las razones jurídicas para considerar improcedente dicha revisión tomando como referencia inicial los años 2002 y 2003. A este respecto, y haciendo nuestros los argumentos de la sentencia y en especial de la oposición formalizada por el Concello de A Coruña, debemos resaltar la improcedencia de dicha revisión, en atención al principio de vinculación a los propios actos, que resulta quebrado por la solicitud de la actora, que desde el año 2003 solicitó y consintió una revisión de precios con arreglo al IPC, sin recurrir ninguna de las resoluciones que la decretaron, implicando la



pretensión revisoria deducida en vía administrativa una segunda revisión, a través de otro mecanismo, el de la fórmula polinómica, que se pretende aplicar tomando como referencia inicial los años 2002 y 2003, como si desde entonces el canon no se hubiera revisado, consiguiendo de esta forma una doble revisión, por diferentes vías, en cuanto al período temporal abarcado desde esos años hasta el año 2013, respecto al que se interesa la actualización.

Además, existen otras razones jurídicas que impiden tomar en consideración los resultados de las pruebas periciales: la fórmula propuesta por la actora, y aplicada en los informes periciales, y así lo señala la sentencia apelada, contraviene lo dispuesto en los artículo 104 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al no recoger índices oficiales sino costes reales, vulnerando con ello el principio de riesgo y ventura que informa el contrato, pues se está continuamente reequilibrando, al atender a costes reales.

El análisis de la prueba pericial lo que revela es que es la revisión pretendida por la actora se ampara en una fórmula polinómica que no contemplaba índices oficiales, salvo el MIBOR para la revisión del canon de inversión. Basta examinar los alegatos de la apelante para comprobar que se ha tenido en cuenta la evolución de costes de personal, de energía y derivados del petróleo y mantenimiento de instalaciones mecánicas, y para ello se ha acudido a los datos del balance de sumas y saldos utilizado para confeccionar las cuentas anuales de la compañía, esto es, la contabilidad de la empresa. Y precisamente estos elementos no son susceptibles de ser tomados en consideración sin apartarse del régimen legal de revisión de precios previsto en la normativa legal y en el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el cual preveía en la cláusula 10 que transcurrido el primer año, se revisarán los precios, para su aumento o reducción, de conformidad con las variaciones oficiales de los índices que compongan las fórmulas polinómicas. En este caso los informes periciales no han tenido en cuenta "variaciones oficiales", sino la evolución de los costes reflejada en la contabilidad, por lo que su resultados no pueden servir de base a una pretensión admisible de revisión de precios conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y conforme a la normativa legal aplicable al contrato, en los términos que se desarrollarán en el siguiente fundamento de derecho.

TERCERO: Sobre la infracción del artículo 106 de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a la aplicación del sistema de revisión de precios.

La apelante alega que la sentencia vulnera la legislación aplicable en materia de revisión de precios, y en particular el artículo 106 de la Ley 13/1995, porque las revisiones de precios deben determinarse a origen, y la sentencia yerra sobre el particular, por apreciación arbitraria de la prueba, al no referir la revisión a origen el canon contractual.

No cabe acoger la alegación, porque la normativa legal sobre revisión de precios debe ser aplicada en su integridad, y en el artículo 106 se refiere a fórmulas de revisión como instrumento de cálculo mediante la aplicación de índices de precios, y a tal efecto se indica que la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobará los índices mensuales de precios, debiendo ser publicados los mismos en el Boletín Oficial del Estado. Estos índices de precios reflejarán las oscilaciones reales del mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o determinarse por razones geográficas.

Este precepto debe ser interpretado y aplicado en conjunción con el precedente artículo 105 de la Ley 13/1995, que preveía lo siguiente:

1. La revisión de precios se llevará a cabo mediante los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación. No obstante, en los contratos de obras y en los de suministro de fabricación, el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, aprobará fórmulas tipo según el contenido de las diferentes prestaciones comprendidas en los contratos.

2. Las fórmulas reflejarán la participación en el precio del contrato de la mano de obra y de los elementos básicos. Estarán formadas por varios sumandos, entre ellos un sumando fijo que no podrá ser superior a cero enteros quince centésimas (0,15) correspondiente a los gastos que han de permanecer invariables.

Estas fórmulas deberán ser publicadas en el "Boletín Oficial del Estado" y serán revisables cada dos años, como mínimo.

3. De entre las fórmulas tipo, el órgano de contratación, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, determinará las que considere más adecuadas al respectivo contrato, sin perjuicio de que, si ninguna de las mismas coincide con las características del contrato, se propongan las fórmulas especiales, que deberán ser igualmente aprobadas por el Consejo de Ministros.

Las fórmulas aplicadas al contrato serán invariables durante la vigencia del mismo.



La revisión pretendida por la actora infringe todo este régimen legal, en cuanto apela a la variación de costes reflejada en su contabilidad y no a índices oficiales; y además comporta la variación de la fórmula de revisión por ella solicitada a lo largo de las diversas anualidades de la vida del contrato, conculcando la prohibición de variar durante la vigencia del contrato la fórmula a aplicar para revisar el precio. Se trata de normativa cuya aplicación no se puede eludir, y en relación con la cual ha de ser interpretada la cláusula 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la cual preveía que transcurrido el primer año, se revisarían los precios, para su aumento o reducción, de conformidad con las variaciones oficiales de los índices que compongan las fórmulas polinómicas.

La aplicación del principio de vinculación a los propios actos reafirma las anteriores conclusiones. La apelante alega que no ha pretendido rectificar las revisiones de precios indebidamente practicadas al haber sido acordadas en aplicación del IPC, sino únicamente que la revisión del canon del año 2013 se efectúe en la manera procedente según contrato. Sin embargo, el hecho de que sucesivamente la apelante haya solicitado, en las diferentes anualidades, la revisión con arreglo al IPC, no deja de ser un reconocimiento de la imposibilidad de la aplicación de la fórmula polinómica por ella propuesta. De hecho, el Concello expone en su oposición a la apelación que uno de los factores a tener en cuenta en esa fórmula (coste de venta de energía eléctrica obtenida por cogeneración) no resultaba posible cuantificarlo al no haberse obtenido ingresos hasta el ejercicio 2004. Y se argumenta por la Administración municipal que esta imposibilidad de aplicación llevó a la UTE a solicitar la actualización del canon conforme a la variación del IPC, indicador que se venía utilizando comúnmente en la revisión de precios de los contratos de las Administraciones Públicas. Además, se alega por el Concello que tampoco existían índices oficiales que permitiesen llevar a cabo la revisión de todos los componentes de la fórmula conforme legalmente procede.

En suma, la fórmula polinómica solo sería aplicable si se tuviesen en consideración en su aplicación variaciones oficiales de los índices correspondientes. La aplicación propuesta, que prescinde de esos índices oficiales, y atiende a costes reales de los componentes en la evolución reflejada por la contabilidad de la UTE, contraviene la Cláusula 10 del Pliego rector de la contratación -que somete la revisión a las variaciones oficiales de los índices que compongan las fórmulas polinómicas- y la normativa legal expuesta. Y además, al tomar como punto de partida el año 2002-2003, implica, tal y como señala el Concello, una revisión de lo ya revisado, obviando que la fórmula solicitada y aceptada por la actora de revisión consistió hasta el año 2013 en la aplicación del IPC, con arreglo al cual se practicaron las revisiones por ella solicitadas.

En atención a lo expuesto, el recurso de apelación deber ser desestimado en cuanto a la pretensión de revisión de precios instada por la apelante, y la revocación de la sentencia se debe limitar al pronunciamiento de inadmisión de la primera pretensión, que se debe sustituir por el de desestimación, ya que no concurren los presupuestos para estimar la demanda en ninguna de sus pretensiones.

CUARTO: Sobre las costas procesales

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

La estimación parcial del recurso de apelación determina la improcedencia de la imposición de las costas procesales a ninguna de las partes en esta segunda instancia.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BABCOCK KOMMUNAL, MBH Y TÉCNICAS MEDIOAMBIENTALES, TECMED S.A. (actualmente denominada URBASER, S.A.), miembros integrantes de la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS que gira en el tráfico mercantil bajo la denominación "UTE ALBADA", contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de A Coruña de fecha 1 de marzo de 2017, dictada en el procedimiento ordinario 178/2014, con los siguientes pronunciamientos:

1º. Revocar parcialmente la sentencia, exclusivamente en lo que concierne a la inadmisión de la pretensión *de que se declare y reconozca el derecho de la UTE ALBADA a la revisión anual del canon actualizado, y fijado definitivamente, según número de toneladas realmente ingresados en 2013, para su aplicación al ejercicio 2013, conforme a la tabla propuesta por el departamento de medioambiente; así como que se declare y reconozca el derecho a la percepción de intereses legales por el retraso en la actualización del cano n*, pretensiones que se declaran admisibles, y que se desestiman.



2º. Confirmar la desestimación de la solicitud de reconocimiento del derecho a la revisión de los cánones por un importe de 14.703.981,48 euros, más los intereses legales sobre dicha cantidad hasta el momento en que se proceda al cumplimiento de la sentencia.

No se efectúa especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales de esta segunda instancia.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa .

Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre .

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, junto con certificación y comunicación, una vez firme esta sentencia.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.