



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA**

*Expediente 10/2017.*

*Asunto:* *Recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen el contrato de concesión del servicio público de los estacionamientos limitados y controlados y de la inmovilización y retirada de vehículos de las vías públicas en el término municipal de Granada. Expte. del órgano de contratación 125 GSP/2017*

*Recurrente:* *SETEX-APARKI, S.A.*

En Granada, a 9 de Noviembre de 2017.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1.- La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 8 de septiembre de 2017, aprobó el expediente de contratación nº 125GSP/2017 relativo al **contrato de concesión del servicio público de los estacionamientos limitados y controlados y de la inmovilización y retirada de vehículos de las vías públicas en el término municipal de Granada**, y dispuso la apertura del procedimiento de adjudicación.

2.- Se publicó la convocatoria de licitación el 14 de Septiembre de 2017 en el DOUE, y el 3 de Octubre de 2017 en el BOE; así como en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Granada y en la Plataforma de Contratación del Estado; en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 142 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por R.D. Legislativo 3/2011, de 4 de Noviembre.



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA**

3.- Con fecha 2 de Octubre de 2017 se presenta en la Oficina de Correos, y dirigido al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, recurso especial en materia de contratación por la mercantil SETEX-APARKI, S.A., contra los Pliegos que rigen el contrato de concesión del servicio público de los estacionamientos limitados y controlados y de la inmovilización y retirada de vehículos de las vías públicas en el término municipal de Granada (expediente 125GSP/2017 del Área de Contratación); recurso especial que tuvo entrada en este TACP el día 16 de Octubre de 2017.

4.- Con esa misma fecha 16 de Octubre de 2017, se requiere al órgano de contratación para que aporte el expediente, así como un informe sobre la tramitación del mismo, de conformidad con el artículo 46 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

5.- Con fecha 18 de Octubre de 2017 se recibe en este Tribunal la copia del expediente requerida, así como el Informe solicitado.

6.- El recurso especial en materia de contratación fue admitido a trámite mediante Resolución de este Tribunal de fecha 18 de Octubre de 2017, sin la adopción de ninguna medida de carácter provisional.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Las cuestiones previas relativas a la competencia de este Tribunal, la legitimación de la empresa recurrente, el cumplimiento del plazo para la interposición del recurso, la susceptibilidad de ser recurridos los actos objeto del mismo, y el cumplimiento de los requisitos formales impuestos por las normas de general aplicación al caso, ya fueron



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA**

tenidos en consideración por este Tribunal al dictar la Resolución de fecha 18 de Octubre de 2017, por la que el Recurso fue admitido a trámite.

**SEGUNDO.-** Entrando en el fondo del asunto, plantea la empresa recurrente la impugnación de los Pliegos por los que se rige el presente contrato, con base en la siguiente motivación:

**a) Ilegalidad de la cláusula 11 a) del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares del Contrato**, por contravenir lo dispuesto en la Ley 2/2015, de 30 de Marzo, de desindexación de la economía española, concretamente su artículo 3, relativo al ámbito de aplicación de la Ley.

Concluye la recurrente que: *"...si bien, ni en su Exposición de Motivos ni en su articulado se menciona, de manera expresa, el canon al que nos referimos, (tampoco en el Real Decreto 5/2017 ni en el artículo 89 de la Ley 3/2011) no puede dejar, aquel, de considerarse un valor monetario, en cuya determinación interviene el Sector Público, siendo éste recogido, dentro del ámbito de aplicación de la norma (vid. art. 3.1.a) de la Ley 2/2015 y no constando, por otra parte, en las exclusiones que recoge el propio artículo 3"*.

**TERCERO.-** El informe del órgano de contratación municipal, evacuado en atención a lo establecido en el artículo 5 del Reglamento de Funcionamiento de este Tribunal, rebate los motivos de impugnación de la recurrente con una serie de argumentos, que pueden resumirse así:

a) La Ley 2/2015 de 30 de marzo, a la hora de exigir la desindexación está pensando en el precio del contrato, como importe a satisfacer por la Administración por un servicio, no en el canon, como es el caso que nos ocupa, que es un concepto distinto.



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA**

b) Hay que ser rigurosos en lo que sea el precio del contrato, que se define en el artículo 87 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En el presente caso, el precio del contrato cumple rigurosamente tanto con el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre como con la Ley 2/2015, de 30 de marzo, y como no debemos olvidar que estamos ante una concesión de servicios, el canon es un concepto distinto no afectado por la citada normativa.

c) La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, con apoyo en la Directiva 2004/18/CE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; en su informe 12/2010, de 23 de Julio, señala las características que ha de reunir un contrato para poder ser clasificado de concesión de servicios, y entre ellas destaca de manera fundamental aquella que determina que la atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma. Según el TJUE, el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como un riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo a enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda, el riesgo de insolvencia de los deudores, el riesgo de que los ingresos no cubran los gastos de los servicios prestados o también el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por la irregularidad de la prestación de los servicios. En el expediente objeto de impugnación de estimarse el recurso el riesgo de explotación quedaría limitado y por ende la figura de la concesión que es la que nos ocupa desvirtuada, la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 se precisa que el derecho a explotar obras o servicios implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial, y se considera que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando *"no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o servicios objeto de la concesión"*.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

**CUARTO.-** Para situar los argumentos jurídicos que se esgrimirán en la presente Resolución en sus justos términos, conviene comenzar haciendo referencia a que la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la economía Española, publicada en el BOE de 31.3.2015, y que entró en vigor el día 1 de abril de 2015, contiene un amplio Preámbulo, en el que se señala que tiene por objeto lo siguiente:

*"La indexación es una práctica que permite modificar los valores monetarios de las variables económicas, de acuerdo con la variación de un índice de precios a lo largo de un período. La indexación con base en índices generales, como el Índice de Precios de Consumo (IPC), aunque es una convención ampliamente extendida, no necesariamente está justificada, ni produce beneficios para el conjunto de una economía desarrollada como la española.*

*La práctica indexadora tiende a ser más generalizada en economías donde la inestabilidad macroeconómica, en particular una elevada inflación, erosiona el poder adquisitivo de los valores monetarios, de forma que se recurre a referenciar la evolución en el tiempo de tales valores a índices de precios como mecanismo de defensa.*

*Sin embargo, tal mecanismo genera efectos perversos. La indexación está en el origen de los denominados «efectos de segunda ronda». Cuando el precio de un bien o servicio aumenta, los índices de precios como el IPC suben, y esto supone un aumento automático en el precio de otros bienes simplemente porque están indexados a este índice. Ocurre así que un aumento del precio del petróleo o de un alimento encarece, debido a su impacto en el IPC, el precio de bienes cuyos costes de producción no tienen una conexión directa con esos dos bienes.*

*La indexación, por tanto, tiende a generar una inflación más elevada y favorece su persistencia en el tiempo, aun cuando desaparece la causa inicial que generó el incremento de precios. Una inflación elevada y persistente genera costes económicos: entre otros, desvirtúa la información que deben transmitir los precios, dificulta la concertación de contratos a largo plazo y deteriora la competitividad.*



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA**

*El correcto funcionamiento de un mecanismo de fijación de precios requiere que estos transmitan la información relevante respecto a los costes y la demanda. La inclusión de cláusulas de indexación supone en la práctica impedir que esto ocurra de forma eficaz. Los precios evolucionan al margen de la situación de estos factores en cada sector y pasan a hacerlo de forma homogénea en todos ellos, desvirtuando así la señal que ofrecen los precios relativos de unos bienes y servicios frente a otros.*

*Adicionalmente, la inflación erosiona la competitividad. El diferencial acumulado de inflación de España respecto a la zona euro aumentó considerablemente en la fase expansiva del ciclo económico, contribuyendo notablemente a la aparición de desequilibrios en la economía española.*

*(...)*

*A la luz de la necesidad de consolidar y avanzar en la recuperación de la competitividad; de evitar los efectos de segunda ronda; de las restricciones existentes al uso de políticas de demanda; y de la necesidad de contribuir a la equidad en la carga del ajuste, resulta imperativo acompañar las reformas estructurales en curso de un nuevo régimen basado en la no indexación de valores monetarios.*

*Este es precisamente el objetivo principal de esta Ley: establecer una nueva disciplina no indexadora en el ámbito de la contratación pública, que supone aproximadamente el 20 por ciento del Producto Interior Bruto, en los precios regulados y, en general, en todas las partidas de ingresos y de gastos de los presupuestos públicos. Se procede así a eliminar la regulación indexadora que, en buena medida, data de épocas con una inflación notablemente mayor. En los casos excepcionales en los que la revisión de valores monetarios sea indispensable, el objetivo de la Ley es eliminar los efectos de segunda ronda anteriormente mencionados, ligando la actualización de precios y rentas a la evolución de los costes pertinentes en cada situación, facilitando con ello una mayor flexibilidad y una mejor reacción de la economía española ante perturbaciones...!.*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

**QUINTO.-** El Artículo 1. *Objeto.* de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (en adelante Ley de Desindexación), establece:

*"Constituye el objeto de esta Ley el establecimiento de un régimen basado en que los valores monetarios no sean modificados en virtud de índices de precios o fórmulas que lo contengan".*

El Artículo 3 de dicha Ley, relativo a su ámbito de aplicación , señala:

*"1. Lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a:*

*a) Las revisiones de cualquier valor monetario en cuya determinación intervenga el sector público. A tales efectos, se entiende por sector público el conjunto de organismos y entidades enumeradas en el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

*En todo caso, para la aplicación de lo dispuesto en esta Ley a las citadas revisiones de valores monetarios no será necesario que concorra un negocio o relación jurídica incluida en el ámbito de aplicación de dicho texto legal.*

*b) En los términos previstos en el artículo 7, las revisiones periódicas o no periódicas de rentas de arrendamientos rústicos y urbanos, contraprestaciones de arrendamientos de servicios, suministros y rentas vitalicias o valores monetarios en cualquier otro contrato celebrado entre personas distintas de las contempladas en la letra a).*

*2. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley:*

*a) La negociación salarial colectiva.*

*b) Las revisiones, revalorizaciones o actualizaciones previstas en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, así como las revisiones del resto de las pensiones abonadas con cargo a los créditos de la sección 07 del Presupuesto de Gastos del Estado, cualquiera que sea su legislación reguladora.*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

*c) Los instrumentos financieros, según lo establecido en el artículo 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores".*

Como el Informe del órgano de contratación mantiene que precio y canon son dos conceptos diferentes, y que la Ley de Desindexación cuando se refiere a "valores monetarios" está pensando en el precio de los contratos y no en el canon, también conviene iniciar el análisis de este recurso distinguiendo entre lo que sea el precio del contrato y el canon a abonar por el contratista al Ayuntamiento, distinción que resultará clave para determinar la aplicación o no de la Ley de Desindexación y del Real Decreto que la desarrolla, al caso que nos ocupa, y en caso de resultar aplicables, la posible diferente forma de aplicación de dicha normativa a uno y otro concepto.

El artículo 87 del TRLCSP define el precio de los contratos señalando:

*"Precio.*

*1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados...".*

En los contratos de concesión de servicios públicos la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, señala en su Informe 12/2010, de 23 de Julio, con apoyo en la Directiva 2004/18/CE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo siguiente:





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

- a) La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.
- b) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.
- c) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.

De conformidad con esta jurisprudencia y doctrina, el artículo 89.1, párrafo tercero del TRLCSP, según la redacción dada por la Disposición Final Tercera. Dos. de Ley de Desindexación establece que: *"Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios"*.

En definitiva, el precio es la contraprestación que percibe el concesionario como retribución por la gestión del servicio, bien la perciba de los usuarios del mismo, bien la perciba, como ocurre en el supuesto que nos ocupa, de la propia Administración concedente.

El régimen de revisión de precios de los contratos públicos se encontraba regulado dentro de los artículos 89 a 92 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Este régimen experimentó un profundo cambio con la publicación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española, como consecuencia de la cual, y, de acuerdo con lo dispuesto dentro de su Disposición Final Tercera, se ha modificado el art. 89



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA**

del TRLCSP, habiéndose derogado los arts. 90 a 92 por la disposición derogatoria. La Ley de Desindexación tiene por objeto establecer un régimen basado en la falta de indexación de rentas, precios y cualesquiera otros conceptos, cuyo valor monetario sea susceptible de revisión en función de índices generales de precios. Excepcionalmente, en aquellos casos en que la revisión de los valores monetarios sea indispensable, se permite vincular la actualización de los precios y rentas a la evolución de los costes pertinentes en cada situación. Así, la desindexación, que se resume en la prohibición de actualización de precios según índices generales, trata de evitar un aumento de los precios y asegurar la contención de éstos, ligando los costes a los precios que se puedan fijar.

En esta línea, el mecanismo de desindexación resulta coincidente con uno de los objetivos que ha de configurar la contratación pública, como es el de que los precios reflejen la evolución de todo el ciclo del coste de vida de un bien, producto o servicio que sea objeto de un contrato público, objetivo que ya aparecía en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

El precio del contrato que nos ocupa tiene su fundamento en el Estudio Económico del Contrato que se incorpora como Anexo VII del Pliego de Prescripciones Técnicas, y que en su página 7 totaliza el coste anual del Servicio en la cantidad de 3.270.580 euros, IVA incluido, cantidad coincidente con la contraprestación de la Administración al contratista, de la que se parte en la Cláusula 4 del Anexo I del PCAP.

El mencionado Estudio Económico del Contrato recoge aquellos costes de la actividad que son imprescindibles para su realización, sin que entre los mismos se haga referencia al Canon en ningún apartado.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Cabe señalar en este momento que el precio del contrato podrá ser objeto de revisión cuando proceda y de acuerdo con los límites que establece al efecto el mencionado artículo 89 del TRLCSP. En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato (Cláusula 11.b) se determina que no procede la revisión del precio.

**SEXTO.-** El canon por el contrario, en el contrato que nos ocupa, es una participación a satisfacer a la Administración por el contratista, como contraprestación por la utilización de las vías públicas que el Ayuntamiento pone a su disposición para la prestación del servicio... (Cláusula 4.- Régimen económico de la concesión, apartado 4.1. del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por las que se rige el contrato).

La controversia que se plantea a este Tribunal se centra en determinar si el concepto que el PCAP califica como "Canon", y que como queda dicho no es una contraprestación a pagar por la Administración al contratista (precio), sino una cantidad a satisfacer por el contratista a la Administración, habría que considerarlo incluido en el concepto genérico "**valor monetario**", a que hace referencia como hemos visto el artículo 3.1.a) de la Ley de Desindexación cuando establece su ámbito de aplicación.

Ciertamente la Ley entre las definiciones que recoge en su artículo 2 no define que haya de entenderse por "valor monetario"; sin embargo en su Preámbulo, al comienzo del apartado II del mismo, señala que la definición "valor monetario" busca: *"...abarcara la totalidad de los conceptos que son objeto de revisión en la legislación vigente, incluyendo, entre otros, precios de contratos públicos, tasas, precios y tarifas regulados, subvenciones, prestaciones, ayudas, multas y sanciones o valores referenciales"*. La relación no tiene carácter exhaustivo, sino ejemplificativo, como se deduce de la inclusión de la expresión *"entre otros"*, antes de iniciar la enunciación de los conceptos que señala como ejemplo, así como de la manifestación explícita de la intención del propio legislador al utilizar ese término jurídico



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

tan amplio e indeterminado: *"abarcara la totalidad de los conceptos que son objeto de revisión en la legislación vigente"*. Por otra parte, la relación que se presenta como ejemplo abarca "valores monetarios" que no se intercambian en sentido unívoco, es decir, que mientras unos van de la Administración a los particulares (precios de los contratos públicos, subvenciones, ayudas...), otros van de los particulares a la Administración (tasas, precios y tarifas regulados, multas, sanciones...). Todo esto nos lleva a concluir, que si bien los cánones no se encuentran directamente enunciados en dicha relación, habría que considerarlos incluidos dentro del concepto "valor monetario" a que la norma se refiere; y ello además porque, interpretando las palabras en su sentido propio, y en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella, según los criterios de interpretación de las normas que establece el artículo 3.1 de Código Civil, el canon es una cantidad o "valor" y es además "monetario", es decir expresado en moneda, o sea en euros; y siendo así, las disposiciones de la Ley de Desindexación les resultarían directamente aplicables.

**SÉPTIMO.-** Sentado que el canon es un "valor monetario" más al que le debe ser aplicada la normativa desindexadora, el siguiente paso argumental nos llevaría a considerar que el índice de revalorización del IPC estaría proscrito por dicha normativa para la actualización de los cánones en general y del canon que nos ocupa en particular

Recordemos que la Ley de Desindexación en su Preámbulo marca como criterio: *"una nueva disciplina no indexadora en el ámbito de la contratación pública al margen de la aplicación del IPC, de tal modo que la revisión periódica cuando se prevea expresamente 'no podrá realizarse en función de índices de precios o fórmulas que los contenga; tal y como así nos los recuerda igualmente los arts. 4.1 y 5.1 de la citada Ley 2/2015, de tal modo que: "... solo excepcionalmente, si estuviera motivada por la evolución de los costes, la revisión podrá realizarse en función de los precios individuales e índices específicos de precios que mejor*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

*reflejen dicha evolución de los costes, evaluados conforme al principio de eficiencia económica y buena gestión empresarial" ( arts. 4.2 y 5.2 de dicha Ley ).*

**OCTAVO.-** Encontramos otro argumento más que aboga en favor de esta tesis en la propia Disposición transitoria de la Ley: "*Régimen de revisión de los valores monetarios*", que dedica sus dos primeros apartados al régimen transitorio aplicable al régimen de revisión de los precios de los contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación del TRLCSP; y que en su apartado 3 referido a otros "valores monetarios" establece:

*"3. Por lo que se refiere a los valores monetarios en cuya determinación interviene el sector público distintos a los referidos en los apartados anteriores, los regímenes de revisión periódica y predeterminada aprobados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley mantendrán su vigencia hasta la entrada en vigor del real decreto referido en el artículo 4 de la misma, si bien en las fórmulas las referencias a las variaciones de índices generales, tales como Índice de Precios de Consumo o el Índice de Precios Industriales, deberán sustituirse por el valor cero"*

Si el régimen transitorio aplicable a los "valores monetarios" en cuya determinación interviene el sector público aprobados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, conlleva en la práctica la sustitución del valor referencial del IPC, por el valor cero, este nuevo escenario legal nos lleva inexorablemente a concluir que el índice de revalorización IPC ha sido proscrito por el legislador en la Ley de Desindexación, y que por tanto, su aplicación en el futuro muy difícilmente resultará justificada.

**NOVENO.-** Podría a pesar de todo inducirnos a confusión el desarrollo de la Ley de Desindexación de la Economía Española, a que la misma se remite en repetidas ocasiones en su articulado, y que se ha llevado a cabo por el Real Decreto 55/2017, de 3 de Febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de Marzo, de desindexación de la economía española.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Efectivamente, el artículo 2 del mencionado Real Decreto al establecer su ámbito de aplicación dice: *"Lo dispuesto en este real decreto será de aplicación a las revisiones previstas en el artículo 3.1.a) de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, cuando estén motivadas por variaciones de costes"*; lo que puesto en relación con lo que señala el propio Real Decreto en su exposición de motivos, apartado II , párrafo tercero: *"El reglamento resulta de aplicación a las revisiones de valores monetarios en cuya determinación intervenga el sector público, con independencia de que tal intervención tenga su origen en un contrato o en una norma, y siempre que la revisión esté motivada por variaciones de costes. Están excluidas, por tanto, aquellas revisiones de valores monetarios motivadas por consideraciones distintas a las variaciones de costes como, por ejemplo, por criterios de equidad, sanción o disuasión"*; nos podría llevar a pensar que aquellas revisiones de "valores monetarios" motivadas por consideraciones distintas a las variaciones de costes, quedarían excluidas de la aplicación de la normativa desindexadora.

Pero en opinión de este Tribunal, la interpretación correcta de esta disposición reglamentaria es entender que se trata de un desarrollo parcial de la Ley que sólo afecta a aquellas variaciones de "valores monetarios" que están directamente relacionadas con la estructuras de costes y con sus variaciones, cuyo ejemplo más paradigmático son los precios de los contratos; no siendo aplicable a aquellas revisiones de valores monetarios motivadas por consideraciones distintas como criterios de equidad, sanción o disuasión, a las que serían de aplicación, no obstante, los criterios de actualización que la Ley establece.

**DÉCIMO.-** En este sentido que venimos defendiendo se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su Sentencia 130/2016, de 9 de Junio, dictada en un recurso contencioso administrativo interpuesto contra una modificación de los pliegos de un contrato de concesión de uso privativo de montes públicos, en los que el canon previsto en dichos



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

pliegos, que se actualizaba anualmente mediante un determinado índice, pasó a actualizarse en base al índice de Precios al Consumo (IPC).

La importancia de dicha Sentencia para el supuesto que nos ocupa reside en el hecho de que el alto Tribunal, aplica de plano la Ley de Desindexación, considerando que el mencionado canon es un "valor monetario" cuya revalorización ha de hacerse de acuerdo con los criterios fijados por dicha norma, y además de por otras consideraciones jurídicas que no vienen al caso, estima el recurso presentado y desautoriza la actualización del canon aprobada por la Administración en base al IPC, con una serie de motivaciones jurídicas que sí conviene traer a colación en este momento, y que sustancialmente son las siguientes:

*"... Considera la Sala que tampoco las razones que esgrime la Administración demandada como de interés público bastan para justificar en derecho la elección de esta nueva fórmula de revisión. Es verdad que en el presente caso y por lo ya dicho se hace necesaria la revisión de la cláusula de actualización del canon y también es evidente que no ha sido responsabilidad de dicha Administración demandada la modificación legislativa que justifica dicha revisión, como tampoco negamos que corresponda a dicha Administración defender los intereses generales de esta Comunidad Autónoma y de los bienes demaniales, e igualmente admitimos que la referencia del IPC ha sido o ha venido siendo el índice oficial de referencia y que por ello se ha venido utilizando en relación con la concesión de otros parques eólicos. Pero aun siendo ciertos mencionados extremos no se puede confundir el interés público con el hecho de mantener el valor monetario de la variable económica del canon, y menos aun cuando la 'indexación' con base en índices generales, como el IPC, aunque es una convención ampliamente extendida, no está necesariamente justificada, ni produce beneficios para el conjunto de una economía desarrollada como la española, como así lo reconoce la Ley 2/2015 en su Preámbulo. Por tanto, la aplicación de dicha fórmula de revisión no puede justificarse en un supuesto 'interés público' que no concurre al menos en los términos definidos y defendidos por la resolución impugnada. Es más,*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

*considera la Sala que es más interés público mantener el equilibrio económico de dicha concesión que pretender modificar los valores monetarios de canon de la concesión mediante la aplicación del IPC. Y es verdad que la citada Ley 2/2015 se ha publicado y ha entrado en vigor seis días después de dictarse la resolución impugnada y por ello no se aplica de forma directa, pero también es verdad que los objetivos y finalidades contempladas para dicha Ley eran plenamente conocidos por la Administración demandada desde mucho antes, y también en el ámbito del marco regulatorio del Sector Eléctrico, como lo refleja el contenido del R.D. Ley 9/2013, de 12 de julio, y su propia Exposición de Motivos.*

*Por tanto, debemos concluir que la elección de esta nueva fórmula de revisión no viene justificada ni en el ejercicio de determinadas potestades o prerrogativas ni tampoco en los términos en que define la Administración Pública el concreto interés público que manifiesta defender con la introducción de la mencionada fórmula de revisión..."*

*"... Queda finalmente por dilucidar si la inclusión de la mencionada fórmula de revisión respeta o no los mismos o similares términos y parámetros económicos tenidos en cuenta al otorgarse inicialmente la concesión, pero sobre todo al fijarse el canon y la fórmula de revisión prevista en el Pliego.*

*Y la Sala considera, que si bien no cabe apreciar arbitrariedad e infracción de los principios de buena fe y confianza legítima en el modo de actuar de la Administración cuando introduce dicha fórmula de revisión por referencia al IPC, sin embargo sí considera la Sala que la revisión mediante la aplicación del IPC no es la fórmula que más se ajusta y se adecua a los criterios y parámetros económicos que latía en la fórmula inicialmente prevista, y ello es así porque esta fórmula consistente en la revisión del canon mediante 'el porcentaje de actualización de la tarifa eléctrica de aerogeneradores, que se publica anualmente en el RD de Actualización de Tarifas eléctricas' nada tenía que ver en su conformación y sus fines con la conformación y fines de la cláusula de revisión mediante el IPC; y a ello también debemos añadir que la propia Administración pretende para el futuro, como así nos lo recuerda el Preámbulo de la Ley 2/2015 "...una nueva disciplina no indexadora en el ámbito de la*





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

*contratación pública...", al margen de la aplicación del IPC, de tal modo que la revisión periódica cuando se prevea expresamente "no podrá realizarse en función de índices de precios o fórmulas que los contenga", tal y como así nos los recuerda igualmente los arts. 4.1 y 5.1 de la citada Ley 2/2015 , de tal modo que solo "excepcionalmente, si estuviera motivada por la evolución de los costes, la revisión podrá realizarse en función de los precios individuales e índices específicos de precios que mejor reflejen dicha evolución de los costes, evaluados conforme al principio de eficiencia económica y buena gestión empresarial" ( arts. 4.2 y 5.2 de dicha Ley ).*

*Por tanto en el presente como la fórmula de revisión introducida relativa a la aplicación del IPC de los 12 meses anteriores no responde a los criterios y parámetros económicos que se comprendía en la primitiva formula aprobada, y como quiera que también el propio Estado mediante la Ley 2/2015 pretende erradicar la práctica de la indexación con base en índices generales como es el IPC, es por lo que hemos de concluir que la introducción de esta nueva fórmula de revisión no es conforme ni se ajusta a derecho y tampoco respeta ni da cumplimiento al principio de equilibrio económico de la concesión en los términos que fueron considerados para su otorgamiento y que también previamente fueron aceptados y asumidos por el concesionario.*

*Así, la Sala considera por un lado, que es necesario modificar el Pliego para revisar la cláusula de actualización y/o revisión del canon y que a la Administración le asiste el derecho y la potestad de verificar dicha modificación, pero por otro lado también concluye que la introducción de la aplicación del IPC como cláusula de revisión no es ajustada a derecho por lo ya razonado y argumentado, y que dicha cláusula deberá ser sustituida por otra más específica .... "*

UNDÉCIMO.- Por otra parte, señala el Informe del órgano de contratación, que si se atendieran los argumentos de la recurrente, el riesgo de explotación quedaría limitado y la figura de la concesión desvirtuada, toda vez que la Directiva 2014/23/UE de 26 de Febrero de



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA**

2014 se precisa que el derecho a explotar obras o servicios implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial, y se considera que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando *"no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o servicios objeto de la concesión"*; sin embargo al margen de que la actualización del Canon tiene una influencia limitada tanto en el riesgo operacional de la concesión como en su propio equilibrio, lo que se viene argumentando en esta Resolución no es que el canon no deba actualizarse, sino que el criterio de actualización del mismo, como "valor monetario" que es, no debe llevarse a cabo mediante la aplicación del IPC como cláusula de revisión, sino mediante la introducción en los Pliegos de otra cláusula de revisión más específica, y acorde con los criterios que establece la Ley de Desindexación.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

### **ESTE TRIBUNAL, RESUELVE:**

**Primero.-** Estimar el recurso interpuesto por D. Jaime López de Aguilar, en representación de la empresa SETEX-APARKI, S.A., contra la cláusula 11.a) del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato de concesión del servicio público de los estacionamientos limitados y controlados y de la inmovilización y retirada de vehículos de las vías públicas en el término municipal de Granada (expediente 125GSP/2017 del Área de Contratación), cláusula que se anula en los términos señalados en los Fundamentos de Derecho de esta Resolución, y con retroacción del procedimiento al momento anterior a la aprobación del citado pliego.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE  
CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA**

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

**Tercero.-** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

*Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) del apartado 1) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.*

***El Titular del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada.***

  
***Fdo.- Rafael Francisco Guilarte Heras.***