



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

*Sentencia de 28 de enero de 2015
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Rec. n.º 449/2012*

SUMARIO:

Contratos administrativos. Concesión de explotación de autopista. Principio del riesgo y ventura. Riesgo imprevisible. «ius variandi»; y «factum principis». Rechaza los recursos de la concesionaria de las radiales de peaje madrileñas R-3 y R-5 que reclamaba un «reequilibrio» de los contratos por la disminución del tráfico en dichas autopistas desde el inicio mismo de la explotación. Nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración («ius variandi» o «factum principis»), o por hechos que se consideran «extra muros» del normal «alea» del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Señala que la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible que la empresa hubo de considerar cuando participó en el concurso y recuerda que la contratación administrativa lleva inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el llamado principio de riesgo y ventura del contratista. Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado, ni consiguientemente le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

PRECEPTOS:

Ley 29/1998 (LJCA), art. 69 b).
Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL), arts. 126, 127, 128 y 152.
Código Civil, art. 1.091.
RDLeg. 2/2000 (TRLCAP), arts. 94, 98, 144, 163.2 y 248.2.
RDLeg. 3/2011 (TRLCAP), arts. 208, 209, 215, 231, 242 y 258.2.
Ley 8/1972 (construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión), arts. 24 y 25.
Ley 43/2010 (servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal), disp. adic. octava.

PONENTE:

Don Nicolás Antonio Maurandi Guillen.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil quince.



www.civil-mercantil.com

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso contencioso-administrativo que con el número 449/2012 ante la misma pende de resolución, interpuesto por ACCESOS DE MADRID, CONCESIONARIA DEL ESTADO, SOCIEDAD ANÓNIMA (AMSA), representada por el Procurador don Carlos Jiménez Padrón, frente a la desestimación por silencio de la solicitud de 8 de noviembre de 2011, por la que se interesaba del Consejo de Ministros el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión de que era titular en virtud de la adjudicación dispuesta por el Real Decreto 1515/1999, de 24 de septiembre [referida a la construcción, conservación y explotación de los tramos: M-40-Arganda del Rey, de la autopista de peaje R-3, de Madrid a Arganda del Rey; M-40-Navalcarnero, de la autopista de peaje R-5, de Madrid a Navalcarnero, y de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409].

Habiendo sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El presente proceso fue iniciado por ACCESOS DE MADRID, CONCESIONARIA DEL ESTADO, SOCIEDAD ANÓNIMA (AMSA), mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido contra la desestimación por silencio a que antes se ha hecho referencia.

Fue admitido por esta Sala, motivando la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se puso de manifiesto a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del correspondiente plazo, lo que verificó mediante un escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de Derecho que estimó oportunos, terminó así:

« SUPLICO que teniendo por presentado este escrito con los documentos adjuntos, se sirva admitirlo, teniendo por formulada DEMANDA contra la desestimación por silencio administrativo, de la reclamación formulada por mi representada con fecha 8 de noviembre de 2011, por virtud de la cual se interesaba de la Administración el restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión y; en su virtud, previos los trámites de Ley:

a) Anule y deje sin efecto la referida resolución tácita y ordene a la Administración que dicte una resolución expresa en la que se reconozca el desequilibrio producido en la base económico-financiera de la concesión, como consecuencia de la concurrencia de una circunstancia imprevista, imprevisible y determinante de la inviabilidad de la misma, en relación con el tráfico realmente circula por las vías de peaje Incluidas en el objeto de la concesión.

b) Se reconozca el derecho de Accesos de Madrid a que se adopten de modo Inmediato las medidas necesarias para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero quebrado, al objeto de hacer viable económica y financieramente la concesión, en los términos señalados en la presente demanda y en la reclamación cuya desestimación tácita ha dado lugar al presente recurso».

Segundo.

Tras plantear como alegación previa el Abogado del Estado la falta de competencia de esta Sala, se dictó auto de 15 de abril de 2013 acordando lo siguiente:



www.civil-mercantil.com

«DESESTIMAR LAS ALEGACIONES PREVIAS formuladas por el Abogado del estado y declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del presente recurso contencioso-administrativo.

Se concede al Abogado del Estado el plazo de 15 días que le restan para que pueda contestar a la demanda».

Tercero.

El señor Abogado del Estado, en el trámite de contestación de la demanda que le fue conferido, formalizó su oposición con un escrito que pidió:

«(...) dicte sentencia declarando inadmisibile o, en su defecto, desestimando este recurso con los demás pronunciamientos legales».

Cuarto.

Hubo recibimiento a prueba y, declaradas concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 14 de enero de 2015.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La recurrente en el actual proceso, AUTOPISTA MADRID-TOLEDO, CONCESIONARIA DEL ESTADO, SOCIEDAD ANÓNIMA (AMSA), es la sociedad concesionaria constituida por los adjudicatarios de la concesión, decidida por el Real Decreto 1515/1999, de 24 de septiembre, para la construcción, conservación y explotación de los tramos: M-40-Arganda del Rey, de la autopista de peaje R-3, de Madrid a Arganda del Rey; M-40-Navalcarnero, de la autopista de peaje R-5, de Madrid a Navalcarnero, y de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409.

Mediante un escrito fechado el día 8 de noviembre de 2011, dirigido al Consejo de Ministros, manifestó que se había producido un desequilibrio en la base económico-financiera de la concesión como consecuencia de la concurrencia de diversas circunstancias, en su criterio de carácter imprevisible, respecto del tráfico que circulaba por las vías objeto de peaje incluidas en la concesión; un desequilibrio que determinaba la inviabilidad de la concesión.

Y en el "suplico" final dedujo esta doble reclamación: (i) el reconocimiento de la producción de dicho desequilibrio; y (ii) la adopción de modo inmediato de las medidas necesarias para el restablecimiento del desequilibrio quebrado, al objeto de hacer viable la concesión y la prestación del servicio público viario a ella vinculada, en el sentido que había sido indicado en el fundamento jurídico quinto del propio escrito.

Ese fundamento quinto se expresaba así:

«2.- Pues bien, desde el punto de partida sentado en el apartado anterior, mi representada considera que el mecanismo más adecuado para que la Administración restablezca el equilibrio económico-financiero quebrado es que se proceda a configurar de modo estable y permanente, durante toda la vida de la concesión, un mecanismo similar al



previsto en la Disposición adicional octava de la Ley 43/2010 , de forma que se permita la viabilidad de la concesión mientras los tráficos no alcancen un nivel mínimo respecto a los previstos en el plan económico financiero presentado con la oferta de licitación y sin perjuicio de que se establezcan asimismo, como hace la citada disposición, ciertos límites cuantitativos y la previsión de que las cantidades que puedan entregarse a la concesionaria serán devueltas y justamente retribuidas en el caso de que durante la vida de la concesión los tráficos lleguen a superar las previsiones incluidas en el citado plan económico-financiero.

En todo caso, si parece necesario introducir en este mecanismo alguna corrección. De un lado, de manera obvia, lo referido al plazo para su aplicación, considerando mi representada que resultaría razonable establecer esta fórmula durante los siguientes 15 años de duración del contrato, en línea además con lo que se consideró razonable en el propio Congreso de los Diputados, como ya hemos expuesto, al aprobarse la enmienda a la Ley de Presupuestos que establecía un plazo para esta cuenta de compensación de 10 y 20 años. De otro lado, no parece tampoco adecuado ni objetivo el que se mantenga el límite que establece esta Disposición adicional de que la cantidad a consignar anualmente en la cuenta no podrá superar el 49 por 100 del importe resultante de sumar a los ingresos anuales de peaje de la concesión la cantidad a consignar. Ello implica en la práctica que no pueda operar la propia previsión de compensar a la concesionaria cuando el tráfico real no llegue al 80% del previsto en el PEF, pues cuanto más bajo sea el tráfico real (y más necesaria la compensación) más se limitará por esta causa la compensación a recibir, pues menos recorrido existirá para aproximarse con la compensación a los ingresos previstos en el PEF por el 80% del tráfico previsto en el mismo.

3. Ahora bien ello no impide que la Administración pueda también adoptar en sustitución total o parcial de lo indicado en el párrafo precedente, otras medidas compensatorias , que permitan restablecer de modo efectivo el equilibrio económico quebrado. Mi representada declara por ello su voluntad y disposición de discutir con la Administración tales posibles medidas. Con tal propósito se indican a título orientativo a continuación algunas posibles medidas específicas del presente contrato concesional, aplicables junto a todas las demás anteriormente indicadas o cualesquiera otras que esa Administración estime oportunas, que supondrían la modificación de cláusulas del contrato de inequívoco contenido económico.

(a) En primer lugar, podría proceder la Administración concedente a modificar el contrato concesional el sentido de alterar la actual configuración de la misma, como una concesión que incluye simultáneamente la conservación, mantenimiento y explotación de vías de peaje (R-3 y R-5) y de vías libre de peaje, (M-50). Tal modificación podría consistir, a título de ejemplo en la adopción, alternativa de alguna de las siguientes medidas (i) la configuración del tramo de la M-50 incluido en el objeto concesional como una vía de peaje, que sería abonado por los propios usuarios de la misma o por la propia Administración en función del número de vehículos que la utilizaran; (ii) la segregación de la concesión del tramo de la M-50 anteriormente indicado, pasando la Administración a ejercer sobre el mismo todas las obligaciones y responsabilidades de su conservación, mantenimiento y explotación. En todos estos supuestos, concurrirían también los requisitos expuestos en el apartado precedente para llevar a cabo tal modificación.

(b) Adicionalmente, para paliar la situación descrita en los antecedentes de hecho respecto a que la R-3 y la R5 son actualmente vías de "peor condición" en los corredores afectados, se considera por mi representada la eventual aplicación de las siguientes medidas: compromiso por la Administración de no realizar actuaciones de mejora de la capacidad adicionales en vías para las R-3 o R-5, al menos hasta el momento en que no se produzca una situación de saturación de estas vías, de acuerdo además con lo señalado en el propio Plan Estratégico de Infraestructuras, establecer en la A-3 y en la A-5 un carril de uso exclusivo para transporte colectivo o diferenciar el límite de velocidad entre estas vías y las dos



www.civil-mercantil.com

autopistas de peaje. Téngase presente que con estas medidas se dejará de "castigar" el tráfico por las vías de peaje, como hasta el momento presente y podrán así obtenerse mejores resultados, susceptibles precisamente de beneficiar también a la propia Administración, en el ámbito de medidas como las contenidas, con carácter transitorio, en la Disposición adicional octava de la Ley 43/2010 ».

El recurso contencioso-administrativo que ha dado lugar al actual proceso jurisdiccional lo dirige AMSA frente a la desestimación por silencio de su anterior reclamación.

Su demanda, como resulta de lo que se ha expresado en los antecedentes, ejercita como pretensiones esas dos mismas reclamaciones que fueron deducidas en el escrito de 8 de noviembre de 2011 que se viene mencionando.

Segundo.

Ese escrito de AMSA de 8 de noviembre de 2011, para justificar las reclamaciones deducidas en su final "suplico", las precedía de estos apartados: "ALEGACIÓN PRELIMINAR", " HECHOS", "ANTECEDENTES DE HECHO" y "FUNDAMENTOS JURÍDICOS"; cuyos aspectos o elementos esenciales se pueden resumir en lo que continúa.

I.- La "ALEGACIÓN PRELIMINAR" aduce que el fundamento de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión se encuentra

"en la concurrencia de diversas circunstancias imprevisibles y absolutamente ajenas a la actuación de la sociedad concesionaria, determinantes de que el tráfico real que circula por las vías de peaje incluidas en el objeto de la concesión sea, de forma indubitada y completamente desproporcionada, muy inferior al previsto en la oferta (alcanzando, a título de ejemplo, sólo el 41% en el año 2009, el 37%, en el año 2010 y el 38% en la previsión para el presente ejercicio 2011, respectivamente, del tráfico previsto en la oferta , sustancialmente similar, además, a los incluidos en los anteproyectos a probados por la Administración) ...".

II.- Los "HECHOS" que tras la anterior alegación previa se relatan son los siguientes:

1.- La convocatoria de la licitación la Administración la hizo sobre la base de unas estimaciones y valoraciones, técnicas, económicas y jurídicas, dirigidas a garantizar la viabilidad de la concesión; y, en particular, los Anteproyectos adjuntos al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, contenían unas previsiones de tráfico para las dos vías de peaje y unas tasas de crecimiento del mismo, en las que se sustentaba la propia licitación a realizar.

Lo anterior quiere decir que constituye presupuesto esencial de la licitación de una obra de la importancia como la que nos ocupa que la explotación de la misma resulte viable; esto es, que el tráfico que pueda circular por la vía de peaje, sea mayor o menor, tenga una dimensión mínima suficiente que permita el desarrollo "normal" de la sociedad concesionaria.

2.- Sobre ese presupuesto formularon su oferta los licitadores, incluyendo la que resultó adjudicataria el correspondiente Plan económico-financiero, comprensivo del estudio del tráfico a considerar como factor determinante de las tarifas aplicables para generar ingresos que permitieran garantizar el equilibrio económico de la concesión y su viabilidad inicial.

3.- Una vez adjudicada la concesión, diversas circunstancias han afectado a la viabilidad de la misma, En particular, la comparación entre el tráfico real y el tráfico previsto en el Plan económico financiero pone de manifiesto que desde el inicio de la explotación en el año 2004 hasta 2011 en ningún momento se ha superado el 50% del tráfico previsto; y, además, las previsiones para los años sucesivos (hasta 2020) ofrecen idénticas perspectivas.



www.civil-mercantil.com

Esa brutal y desproporcionada diferencia entre el tráfico real y el previsto determina la imposibilidad de que la concesionaria pueda asumir la prestación del servicio y el cumplimiento de sus obligaciones.

4.- El principio de riesgo y ventura se desenvuelve en el alea normal del contrato, pero ha de aplicarse conjuntamente con el principio del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión durante toda la vida de la misma. Y este impone la obligación de la Administración a tal mantenimiento cuando concurren circunstancias no previstas por las partes y razonablemente imprevisibles que determinan la quiebra del equilibrio de la concesión y su propia viabilidad.

III.- Los "ANTECEDENTES DE HECHO" que se exponen comprenden estos tres ordinales que continúan.

(1º) Los elementos esenciales de la concesión de AMSA. El tráfico previsto en los anteproyectos aprobados por la Administración y en el Plan Económico- financiero como elemento esencial de la concesión de titularidad de AMSA.

La idea principal que se desarrolla en este primer ordinal es que la viabilidad de la explotación de toda obra pública es el presupuesto esencial de la licitación de su concesión; y que esa viabilidad exige que el tráfico que pueda circular por una vía de peaje tenga una dimensión mínima suficiente que permita el desarrollo normal de la actividad de la concesionaria, que será responsable del éxito o ventura del contrato de la explotación del contrato, pero no puede serlo desde el mismo momento de su inicio.

Como también se dice que esa viabilidad era afirmada en los anteproyectos que fueron aprobados por la Administración; y se sostiene que tales documentos fueron redactados con la finalidad de que los licitadores formularan su oferta y asumieran sus compromisos.

Tal idea principal se desarrolla tras afirmar todo lo siguiente.

Lo que establecía el artículo 6 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción explotación de autopistas en régimen de concesión, sobre la necesidad de que, con carácter previo a la licitación, la Administración aprobara el anteproyecto y el Pliego como documentos del expediente de contratación.

La inclusión de los anteproyectos aprobados por la Administración para las dos vías de peaje de que aquí se trata entre la información que, según la cláusula tercera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (aprobado por Orden de 11 de abril de 2000), el Ministerio de Fomento debía facilitar a los posibles licitadores.

Las previsiones de tráfico que contenían los anejos de esos anteproyectos de la Administración.

Y lo establecido en la cláusula 8.1.7 del Pliego de Cláusulas Generales (aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero) sobre el Plan económico-financiero que debían incluir las proposiciones, con sus correspondientes previsiones de resultados económicos.

(2º) Sobre las diversas circunstancias que han afectado a la viabilidad económica de la concesión. En particular, la brutal y desproporcionada diferencia entre el tráfico real en las autopistas de peaje y el previsto en el plan económico financiero.

Como tales circunstancias se señalan estas tres: (a) el sobrecoste generado en la construcción por la necesaria realización por la concesionaria de obras adicionales no previstas en los proyectos iniciales, como consecuencia de ordenes e instrucciones adoptadas por la Dirección General de Carreteras; (b) los sobrecostos de las expropiaciones extraordinariamente superiores a las estimaciones que sirvieron de base al contrato, debido a los diversos criterios de justiprecio aplicados por los Jurados de Expropiación y los Tribunales de Justicia; y (c) la enorme diferencia producida, desde el mismo inicio de la explotación, entre



www.civil-mercantil.com

el tráfico previsto en el plan económico financiero presentado con la oferta de licitación y los ingresos de peaje derivados del tráfico real.

Se dice a continuación que la consecuencia de esas circunstancias ha sido un desbaratamiento del equilibrio económico de la concesión que la hace inviable el mayor coste y los menores ingresos que se derivan de esas circunstancias.

Y por lo que en concreto hace a la comparación entre el tráfico real y el tráfico previsto, se dice que en ningún momento ha superado más allá del cincuenta por cien previsto en el plan económico previsto en la oferta desde el momento mismo del inicio de la explotación; que desde 2008 hasta 2011 se ha producido un decrecimiento sucesivo; y que las previsiones de tráfico para años sucesivos arrojan idénticas perspectivas de que el tráfico real, en relación con el previsto en el PEF, se moverá entre el 40 y el 50 por cien.

Finaliza este apartado con esta afirmación:

"Desde este punto de partida, es patente que es absolutamente inasumible para la viabilidad de la propia concesión y, por tanto, para la continuidad de la prestación del servicio, el que mi representada pueda hacer frente a una situación en la que el tráfico no alcance una mínima dimensión, no sólo porque excedería de las obligaciones asumidas en el ámbito del contrato suscrito con la Administración, sino porque determinaría la propia inviabilidad de continuar con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato y con la propia prestación de servicio público viario".

(3º) Las actuaciones realizadas por la Administración para hacer frente a las diversas circunstancias que han afectado a la viabilidad económica de la concesión. La insuficiencia de las medidas adoptadas respecto a las diferencias entre el tráfico real y el previsto en el plan económico financiero presentado con la oferta de licitación.

Respecto de esas actuaciones realizadas por la Administración, se comienza efectuando esta inicial valoración: (i) que han pretendido resolver con carácter definitivo, durante toda la vida de la concesión, la ruptura del equilibrio económico financiero derivado de las dos primeras circunstancias (los sobrecostes por obras adicionales y los sobrecostes por expropiaciones); (ii) pero no ha ocurrido así con las medidas aprobadas en relación con la tercera circunstancia (la enorme diferencia entre el tráfico real y el previsto), pues estas últimas medidas, contenidas en la Disposición Adicional Octava de la Ley 43/2010 y en sus actos de aplicación, tienen un carácter puramente transitorio porque están únicamente dirigidas al restablecimiento.

Más adelante se hace referencia a las medidas dispuestas para los sobrecostes por obras adicionales y sobrecostes por justiprecios, con especial mención a lo establecido en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010 (disposiciones adicionales cuadragésima primera y cuadragésima segunda) y en el Real Decreto 1770/2010, de 23 de diciembre.

Se subraya que la Exposición de Motivos de esa Ley 26/2009 se refiere de forma conjunta a la justificación de sus dos mencionadas disposiciones adicionales, mediante a una alusión tanto a los justiprecios que se establecieron por encima de las estimaciones como "a un descenso muy significativo del tráfico.... frente al inicialmente estimado, lo que está afectando al equilibrio económico de las sociedades concesionarias".

Se dice que lo anterior significa un específico reconocimiento, por parte de la Ley 26/2009, de los descensos significativos de tráfico respecto al estimado como casos que hacen necesario articular medidas que permitan la viabilidad de la concesión y del servicio público subyacente.



www.civil-mercantil.com

Y se reitera que esas medidas de la Ley 26/2009 han establecido una solución definitiva y permanente, durante toda la vida de la concesión, para esas dos primeras circunstancias de desequilibrio (los sobrecostes por obras adicionales y los sobrecostes por justiprecios).

Posteriormente se vuelve a la Disposición Adicional Octava de la Ley 43/2010 , recordando que contiene las medidas de restablecimiento para el desequilibrio derivado de las diferencias de tráfico y señalando que tales medidas son claramente insuficientes para lograr dicho objetivo dado su limitado alcance temporal.

Y tras analizar su contenido se sienta esta conclusión:

"Una vez transcurra el plazo de tres años previsto en la citada Disposición adicional octava de la Ley 43/2010 , y deje de surtir efecto tal Disposición, la concesión será inviable, por lo que es indispensable que, sin esperar a ese momento, por parte de la Administración General del estado, como Administración concedente, se adopten de manera inmediata las medidas destinadas a restablecer el equilibrio económico financiero, permitiendo la viabilidad de la concesión".

IV.- Los "FUNDAMENTOS JURÍDICOS" desarrollan el "Preliminar" y los cinco ordinales siguientes.

Preliminar . Sobre el órgano competente para la resolución de la presente solicitud de reequilibrio.

En este apartado se sostiene que el Consejo de Ministros, al ser el órgano de contratación que adjudicó la concesión, era el competente para resolver la solicitud de AMSA.

Primero. Sobre los principios de riesgo y ventura y de equilibrio económico financiero en las concesiones de autopistas.

Aquí se desarrollan unas consideraciones cuyas ideas principales se pueden sintetizar en lo que continúa.

Que en la contratación administrativa rigen estos dos principios esenciales: el de riesgo y ventura y el de equilibrio económico financiero de la concesión; que el segundo es un factor de modulación del primero para garantizar la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público; y que esta modulación opera mediante la distinción entre lo que es el alea normal del contrato (en cuyo ámbito opera el principio de riesgo y ventura), y lo que son circunstancias que escapan a ese alea ordinario, por ser imposible su previsión normal o razonable, en las que opera el deber administrativo de establecer la ecuación financiera perturbada por dichas circunstancias.

Que el principio de riesgo y ventura impone a la concesionaria soportar los perjuicios derivados a las incidencias del contrato que sean ajenas a la actuación de la Administración (esto es, que no sean reconducibles a estos casos: "ius variandi"; y "factum principis"); y dicho principio también decae en los casos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Y que el principio de la necesidad de restablecimiento o mantenimiento del equilibrio económico opera en cualquier alteración de la ecuación financiera que sea perjudicial para el concesionario y no le sea imputable dentro del ámbito del riesgo y ventura ; y así resulta tanto de lo establecido en los artículos 163.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio [TR/LCAP], como de lo establecido en la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de



www.civil-mercantil.com

obra pública (aunque esta no sea estrictamente aplicable a la concesión litigiosa), y también de lo establecido en los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

Segundo. Sobre la doctrina del riesgo imprevisible entendida como excepción al principio de riesgo y ventura.

En este ordinal se recuerda inicialmente el origen de esta doctrina en la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado español y también del Consejo de Estado francés; y se aduce su reconocimiento en los artículos 126, 127, 128 y 152 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 [RSCL].

Seguidamente se dice que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado ha configurado los siguientes requisitos necesarios para que pueda ser apreciada la concurrencia de riesgo imprevisible:

(1) una circunstancia o riesgo imprevista y razonablemente imprevisible en el momento de celebrar el contrato;

(2) que las circunstancias sobrevenidas generen la ruptura completa del equilibrio concesional o la alteración sustancial de las condiciones de ejecución del contrato inicialmente pactadas;

(3), que la alteración del equilibrio contractual se haya producido con ausencia de culpa de las partes contratantes; y

(4) una insuficiencia de los mecanismos previstos en el contrato para la recuperación del mecanismo contractual.

Tercero. Sobre la concurrencia en el caso que nos ocupa --- de diferencias del tráfico entre el previsto inicialmente en el plan económico-financiero y el tráfico real--- de todos los requisitos por la jurisprudencia del tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado para apreciar la concurrencia de un riesgo imprevisible, que quiebra de manera completa el equilibrio económico-financiero del contrato y exige la adopción por la Administración de inmediatas medidas para su restablecimiento.

Para defender esa concurrencia de los requisitos que permiten apreciar la presencia del riesgo imprevisible se efectúan estos cuatro alegatos que siguen.

(1) La excepcional y muy relevante diferencia, entre las previsiones de tráfico e ingresos contenidas en el plan económico-financiero presentado en la oferta de licitación y los tráfico y consiguientes ingresos reales, es una circunstancia imprevista por la concesionaria en el momento de celebración del contrato, y también era razonablemente imprevisible en dicho momento.

Esa imprevisibilidad debe considerarse reconocida por el legislador, primero, en la Exposición de Motivos de la Ley 26/2009 y, posteriormente, en la Ley 43/2010 que, al buscar medidas adicionales a las previstas en la Ley 26/2009 para lograr la viabilidad de las concesiones de autopistas de peaje en las que el tráfico real no alcanza el 80 por cien del previsto en el plan económico-financiero presentado en la oferta de licitación, viene a situar como límite razonable de previsibilidad que el tráfico real el ochenta por cien del previsto en el mencionado plan y, consiguientemente, atribuye la consideración de supuestos razonablemente imprevisibles los tráfico reales que estén por debajo de esa magnitud.



www.civil-mercantil.com

(2) Esa circunstancia sobrevenida, consistente en la excepcional y relevante diferencia entre los tráficos reales y los previstos, provoca una inequívoca ruptura del equilibrio contractual, rompiendo la base del negocio y haciendo inviable la prestación del servicio.

(3) La circunstancia sobrevenida anterior, así como el daño que provocan en el equilibrio económico del contrato, se han producido sin culpa del concesionario.

(4) No hay cláusula en el contrato que permita remediar la situación producida.

Cuarto.

En el supuesto de que por parte de la Administración no se reconociera el derecho de mi representada al restablecimiento del equilibrio económico financiero, se produciría, asimismo, una grave vulneración del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto de cualquier parte de su contrato.

Se alude aquí inicialmente a la doctrina del enriquecimiento injusto, a su aplicación a la contratación administrativa por la jurisprudencia de esta Sala y a los presupuestos que se vienen exigiendo para esa aplicación.

Después de lo anterior, se aduce que en el caso litigioso se dan todos los elementos que resultan bastantes para considerar que se produciría un enriquecimiento injusto a favor de la Administración de no proceder esta al restablecimiento del equilibrio económico de la concesión; y como tales elementos se señalan estos: el enriquecimiento de la Administración mediante la adquisición de la obra pública construida como bien de dominio público; ese enriquecimiento tendría como causa el empobrecimiento de la concesionaria, por haber construido esta la obra y no habersele ofrecido la posibilidad de recuperar lo invertido en ella y un rendimiento razonable; ha mediado buena fe en el concesionario; y falta de causa en ese enriquecimiento de la Administración y en el correlativo empobrecimiento de la concesionaria.

Quinto. *Sobre las posibles medidas a adoptar por la Administración para proceder de forma inmediata al restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión de que es titular AMSA.*

El texto completo de este ordinal (en parte ya transcrito en -el primer fundamento) es el siguiente:

«1. De acuerdo con lo establecido en [a jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y en la doctrina del Consejo de Estado extensamente expuesta en el fundamento jurídico segundo anterior, las medidas que debe adoptar la Administración para restablecer el equilibrio económico-financiero quebrado son las que en cada caso se consideren más adecuadas a tal efecto. En idéntico sentido, el artículo 248.3 del TRLCAP señala que "en los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento de equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan". En concreto "estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 263 y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato".

En este sentido, es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2003 (recurso 4/1998), referida precisamente a una concesión de autopistas, que afirma de modo taxativo lo siguiente:

"(...) La actitud y el rigor con que aparece establecida en esa regulación general la exigencia del mantenimiento de la ecuación económica del contrato impide aceptar limitaciones



www.civil-mercantil.com

no expresamente establecidas sobre las fórmulas de compensación económica al concesionario. Y esto supone como bien apuntan los demandados que, si la modificación contractual afecta a uno de los elementos económicos del contrato, el equilibrio podrá lograrse alterando cualquier otro elemento de la misma índole económica (...)"

Por todo ello, los mecanismos o técnicas posibles para restablecer el equilibrio económico- financiero en el ámbito específico de las autopistas de peaje pueden clasificarse de acuerdo con nuestra doctrina y jurisprudencia, en diferentes tipos de medidas: (i) la compensación en metálico de modo directo (ji) la revisión de precios y tarifas; (iii) las subvenciones y beneficios fiscales (iv) la ampliación del plazo de la concesión y, finalmente (V) la modificación de cualquier cláusula del contrato concesional que tenga contenido económico.

2.- Pues bien, desde el punto de partida sentado en el apartado anterior, mi representada considera que el mecanismo más adecuado para que la Administración restablezca el equilibrio económico-financiero quebrado es que se proceda a configurar de modo estable y permanente, durante toda la vida de la concesión, un mecanismo similar al previsto en la Disposición adicional octava de la Ley 43/2010 , de forma que se permita la viabilidad de la concesión mientras los tráficos no alcancen un nivel mínimo respecto a los previstos en el plan económico financiero presentado con la oferta de licitación y sin perjuicio de que se establezcan asimismo, como hace la citada disposición, ciertos límites cuantitativos y la previsión de que las cantidades que puedan entregarse a la concesionaria serán devueltas y justamente retribuidas en el caso de que durante la vida de la concesión los tráficos lleguen a superar las previsiones incluidas en el citado plan económico-financiero En todo caso, sí parece necesario introducir en este mecanismo alguna corrección. De un lado, de manera obvia, lo referido al plazo para su aplicación, considerando mi representada que resultaría razonable establecer esta fórmula durante los siguientes 15 años de duración del contrato, en línea además con lo que se consideró razonable en el propio Congreso de los Diputados, como ya hemos expuesto, al aprobarse la enmienda a la Ley de Presupuestos que establecía un plazo para esta cuenta de compensación de 10 y 20 años De otro lado, no parece tampoco adecuado ni objetivo el que se mantenga el límite que establece esta Disposición adicional de que la cantidad a consignar anualmente en la cuenta no podrá superar el 49 por 100 del importe resultante de sumar a los ingresos anuales de peaje de la concesión la cantidad a consignar. Ello implica en la práctica que no pueda operar la propia previsión de compensar a la concesionaria cuando el tráfico real no llegue al 80% del previsto en el PEF, pues cuanto más bajo sea el tráfico real (y más necesaria la compensación) más se limitará por esta causa la compensación a recibir, pues menos recorrido existirá para aproximarse con la compensación a los ingresos previstos en el PEF por el 80% del tráfico previsto en el mismo.

3. Ahora bien ello no impide que la Administración pueda también adoptar en sustitución total o parcial de lo indicado en el párrafo precedente, otras medidas compensatorias, que permitan restablecer de modo efectivo el equilibrio económico quebrado. Mi representada declara por ello su voluntad y disposición de discutir con la Administración tales posibles medidas. Con tal propósito se indican a título orientativo a continuación algunas posibles medidas específicas del presente contrato concesional, aplicables junto a todas las demás anteriormente indicadas o cualesquiera otras que esa Administración estime oportunas, que supondrían la modificación de cláusulas del contrato de inequívoco contenido económico.

(c) En primer lugar, podría proceder la Administración concedente a modificar el contrato concesional el sentido de alterar la actual configuración de la misma, como una concesión que incluye simultáneamente la conservación, mantenimiento y explotación de vías de peaje (R-3 y R-5) y de vías libre de peaje, (M-50). Tal modificación podría consistir, a título de ejemplo en la adopción, alternativa de alguna de las siguientes medidas (i) la configuración



www.civil-mercantil.com

del tramo de la M-50 incluido en el objeto concesional como una vía de peaje, que sería abonado por los propios usuarios de la misma o por la propia Administración en función del número de vehículos que la utilizaran; (ji) la segregación de la concesión del tramo de la M-50 anteriormente indicado, pasando la Administración a ejercer sobre el mismo todas las obligaciones y responsabilidades de su conservación, mantenimiento y explotación. En todos estos supuestos, concurrirían también los requisitos expuestos en el apartado precedente para llevar a cabo tal modificación.

(d) Adicionalmente, para paliar la situación descrita en los antecedentes de hecho respecto a que la R-3 y la R5 son actualmente vías de "peor condición" en los corredores afectados, se considera por mi representada la eventual aplicación de las siguientes medidas: compromiso por la Administración de no realizar actuaciones de mejora de la capacidad adicionales en vías para lelas a las R-3 o R-5, al menos hasta el momento en que no se produzca una situación de saturación de estas vías, de acuerdo además con lo señalado en el propio Plan Estratégico de Infraestructuras, establecer en la A 3 y en la A-5 un carril de uso exclusivo para transporte colectivo o diferenciar el límite de velocidad entre estas vías y las dos autopistas de peaje. Téngase presente que con estas medidas se dejará de "castigar" el tráfico por las vías de peaje, como hasta el momento presente y podrán así obtenerse mejores resultados, susceptibles precisamente de beneficiar también a la propia Administración, en el ámbito de medidas como las contenidas, con carácter transitorio, en la Disposición adicional octava de la Ley 43/2010 ».

Tercero.

La demanda, cuyo " SUPLICO" ha sido transcrito en los antecedentes, reitera en él como pretensiones las reclamaciones deducidas en el escrito de 8 de noviembre 2011, pues pide, además de la anulación de la desestimación por silencio de esas reclamaciones, que se hagan estas declaraciones: (a) el reconocimiento del desequilibrio producido como consecuencia de la disminución de tráfico; y (b) el reconocimiento a AMSA del derecho a la adopción de modo inmediato del equilibrio económico-financiero quebrado "al objeto de hacer viable económica y financieramente la concesión, en los términos señalados en la presente demanda y en la reclamación cuya desestimación tácita ha dado lugar al presente recurso".

Ese "SUPLICO" viene precedido de unos "HECHOS" y "FUNDAMENTOS DE DERECHO" que coinciden en lo sustancial con los mismos apartados que fueron desarrollados en el escrito de 8 de noviembre 2011.

Así, el apartado de "HECHOS" tiene un primer ordinal que señala en esencia que el objeto del actual recurso contencioso-administrativo es la desestimación por silencio de la reclamación de restablecimiento presentada en la vía administrativa; y anticipa que la demanda se fundamenta en estas bases: la insuficiencia del tráfico real respecto del previsto en el Plan Económico Financiero (PEF) para garantizar la continuidad de la concesión; y el conocimiento de dicha circunstancia tanto por el legislador como por la Administración (se invocan la Ley 43/2010, la Ley 2/2012 y las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados al proyecto de la siguiente ley de presupuestos. Y se completa lo anterior con la afirmación de que la Administración no ostenta de una facultad discrecional para decir cuando ha de reequilibrarse una concesión.

El ordinal segundo viene a desarrollar de nuevo los hechos expuestos en los ordinales primero y segundo del apartado de "ANTECEDENTES DE HECHO" de la reclamación de 8 de noviembre de 2011, ya que se insiste en lo alegado sobre que las previsiones de tráfico del PEF han de considerarse elemento esencial de la concesión de la titularidad de AMSA y se describe de nuevo la disminución de tráfico que se viene esgrimiendo como causa del desequilibrio económico financiero de la concesión.



www.civil-mercantil.com

Finalmente, el ordinal tercero no varía sustancialmente de lo que se exponía en el también ordinal tercero de ese apartado de "ANTECEDENTES DE HECHO" de la reclamación de 8 de noviembre de 2011, pues se hace referencia a las medidas de restablecimiento previstas en la Ley 26/2009, al posterior Real Decreto 1770/2010 y a la Ley 43/2010; y a lo anterior se adiciona una referencia a la cuenta de compensación que le ha sido autorizada a AMSA en 2011 y a las posteriores consignaciones aprobadas y solicitadas que han tenido lugar en relación con dicha cuenta de compensación.

El apartado de "FUNDAMENTOS DE DERECHO" de la demanda tampoco difiere mucho, en sus planteamientos sustanciales, de lo había sido expuesto en igual apartado del de la reclamación de 8 de noviembre de 2011.

Tiene un ordinal primero que recuerda la doctrina del riesgo imprevisible y sus requisitos jurisprudenciales en semejantes términos a como se hizo en esa tan repetida reclamación.

Hay un ordinal segundo que insiste en la concurrencia en el caso litigioso de los requisitos que permiten valorar como riesgo imprevisible esa disminución de tráfico de que se viene hablando, en términos similares a como se hizo en la reclamación administrativa. Se completa lo anterior con lo siguiente: una denuncia de que la situación se ha agravado por la pasividad de la Administración tanto en lo que respecta a los préstamos participativos como en lo concerniente al ingreso en la cuenta de compensación; la afirmación de que la cuenta de compensación de la Ley 43/2010 es la evidencia de que concurren los requisitos necesarios para apreciar un riesgo imprevisible; y el reproche de que, por todo lo anterior, carece de la menor fundamentación jurídica la desestimación por silencio que constituye el objeto de la actual impugnación jurisdiccional.

Del anterior se pasa a un último ordinal, que denuncia expresamente la vulneración del derecho de AMSA al restablecimiento del reequilibrio económico- financiero de la concesión y la pasividad de la Administración como coadyuvante de la inviabilidad de la concesión; y desarrolla en apoyo de tal denuncia estos argumentos: (1) el equilibrio económico financiero se recoge en los artículos 163.2 del TR/LCAP de 2000 , aparece también en la regulación del contrato de concesión de obra pública introducido por la Ley 13/2003 y regulación análoga figura en los artículos 24 y 25 de la Ley de Autopistas en Régimen de Concesión (Ley 8/1972); (2) el silencio de la administración es inexplicable y contribuye a la absoluta insolvencia de la concesionaria; (3) una interpretación de lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley 43/2010 permite deducir la obligación de que en la Ley de Presupuestos Generales de cada año se incluya una partida presupuestaria para hacer efectivo el derecho de las concesionarias a ciertas cantidades en la cuenta de compensación; (4) la cuenta de compensación es un muy relevante medio de reequilibrio pero no el único; y (5) el reequilibrio, en definitiva, es un derecho del concesionario y, consecuentemente, una obligación de la Administración, por lo que no se trata para esta última de una potestad puramente discrecional sino reglada.

Cuarto.

El ABOGADO DEL ESTADO, en el escrito de contestación a la demanda, ha excepcionado, en primer lugar, la inadmisibilidad del recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 69.b) de la Ley jurisdiccional -LJCA -, alegando para ello que la entidad recurrente no había acreditado que la decisión de iniciar el actual proceso jurisdiccional hubiera sido adoptada por el órgano competente según sus normas estatutarias.

Por lo que hace a la oposición de fondo, la desarrolla en los fundamentos de derecho 2 a 5 de esa contestación y las ideas en que pretende sustentarla se pueden resumir en lo siguiente.



www.civil-mercantil.com

La idea principal es que hay una legislación especial que ha regulado las únicas medidas que resultan procedentes en relación con la disminución de tráfico de las autopistas de peaje esgrimida por la recurrente y que, precisamente en atención a ese carácter especial, le corresponde una aplicación preferente respecto de las normas generales reguladoras de la contratación de las Administraciones Públicas.

Y como únicas medidas procedentes según esa legislación especial menciona estas: (a) las previstas en las disposiciones adicionales cuadragésima primera y cuadragésima segunda de la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010; (b) la modificación de la concesión de la recurrente acordada por el Real Decreto 1770/2010, de 23 de diciembre, al amparo de lo establecido en la citada Ley 26/2009; (c) las medidas adicionales y complementarias, a las definidas en esas mencionadas disposiciones adicionales de la Ley 26/2009, que reguló la disposición adicional octava de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre; (d) la regulada en la disposición final décimo quinta de la Ley 2/2012, de Presupuestos Generales del estado para el año 2012; y (e) y la establecida en la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013.

La otra idea que desarrolla el Abogado del Estado, complementaria de la anterior, es que la recurrente no puede pretender un reequilibrio para esa específica situación disminución de tráfico que aduce mediante la concesión de unas medidas que sean distintas de las previstas en la regulación especial que acaba de mencionarse y con pretendido fundamento en la normativa general de los contratos de las Administraciones Públicas.

Esgrime en apoyo de lo anterior estas dos razones: esa normativa general está desplazada por la regulación especial que se viene mencionando; y los concretos preceptos que se invocan de esa normativa general (el artículo 163.2 del TR/LCAP de 2000 y los artículos 24 y 25) tampoco permiten fundamentar la reclamación de la recurrente porque contemplan supuestos distintos.

Quinto.

La inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado con apoyo en lo dispuesto en el artículo 69.b) de la LJCA no puede ser acogida porque, como ha destacado la parte actora en sus conclusiones, acompañó a su escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo tanto una justificación de que el acuerdo para recurrir fue adoptado por el Consejo de Administración como una copia de los Estatutos de la Sociedad, y en estos últimos se comprueba que la decisión de recurrir estaba dentro del ámbito de las funciones atribuidas a aquel órgano societario.

Sexto.

Entrando ya en el estudio de la cuestión de fondo aquí planteada, esta consiste en determinar si la disminución de tráfico en los tramos de la vía de peaje objeto de la concesión de la recurrente, extremo que no ha sido especialmente cuestionado por la Administración demandada, es un hecho que, por sí solo, impone modificar el contrato administrativo en los términos que la actora reclama y para evitar esa merma de ingresos que dice haber experimentado en relación con los que fueron previstos por dicha demandante cuando le fue adjudicado el contrato.

El estudio de la solución que haya de darse a dicha cuestión exige previamente efectuar las consideraciones que siguen.

La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe



www.civil-mercantil.com

mencionarse el artículo 1091 del Código civil , y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011.

La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TR/LCAP de 2000 , que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del "ius variandi"; el artículo 248.2 de ese mismo TR/LCAP , introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de "ius variandi", fuerza mayor, "factum principis" y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TR/LCSP de 2011 , que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y en esa misma línea se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo , de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración.

Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla.

Séptimo.

Las consideraciones que han quedado expuestas determinan que no sea de acoger la pretensión deducida por la recurrente sobre el restablecimiento económico-financiero de su concesión, por todo lo que se explica a continuación.

La actora, según resulta del planteamiento efectuado en su reclamación presentada en la vía administrativa y en su actual demanda, considera insuficientes las especiales medidas de reequilibrio económico financiero de las concesiones de peaje que, al margen de la regulación general de contratos públicos, se contienen en esas leyes que se han venido mencionando (Ley 26/2009, Ley 43/2010, Ley 2/2012 y Ley 17/2012); y pretende sostener que la disminución



www.civil-mercantil.com

de tráfico que invoca justificaría que se le otorgaran las concretas medidas de restablecimiento que reclama con fundamento en la legislación general de contratos públicos.

Para buscar ese anclaje en la regulación general invoca estas dos principales razones: (i) que una las bases de su contrato era la previsión de obtener ingresos en un nivel financiero suficiente para sufragar los gastos de la explotación objeto de su concesión; y (ii) que la disminución de tráfico, acaecida desde el inicio mismo de la explotación, resulta encuadrable en el riesgo imprevisible que dicha regulación general configura como uno de los supuestos en los que la Administración viene obligada a adoptar medidas del restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Ninguna de esas dos razones puede ser compartida. La primera porque la actora en ningún lugar de su reclamación administrativa, ni de su demanda, indica que las estipulaciones de su contrato incorporaran un concreto nivel de ingresos para la continuidad del vínculo contractual y de sus obligaciones como concesionaria, por lo que tal nivel económico fue tan sólo para ella una mera expectativa que no quedó incorporada en el contenido del contrato como una de sus bases.

En cuanto a la segunda, porque es de reiterar lo que ya declaró esta Sala en litigio similar al presente en la sentencia de 4 de febrero de 2014 (casación 486/2011) sobre que la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible, sino una consecuencia reconducible al principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa y la recurrente hubo de considerar cuando participó en el concurso que finalizó con la adjudicación de su concesión; y para reforzar lo anterior merece transcribirse de ella esta concreta declaración:

"Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción.

Actualmente llevamos años en crisis económica pero en época no muy lejana, década de los 1990 hubo otra crisis económica mundial que también afectó a España provocando reducción de la actividad económica y de consumo. Por ello los estudios de viabilidad de una autopista han de prever no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que pueden provocar la disminución del consumo".

Como también resulta conveniente reproducir de esa anterior sentencia su fundamento duodécimo, porque invoca otras sentencias anteriores de esta misma Sala para negar que puedan calificarse de hechos imprevisibles o extraordinarios tanto la disminución de tráfico debida a la remodelación y mejora de una vía paralela, como la puesta en servicio de una nueva autopista de peaje:

Ese fundamento se expresa en los siguientes términos:

«(...) La segunda cuestión relevante es la pretendida disminución de tráfico en razón de la remodelación y mejora de la A-4.

Procede aquí tomar en consideración lo vertido en el FJ Quinto de la STS de 16 de mayo de 2011 , más arriba mencionada e invocada por el Abogado del Estado.

Se dijo que

"La carretera M-407 existía con anterioridad a la licitación de la concesión y era conocido que estaba prevista su mejora por constar así en los planes publicados con anterioridad. Por otro lado, no debe considerarse algo fuera de lo común que las



www.civil-mercantil.com

Administraciones competentes procuren mejorar las infraestructuras del transporte y, en particular, las carreteras. Es su responsabilidad hacerlo para aumentar las condiciones de seguridad y agilidad en beneficio de los ciudadanos. Tampoco debe considerarse fuera de lo previsible que esa mejora consista en desdoblamiento de las calzadas conforme se incrementa el tráfico pues se viene haciendo desde hace años en distintas vías o tramos de vías. Por otro lado, hay coincidencia en que la decisión de transformar la M-407 en autovía se tomó por la Comunidad de Madrid a causa o después del período de información pública de su Estudio Informativo de abril y mayo de 2001. Y, si bien la presentación pública del proyecto correspondiente se produjo en enero de 2004, unas semanas más tarde del vencimiento del plazo de presentación de ofertas para la adjudicación de la concesión, parece difícil que empresas que operan en el sector no tuvieran noticia de ello".

Se añadió por esta Sala y Sección que

"no nos parece que tal desdoblamiento sea un hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista. De lo contrario, se estaría coartando la responsabilidad de las Administraciones competentes de mejorar las infraestructuras existentes, en especial cuando, como ocurre en este caso, ha sido otra Administración la que, atendiendo a los intereses públicos relacionados con la red de carreteras autonómicas ha decidido llevar a cabo el desdoblamiento de la M-407, es decir de 11,6 km".

Lo acabado de exponer es extrapolable al supuesto de autos. La concesión de una autopista de peaje no puede ser una traba para que la administración mejore, amplíe o construya una nueva carretera es decir desarrolle las infraestructuras de transporte.

En tal sentido no solo se ha pronunciado la sentencia precitada sino también la STS de 20 de junio de 2011, recurso 62/2009 desestimando la pretensión impugnatoria de una concesionaria de la construcción, conservación y explotación de determinados tramos de autopista de un Real Decreto modificando los términos de la concesión al incluir un enlace sin peaje.

Y también la STS de 19 de diciembre de 2011, recurso 159/2010 considera que forma parte del riesgo y ventura del contrato la puesta en servicio de una nueva autopista de peaje que comunica con otra autopista conexiando dos ciudades que carecían de vínculo por autopista. (...)».

Octavo.

Lo que se ha venido razonando hace procedente desestimar el recurso contencioso-administrativo; con imposición al recurrente de las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción contencioso-administrativa - LJCA- (según la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal) y por no concurrir razones que justifiquen apartarse de la regla general establecida en dicho precepto legal.

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese mismo artículo 139 de la LJCA, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos comprendidos en ellas la de seis mil euros; y para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a las circunstancias del asunto y a la dedicación requerida para formular la oposición.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

FALLAMOS

1.- Desestimar en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ACCESOS DE MADRID, CONCESIONARIA DEL ESTADO, SOCIEDAD ANÓNIMA (AMSA), frente a la desestimación por silencio de la solicitud presentada el 8 de noviembre de 2011, por la que se interesaba del Consejo de Ministros el restablecimiento de la concesión de que era titular en virtud de la adjudicación dispuesta por el Real Decreto 1515/1999, de 24 de septiembre [referida a la construcción, conservación y explotación de los tramos: M-40-Arganda del Rey, de la autopista de peaje R-3, de Madrid a Arganda del Rey; M-40-Navalcarnero, de la autopista de peaje R-5, de Madrid a Navalcarnero, y de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409].

2.- Imponer a dicha recurrente las costas procesales hasta el límite establecido en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D^a Celsa Pico Lorenzo D. Jose Diaz Delgado D. Vicente Conde Martin de Hijas

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Secretario, certifico.-

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.