



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de 2 de diciembre de 2015

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7.ª)

Rec. n.º 3224/2014

SUMARIO:

Concesión de obra pública. Principio de riesgo y ventura en concesiones de obra pública. *luis variandi. Factum pricipis. Compensación económica por el tráfico perdido. Alteración de la economía del contrato administrativo encuadrable en la doctrina del «factum principis» y determinante, por ello, de una obligación de la Administración a adoptar medidas de reequilibrio económico de la concesión. Se condena a la Administración autonómica a compensar a la parte recurrente, concesionaria de obra pública, por la pérdida del tráfico que discurre por las vías colectoras. La disminución del tráfico experimentada por el tronco del tramo concesional no es consecuencia del azar propio del contrato ni, por ello, de obligada aceptación para dicha concesionaria en virtud del principio de riesgo y ventura, sino que se trata de una actuación imputable a la Administración contratante y reconducible a la figura del «factum principis». En efecto, de una parte, las denominadas vías colectoras han sido realizadas por la propia Administración contratante y su objeto es prestar el mismo servicio que ofrece el tronco del tramo concesional, pues lo que permiten es la circulación con vehículos de motor para trasladarse entre los mismos lugares o núcleos de población, y, de otra parte, esta duplicidad ha dado lugar a que por las vías colectoras circule un número de vehículos que supone «más de un 18% con respecto al tráfico que circuló (...) por el tronco de la autovía». Esas circunstancias permiten identificar el principio del «factum principis» como alteración esencial y de gran entidad, ya que son imputables a la Administración concedente e inciden en uno de los hechos determinantes de la contraprestación que corresponde al concesionario, es decir, el tráfico que permite retribuirle mediante la subvención [Vid. STS, sala de lo contencioso administrativo, de 16 de mayo de 2011, recurso núm. 566/2008 (NCJ055051), en el mismo sentido].*

PRECEPTOS:

Ley 29/1998 (LJCA), art. 71.2.

Ley 13/1995 (Contratos de las Administraciones Públicas), art. 99.

PONENTE:

Don Nicolás Antonio Maurandi Guillen.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil quince.

La Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, ha visto el recurso de casación número 3224/2014 interpuesto por la COMUNIDAD DE MADRID, representada por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, contra la



www.civil-mercantil.com

sentencia de 24 de julio de 2014 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (dictada en el recurso contencioso-administrativo 1155/2012).

Siendo parte recurrida la sociedad CONCESIONES DE MADRID S.A. representada por la Procuradora doña María Ángeles Gáldiz de la Plaza.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

" FALLAMOS:

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 1155/2012 formulado por la Procuradora Sra. Galdiz de la Plaza, en nombre y representación de Concesiones de Madrid, S.A., contra la desestimación presunta de la solicitud presentada en fecha 21 de febrero de 2012 ante la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid instando el reequilibrio económico del contrato de concesión de obra pública para la Redacción del Proyecto, Construcción, Conservación y Explotación del servicio público de la nueva Carretera M-45, Tramo: Nacional II-Eje O'Donnell, anulamos la actuación administrativa impugnada y condenamos a la Administración demandada a compensar a la recurrente por la pérdida del tráfico que discurre por las vías colectoras de litis, desde su apertura y hasta que cese esta situación, con el alcance señalado en el fundamento de derecho quinto de esta Sentencia, con desestimación del resto de sus pretensiones. Todo ello sin efectuar expresa imposición de las costas causadas en esta instancia".

Segundo.

Notificada la anterior sentencia, por la representación dela COMUNIDAD DE MADRID se preparó recurso de casación, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

Tercero.

La representación de la parte recurrente presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras ser invocados los motivos en que se apoyaba, se terminaba así:

"Que tenga (...) por interpuesto recurso de casación (...) y atendiendo los motivos de casación invocados, case y anule la sentencia recurrida".

Cuarto.

La representación de CONCESIONES DE MADRID S.A.se opuso al recurso de casación con un escrito que finalizó con este SUPPLICO A LA SALA :



www.civil-mercantil.com

"(...) dicte en su día Sentencia por la que se desestimen íntegramente los motivos de casación interpuestos de contrario y, en consecuencia, se confirme la Sentencia de Instancia, con expresa imposición de costas a la recurrente de casación".

Quinto.

Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia del día 25 de noviembre de 2015.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

A la sociedad CONCESIONES DE MADRID SA le adjudicó la COMUNIDAD DE MADRID el contrato de concesión de obra pública para la Redacción del Proyecto, Construcción, Conservación y Explotación del servicio público, dentro de la Carretera M-45, del Tramo Nacional II-Eje O'Donnell, y solicitó el reequilibrio de lo que consideró la alteración de la economía del contrato como consecuencia de las denominadas vías colectoras realizadas en ese tramo que acaba de mencionarse.

El proceso de instancia fue iniciado por dicha mercantil mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido contra la desestimación por silencio administrativo de su solicitud de reequilibrio; y la sentencia recurrida en la actual casación estimó en parte dicho recurso en los términos que más adelante se dirán.

El actual recurso de casación lo ha interpuesto la COMUNIDAD DE MADRID.

Segundo.

La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho -FJ- segundo, consigna los siguientes hechos relevantes para el litigio:

"1.- Mediante Decreto 168/1998, de 24 de septiembre, de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, rectificado por Acuerdo de 22 de octubre de 1998, se adjudicó el contrato de concesión de obra pública para la "Redacción de Proyecto, Construcción, Conservación y Explotación del servicio público de la nueva Carretera M-45, Tramo: Nacional II-Eje O'Donnell", a la unión de empresarios formada por Dragados y Construcciones, S.A., FCC. Construcción, S.A., NECSO, Entrecanales, Cubiertas, S.A. y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

La adjudicataria constituyó la sociedad mercantil anónima denominada "Concesiones de Madrid, S.A." para la ejecución del contrato, mediante escritura pública otorgada el 4 de diciembre de 1998.

2.- La elevación del contrato a escritura pública tuvo lugar el día 7 de mayo de 1999.

Como se expone en la Cláusula Segunda de la citada escritura, la financiación de la redacción del proyecto, construcción, puesta en servicio, conservación y gestión del servicio público de la nueva carretera será a cargo íntegramente del concesionario, consistiendo la contraprestación a éste último en las cantidades que la Comunidad de Madrid abonará en concepto de subvención, en función de número de vehículos-kilómetro recorridos en el tramo



www.civil-mercantil.com

de carretera objeto de concesión, con arreglo a la estructura de bandas y tarifas ofertadas por el adjudicatario con el límite de los importes máximos anuales contemplados en el antecedente cuarto y en los términos previstos en la cláusula 4.1.c) y concordantes del pliego de cláusulas administrativas particulares. La subvención total anual será la suma de la subvención para vehículos ligeros más la subvención para vehículos pesados, con el límite máximo anual fijado por el adjudicatario en su oferta.

3.- En el primer semestre del año 2011 se pusieron en servicio las denominadas vías colectoras del tramo N-II-Eje O'Donnell de la M-45, que fueron construidas por decisión de la Comunidad de Madrid para dar servicio fundamentalmente al municipio de Coslada y al desarrollo urbanístico denominado UZP 2.01 El Cañaveral.

4.- Con fecha 21 de febrero de 2012 la entidad Concesiones de Madrid, S.A. presentó ante la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid solicitud dirigida a la Dirección General de Carreteras instando el reequilibrio económico del contrato de concesión de obra pública que nos ocupa.

En concreto, solicitaba:

"-La incorporación de las vías colectoras de referencia a la concesión, con los correspondientes ajustes derivados de la mayor superficie de infraestructura a conservar, mantener y vigilar durante la vida de la concesión;

-una compensación económica por el tráfico perdido desde la puesta en servicio de las vías colectoras y el momento en el que las mismas se integren (y contabilice el tráfico que por ellas transcurre) en la concesión.

Subsidiariamente, si no se aceptara por la Administración la incorporación de las vías colectoras a la concesión, se solicita que se acuerde el reequilibrio económico financiero de la concesión, autorizando para llevar a efecto el conteo del tráfico que discurre por las vías colectoras, desde la puesta en funcionamiento de las mismas....".

5.- Con fecha 17 de mayo de 2012 el Director General de Carreteras de la Comunidad de Madrid emite informe en el que, entre otros extremos, se consigna, que:

"(...) Se entiende que la solicitud de Concesiones de Madrid debería producirse en sentido afirmativo, puesto que lo que pretende es una situación igual que la que a este respecto disfruta Trados 45, concesionario del tramo Eje O' Donnell a N-I de la M-45.

Aparte el argumento expuesto, se añaden otros como lo especificado en la cláusula 7.3 del Pliego de Condiciones Particulares Técnicas y Económicas del Procedimiento Negociado sin publicidad para la concesión de la nueva carretera M-45 Tramo N-II a Eje O' Donnell, el abastecimiento de energía eléctrica soportado por la concesión y la utilización del drenaje de la propia carretera.

Se solicita, por tanto, del órgano de contratación en el ejercicio de sus potestades, determinación sobre la solicitud de la sociedad concesionaria"

6- Asimismo, con fecha 16 de julio de 2012 emite Informe el Jefe de Servicio de Concesiones, con el Vº Bº del Jefe de Área de Concesiones de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, conforme al cual:

"En relación a su escrito de fecha 15 de junio pasado, relativo a la solicitud de Concesiones de Madrid S.A., de fecha 15 de marzo, para instalar (prolongar), el punto de conteo a las vías colectoras de la M-45, a su costa, se pone de manifiesto, lo siguiente:



www.civil-mercantil.com

1.- Pese al criterio mantenido hasta la fecha en la carretera M-45, una carretera está constituida por las calzadas centrales, las vías colectoras, los enlaces y las vías de servicio, como se define en la Instrucción de Carreteras, la Ley de Carreteras y sus Reglamentos.

2.- La carretera puede verse afectada en sus condiciones de tráfico por cambios en el trazado, accesos o incorporación de nuevos enlaces, que hay que cuantificar y evaluar, sobre todo como es el caso de una concesión donde los abonos que se producen son proporcionales al tráfico que circula por la carretera.

3.- La solicitud de Concesiones de Madrid S.A., tiene un precedente próximo, aprobado por el Área de Contratación en fecha 14 de junio de 2010, en un caso similar, solicitado por Trados 45 S.A, Empresa Concesionaria del tramo II de esta misma carretera "para la instalación de puntos de aforo en las vías colectoras", sin que esta instalación "conlleve el reequilibrio económico-financiero del contrato, permaneciendo inalterados los límites máximos expresados en el modelo económico-financiero vigente".

Con todos estos antecedentes, se estima procedente incorporar las vías colectoras a la Carretera M-45, a efectos de conteo (pero también, si es posible, a efectos de conservación y explotación), prolongando las estaciones de aforo a dichas vías y redefiniendo las longitudes asociadas a las estaciones de aforo donde hayan sido alteradas por aumento o disminución de la longitud vigente".

7.- Contra la desestimación presunta de la solicitud presentada por la entidad aquí actora se interpuso el presente recurso jurisdiccional el día 3 de octubre de 2012.

Consta en el expediente administrativo que con fecha 5 noviembre de 2012 el Jefe de Área de Concesiones de la Consejería emitió Informe, dirigido al Jefe de Área de Contratación, conforme al cual

"En relación con su escrito de fecha 12 de agosto de 2012, relativo a los puntos de conteo de las vías colectoras de la M-45, de Concesiones de Madrid, le comunicamos lo siguiente:

Los puntos de conteo se ajustan a lo prescrito, a este respecto, en la cláusula 7.3 del P.C.A.P.

Los puntos de conteo modifican los actuales al constituir una ampliación de las espiras ya existentes en el tronco, coincidiendo su disposición en el punto kilométrico en el que se encuentran situadas las actuales, conectándose con las nuevas vías colectoras.

Las peticiones contenidas en los escritos del concesionario son distintas, al solicitarse en uno la incorporación de las vías colectoras a su concesión, lo que conllevaría, caso de aprobarse, el correspondiente reequilibrio del contrato concesional. Mientras que en el otro escrito se solicita que como consecuencia de la alteración de las entradas y salidas a Coslada, se produce un menor conteo de los vehículos que transitan por la autovía.

Esta última petición es la que en estos momentos se dilucida, entendiendo esta área que se cumplen los requerimientos establecidos en el P.C.A.P para permitir el conteo de los vehículos en las vías colectoras del Cañaveral, como así lo confirma el hecho de que el Servicio de Contratación autoriza el conteo de vehículos en las vías colectoras del PAU de Vallecas a Autopista Trados 45 S.A., con fecha 14/06/10, en situación idéntica a la que ahora se informa.



www.civil-mercantil.com

La posible aprobación del reequilibrio por la incorporación, en su caso, de las vías colectoras a la concesión deberá ser objeto de otro expediente en el futuro, en el que se valoren los costes e inversión que pueden requerir las citadas vías hasta el final de la concesión.

Se adjunta copia de la autorización del conteo a Autopista Trados 45 S.A., así como escrito de fecha 16 de julio de 2012 del Área de Concesiones estimando procedente la colocación de los puntos de conteo y escrito del Director General de Carreteras de fechas 17 de mayo de 2012 en el mismo sentido".

Tercero.

La delimitación del litigio la efectúa la sentencia de instancia en su FJ tercero, que expone la posición defendida por cada una de las partes litigantes.

I.- Por lo que hace a la posición de la PARTE ACTORA, señala que su principal alegato es la disminución de tráfico experimentada en el tramo que fue objeto de la concesión como consecuencia de la pérdida de vehículos que, en lugar de circular por el tronco del tramo concesional, lo hacían por las vías colectoras; y el argumento principal para apoyar sus pretensiones consiste en valorar ese hecho como una alteración de la economía del contrato encuadrable en la doctrina del "factum principis" y determinante, por ello, de una obligación de la Administración a adoptar medidas de reequilibrio económico de la concesión.

La describe así:

"En su escrito de demanda la entidad recurrente alega, en síntesis, que con anterioridad a la apertura de las denominadas "vías colectoras del tramo N-II-Eje O'Donnell de la M-45", los vehículos que tenían como destino el municipio de Coslada o que desde dicho municipio se incorporaban a la M-45, necesariamente tenían que circular por el tramo concesional y, en consecuencia, dichos vehículos eran detectados por los puntos de conteo existentes al efecto.

Sin embargo -continúa-, una vez que las referidas vías se inauguraron, dichos tráficos ya no utilizan el tronco del tramo concesional, sino que pueden circular por las vías colectoras y evitar así los puntos de conteo.

Alega que la puesta en funcionamiento de las vías colectoras, por decisión de la Administración contratante, está provocando una pérdida de tráfico, con el consiguiente impacto en la remuneración a que tiene derecho la actora conforme al mecanismo retributivo contemplado en los Pliegos reguladores de la concesión, alterándose de esta manera las condiciones que se tomaron en consideración al formular la oferta.

Asimismo señala la actora que, ante esta situación, optó por instalar en las vías colectoras un sistema de conteo idéntico al que se encuentra en servicio en la troncal de la M-45, sistema instalado por la empresa SICE, que se encuentra en perfecto estado de funcionamiento, y que facilita los datos reales del tráfico que circula por las mismas.

A lo que viene a añadir que al efecto aporta certificado del Director Técnico de Explotación del Tramo I de la Autovía M-45, al que se acompaña un estudio de tráfico basado en la información registrada por la Estación de Toma de Datos, y en el que se recoge que durante el periodo de julio de 2011 a diciembre de 2012 circularon por las vías colectoras un total de 3.120.298 vehículos, lo que supone más de un 18% con respecto al tráfico que circuló en ese mismo periodo por el tronco de la autovía, destacando que ese tráfico no se ha añadido al cómputo de tráfico que discurre por el tronco de la autovía a efectos de calcular la

subvención a satisfacer por la Administración contratante, por lo que debe ser compensado económicamente a la concesionaria.

Por ello, y con invocación, entre otras, de la cláusula 3.2, apartados b), f) y k), del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), considera que concurren los requisitos exigidos para considerar aplicable la doctrina del "factumprincipis". Es más -dice-, la procedencia de compensar a la actora por la pérdida de tráfico derivada de la apertura de las vías colectoras ha sido expresamente reconocida por la propia Administración, destacando al efecto el informe de 16 de julio de 2012 obrante en el expediente administrativo".

II.- Expone que las pretensiones deducidas por la parte recurrente con base en los anteriores alegatos y argumentos fueron éstas:

"Asimismo aduce que el reequilibrio económico de la concesión debe materializarse mediante el pago del importe que hubiera obtenido la concesionaria de no haber existido las vías colectoras y, en consecuencia, de haber podido contabilizar todos los vehículos que por la misma discurren para hallar el importe correspondiente en cada momento del peaje en la sombra a abonar a la misma, lo que solicita que se concrete en ejecución de Sentencia con base a los criterios que señala.

Y, finalmente, esgrime la recurrente una segunda pretensión, ya articulada en vía administrativa, consistente en que se condene a la Administración demandada a integrar las vías colectoras dentro del perímetro de la concesión, asumiendo la concesionaria los derechos y obligaciones respecto de las mismas, en los términos previstos en el PCAP, previo acuerdo en cuanto al alcance del reequilibrio".

III.- La oposición de la Administración demandada se reseña en los siguientes términos:

"Por su parte, la Administración demandada se opone al recurso deducido de adverso aduciendo sustancialmente que en primer lugar ha de estarse al principio de riesgo y ventura previsto en el artículo 99 de la Ley 13/1995 y, con invocación del dictamen del Consejo de Estado y de las Sentencias que reseña, señala que dentro del principio de riesgo y ventura y en concesiones de obra pública como la presente opera como elemento básico del mismo el riesgo de demanda, también conocido como riesgo de tráfico, que hace referencia al riesgo de que un mayor o menor número de usuarios utilicen la infraestructura, siendo así que - dice- cabría señalar ya en este momento que debe la recurrente soportar la aludida pérdida de tráfico, al entrar dentro del aleas propio del contrato concesional de que es parte.

Invoca asimismo las cláusulas 3.1.k) del PCAP y 3.1 del PCPTE, insistiendo que claramente se señala en los pliegos, que vinculan a las partes contratantes, que el riesgo de tráfico es asumido por la concesionaria, por lo que procede la desestimación de la reclamación, basada en una pérdida de tráfico por la entrada en funcionamiento de las vías colectoras al haber consentido la actora la asunción del riesgo de tráfico referido en este caso a un menor uso de la infraestructura viaria.

Igualmente, y con invocación de la cláusula 4.1 del PCAP, señala la Administración demandada que no se acredita de contrario que la pérdida de tráfico cuya compensación se pretende haya supuesto una pérdida de vehículos por debajo del mínimo al que se refiere el PCAP, por lo que habrá de estarse al mismo y a las cantidades y cálculos en él recogidos a efectos de determinar la retribución correspondiente, sin que pueda hablarse por tanto de una alteración del equilibrio económico de la concesión, al no acreditarse de contrario una pérdida de vehículos a computar por debajo del mínimo previsto en la concesión.



www.civil-mercantil.com

A lo que viene a añadir, con invocación de las SSTs de 29-5-07 y 10-11-09, que se exige la ruptura sustancial de la economía de la concesión o una alteración muy notable de la economía del contrato, lo que entiende que no se ha acreditado; alteración sustancial que -añade- es más que dudosa si consideramos el escaso lapso de tiempo que media entre la apertura al tráfico de las vías colectoras -primer semestre de 2011- y la fecha en que la actora insta el reequilibrio -21 de febrero de 2012-.

Por lo tanto, entiende la Administración que deben quedar dentro del principio de riesgo y ventura propio de la recurrente actuaciones como la cuestionada, referida a la apertura de vías colectoras que dan servicio a un nuevo desarrollo urbanístico, correspondiendo a la Administración ofrecer soluciones de desplazamiento, acceso y salida a esos desarrollos.

Asimismo señala que una eventual estimación de la demanda debería traducirse en el reconocimiento del derecho de la actora al reequilibrio, disponiendo la apertura del oportuno procedimiento administrativo con audiencia de la contratista en el que se determinen las cantidades a considerar y las medidas posibles para dicho reequilibrio, medidas que pueden ser variadas y no referidas exclusivamente al pago de una cantidad pecuniaria en efectivo, vulnerando lo contrario el artículo 71.2 de la LJCA (LA LEY 2689/1998).

A lo que viene a añadir que la consideración autónoma del tráfico de las vías colectoras que pretende la recurrente choca con la regulación contenida en el PCAP a efectos retributivos, pues si no se pone en conexión con el tráfico del tronco de la carretera, se estarían desconociendo los límites máximos anuales.

Y, finalmente, señala improcedencia de la pretensión actora de integración de las vías colectoras en la concesión, pues ello conllevaría una evidente modificación del contrato concesional, siendo el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid el único competente para disponer dicha modificación de acuerdo con la cláusula 2.1.c) del PCAP".

Cuarto.

La sentencia recurrida acogió los alegatos de la parte actora referidos a esa disminución del tráfico en el tronco del tramo concesional, producida por la pérdida de vehículos que no circulaban por él sino por las vías colectoras; y también los argumentos de dicha recurrente que calificaban lo anterior como un verdadero "factum principis" alterador de la economía del contrato que imponía a la Administración la obligación de adoptar medidas de reequilibrio económico de la concesión.

Ello le llevó a estimar la primera pretensión de la demanda sobre la contabilización del tráfico que discurría por las vías colectoras a efectos del cálculo de la subvención que debía abonar la Administración conforme a los Pliegos del contrato; y lo hizo rechazando la oposición de la Administración que defendía que, de proceder el reconocimiento del derecho al reequilibrio, lo que debía hacerse es la apertura de un específico procedimiento, con audiencia de la contratista, con el fin de determinar en él las cantidades a considerar y las medidas posibles para dicho reequilibrio.

Sin embargo, desestimó la segunda pretensión dirigida a que se condenara a la Administración a integrar las vías colectoras dentro del perímetro de la concesión.

Quinto.

Las razones y los términos de ese pronunciamiento estimatorio los explica la Sala territorial de Madrid en su FJ cuarto así:



www.civil-mercantil.com

"Pues bien, (en) el presente caso es clara la repercusión negativa en la concesión conforme resulta del certificado del Director Técnico de Explotación del Tramo I de la Autovía M-45 y del estudio de tráfico basado en la información registrada por la Estación de Toma de Datos que se aporta con la demanda, y que no ha sido impugnado ni desvirtuado de contrario, por lo que ha de estimarse que resulta procedente la pretensión actora de contabilización del tráfico que discurre por las vías colectoras a efectos del cálculo de la subvención que le ha de abonar la Administración conforme a los Pliegos del contrato como, por otra parte, se viene a reconocer en los propios informes obrantes en el expediente administrativo; informes reflejados en el precedente fundamento de derecho segundo, y de los que asimismo resulta que la propia Administración demandada ha autorizado el conteo de vehículos en las vías colectoras del PAU de Vallecas a Autopista Trados 45 S.A. en situación análoga a la que aquí es objeto de reclamación".

Así, el propio Director General de Carreteras de la Comunidad de Madrid, en informe de fecha 17 de mayo de 2012, entiende que

"la solicitud de Concesiones de Madrid debería producirse en sentido afirmativo, puesto que lo que pretende es una situación igual que la que a este respecto disfruta Trados 45, concesionario del tramo Eje O' Donnell a N-I de la M-45".

En el mismo sentido, el Informe emitido con fecha 16 de julio de 2012 por el Jefe de Servicio de Concesiones, con el Vº Bº del Jefe de Área de Concesiones de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, señala, entre otros extremos, que la

"solicitud de Concesiones de Madrid S.A, tiene un precedente próximo, aprobado por el Área de Contratación en fecha 14 de junio de 2010, en un caso similar, solicitado por Trados 45 S.A, Empresa Concesionaria del tramo II de esta misma carretera para la instalación de puntos de aforo en las vías colectoras".

Y, finalmente, el informe del Jefe de Área de Concesiones de la misma Consejería de 5 noviembre de 2012, tras señalar, entre otros extremos, que los puntos de conteo se ajustan a lo prescrito, a este respecto, en la cláusula 7.3 del P.C.A.P, entiende

"que se cumplen los requerimientos establecidos en el P.C.A.P para permitir el conteo de los vehículos en las vías colectoras del Cañaveral, como así lo confirma el hecho de que el Servicio de Contratación autoriza el conteo de vehículos en las vías colectoras del PAU de Vallecas a Autopista Trados 45 S.A., con fecha 14/06/10, en situación idéntica a la que ahora se informa".

Por lo tanto, si bien es cierto que, como viene a alegar la Administración, no se ha acreditado que el tráfico haya disminuido por debajo del mínimo del contrato, sin embargo, a la vista de lo expuesto y de la acreditada repercusión negativa en la concesión, no se puede sino concluir que resulta de aplicación el principio del "factum principis" en los términos recogidos en la citada Sentencia de fecha STS de 29 de mayo de 2007 , y como resulta de los propios informes obrantes en el expediente administrativo, tratándose, en definitiva, de una compensación económica por la pérdida de tráfico -desviado a las vías colectoras- que tiene su origen en una actuación de la propia Administración concedente y en relación con la misma infraestructura objeto de la concesión.



www.civil-mercantil.com

En definitiva, los alegatos de la Administración demandada en este punto no pueden recibir favorable acogida, sin que constituyan obstáculo a la anterior conclusión las diversas Sentencias que invoca, y que fundamentalmente contemplan supuestos relativos a la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, lo que no es el caso de autos".

El FJ quinto de la sentencia recurrida, en sus párrafos tercero y siguientes, continua explicando el alcance de ese pronunciamiento estimatorio y establece las bases para su ejecución.

Lo hace con estas declaraciones:

"Esto es, no se trata, conforme alega la Administración, de considerar autónomamente el tráfico de las vías colectoras, sino, por el contrario, de abonar el importe que, conforme a los propios Pliegos del contrato, hubiera obtenido la sociedad concesionaria de no haberse construido las vías colectoras.

Por lo tanto, se ha de concluir que procede, conforme se solicita en demanda, la condena de la Administración demandada a compensar a la recurrente por la pérdida del tráfico que discurre por las vías colectoras desde su apertura y hasta que cese esta situación, mediante el pago del importe que hubiera obtenido la sociedad concesionaria de no haber existido las vías colectoras y, en consecuencia, de haberse podido contabilizar todos los vehículos que por las mismas discurren para hallar el importe correspondiente en cada momento del peaje en la sombra a abonar a dicha sociedad.

En concreto, el importe de la compensación deberá concretarse en ejecución de Sentencia con arreglo a las siguientes bases:

1 - Partiendo de los datos de tráfico facilitados por el sistema de conteo instalado en las vías colectoras, se aplicará el sistema de Bandas (vehículos-kilómetro por año) y tipo de tarifa unitaria asociada previsto en el Régimen económico del PCAP y en la oferta de la recurrente, vigente en cada momento.

Esto es, la compensación se ajustará a lo dispuesto en la cláusula 4.1.c) del PCAP, incluidos, por lo tanto, "los límites máximos anuales fijados por el licitador en su oferta económica".

En definitiva, como señala la recurrente en sede de conclusiones, y contrariamente a lo aducido por la Administración demanda, se trata de cobrar lo que hubiera correspondido atendiendo al tráfico real (incluidos los citados límites) si la Administración no hubiera provocado la desviación de tráfico que evita el punto de conteo.

2 - El importe resultante deberá abonarse a la sociedad concesionaria en efectivo.

3 - El sistema deberá aplicarse desde la apertura de las vías colectoras y hasta el momento en que se corrija la situación actual.

Ahora bien, por el contrario, no procede la solicitud de abono de intereses que se articula en la demanda "desde la fecha en la que debió hacerse, en cada periodo, el abono correspondiente", y ello desde el momento que, al margen de cualquier otra consideración, tal petición no se formuló en vía administrativa".

Sexto.

El recurso de casación de la COMUNIDAD DE MADRID se formaliza por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción (LJCA) y desarrolla en su apoyo cinco ordinales; el primero dedicado a hacer una breve reseña de la sentencia recurrida y los restantes a articular los cuatro concretos reproches dirigidos al fallo recurrido.

www.civil-mercantil.com

I.- El ordinal segundo denuncia la vulneración, por inaplicación, del artículo 99 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas.

Se aduce al respecto el principio de riesgo y ventura del contratista proclamado por dicho precepto legal, esgrimiéndose que, en las concesiones de obra pública, ese principio impone al contratista asumir las disminuciones de tráfico que se produzcan durante el contrato, incluidas las que deriven de la mejora de sus infraestructuras que la Administración contratante haya llevado a cabo (mejoras en las que cabe encuadrar las vías colectoras aquí polémicas).

Y se invoca la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala y Sección de 16 de mayo de 2011 y 4 de febrero de 2014 (casación 486/2011).

II.- El ordinal tercero señala principalmente la infracción de la jurisprudencia que ha declarado que los pliegos del contrato constituyen la ley del contrato y vinculan a la Administración contratante y al contratista, y cita como expresivas de la misma las sentencias de este Tribunal Supremo de 25 de enero de 2013, 28 de junio de 2004 y 6 de mayo de 2008.

En apoyo de este reproche se dice que la atribución a la concesionaria del riesgo consistente en la disminución de tráfico derivaba no sólo del mandato legal mencionado en el ordinal anterior, sino de los pliegos rectores del contrato concesional.

Y se mencionan expresamente con esa finalidad las cláusulas 3.1.k) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP); y 3.1 del Pliego de Condiciones Particulares Técnicas y Económicas.

III.- El ordinal cuarto esgrime la infracción de la jurisprudencia que viene exigiendo una ruptura esencial de la economía del contrato para que resulte de aplicación la figura del "factum principis" como elemento legitimador de una pretensión de reequilibrio del contrato, y menciona al respecto las sentencias de este Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007, 9 de marzo de 1999, 19 de enero de 1998 y 27 de diciembre de 1990.

Se añade, para justificar este reproche, que para la apreciación de esa ruptura esencial de la economía del contrato que resulta necesaria para que proceda el reequilibrio del contrato no basta la concurrencia de un hecho con mera repercusión negativa en la concesión, pues es necesario un plus que permita elevar la incidencia negativa a la categoría de ruptura esencial; y se dice que no consta acreditada en las actuaciones una ruptura de esa entidad y, además, ese plus ha de presumirse muy escaso si se considera el breve lapso de tiempo que media entre la apertura al tráfico de las vías colectoras (primer semestre de 2011) y la fecha en que se interesa el reequilibrio (21 de febrero de 2012).

IV.- El ordinal quinto imputa al fallo recurrido la vulneración de lo dispuesto en el artículo 71.2 de la LJCA, por haber obligado a la Administración a materializar el reequilibrio reconocido en el pago de un importe pecuniario y desconocido que, conforme con lo establecido en el PCAP, el reequilibrio podía materializarse de otras formas.

Séptimo.

Los tres primeros reproches del recurso de casación merecen ser tratados conjuntamente por la estrecha relación que guardan entre sí. Y debe hacerse así porque lo suscitado en ellos es determinar si las consecuencias económicas, que para la concesionaria



www.civil-mercantil.com

demandante en la instancia ha acarreado la aquí controvertida disminución del tráfico experimentada por el tronco del tramo concesional, deben ser referibles al azar propio del contrato y, por ello, de obligada aceptación para dicha concesionaria en virtud del principio de riesgo y ventura que rige en la contratación pública; o, por el contrario, ha de aceptarse la solución acogida por la sentencia recurrida de referirlas a una actuación imputable a la Administración contratante y reconducible a la figura del "factumprincipis".

Pues bien, esa solución de la sentencia de instancia merece ser considerada acertada por todo lo que se explica seguidamente.

Hay unos datos fácticos considerados por la Sala "a quo" que no han sido controvertidos y que básicamente están representados por los dos siguientes: (I) que las denominadas vías colectoras han sido realizadas por la propia Administración contratante y su objeto es prestar el mismo servicio que ofrece el tronco del tramo concesional, pues lo que permiten es la circulación con vehículos de motor para trasladarse entre los mismos lugares o núcleos de población (esto es, son una ampliación de la misma infraestructura objeto de la concesión, sirviéndose de algunos de sus elementos); y (II) que esta duplicidad ha dado lugar a que por las vías colectoras circulen un número de vehículos que suponen "más de un 18% con respecto al tráfico que circuló (...) por el tronco de la autovía".

Ambos datos permiten identificar las notas con las que se viene configurando el "factumprincipis", ya que, por un lado revelan una actuación procedente de la propia Administración concedente y, por otro, ponen de manifiesto una evidente incidencia en uno de los hechos determinantes de la contraprestación que corresponde al concesionario, cual es el tráfico o número de vehículos que ha de ser tomado en consideración para fijar la subvención que como derecho se le reconoce en el contrato.

Y a todo ello ha de añadirse que esa incidencia lo es en sentido negativo para el concesionario y en términos que merecen ser calificados de alteración esencial por su gran entidad (debido a ese elevado porcentaje que alcanza tráfico que circula por las vías colectoras).

La conclusión final ha de ser, pues, que no pueden ser compartidos los reproches realizados en los ordinales segundo, tercero y cuarto del recurso de casación; y debe subrayarse que los casos considerados por esas sentencias de 16 de mayo de 2011 y 4 de febrero de 2014 de esta Sala y Sección que invoca el recurso de casación no son asimilables al aquí enjuiciado, pues la polémica en aquéllos estuvo referida a la previsibilidad o no de hechos ajenos a los contratantes o a actuaciones procedentes de una Administración diferente a la contratante.

Octavo.

El reproche del ordinal quinto del recurso de casación carece igualmente de justificación.

Acierta la sentencia recurrida en lo que razona sobre que resulta inaplicable el artículo 71.2 de la LJCA al actual caso enjuiciado porque no se está aquí ante una disposición general sino ante la actuación exigible a la Administración para dar debido cumplimiento a un contrato; y en que lo que declara sobre que la medida de reequilibrio solicitada y concedida se ajusta a las previsiones del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Noveno.

Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación, con imposición de las costas a la parte recurrente por no concurrir circunstancias que justifiquen apartarse de la regla general del artículo 139.2 de la LJCA .



www.civil-mercantil.com

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA , señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas, por la totalidad de los conceptos comprendidos en las mismas, la de seis mil euros; y para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios habitualmente seguidos por esta Sala y, desde ellos, se pondera la complejidad de lo suscitado en los motivos de casación y el esfuerzo argumental desarrollado por los escritos de oposición.

FALLAMOS

1.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la COMUNIDAD DE MADRID contra la sentencia de 24 de julio de 2014 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (dictada en el recurso contencioso-administrativo 1155/2012).

2.- Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes a este recurso de casación, con la limitación que se expresa en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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 Letrado de la Administración de Justicia, 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.