



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

*Sentencia 1085/2016, de 12 de mayo de 2016
Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 7.ª)
Rec. n.º 451/2012*

SUMARIO:

Contratos. Concesión para la construcción, conservación y explotación de autopista de peaje. Solicitud de restablecimiento del equilibrio económico-financiero por reducción del tráfico. Riesgo imprevisible. De *factum principis*.

Esta Sala, en varias sentencias anteriores, ha rechazado que la falta de ajuste de los tráficos reales con los previstos por la concesionaria en la fase de concurso, consecuencia de la crisis económica, sea constitutiva de un riesgo imprevisible, concluyendo la imposibilidad de imputar dicho error a la Administración, al ser consecuencia del riesgo y ventura contractual que la licitadora debió examinar y examinó al participar en el concurso. El planteamiento que se realiza parece pretender presentar el contrato aquí concernido, concesión de servicios públicos, como si fuera un contrato de los denominados en el ámbito civil como de adhesión a lo redactado por la administración adhiriéndose sin más el licitador/futuro contratista prestando su consentimiento a una relación bilateral que usualmente no se reputa equilibrada. Si ambas partes contratantes erraron de forma amplia en sus cálculos por no prever factores que podían afectar a los mismos (la paralización/disminución del desarrollo urbanístico en el entorno atendido, la crisis económica que reduce la movilidad, las actuaciones de infraestructura, etc.) no puede ahora la concesionaria imputar tal error a la administración, pues una característica propia del contrato de concesión es el riesgo y ventura del contratista. Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX y 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. La prueba acreditada que en el Plan económico financiero elaborado por la concesionaria, que determinó el otorgamiento de la concesión a su favor por constituir la oferta más ventajosa, existió una valoración excesiva en las estimaciones de tráfico (muy superiores a todas las contenidas en el estudio elaborado por el Ministerio de Fomento) y de los ingresos por peaje, que se basaron exclusivamente y para todo el plazo de duración de la concesión en variables propias de un escenario socio-económico optimista, sin que pueda calificarse como imprevisible el cambio de tales circunstancias, máxime atendido el plazo dilatado de duración de la concesión. En otro orden de cosas, 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.

PRECEPTOS:

Ley 29/1998 (LJCA), art. 45.2 d).
Ley 26/2009 (PGE 2010), disp. adic. cuadragésima primera.

PONENTE:

Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.



www.civil-mercantil.com

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 451/2012

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos

Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Séptima

Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente
D. José Manuel Sieira Míguez
D. Nicolás Maurandi Guillén
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
D^a. Celsa Pico Lorenzo
D. José Díaz Delgado

En Madrid, a 12 de mayo de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo número 2/451/2012, interpuesto por la mercantil " AUTOPISTA DEL HENARES, SOCIEDAD ANÓNIMA, CONCESIONARIA DEL ESTADO, SOCIEDAD UNIPERSONAL" (en adelante HENARSA), en concurso voluntario, representada por la procuradora de los Tribunales doña Gloria Messa Teichman y defendida por el letrado don Óscar Salazar Gutiérrez, contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-2 de Madrid a Guadalajara, y de la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-II hasta la carretera N-I presentada en el registro general del Ministerio de Fomento el 28 de octubre de 2011.

Se ha personado don Pascual en su condición de administrador concursal de la mercantil recurrente, representado por el procurador don Argimiro Vázquez Guillén y defendido por el letrado don Miguel Sánchez-Calero Guilarte.

Ha sido parte recurrida la Administración del Estado (CONSEJO DE MINISTROS), representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez.



www.civil-mercantil.com

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por Real Decreto 1834/2000, de 3 de noviembre, se adjudicó la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-2, de Madrid a Guadalajara, y de la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-II hasta la carretera N-I, esta última libre de peaje, a la agrupación constituida por «Grupo Dragados, S.A.»; «Dragados Construcción, P.O, S.A.»; «Acciona, S.A.»; «Necso Entrecanales Cubiertas, S.A.»; «Autopistas del Mare Nostrum, S.A., Concesionaria del Estado»; «Autopista Vasco-Aragonesa Concesionaria Española, S.A.», y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, en los términos contenidos en la alternativa A-3 de su oferta.

Los adjudicatarios de conformidad con lo establecido el artículo 2 del citado Real Decreto constituyeron la sociedad concesionaria "AUTOPISTA DEL HENARES, SOCIEDAD ANÓNIMA, CONCESIONARIA DEL ESTADO, SOCIEDAD UNIPERSONAL" (HENARSA).

El régimen jurídico de la concesión según establece el artículo 13 es el siguiente:

«[...] En aquellos puntos no señalados específicamente en este Real Decreto, serán de aplicación la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión; la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (texto refundido, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio); las prescripciones del pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 4 de febrero de 2000, con las modificaciones recogidas en la Orden del mismo Ministerio de 5 de junio de 2000; las del pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, en lo que no resulte válidamente modificado por el anterior, y el Real Decreto 657/1986, de 7 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje».

La concesión se otorgó por un período inicial de veinticuatro años (artículo 10 del RD de adjudicación), y la puesta en servicio de la autopista se produjo el 6 de octubre de 2003.

Desde el año 2001, la mercantil Infraestructuras y Radiales, S.A. (en adelante IRASA) es el socio único de HENARSA.

Segundo.

Previamente por Orden de 4 febrero 2000 se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso por procedimiento abierto de la citada concesión.

La cláusula 22 del PCAP titulada «Régimen de la explotación» remite entre otras cuestiones «[...] la revisión de tarifas y peajes [...], o cualquier otro punto relativo a la explotación de la vía» a lo que disponga «[...] el pliego de cláusulas generales».

Por su parte, la cláusula 5.12 in fine dispone:

«[...] El régimen económico- financiero básico de la concesión sólo podrá ser modificado en los supuestos y con los efectos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo».



www.civil-mercantil.com

Las cláusulas 9 (composición de la Mesa de Contratación), 10 (prórroga del plazo para calificar la oferta más ventajosa) y 19 (aplazamiento de la fecha de puesta en servicio de las obras) fueron modificadas por Orden de 5 de junio de 2000.

Tercero.

HENARSA dirigió a la Administración con fechas 14 de noviembre de 2003 y 11 de febrero de 2009 sendas solicitudes de reequilibrio económico de la concesión, con fundamento respectivamente en el aumento de la inversión por razón de las modificaciones del proyecto de construcción ordenadas por la Administración, y en los sobrecostes de las expropiaciones.

La Disposición Adicional 41ª (en adelante, D.A. 41ª) de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, titulada «Reequilibrio económico financiero de las concesiones de autopistas de peaje» estableció dos medidas para hacer frente a los sobrecostes derivados de las expropiaciones (préstamo participativo -apartado dos-) y de las obras adicionales [incremento del plazo de la concesión y de tarifas -apartado tres-]. El apartado cuatro establecía por su parte:

«Cuatro. Reclamaciones y recursos.

El acogimiento por las sociedades concesionarias a una cualquiera de las medidas reguladas en los anteriores apartados Dos y Tres implica la renuncia a entablar acciones contra el Estado, o el compromiso de desistir de las ya iniciadas, por razón del reequilibrio económico de la concesión, basadas tanto en el sobrecoste de las expropiaciones como en la ejecución de obras adicionales».

HENARSA se acogió a tales medidas. En ejecución de lo dispuesto en la norma citada, el Real Decreto 1610/2010, de 26 de noviembre, modificó determinados términos de la concesión administrativa, en concreto el plazo de duración de la concesión que amplió hasta el 25 de marzo de 2039 y el incremento escalonado de las tarifas durante el plazo ampliado, ingresos que se aplicarían para compensar primero el importe por obras adicionales reconocido, y después el importe de la remuneración y amortización de los préstamos participativos otorgados por expropiaciones.

HENARSA interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de reequilibrio económico de la concesión formulada el 11 de febrero de 2009 con fundamento en los sobrecostes de las expropiaciones, recurso del que, de conformidad con lo establecido en el citado apartado cuatro de la D.A. 41ª de la Ley 26/2009, desistió.

La Disposición Adicional 8ª (en adelante, D.A. 8ª) de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, rubricada «Medidas adicionales y complementarias a las definidas en las disposiciones adicionales cuadragésima primera y cuadragésima segunda de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010» autorizó a determinadas sociedades concesionarias de autopistas de peaje dependientes de la Administración General del Estado (entre las que se encuentra la recurrente) a establecer una cuenta de compensación, con una vigencia inicial de tres años, en la que la sociedad concesionaria consignará anualmente la diferencia entre los ingresos de peaje que se hubieran producido de haberse alcanzado el 80 por 100 del tráfico previsto en el plan económico financiero presentado en la oferta de licitación por dicha sociedad y los ingresos de peaje derivados del tráfico real, para su posterior abono por la Administración, medidas a las que también se acogió la mercantil recurrente.



www.civil-mercantil.com

La Disposición Final 21ª (en adelante, D.F. 21ª) de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 modificó la D.A. 8ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, en los particulares relativos a su ámbito de aplicación -que extiende a las sociedades concesionarias que allí se expresan- y período de vigencia - que amplía hasta el año 2018-.

Cuarto.

La mercantil HENARSA mediante escrito presentado en el registro general del Ministerio de Fomento el 28 de octubre de 2011 (folios 13 a 62 de las actuaciones) solicitó a la Delegación del Gobierno en las sociedades concesionarias de autopistas nacionales de peaje el restablecimiento económico- financiero de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-2 de Madrid a Guadalajara, y de la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-II hasta la carretera N-I, de la que es titular.

Alegaba la drástica disminución de ingresos que atribuía con carácter principal a la caída del tráfico provocada por la crisis económica iniciada en 2008 y sin visos de concluir en breve plazo. Consideraba que este hecho resultaba tácitamente admitido por la Administración concedente que, después de adoptar las medidas de reequilibrio conducentes a compensar los sobrecostes de expropiaciones y de obras previstas en la D.A. 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, autorizó la apertura de la Cuenta de Compensación prevista en la D.A. 8ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal y abonó el importe consignado en la misma para el año 2011.

Refería a continuación los antecedentes de la concesión que estimó oportunos; el régimen jurídico de la misma y las dos solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión efectuadas con anterioridad a la actual con fundamento, respectivamente, en las modificaciones del proyecto de construcción y el retraso de la puesta en servicio de la autopista consecuencia de aquéllas, y en el sobrecoste de las expropiaciones y vicisitudes de las mismas.

Explicaba seguidamente la aplicación de la Cuenta de Compensación establecida en la D.A. 8ª de la Ley 43/2010.

Manifestaba que su objeto era compensar parcialmente la pérdida de ingresos ordinarios de las sociedades concesionarias motivada por la caída de los tráficos, que se había producido en forma dramática, en unos términos no previstos ni previsibles al tiempo de formular la oferta, que solicitó acogerse a ella y que tras la tramitación oportuna con fecha 14 de julio de 2011 se abonaron en la cuenta designada por la misma 16.183.806 euros.

Afirmaba que como en el caso de los sobrecostes por expropiaciones, se trata de un supuesto de medida de restablecimiento del equilibrio concesional adoptado "ex lege" y con el objeto de salir al paso de un riesgo imprevisible, como lo es una caída del tráfico prolongada en el tiempo y de enorme entidad.

Exponía cómo a pesar de la aplicación de las medidas previstas en la D.A. 41ª de la Ley 26/2009 y en la D.A. 8ª de la Ley 43/2010, la situación económica de la solicitante era extraordinariamente complicada, en cuanto a su viabilidad se refiere por la incidencia de dos factores: los sobrecostes de expropiación y fundamentalmente la situación de grave y prolongada reducción del tráfico que circula por la autopista con la correlativa disminución de ingresos y resultados económicos anuales negativos, circunstancia imprevisible al tiempo de formular la oferta, de carácter extraordinario y de tal entidad que ha de ser calificada como riesgo imprevisible a los efectos de que han de dar lugar a la adopción de medidas de restablecimiento a cargo de la Administración.



www.civil-mercantil.com

Reiteraba la significativa disminución en los ingresos reales de la concesionaria respecto de los previstos en los estudios previos facilitados por la Administración y que fueron utilizados para preparar la oferta adjudicataria, que reviste el carácter de un riesgo imprevisible que impacta en la base económica del contrato de concesión, de manera que sin la adopción de medidas de restablecimiento del equilibrio perdido, la concesión no resulta viable económicamente, y señalaba como razón principal de aquella merma de ingresos la sustancial disminución del tráfico como consecuencia de la descomunal crisis económica.

En el caso de la autopista de peaje R-2, consideraba que la no continuidad por parte de la Administración de las obras de la autopista Madrid- Eje del Ebro, el retraso en la puesta en servicio del cierre norte de la M-50 y la ampliación y mejora de la autovía A-2, habían contribuido también a la situación descrita al limitar una fuente importante de aprovisionamiento de tráfico a la infraestructura construida.

Proclamaba a la vista de todo ello el indiscutible derecho que ostenta HENARSA a que la Administración restablezca el equilibrio económico- financiero de la concesión de su titularidad, ligado a las siguientes dos causas de pedir:

«[...] (i) Por un lado, están las acciones u omisiones de la Administración que han impactado negativamente en la economía de la Concesión.

(ii) Por otro lado, está la concurrencia de un hecho imprevisible y extraordinario como es la crisis económica y su efecto sobre la movilidad y el transporte».

Precisaba como medidas de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión:

«[...] el de prolongar el procedimiento regulado en la DA 8ª más allá del período de tres años previsto en la misma por un período de tiempo no inferior a veinte (20) años, excluyendo además el límite establecido en el párrafo segundo del apartado 1.C.1 de la misma, según el cual la cantidad a consignar anualmente en la Cuenta de Compensación no puede superar el 49% del importe resultante de sumar a los ingresos anuales de peaje de la concesión la diferencia entre los ingresos que se hubieran producido de haberse alcanzado el 80% del tráfico previsto en el plan económico financiero presentado en la Oferta de licitación y los ingresos de peaje derivados del tráfico real.

Por su parte, en lo que atañe a las medidas compensatorias del impacto ocasionado en la economía concesional por las acciones y omisiones de la Administración descritas en la Consideración Sexta de la presente solicitud, entiende mi representada que cabría aplicar, conjunta o aisladamente, cualesquiera de las medidas previstas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina del Consejo de Estado y por el propio Legislador: (i) la revisión de las tarifas de peaje; (ii) el otorgamiento de cualquiera de los mecanismos previstos en el artículo 13 de la Ley 8/1972, en particular las subvenciones, de anticipos reintegrables o de préstamos participativos; y (iii) la ampliación del plazo de la concesión».

Terminaba solicitando que se reconociera:

«[...] que se ha producido la ruptura del equilibrio económico- financiero de la Concesión por causas que son ajenas a la Concesionaria y se acuerde por el órgano competente la adopción de las medidas necesarias para el restablecimiento del económico-financiero concesional perdido, tomando en consideración la fecha en que se han producido los daños y aquella en que se produzca el restablecimiento, para asegurar la efectiva reparación de aquellos».



www.civil-mercantil.com

Quinto.

Transcurrido el plazo legal sin que la Administración notificara resolución expresa, la procuradora doña Gloria Messa Teichman, en representación de la mercantil "AUTOPISTA DEL HENARES, SOCIEDAD ANÓNIMA, CONCESIONARIA DEL ESTADO, SOCIEDAD UNIPERSONAL" (HENARSA), mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal Supremo el 27 de julio de 2012, interpuso recurso contencioso- administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico- financiero de la concesión antes citada.

Sexto.

Por diligencia de ordenación de 3 de septiembre de 2012 se tuvo por interpuesto el recurso, por personada y parte a la recurrente y se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de este orden contencioso- administrativo (LJCA).

Séptimo.

Recibido el expediente por diligencia de ordenación de 19 de septiembre de 2012 se tuvo por personada y parte a la Administración recurrida y se concedió traslado a la recurrente para que, en el plazo de veinte días, dedujera la demanda.

Octavo.

Tras sucesivos complementos del expediente administrativo, la procuradora doña Gloria Messa Teichman formalizó la demanda mediante escrito presentado el 1 de abril de 2013.

Exponía en los hechos los antecedentes que consideraba de interés sobre la solicitud de restablecimiento dirigida a la Administración origen del actual proceso; sobre la concesión y régimen jurídico de aplicación a la misma; sobre las reclamaciones precedentes de restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión; sobre las medidas de reequilibrio establecidas en la D.A. 41ª de la Ley 26/2009 y RD 1610/2010 y D.A. 8ª de la Ley 43/2010 y vicisitudes de las mismas y sobre el descenso sustancial del tráfico de la concesión, causas y efectos del mismo.

En el fundamento de derecho primero manifiesta el derecho que ostenta Henarsa a que la Administración restablezca el equilibrio económico-financiero de la Concesión de la que es titular, de conformidad con el régimen jurídico aplicable a la misma (artículos 24 y 25 de la Ley de Autopistas).

Señala el carácter esencial de tal principio corroborado por una sólida y extensa jurisprudencia de la Sala, a cuyo efecto cita las sentencias de 30 de abril de 2001; 21 de mayo de 2002; 16 de abril de 2002 y 20 de mayo de 1999, que se reconoce tanto en el supuesto de concurrencia de ejercicio del "i us variandi", como en casos de " factum principis"o de riesgo imprevisible.

Y añade que en este caso la Administración ya ha adoptado una serie de medidas, lo que ha hecho nacer un concreto derecho a que tales medidas se ejecuten, el cual ya está integrado en el patrimonio de la concesionaria. Manifiesta que el derecho aparece ligado a una



www.civil-mercantil.com

serie de acontecimientos que se produjeron durante el período de construcción, en los procedimientos de expropiación y en la fase de explotación, habida cuenta del sustancial descenso de tráfico padecido respecto a las previsiones tenidas en cuenta en la oferta.

Aduce que los dos primeros conceptos fueron objeto de tratamiento por el Legislador y por la Administración concedente en la DA 41ª y en el RD 1610/2010, si bien se ha producido un incumplimiento de sus compromisos de desembolsar los préstamos participativos contemplados en aquélla.

Y que los efectos de la disminución del tráfico fueron parcialmente abordados en la DA 8ª, pero nuevamente se ha producido un incumplimiento de las previsiones contenidas en la norma dado que no se está produciendo la necesaria adscripción presupuestaria.

Concluye así que, para restablecer el equilibrio, lo primero que debería hacer la Administración sería cumplir con lo que el legislador o ella misma consideraron necesario y en lo que se refiere a las medidas de compensación previstas en la DA 8ª, destaca que ésta no pretendió dar una solución definitiva a los efectos de la reducción de ingresos.

Explica que por ello en la solicitud de restablecimiento se contemplaba el problema de la viabilidad de la concesión en su integridad y se solicitaban las medidas necesarias para que el equilibrio del contrato de concesión se recuperase, con fundamento en dos causas de pedir: a) la concurrencia de un hecho imprevisible y extraordinario como es la crisis económica y su nefasto efecto sobre la movilidad y el transporte; y b) las acciones u omisiones de la Administración que han impactado negativamente en la economía de la Concesión, al haber provocado una disminución del tráfico y en consecuencia de los ingresos, lo que conduce a la figura del *factum principis*.

En el fundamento segundo desarrolla seguidamente el hecho relativo a la sustancial disminución del tráfico derivada de la crisis económica, que califica como un claro supuesto de riesgo imprevisible que altera sustancialmente la economía de la Concesión, y por el que Henarsa tiene que ser compensada.

En un primer subapartado considera de aplicación al caso la doctrina del riesgo imprevisible, pese a la falta de regulación expresa y el silencio que sobre el particular guardan las normas reguladoras de la Concesión de conformidad con la jurisprudencia de la Sala (STS 19 de enero de 1997 y 30 de abril de 1999) y los Dictámenes del Consejo de Estado (de 18 de julio de 2002, 1875/2002 y 26 de junio de 2003, 1521/2003) que invoca. Expone también los requisitos necesarios para apreciar la concurrencia del riesgo imprevisible establecidos en las sentencias de la Sala de 9 de diciembre de 2003; 4 de mayo y 2 de junio de 2005 y en los Dictámenes del Consejo de Estado 619 y 620/2004, de 25 de abril; 3006/2003, de 30 de octubre; 8/2003, de 13 de marzo; 3485/2003, de 8 de enero; 2738/2004, de 11 de enero; 662/2004, de 15 de abril y 635/2005, de 5 de mayo. Y añade respecto a la ayuda que debe producirse por esta causa, que no se busca una compensación que contemple unos ingresos que lleguen al mismo nivel previsto en la oferta.

En un segundo subapartado defiende que la grave crisis económico-financiera constituye un supuesto de riesgo imprevisible que debe dar lugar al restablecimiento del equilibrio porque concurren los requisitos anteriormente mencionados. Refiere así la ajenidad a las partes y su carácter sobrevenido, imprevisible y extraordinario; la sustancial alteración de las condiciones de ejecución y la falta de previsión de un mecanismo de compensación en el PCAP. Añade además que en este caso es definitivo para determinar la concurrencia de hecho imprevisible el hecho de que el legislador lo haya considerado así y haya ordenado su compensación, a cuyo efecto cita las Leyes 26/2009 y 43/2010. Y concluye que las acciones que se piden a la Administración concedente van más allá de lo que se reconoció en el RD 1610/2010 que salía al paso de unas concretas causas de desequilibrio pero no de todas, y de lo señalado en la DA 8ª por las limitaciones cuantitativas que esta impone.



www.civil-mercantil.com

En el fundamento tercero sostiene que la sustancial disminución del tráfico derivada de las acciones y omisiones de la Administración constituye un claro supuesto de " factum principis", por el que Henarsa tiene que ser compensada.

Considera de aplicación al caso la doctrina del " factum principis" de conformidad con la jurisprudencia de la Sala (STS 20 de noviembre de 1985) y el Dictamen del Consejo de Estado 1598/2002, de 31 de octubre que cita.

Manifiesta que como puso de relieve en el hecho cuarto, una vez adjudicada la concesión, han tenido lugar una serie de acciones y omisiones por parte de la Administración concedente, que han incidido de forma directa en la economía de la concesión, incrementando los efectos perjudiciales de la crisis económica, y afectando de forma específica a la R-2, que se encuentran analizados con rigor e individualizados en el Informe de Tráfico.

Cita en apoyo de su tesis la sentencia de la Sala de 16 de mayo de 2011 que manifiesta resuelve un caso idéntico al de la Concesión titularidad de la recurrente en relación con la concesión de la autopista de peaje Madrid- Toledo (AP-41), y que reproduce parcialmente. Concluye que al amparo de lo señalado en la citada sentencia procede compensar a Henarsa por el descenso del tráfico provocado por la falta de ejecución de unas obras que estaban previstas en el momento de adjudicación de la Concesión, y conforme a las cuales se elaboró la oferta.

Añade que no es óbice a la conclusión alcanzada respecto de la A-2 que en la cláusula 28 del PCAP se incluyese una reserva de ejecución de obras en dicha vía, pues lo realizado va más allá de unas obras de conservación o mantenimiento, para pasar a ser una nueva configuración de esa vía, estableciendo un operador de la misma en clara y desequilibrada competencia con la Concesionaria.

En el fundamento cuarto titulado «Medidas a adoptar para el restablecimiento del equilibrio económico financiero» manifiesta a modo de conclusión que lo primero que es necesario para que se restablezca el equilibrio económico- financiero de la Concesión es que se cumplan por parte de la Administración las medidas previstas por el Legislador en la D.A. 41ª y en la D.A. 8ª, en concreto el desembolso de los préstamos participativos solicitados y no desembolsados, así como la dotación presupuestaria presupuesto para la activación de la medida prevista en la D.A. 8ª.

Como ello no supone un reequilibrio deberán adoptarse además las medidas adicionales que permitan compensar la pérdida de ingresos sufrida, proponiéndose como tales el pago de los ingresos perdidos conforme se justifica en el Informe de Tráfico que reproduce.

De forma subsidiaria solicita para el restablecimiento del equilibrio que se adopten cuantas medidas impactan sobre las variables económicas que incidan sobre el equilibrio para alcanzar el fin perseguido. Concluye, en suma, que deberá producirse el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada de la Concesionaria.

Termina suplicando a la Sala que dicte sentencia en la que:

«[...] (i) se reconozca que se ha producido la ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión con una pérdida de ingresos como se indica en el Fundamento de Derecho Cuarto, (ii) se declare el derecho de Henarsa a que se produzca su pleno restablecimiento y (iii) se acuerde la adopción de las medidas previstas en el Fundamento de Derecho Cuarto, teniendo en cuenta el momento en que produzcan su efecto, para que sean actualizadas en la medida de lo necesario, y cuando no sea posible su fijación en Sentencia se determinará en trámite de ejecución de Sentencia, con imposición de costas a la Administración demandada si se opusiera».



www.civil-mercantil.com

Mediante primer otrosí digo, solicitó el recibimiento a prueba del pleito en los siguientes términos:

«[...] que interesa a mi representada la práctica de prueba [...] la cual habrá de versar sobre los siguientes puntos de hecho (además de los adicionales que puedan resultar de la contestación a la demanda):

- Los que resultan del expediente administrativo trasladado.
- La ruptura del equilibrio económico-financiero del Contrato de la Concesión.
- Los efectos producidos por las actuaciones de la Administración que han podido sobre dicha ruptura.
- El incumplimiento por la Administración de las obligaciones impuestas por las normas legales citadas en el cuerpo del escrito en orden a lograr el reequilibrio del contrato concesional.
- Los restantes hechos alegados por esta parte así como sobre la veracidad y autenticidad de los documentos que se adjuntan al presente escrito.

Adicionalmente [...] se propone inicialmente la práctica de los siguientes medios de prueba, todo ello, sin perjuicio de los puntos de hecho y de los medios de prueba adicionales que, en fase de proposición de prueba, puedan resultar oportunos conforme a Derecho:

I. Documental pública. Autorizada por los artículos 299.1.2º, 317 y siguientes y 328 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante "LEC").

Esta prueba ha de consistir:

1. En que se tenga por reproducido el expediente administrativo.
2. En que se tengan por reproducidos los siguientes documentos adjuntos al presente escrito de demanda:

Documento número 1: Censura de la Delegación de Gobierno 2009 (Henarsa). (Henarsa). (Henarsa).

Documento número 2: Censura de la Delegación de Gobierno 2010

Documento número 3: Censura de la Delegación de Gobierno 2011

Documento número 12: Plano de carreteras: Eje del Ebro y conexión Madrid con la Autopista de Navarra-Irún/San Sebastián.

Documento número 13: plano en el que aparece reflejado el entronque con la carretera de Burgos, y no con la carretera de Barcelona.

Documento número 14: Transcripción de la comparecencia del entonces Ministro de Fomento, D. Arsenio en el Congreso de los Diputados para informar sobre el Plan de Autopistas de Peaje el 10 de marzo de 1997.

Documento número 15: Orden del Ministerio de Fomento de 26 de mayo de 1997, por la que se declaró urgente y de excepcional interés público la construcción de la autopista "Autopista de Peaje Madrid-Tudela. Tramo Madrid-Guadalajara".

Documento número 17: Resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras y Transportes de 15 de diciembre de 1999, por la que se aprueban los expedientes de información pública del anteproyecto de clave 10-E-9001.A, del estudio informativo de clave 10-



www.civil-mercantil.com

E-9001.B y del anteproyecto de clave 10-E-9001.C y definitivamente los mismos, publicada el viernes 21 de enero de 2000 en el BOE núm. 18.

Documento número 18: Plano contenido en el Anteproyecto poniendo de manifiesto el carácter provisional de la conexión con la N-II.

Documento número 19: Resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes con fecha 31 de marzo de 2000, por la que se anunciaba, entre otros, la licitación del contrato que tenía por objeto la "Redacción del estudio informativo y anteproyecto: Autopista de peaje Medinaceli-Soria-Tudela.A-15".

Documento número 20: Resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación de 28 de junio de 2007 por la que se aprueba el Expediente de Información Pública y definitivamente el Estudio Informativo de clave E1.1-E-136.B de la "Autovía A-15. Tramo Soria (este)-Tudela. Provincias de Soria, Zaragoza, La Rioja y Navarra".

Documento número 22: Resolución del Secretario de Estado de fecha 17 de noviembre de 2011, por el que se desestimó el Recurso de reposición presentado por Henarsa.

Documento número 23: Cláusula 5.19 de la Oferta hecha por Henarsa con la mejora del enlace Mecó que une la Carretera N-II con la M-116.

Documento número 25: Oficio de la Subdirección General de Construcción de la Dirección General de Carreteras con fecha 18 de septiembre de 2003 por el que anula las actuaciones de Henarsa correspondientes al Ramal directo del Enlace de Mecó que une la Carretera N-II con la M-116. Autopista de peaje R-2. Madrid- Guadalajara.

Documento número 26: Orden del Ministerio de Fomento de 26 de mayo de 1997 por la que se declara urgente y de excepcional interés público el "Cierre de la autovía de circunvalación de Madrid M-50".

Documento número 27: Mapa de Tráfico obtenido del Ministerio de Fomento, en el que representaba la intensidad media diaria (IMD) que transitaba por la autovía de circunvalación M-40 en el año 1999.

Documento número 28: copia del citado Estudio Informativo de la M-50. Tramo: M-607 (Autovía de Colmenar) y la N-IV. Clave: E1.1-M-49, en donde se señala en el párrafo primero del punto 3 que se elaboró el "Informe sobre el interés público de primer orden por razones de índole social y económica de la construcción del orbital M-50 y las nuevas radiales R-2, R-3, R-4 y R-5, en la región de Madrid" redactado por la Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, del que se incluye un resumen y conclusiones.

Documento número 30: Resolución de la Dirección General de Carreteras, por la que se anunció la licitación del contrato de consultoría para la redacción del "Estudio Informativo: Cierre circunvalación de Madrid M-50, entre la A-6 y la A-1", con fecha 12 de marzo de 2004.

II. Documental privada. Autorizada por los artículos 299.1.3º, 324 y siguientes y 328 y siguientes de la LEC.

Esta prueba ha de consistir:

1. En que se tengan por reproducidos los siguientes documentos adjuntos al escrito de demanda:

Documento número 4: Cuentas Anuales Consolidadas Irasa 2009. Documento número 5: Cuentas Anuales Consolidadas Irasa 2010. Documento número 6: Cuentas Anuales Consolidadas Irasa 2011.

Documento número 7: Cuadro mostrando la evolución de los resultados de Irasa.

Documento número 8: Cuadro mostrando la evolución de los resultados de Henarsa.



www.civil-mercantil.com

Documento número 9: Cuadro mostrando la evolución del Patrimonio Neto. Documento número 10: Cuadro mostrando la evolución de la Liquidez. Documento número 11: Informe sobre la demanda de tráfico en la Autopista Radial 2 con fecha 5 de diciembre 2012.

Documento número 16: Publicación en prensa de 1 de octubre de 1999 por la que se hizo pública la 2ª Fase del Programa de Autopistas.

Documento número 21: Escrito de alegaciones presentado por Henarsa el 28 de febrero de 2011 durante el período de información pública del "Proyecto de Trazado: ampliación a tercer carril y reordenación de accesos de la Autovía A-2. Tramo Cabanillas del Campo-Guadalajara, P.K. 50.5 al 55.0".

Documento número 24: Escrito presentado por Henarsa ante la Demarcación de Carreteras en Madrid con fecha 9 de julio de 2003.

Documento número 29: Gráficos que muestran la secuencia de apertura de las infraestructuras próximas. 9 de julio de 2003.

2. En que se tengan por reproducido el Documento número 23 citado en el punto I.2. anterior, para el caso de que el mismo no fuese considerado público.

III. Pericial.- Autorizada por los artículos 299.1.4º, 335 y siguientes de la

Esta parte anuncia la solicitud de dos informes periciales judiciales:

1. Pericial

Esta prueba ha de consistir en que por parte de un Ingeniero Superior de Caminos, Canales y Puertos, especializado en "Transportes y sus infraestructuras: Carreteras y Ferrocarriles", con el carácter de perito único designado por la Sala a través del procedimiento del artículo 341 de la LEC, se dictamine acerca de la veracidad del sustancial descenso de tráfico sufrido por la autopista objeto de la Concesión respecto a las previsiones de la Oferta así como del impacto que en el mismo han tenido (i) la crisis económica, (ii) el retraso de la puesta en servicio del resto de Radiales y de la M50, (iii) la no continuidad de la autopista de peaje Madrid- Tudela en sus tramos Guadalajara- Medinaceli y Medinaceli-Tudela y (iv) las mejoras de capacidad en la autovía paralela A2, concesión de Primera Generación Madrid-Guadalajara, y de los enlaces de Cabanillas y Meco confirmando la veracidad de las conclusiones sentadas por esta parte.

Para su práctica se pondrá a disposición del perito cuantos documentos obren en el expediente administrativo, hayan sido aportados por las partes a los presentes.

2. Pericial

Esta prueba habrá de consistir en que por un Licenciado en Ciencias Económicas o en Administración de Empresas, con el carácter de perito único designado por la Sala a través del procedimiento del artículo 341 de la LEC, o que aparezca incluido en los listados de peritos judiciales en su Colegio Oficial o Corporación, se realice un informe pericial, que tendrá como objeto acreditar, a la vista de los datos que se consideren probados en el presente recurso, lo siguiente:

a) La ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión que hace inviable económica y financieramente la Concesión, sin la adopción de medidas de reequilibrio.

b) La idoneidad de las medidas propuestas por esta parte para que se restablezca el equilibrio perdido.

IV. Pericial.- Autorizada por los artículos 299.1.4º, 335 y siguientes de la LEC.



www.civil-mercantil.com

1. Al amparo del artículo 336 de la LEC, esta parte solicita que se incorpore al ramo de prueba de esta parte el dictamen pericial titulado "Informe sobre la demanda de tráfico en la Autopista Radial 2", que se adjunta al presente escrito como documento número 11 (referido en el apartado II, prueba documental privada), elaborado con fecha 5 de diciembre de 2012 por la consultoría especializada Equipo de Técnicos en Transporte y Territorio, S.A.U.

2. Esta parte manifiesta su deseo de que el autor del Informe pericial referido en el apartado 1 anterior, se ratifique en su Informe.

Adicionalmente, si antes de la apertura de la fase de práctica de la prueba en el presente procedimiento, se produjeran acontecimientos en relación con los puntos de hecho anteriormente indicados, ésta parte se reserva el derecho a proponer la práctica de los correspondientes medios de prueba. [...]».

Mediante segundo otrosí digo fijó la cuantía del proceso en indeterminada.

Y por tercer otrosí digo solicitó que tuviera lugar el trámite de conclusiones escritas.

Noveno.

El Abogado del Estado formuló alegaciones previas, al amparo de lo establecido en el artículo 58 de la LJCA, mediante escrito registrado el 8 de abril de 2013 y alegó la incompetencia de esta Sala para el conocimiento del asunto.

Concedido el oportuno traslado, y formuladas por la recurrente mediante escrito registrado el 16 de abril de 2013, cuantas alegaciones tuvo por conveniente, por Auto de 21 de mayo de 2013 se acordó desestimar las alegaciones previas formuladas por el Abogado del Estado y declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso contencioso-administrativo.

Décimo.

El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito registrado el 24 de junio de 2013.

En los hechos se limita a manifestar: «Se niegan los de la demanda, distintos o que estén en contradicción con los resultantes del expediente administrativo».

En los fundamentos de derecho solicita en primer lugar, con cita del artículo 69.b) en relación con el artículo 45.2.d) de la LJCA, la declaración de inadmisibilidad del recurso por falta de adopción del acuerdo corporativo para la interposición del mismo. Advierte no obstante que en el caso de que lo que hubiera sucedido fuera no la falta de aportación del acuerdo por la demandante, sino un incumplimiento de la obligación de darle traslado de copia del mismo, se proceda sin más a no tomar en consideración la presente causa de inadmisibilidad.

Analiza a continuación el fondo del asunto para el caso de que no se apreciara la concurrencia de la causa de inadmisibilidad.

Manifiesta que en la demanda se pide el restablecimiento del equilibrio económico sobre la base de tres razones: 1) disminución del tráfico por causa de la crisis económica; 2) supresión de la autopista Madrid- Tudela en el tramo Guadalajara- Medinaceli; y 3) mejora de la autovía A-2.

Sobre la disminución del tráfico por la crisis afirma que se trataría de un riesgo y ventura del contratista y que además la Disposición Adicional 8ª de la Ley General Presupuestaria de 2009 estableció una compensación que incluye este concepto, y el que haya demoras en el pago no constituye supuesto de desequilibrio.



www.civil-mercantil.com

Sobre la disminución de tráfico por mejora de la autovía A-2 aduce que la jurisprudencia de la Sala excluye que la realización de mejoras o incluso un tercer carril en vías alternativas pueda alterar el equilibrio económico, a cuyo efecto cita las sentencias de 16 de mayo de 2011 (RCA 566/2008) y 3 de diciembre de 2012 (RCA 577/2011).

Y sobre la supresión de un tramo que conectaría con la R-2 manifiesta que dicha decisión no afecta a derecho alguno de la R-2 que no tenía derecho a la adjudicación sobre el tramo, a cuyo efecto cita, a sensu contrario, la sentencia de 19 de diciembre de 2011 (RCA 159/2010), y niega que las fugas de tráfico de la A-6 a la autopista Villacastín- Ávila vulneren el equilibrio económico.

Añade que restablecer el equilibrio económico supone modificar el contrato, no pedir una indemnización que no es la única forma de compensar el equilibrio perdido.

Relata a continuación las medidas adoptadas por la D.A. 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 en relación con los sobrecostes por obras impuestas - compensación que consistió en el incremento del plazo de la concesión y de las tarifas durante el plazo ampliado por Real Decreto 1610/2010, de 26 de noviembre-, y con los sobrecostes por expropiaciones -mediante la concesión de préstamos participativos-, y como la recurrente se ha acogido a las mismas.

En relación con la desviación entre el tráfico previsto en la oferta y el real, indica el Abogado del Estado que la recurrente fundamenta la demanda tomando en consideración, de manera particularmente relevante, las enormes diferencias producidas, desde el mismo inicio de la explotación concesional y con carácter creciente, entre el tráfico previsto en el plan económico- financiero presentado con la oferta de licitación y los ingresos de peaje derivados del tráfico real.

Niega que la disminución del tráfico pueda ser imputable a supuestos errores en las previsiones que al respecto contuviera la documentación preparatoria que el Ministerio de Fomento puso a disposición de los licitadores en el concurso público para la adjudicación de la concesión.

Cita el informe de la Abogacía del Estado de 11 de octubre de 2011 en relación con un supuesto análogo al aquí planteado, que reproduce en los particulares de su interés.

Señala que en la contratación administrativa es el contratista el que libre y voluntariamente formula su oferta.

Destaca al respecto que según la cláusula 8 del Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el Pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, es el licitador el que debe elaborar su propio plan económico- financiero, con sus propias previsiones de resultados económicos, que pueden o no cumplirse, lo que insiste es inherente al principio de riesgo y ventura, y que la Orden de 4 de febrero de 2000 por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso de la concesión aquí concernida, obligaba al licitador a elaborar el mencionado plan económico- financiero, así como una memoria explicativa que incluiría, entre otros aspectos, el análisis del tráfico previsto en el corredor y la autopista, a través del cálculo de generación y asignación del mismo.

Concluye en definitiva, con remisión nuevamente al informe de la Abogacía del Estado antes citado, que el pliego no obligaba a la recurrente a basar su oferta en el estudio de tráfico elaborado por la Administración, sino que por el contrario le obligaba a contrastarlo y a realizar otro.

En relación con las acciones y omisiones de la Administración que han impactado negativamente sobre la economía de la concesión (la no continuidad de las obras de la autopista Madrid- Tudela; el retraso en la puesta en servicio de otras infraestructuras programadas - fundamentalmente el cierre norte de la M-50-; o los perjuicios causados por la



www.civil-mercantil.com

ampliación y mejora de la A-2, sostiene que para aplicar la doctrina del *factum principis* es necesario, entre otros requisitos, que la medida administrativa generadora del desequilibrio sea imputable a la Administración contratante.

Cita al respecto el dictamen del Consejo de Estado 512/2006, de 30 de marzo, sobre la posibilidad de la Administración de construir y ampliar la capacidad de las carreteras que discurren paralelamente a las autopistas en régimen de concesión, sin que ello genere un derecho a percibir indemnización alguna en el concesionario.

Sostiene que en el ámbito de los contratos de concesión de obra pública adquiere una esencial relevancia el principio de riesgo y ventura del contratista, regulado en el artículo 99, en relación con el 144 y el 157 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que implica que el contratista se hace acreedor de los rendimientos y beneficios de la actividad que ha de llevar a cabo y, correlativamente, ha de soportar los perjuicios derivados de las incidencias en la ejecución del contrato que sean ajenas a la actuación de la Administración contratante, particularmente en lo referente al ejercicio del *ius variandi* o *factum principis*, figuras jurídicas que niega concurren en el presente supuesto.

Afirma que, más bien al contrario, los perjuicios económicos que según la recurrente han alterado el equilibrio económico de la concesión vienen referidos esencialmente a la drástica reducción del tráfico en las autopistas objeto de la concesión a lo largo de la vida de la misma, con respecto a las previsiones efectuadas en fase de licitación del contrato concesional.

Niega que resulten de aplicación los supuestos de fuerza mayor que regula el artículo 144 de la Ley de Contratos que rige la concesión, y concluye que la reducción de los niveles de tráfico con respecto a los índices previstos debe considerarse como una mera circunstancia sobrevenida ajena a actuación alguna de la Administración contratante que debe ser asumida por la sociedad concesionaria, como algo inherente al principio de riesgo y ventura que le vincula.

Añade que la legislación en materia de contratación del sector público limita la obligación por parte de la Administración a restablecer el equilibrio económico del contrato a la concurrencia de diversos supuestos de hecho referidos al ejercicio del *ius variandi* (art. 164.2 LCAP), o causas de fuerza mayor, actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión, o supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión (art. 258 del vigente TRLCSP).

Expone cómo no obstante lo anterior, habida cuenta el carácter de servicio de interés público que constituye la concesión y la reducción del tráfico producida, la D.A. 8ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, autorizó a partir del 1 de enero de 2011 a determinadas sociedades concesionarias de autopistas de peaje dependientes de la Administración General del Estado (entre ellas, la recurrente) a establecer una cuenta de compensación, medida a la que se acogió HENARSA. Precisa que tal medida constituye una ayuda prevista por el legislador para compensar temporalmente por razones de interés público la disminución del tráfico que se ha producido durante estos últimos años en las autopistas objeto de concesión, y no como parece entender la sociedad reclamante una medida inherente a la ruptura completa del equilibrio contractual o a la alteración sustancial de las condiciones de ejecución del contrato inicialmente pactadas.

En relación nuevamente con la diferencia entre las previsiones de tráfico y consiguientes ingresos contenidas en el plan económico- financiero y los tráficos y consiguientes ingresos reales, refuta los argumentos de la recurrente sobre su carácter de hecho imprevisible.

Insiste en que dichas previsiones fueron realizadas libremente por el grupo promotor y sostiene que al conllevar el contrato suscrito, además de la prestación de un servicio público, el



www.civil-mercantil.com

desarrollo de una actividad empresarial ésta queda sujeta, como cualquier otra, a las circunstancias que en cada momento acontezcan como consecuencia de la coyuntura económica, razón por la que concluye el impacto que haya producido la crisis económica sobre la concesión es el mismo que ha incidido de forma igualmente negativa sobre el resto del sector privado, las Administraciones Públicas y en definitiva sobre los ciudadanos, potenciales usuarios de las infraestructuras concedidas, máxime atendido el periodo temporal de la concesión.

Niega la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 164.2 de la LCAP y en los artículos 24 y 25 de la Ley de Autopistas.

En primer lugar porque entiende desplazada tal normativa general por la normativa especial que representan las Leyes 26/2009; 43/2010; 2/2012 y 17/2012.

En segundo lugar porque no puede entenderse que se haya producido una vulneración del artículo 164.2 pues insiste en que en este caso que la Administración es ajena a los hechos que motivan la demanda, como es la disminución del tráfico en las autopistas de peaje gestionadas por la demandante.

Y en tercer lugar, en relación con los artículos 24 y 25 de la Ley de Autopistas porque contemplan supuestos distintos al que es objeto de este recurso, respectivamente, el de las modificaciones impuestas por el Gobierno al régimen de la concesión y el de ampliación de las autopistas.

Señala finalmente a modo de conclusiones las siguientes:

«[...] 1ª que, a nuestro juicio, no existen términos hábiles para una demanda de reequilibrio económico-financiero, de la concesión por el sobrecoste generado por la necesaria realización por HENARSA de obras adicionales y no previstas en los proyectos iniciales, así como por el sobrecoste por expropiaciones, al margen de la disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

2ª que, a nuestro juicio, la circunstancia que el tráfico real que circula por las vías de peaje objeto de la concesión haya sido desde 2008 inferior al previsto en el plan económico-financiero de la concesión presentado con la oferta debe quedar comprendida dentro del principio de riesgo y ventura del contratista, en los términos expuestos y con las consideraciones manifestadas en esta contestación a la demanda».

Termina suplicando a la Sala que dicte sentencia:

«[...] declarando inadmisibile o, en su defecto, desestimando este recurso con los demás pronunciamientos legales».

Por primer otrosí digo manifestó lo siguiente:

«[...] Que con la demanda se adjuntan documentos, cuadros y gráficos respecto de los que no se dice su autoría ni pueden considerarse acreditativos de los hechos que describen.

En su virtud,

SUPLICA A LA SALA no considere a los documentos acompañados a la demanda como acreditativos de los hechos que describe, sin perjuicio de lo que exponemos a continuación.[...].».

Mediante segundo otrosí digo respecto del recibimiento a prueba solicitado de contrario manifestó lo siguiente:



www.civil-mercantil.com

«[...] Ante todo, que consideramos el mismo innecesario en la medida en que, como hemos expuesto, la disminución del tráfico en las autopistas de peaje de las que es concesionaria la demandante tienen un tratamiento especial en la normativa constituida por las Leyes 26/2009, 43/2010, Ley 2/2012 y Ley 17/2012, de forma que habrán de seguirse los procedimientos en ella previstos ante el Ministerio de Fomento (no ante el Consejo de Ministros) tal y como por lo demás ya está llevando a cabo la demandante, de forma que en ellos será donde habrá que probar los requisitos que condicionan la adopción de las medidas previstas en esa legislación especial.

En cualquier caso, la finalidad que se persigue con el recibimiento a prueba solicitado no es otra que ver cuál ha sido la diferencia entre los ingresos de peaje previstos en el PEF y los ingresos reales obtenidos por el peaje. Ahora bien, dado que estos últimos figuran en las cuentas auditadas y censuradas que deben remitir las sociedades concesionarias a la Delegación de Gobierno en las sociedades concesionarias de autopistas nacionales de peaje, resulta que se trata de un hecho que se basa en documentos de los que dispone la demandante y que ésta pudo y debió acompañar a la demanda.

En último término, sería suficiente con solicitar a la referida Delegación del Gobierno que certificase las diferencias existentes entre los ingresos por peajes previstos en el PEF y los ingresos reales por peaje que figuran en las cuentas anuales auditadas y censuradas que les ha remitido HENARSA.

Lo expuesto revela que es superflua e inútil la prueba pericial judicial solicitada en la demanda.

En su virtud,

SUPLICA A LA SALA tenga por realizadas las anteriores manifestaciones».

Undécimo.

Por decreto de 25 de junio de 2013 se fijó la cuantía del recurso en indeterminada.

Duodécimo.

Por Auto de la sala de 28 de junio de 2013 se acordó recibir el proceso a prueba y admitir los medios de prueba propuestos por la parte recurrente en los siguientes términos:

«[...] I.- Documental pública. Se tienen por reproducidos los documentos acompañados a la demanda y los obrantes al expediente administrativo.

II.- Documental privada. Se tienen por reproducidos los documentos adjuntos a la demanda.

III y IV.- Pericial. Óigase al Abogado del Estado por término de tres días para alegaciones».

El Abogado del Estado mediante escrito registrado el 2 de septiembre de 2013 manifestó no tener nada que alegar y estar al criterio de la Sala.

Por providencia de 18 de septiembre de 2013 la Sala acordó lo siguiente:

«[...] Se admiten las Periciales III (1 y 2) y IV. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultan designados los siguientes peritos:

1. Ingeniero Superior de Caminos, Canales y Puertos: David [...]
2. Economista: Roman [...]



www.civil-mercantil.com

Decimotercero.

Recibidos y unidos a los autos los informes periciales, la representación procesal de la recurrente mediante sendos escritos registrados el 18 de junio y el 14 de julio de 2014 solicitó que se citara a los peritos judiciales y al perito don Jose Enrique, autor del "Informe sobre la demanda de tráfico en la Autopista Radial 2" a fin de que se ratificaran en sus informes y para solicitar aclaraciones.

Por providencias de la Sala de 30 de junio y 20 de octubre de 2014 se accedió a lo solicitado, que se llevó a efecto mediante comparecencias celebradas el 15 de julio y 18 de noviembre de 2014 respectivamente.

Decimocuarto.

Presentados por las partes sus respectivos escritos de conclusiones, por diligencia de ordenación de 22 de diciembre de 2014 se declararon las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

Decimoquinto.

Por providencia de 23 de febrero de 2015 se señaló para la votación y fallo del recurso la audiencia del día 3 de junio de 2015. El señalamiento fue dejado sin efecto por providencia de esa misma fecha al advertirse que la recurrente había sido declarada en concurso y a fin de emplazar a la administración concursal.

Decimosexto.

El Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en representación de don Pascual en su condición de administrador concursal de Autopista del Henares, S.A. concesionaria del Estado (HENARSA) se personó mediante escrito presentado el 17 de julio de 2015.

En el cuerpo del mismo manifestó adherirse a los motivos y pretensión deducidos por la recurrente, sin tener que hacer alegación adicional alguna.

Adjuntaba copia del auto de 5 de septiembre de 2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid que declaraba a HENARSA en concurso de acreedores con carácter voluntario.

Decimoséptimo.

Por providencia de 13 de enero de 2016 se señaló para la votación y fallo del recurso la audiencia del día 4 de mayo de 2016.

Decimooctavo.

Por providencia de 12 de abril de 2016 se dispuso adelantar la deliberación, votación y fallo del recurso a la audiencia del día 27 de abril de 2016, fecha en la que tuvieron lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Constituye el objeto del presente recurso la impugnación de la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de



www.civil-mercantil.com

la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-2, de Madrid a Guadalajara, tramo M-40- Guadalajara, formulada por la actual recurrente -titular de la concesión-, con fundamento en la grave y prolongada reducción del tráfico que circula por la autopista, y en consecuencia de los ingresos por peaje obtenidos por la concesionaria, respecto de los expresados en el plan económico- financiero que sirvió de base para la adjudicación de la concesión.

Considera la recurrente que esa grave y prolongada reducción del tráfico obedece, en primer lugar y con carácter principal, a un riesgo imprevisible, como es la crisis económica iniciada en 2008 y sin visos de concluir en breve plazo y en segundo lugar, a una actuación administrativa técnicamente calificable de " factum principis" como son la no continuidad de las obras de la autopista Madrid- Eje del Ebro, la ampliación y mejora de la autovía A-2 y el retraso en la puesta en servicio del cierre norte de la M-50.

Resulta por ello ajeno a este pleito, y quedan fuera del objeto del mismo, dados los términos en que la recurrente lo ha planteado, todas las cuestiones relacionadas con las medidas concedidas a la recurrente, actualmente en situación de concurso, al amparo de la D.A. 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, ejecutadas por el Real Decreto 1610/2010, de 26 de noviembre, por el que se modificaron determinados términos de la concesión administrativa inicial, y de la D.A. 8ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

Segundo.

Habiendo solicitado el Abogado del Estado la declaración de inadmisibilidad del recurso por falta de aportación por la recurrente del documento que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas, ésta ha de ser la primera cuestión en la que se detenga nuestro análisis.

Procede rechazar la referida causa de inadmisibilidad pues el examen de las actuaciones (documentación adjunta al escrito de interposición -folios 81 y 82-; escrito presentado por la recurrente el 12 de julio de 2013, tras la contestación a la demanda por el Abogado del Estado y escrito de conclusiones) permite comprobar que la recurrente en el momento de interponer el recurso contencioso- administrativo dio cumplimiento al requisito establecido en el artículo 45.2.d) de la LJCA.

Tercero.

Afirmado lo anterior, procede abordar a continuación las cuestiones de fondo que se plantean.

Esta Sala en las sentencias de 4 de febrero de 2014 (RCA nº 486/2011); 28 de enero de 2015 (RCA nº 449/2012); 20 de abril de 2015 (RCA nº 54/2013) y 17 de noviembre de 2015 (RC nº 2969/2014) ha rechazado que la falta de ajuste de los tráficos reales con los previstos por la concesionaria en la fase de concurso consecuencia de la crisis económica sea constitutiva de un riesgo imprevisible.

La primera de las sentencias citadas concluye la imposibilidad de imputar dicho error a la Administración al ser consecuencia del riesgo y ventura contractual que la licitadora debió examinar y examinó al participar en el concurso, en base a los siguientes razonamientos (FJ 8º y 9º) que resultan de aplicación a este caso:



www.civil-mercantil.com

«[...] Ninguna duda existe, tal como destaca el Abogado del Estado, de que independientemente de los estudios realizados por la Administración también incumbe realizarlo a las partes que se presentan al concurso.

Y aquí, como subraya el Abogado del Estado, además de los cálculos realizados por la administración en sus documentos preparatorios la finalmente concesionaria, ahora recurrente, también realizó los suyos propios afirmando incluso que su estudio de tráfico "permite estimar exactamente los tráficos e ingresos esperados a partir de las hipótesis reales que determinan la captación de vehículos".

El planteamiento que realiza la demandante parece pretender presentar el contrato aquí concernido, concesión de servicios públicos, como si fuera un contrato de los denominados en el ámbito civil como de adhesión a lo redactado por la administración adhiriéndose sin más el licitador/futuro contratista prestando su consentimiento a una relación bilateral que usualmente no se reputa equilibrada.

El anterior esbozo no resulta certero. Así tiene razón el Abogado del Estado cuando invoca el contenido de la cláusula 8 del Pliego de cláusulas administrativas generales para autopistas de peaje, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero. No está de más recordar que entre los múltiples extremos que deben comprender las proposiciones a presentar por los concursantes" t) Plan económico-financiero de la futura Sociedad, que será dividido, a efectos de su presentación en dos partes:

1. Previsiones de resultados económicos, acompañadas de la comprobación de la viabilidad económica del proyecto, calculo del rendimiento de la inversión y fundamentación del nivel de tarifas propuesto para alcanzar el equilibrio económico durante el período concesional.

En este programa se especificarán los ingresos y gastos de explotación, financieros y amortizaciones.

2. Previsiones financieras, cuya finalidad consiste en verificar la coherencia y compatibilidad entre las disponibilidades monetarias y la aplicación de estos medios de financiación.

En este programa se considerarán como disponibilidades monetarias las aportaciones de capital, el volumen de prestamos con el periodo de financiación máximo previsto en la cláusula 46, los fondos procedentes de amortizaciones y saldo de resultados y como gastos las inversiones y amortizaciones financieras. La presentación formal de ambos programas se hará siguiendo los modelos que se inserten en los correspondientes pliegos particulares".

Pero además la cláusula 5.11 a) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para el concurso por procedimiento abierto de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de Peaje R-4 de Madrid a Ocaña, tramo M-50- Ocaña, la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera nacional II: del eje sureste, tramo M-40-M-50 y de la prolongación de la conexión de la conexión de la N-II con el distribuidor este y actuaciones de mejora en la M-50. Tramo: M-409- N-IV dice:

"11. Se acompañará, asimismo, una Memoria explicativa de los valores adoptados para las variables fundamentales que intervienen en el plan económico- financiero y las hipótesis realizadas para su evolución a lo largo del período concesional ofertado. Dicha Memoria incluirá:

a) Estudios de tráfico y del nivel y estrategia de tarifas adoptada:

www.civil-mercantil.com

i) Análisis del tráfico previsto en el corredor y la autopista, a través del cálculo de generación y asignación del mismo"».

NOVENO.

Si ambas partes contratantes erraron de forma amplia en sus cálculos por no prever factores que podían afectar a los mismos (la paralización/disminución del desarrollo urbanístico en el entorno atendido, la crisis económica que reduce la movilidad, las actuaciones de infraestructura [...]) no puede ahora la concesionaria imputar tal error a la administración.

No se vislumbra, ni tampoco se ha aducido que el pliego no respondiera al principio de transparencia en el sentido declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a que "todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma" (111, ST Justicia de 29 de abril de 2004, asunto 496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA).

Debe subrayarse que una característica propia del contrato de concesión es el "riesgo y ventura del contratista". [...]

Atendido al desarrollo de la licitación, más arriba expuesta, ninguna duda ofrece que la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible sino consecuencia del riesgo y ventura contractual que la licitadora debió examinar y examinó al participar en el concurso. [...]

Asimismo en la sentencia citada (FJ 10º) sobre los efectos de la crisis económica se añade lo siguiente:

«[...] DÉCIMO.- 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. [...]

Tales razonamientos resultan además corroborados por las pruebas periciales practicadas en autos.

Dichas pruebas acreditan que en el Plan económico financiero elaborado por la recurrente, que determinó el otorgamiento de la concesión a su favor por constituir la oferta más ventajosa, existió una valoración excesiva en las estimaciones de tráfico (muy superiores a todas las contenidas en el estudio elaborado por el Ministerio de Fomento -anejo número 6 del anteproyecto- según el dictamen pericial elaborado por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, especialidad en transportes, don David -página 10-) y de los ingresos por peaje, que se basaron exclusivamente y para todo el plazo de duración de la concesión (inicialmente establecido en 24 años) en variables propias de un escenario socio-económico optimista, sin que a juicio de esta Sala pueda calificarse como imprevisible el cambio de tales circunstancias máxime atendido el plazo dilatado de duración de la concesión.

Así, el dictamen elaborado por el perito economista don Augusto afirma (página 33) que «[...] el nivel de ingresos que sirvió para elaborar el Plan económico financiero concesional no fue acertado en sus previsiones generando una expectativas en cuanto a la capacidad de



www.civil-mercantil.com

modelo para recuperación de la inversión y retribución de capitales invertidos que se ha visto truncada por la realidad de unos menores ingresos y una mayor inversión. [...] ». Añade (página 49) que «[...] el tráfico previsto en su Plan económico financiero para optar al concurso de concesión se basaba [...] en escenarios optimistas de crecimiento económico y la construcción de una red de infraestructuras con crecimientos de tráfico para el período 2002-2009 del 6%, 2010-2014 del 4,1%, 2015-2019 del 3,5% y 2020-2024 del 3%. Estas previsiones han quedado muy lejos de los niveles de tráfico reales, según datos actualizados a diciembre de 2013. [...]». Atribuye esas optimistas proyecciones en cuanto a ingresos (página 58) a «[...] los importantes porcentajes de crecimientos del PIB y la renta "per capita" por largos periodo de forma sostenida desde 1994 hasta el año 2007 inclusive, [...] así como generar una dinámica de crecimiento del sector de infraestructuras en general inadecuada [...]», que contemplaba un gran potencial de usuarios de la vía de peaje como consecuencia de la zona de influencia del aeropuerto de Madrid Barajas y el crecimiento industrial del corredor, sin correspondencia con la realidad.

En el mismo sentido se pronuncia el dictamen elaborado por el Equipo de Técnicos en Transporte y Territorio, S.A.U., aportado como documento número once de la demanda (pág. 16).

Por otra parte la memoria justificativa del Real Decreto 1610/2010, de 26 de noviembre, obrante en la ampliación del expediente administrativo, así como el artículo 6 del mismo revela, en contra de lo alegado por la recurrente, la modificación del Plan económico financiero vigente de la sociedad concesionaria en los siguientes términos (el subrayado es nuestro):

«[...] Se han actualizado las cifras del modelo con datos hasta 2009 inclusive, a partir de las cuentas auditadas y aprobadas anualmente.

Para estimar los ingresos de peaje futuros de la concesión se ha establecido como referencia los datos reales de tráfico del año 2009, considerando crecimientos de tráfico del 1,20 por 100 anual hasta el año 2012 inclusive y a partir del año 2013 se han considerado los crecimientos anuales acordes con los estimados en la oferta que sirvió de base para la adjudicación de la concesión actualizados teniendo en cuenta la situación económica actual y sus repercusiones futuras.

Se ha considerado la variación interanual del IPC en un 2 por 100 a lo largo de toda la concesión desde el año 2011 hasta el 2039 [...]».

Extremo que se desprende también del dictamen pericial efectuado por don Augusto (págs. 66 y siguientes).

En consecuencia, atendiendo a todo lo expuesto, procede rechazar la pretensión de reequilibrio deducida por la recurrente con fundamento en la disminución del tráfico que circula por la autopista consecuencia de la crisis económica.

Cuarto.

Procede analizar seguidamente si procede compensar a la recurrente por el descenso de tráfico derivado de la decisión de la Administración de no dar continuidad a la autopista de peaje Madrid- Tudela.

Manifiesta en su demanda que la citada infraestructura -de la que la R-2 constituía un primer tramo- se encontraba prevista al tiempo de formular la oferta, y así la contempló en ella en cuanto constituiría una significativa fuente de captación de vehículos, que se ha visto finalmente frustrada por su no acometimiento.



www.civil-mercantil.com

Sin embargo, la prueba practicada en el procedimiento acredita en contra de lo alegado por la recurrente que la autopista de peaje Madrid- Tudela no era un proyecto consolidado y de efectiva y próxima realización en el momento de la convocatoria y plazo final de presentación de ofertas del concurso para la adjudicación de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la R-2, autopista de peaje Madrid-Guadalajara, convocado por la Orden de 4 de febrero de 2000.

Así se comprueba que los posibles trazados de la autopista de peaje Madrid- Zaragoza, tramo Madrid- límite provincia de Zaragoza han sido objeto de estudio en distintas ocasiones (así en el Programa de

Autopistas Nacionales -PANE- de 1967 y en el estudio informativo clave 10-E-9001, redactado en febrero de 1990) y figura recogida también en el Plan Director de Infraestructuras 1993/2007. Sin embargo el estudio informativo citado manifiesta que su objeto es "[...] analizar la conveniencia de la nueva autopista objeto de estudio y plantear en su caso los trazados de las diferentes opciones" y que "[...] Un estudio informativo es en esencia un análisis de alternativas [...]". Por su parte el Plan Director de Infraestructuras pese a incluir dentro del "Programa de vías de gran capacidad y vías de conexión" por elevada demanda de tráfico la "Autopista Madrid- Tudela, de unos 280 km; constituye un nuevo acceso a Francia y al Valle del Ebro desde Madrid y el sur de la península. De esta autopista, cuya construcción se justifica por fases, el tramo Madrid- Guadalajara sufre actualmente un elevado índice de congestión y se plantea como alternativa de acceso a Madrid por la N-II" indica expresamente su carácter estratégico que según sus propias palabras implica "[...] que la programación de las actuaciones previstas no forme parte de su esencia". Es decir, el Plan Director de Infraestructuras es un programa director de carácter esencialmente político que no contiene actuaciones detalladas, ni plazos precisos y que no puede considerarse por ello un instrumento planificador en materia de carreteras en el sentido estricto del término.

Si atendemos a la Orden de 4 de febrero de 2000 por la que se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-2 de Madrid a Guadalajara que resultó adjudicado a la actual recurrente, y a la memoria del anteproyecto de la Autopista de peaje Madrid- Guadalajara, tramo M-40- Guadalajara, clave AO-E-141, antecedente inmediato de aquél, no obtenemos una conclusión distinta.

La cláusula 2 del citado pliego define el objeto del concurso a los efectos que ahora interesan en los siguientes términos:

"[...] el objeto del concurso es la concesión [...] para la construcción, conservación y explotación de:

R-2, autopista de peaje Madrid- Guadalajara, tramo M-40- Guadalajara según el anteproyecto de clave: AO-E-141 aprobado definitivamente por resolución del Ministerio de Fomento de 4 de febrero de 2000.

El concurso comprende la totalidad del itinerario previsto en el anteproyecto mencionado. [...]"

Por su parte, la memoria del anteproyecto clave AO-E-141 refiere el estado, a fecha 23 de enero de 1997, del Estudio Previo y Anteproyecto de la Autopista Madrid- Zaragoza aprobado el 27 de Julio de 1990, que seleccionó como opción más recomendable la nº 1, que consiste en una Autopista de nuevo trazado con conexión con las Autopistas A-68 y A-15 en las proximidades de Tudela en los siguientes términos (el subrayado es nuestro):



www.civil-mercantil.com

"[...] Actualmente, el tramo Madrid- Guadalajara está sometido a posibles modificaciones de trazado, como consecuencia de las objeciones que se han producido en la tramitación del Estudio de Impacto Ambiental para tratar de evitar en lo posible las afecciones a las ZEPAS.

El resto del trazado se encuentra paralizado, e incluso dado de baja en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental en su día iniciado. [...]"

Y efectúa expresa cita del "escrito de la Dirección General de Información y Evaluación ambiental del M.O.P.T.M.A., de 24 de enero de 1996, por el que se da de baja el proyecto de autopista de peaje Madrid- Zaragoza en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, con excepción del tramo Madrid-Guadalajara".

Por otra parte tampoco ha resultado acreditado más allá de la mera alegación de la recurrente, que la oferta presentada en su día tuviera en cuenta el volumen de tráfico que pudiera aportarle dicha infraestructura. La recurrente, pese a la facilidad probatoria, sólo ha aportado al proceso parte de dicha oferta (documento número 23 de la demanda) sin relación con el particular ahora concernido y las pruebas periciales practicadas resultan contradictorias y nada concluyentes sobre este extremo.

Así, mientras que el informe elaborado por el Equipo de Técnicos en Transporte y Territorio, S.A.U. (doc. nº 11 de la demanda) refiere (pág. 11) que en la oferta del concurso de la R-2 se estimó la puesta en servicio de los tramos Medinaceli-Tudela y Guadalajara-Medinaceli en los años 2012 y 2019 respectivamente, lo que excluiría, atendida la fecha anterior de la solicitud de reequilibrio, que el descenso del tráfico previsto resulte imputable a esta causa, en el efectuado por don David se concluye (página 20) que en el estudio de tráfico empleado para la oferta del concurso -que incorpora parcialmente en el anexo 07- no se contempló la continuidad de la autopista de peaje Madrid- Tudela razón por la que rechaza todo impacto sobre el tráfico respecto de dicha oferta.

Por todo lo expuesto no resulta aquí de aplicación la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2011 (RCA 566/2008), expresamente invocada por la recurrente. Se concluyó allí que la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba, concernida en aquel recurso, era en el momento de presentación de las ofertas para la adjudicación de la AP-41 algo más que un evento hipotético y futuro al encontrarse prevista en el Plan Estratégico de Infraestructuras del Transporte 2000-2007; estar prevista su entrada en servicio de forma simultánea a la de la AP-41; haber efectuado el Ministerio de Fomento las actuaciones precisas para llevarla a cabo, incluyendo el sometimiento del proyecto a la declaración de impacto ambiental y haber contado la oferta presentada por la allí recurrente con el tráfico de dicho corredor, circunstancias que

según todo lo razonado con anterioridad no concurren en el caso sometido ahora a la decisión de este Tribunal.

Procede pues rechazar la pretensión deducida por la recurrente sobre este particular.

Quinto.

Sobre la cuestión relativa a la disminución del tráfico derivado de las obras de ampliación y mejora en la autovía A-2 libre de peaje entre Madrid y Guadalajara, esta Sala en las sentencias de 4 de febrero de 2014 [RCA nº 486/2011 (FJ 12º)]; 28 de enero de 2015 [RCA nº 449/2012 (FJ 7º)] y 20 de abril de 2015 [RCA nº 54/2013 (FJ 15º)] ha rechazado que la disminución del tráfico derivado de las obras de ampliación y mejora de una vía paralela pueda calificarse como hecho imprevisible o extraordinario, y ello por las siguientes razones:



www.civil-mercantil.com

«[...] La segunda cuestión relevante es la pretendida disminución de tráficos 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 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 conexionando dos ciudades que carecían de vínculo por autopista.[...].»

A los anteriores razonamientos hemos de añadir que, en este caso, la cláusula 28 del PCAP establece literalmente:

«[...] La Administración se reserva el derecho de ejecutar cualquier tipo de obra en la N-II, incluso aquellas que pudieran suponer un aumento de capacidad de la misma, sin que por ello el Concesionario tenga ningún derecho a pedir indemnización por una supuesta pérdida de tráfico debida a las mismas. [...]».

Por lo demás, no es este recurso el lugar idóneo donde combatir el rechazo por parte de la Administración de la propuesta de incorporación en el enlace de Cabanillas de un ramal directo que permita el movimiento A-2 (sentido Madrid)- N-320 efectuada por HENARSA, que



www.civil-mercantil.com

resulta del documento número 22 acompañado al escrito de demanda y que no consta que la recurrente impugnara.

Y en cuanto al enlace de Meco, según resulta del documento número 23 de la demanda HENARSA se comprometió a realizar las obras correspondientes al Ramal de acceso N-II/ M-16, valoradas en 264.100.000 pesetas (1.587.273 euros), compromiso del que quedó desvinculada a petición propia (documento número 24 de la demanda) en virtud de la resolución de 18 de septiembre de 2003 del Director General de Carreteras (documento número 25 de la demanda), con la consiguiente ausencia de desembolso de la citada cantidad.

Sexto.

Fundamenta finalmente la recurrente su pretensión de restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión en el descenso de tráfico consecuencia, de un lado, del retraso en la puesta en servicio de infraestructuras (autopistas R-3; R-4 y R-5; tramos de la M-50 incluidos en las concesiones de aquéllas; autopista eje aeropuerto y la terminal aeroportuaria T-4) cuya entrada en servicio estaba prevista antes que la de la autopista de peaje R-2, aquí concernida, y de otro, de la falta de acometimiento por parte de la Administración de las obras de cierre norte (entre la A-1 y la A-6) de la autovía de circunvalación M-50, que manifiesta tuvo presente en las previsiones de tráfico contenidas en la oferta presentada en su día para tomar parte en el concurso de la concesión.

La prueba practicada en este recurso permite concluir en primer lugar que en el estudio de tráfico empleado para la redacción de la oferta presentada por la actual recurrente no se incluyeron entre las actuaciones sobre la red viaria programadas en el ámbito de la Comunidad de Madrid el cierre de la M-50, ni la autovía Eje Norte-Sur.

Así se desprende tanto del informe pericial efectuado por don David (página 17) y de la remisión que efectúa al punto 4.1 del referido estudio obrante en el anexo 07 del dictamen, como de la falta de aportación por la recurrente ya referida con anterioridad, pese a la extremada facilidad probatoria, de la mencionada oferta, que insistimos una vez más sólo ha aportado parcialmente al proceso (documento nº 23 de la demanda) sin relación alguna con el particular ahora concernido y sin que los gráficos aportados como documento nº 29 con los que pretende acreditar que en su planificación previa a la licitación la autopista R-2, contaba con «[...] una malla con "cultura" de peaje y con un anillo de circunvalación de Madrid, la M-50, que era continuo, al menos entre la A-6 y la A-1; previéndose además la implantación de la nueva terminal aeroportuaria y de una vial libre de peaje que facilitaba la conexión de la misma con la R-2» desvirtúen la conclusión expuesta al haber sido expresamente impugnados por el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda.

Por esta razón procede rechazar el impacto sobre el tráfico de la R-2 y consecuencias del mismo atribuidos por la recurrente a la falta de realización del cierre de la M-50 y al retraso acaecido en la puesta en servicio de la autovía Eje Norte- Sur, también denominada Eje Aeropuerto.

Respecto al retraso en la puesta en servicio del resto de las infraestructuras citadas, el recurrente da por sentada la responsabilidad de la Administración, premisa que no podemos compartir acriticamente en la medida en que tales infraestructuras resultan ajenas a la concesión aquí concernida, y desconocidas las causas del retraso.

En cualquier caso además la prueba practicada no resulta concluyente sobre los efectos que los mismos hayan producido en el volumen de tráfico de la autopista de peaje R-2, y en sus consiguientes ingresos.

En este sentido el informe elaborado por Equipo de Técnicos en Transporte y Territorio, S.A.U. (doc. nº 11 de la demanda) no efectúa estimación del impacto en término de tráfico e



www.civil-mercantil.com

ingresos del retraso en la puesta en servicio de la R-3; R-4 y R-5 al estimar que «[...] Dadas la disparidad de variables que intervienen en dicho proceso (valor del tiempo, motivo y frecuencia del viaje, origen y destino, etc...) no resulta factible cuantificar este efecto con un soporte metodológico único" (pág. 14), y contempla exclusivamente las minoraciones de tráfico consecuencia del retraso de la puesta en servicio de la M-50, tramo M-31 a A-2; de la autovía Eje Aeropuerto y de la nueva terminal T-4 del Aeropuerto de Barajas (pág. 13).

Por su parte el dictamen del perito judicial don David discrepa por una parte del sistema de análisis empleado en el citado informe en cuanto estima que el efecto en el tráfico de la R-2 se produce de manera instantánea con la puesta en servicio de la infraestructura (pág. 17) y concluye por otra (pág. 18) que no es posible determinar fehacientemente el impacto de estos retrasos sobre la R-2 que considera, en cualquier caso, reducido.

Finalmente el dictamen del perito judicial don Augusto concluye sobre el particular en este mismo sentido (pág. 52) que los citados retrasos pudieron «[...] influir en el tiempo de despegue de los niveles de tráfico, pero solo a corto plazo, y ese efecto se diluye, no pasando del año 2007 fecha del año en que se pone en servicio la última de las infraestructuras [...] y que en el caso de la R-2 coincide con el máximo de facturación de ingresos de peaje alcanzada por la concesionaria desde su puesta en servicio».

Séptimo.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso contencioso- administrativo, con imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 LJCA. No obstante la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el artículo 139.3 de la LJCA, señala en seis mil euros (6.000 €) la cantidad máxima que por todos los conceptos puede reclamar la parte recurrida, más IVA.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º) Desestimar el recurso contencioso-administrativo número 2/451/2012, interpuesto por la mercantil "AUTOPISTA DEL HENARES, SOCIEDAD ANÓNIMA, CONCESIONARIA DEL ESTADO, SOCIEDAD UNIPERSONAL" (HENARSA), en concurso voluntario, representada por la procuradora de los Tribunales doña Gloria Messa Teichman y defendida por el letrado don Óscar Salazar Gutiérrez, contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-2 de Madrid a Guadalajara presentada en el registro general del Ministerio de Fomento el 28 de octubre de 2011.

2º) Imponer las costas a la parte recurrente, con el límite expresado en el último de los fundamentos de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



www.civil-mercantil.com

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando 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.