

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 242/2020

Fecha de sentencia: 19/02/2020

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 626/2017

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 28/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Procedencia: MINISTERIO DE FOMENTO

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver
Sánchez

Transcrito por: MMC

Nota:

Resumen

Contratos. Concesión administrativa autopista del Atlántico. Modificación unilateral.

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 626/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver
Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 242/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

En Madrid, a 19 de febrero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo nº 626/2017 interpuesto por Autopistas del Atlántico Concesionaria Española, S.A.U. (AUDASA), representada por la Procuradora de los Tribunales doña Alicia Casado Deleito y defendido por el Letrado don José María Fernández-Daza Alvear y doña Dolores Baltar García-Peñuela, contra el Real Decreto 803/2017, de 28 de julio, publicado en el Boletín Oficial del Estado con fecha 29 de julio de 2017, por el que se modifica el Convenio entre la Administración General del Estado, la Xunta de Galicia y «Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, Sociedad Anónima», aprobado por Real Decreto 633/2006, de 19 de mayo.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado y la Xunta de Galicia, representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y defendida por Letrada de sus servicios jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso contra el Real Decreto 803/2017, de 28 de julio, publicado en el Boletín Oficial del Estado con fecha 29 de julio de 2017, por el que se modifica el Convenio entre la Administración General del Estado, la Xunta de Galicia y «Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, Sociedad Anónima», aprobado por Real Decreto 633/2006, de 19 de mayo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda.

En el escrito de demanda se solicita que se dicte sentencia por la que:

«a) Que se declare la nulidad del Real Decreto 803/2017, por las razones que se exponen en el cuerpo del escrito y, por lo tanto, se deje sin efecto por razón de los vicios denunciados.

b) Que, en consecuencia, se restablezca la vigencia del Convenio 2006.

c) Que se restablezca la situación jurídica individualizada de nuestra representada y ordene que se compense a Audasa por los efectos desfavorables que se han seguido para la Sociedad Concesionaria de la aplicación del Real Decreto 803/2017, desde su entrada en vigor hasta que se produzca el restablecimiento de vuestra representada. Esto es, que se ordene a la Administración que abone a la Sociedad Concesionaria la diferencia entre lo que hubiera percibido con arreglo al Convenio 2006 y lo que le ha sido satisfecho con arreglo al Real Decreto 803/2017 y se le siga abonando mientras éste permanezca en vigor, con los intereses que legalmente correspondan desde que se devengó el derecho al cobro conforme al Convenio 2006 hasta que se produzca su efectivo pago.

Con todo lo demás que proceda en Derecho y con imposición de las costas a la Administración demandada si se opusiera.»

TERCERO.- Conferido traslado de la demanda a la Administración General del Estado, se presentó escrito de contestación en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se dicte sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demandante con expresa imposición de costas a la misma.

Del mismo modo, la Xunta de Galicia presentó escrito de contestación en el que suplica «dicte sentencia por la que desestime el recurso de adverso deducido. Subsidiariamente a lo anterior, para el caso de estimación, sea la misma parcial, en los términos indicados en el fundamento de derecho segundo de este escrito».

CUARTO.- Por Auto de 8 de noviembre de 2018 se acordó el recibimiento del pleito a prueba, con el resultado que obra en autos concediéndose a las partes plazo, por el orden establecido en la Ley jurisdiccional, para formular conclusiones. Trámite que evacuaron mediante la presentación de los correspondientes escritos, quedando por diligencia de ordenación de 27 de septiembre de 2019 conclusas las actuaciones.

QUINTO.- Mediante providencia de 22 de octubre de 2019 se señaló para la votación y fallo el día 28 de enero de 2020 y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Segundo Menéndez Pérez, dejándose sin efecto dicho señalamiento por providencia de 30 de noviembre de 2019 por adscripción del citado Magistrado a la Sección Quinta por Acuerdo del Excmo. Sr. Presidente de la Sala de 21 de noviembre de 2019.

Con fecha 4 de diciembre de 2019 se señaló para la votación y fallo el 28 de enero de 2020 y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En este recurso contencioso administrativo se impugna el Real Decreto 803/2017, de 28 de julio, publicado en el Boletín Oficial del

Estado con fecha 29 de julio de 2017, por el que se modifica el Convenio entre la Administración General del Estado, la Xunta de Galicia y «Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, Sociedad Anónima», aprobado por Real Decreto 633/2006, de 19 de mayo.

La parte recurrente ejercita una pretensión de plena jurisdicción pues junto a la petición de nulidad solicita que se restablezca la vigencia del Convenio de 2006 (RD 633/2006) y, además, «que se restablezca la situación jurídica individualizada de nuestra representada y ordene que se compense a Audasa por los efectos desfavorables que se han seguido para la Sociedad Concesionaria de la aplicación del Real Decreto 803/2017, desde su entrada en vigor hasta que se produzca el restablecimiento de nuestra representada. Esto es, que se ordene a la Administración que abone a la Sociedad Concesionaria la diferencia entre lo que hubiera percibido con arreglo al Convenio 2006 y lo que le ha sido satisfecho con arreglo al Real Decreto 803/2017 y se le siga abonando mientras éste permanezca en vigor, con los intereses que legalmente correspondan desde que se devengó el derecho al cobro conforme al Convenio 2006 hasta que se produzca su efectivo pago.»

Esta pretensión se apoya en una doble línea argumental ya que, por un lado, se acude a un argumento de carácter formal o procedimental, y de otro, se alegan vicios sustantivos.

SEGUNDO.- El vicio de carácter formal consiste en la omisión de un trámite esencial en el proceso de elaboración del RD al no haberse concedido a la sociedad concesionaria audiencia ante el Consejo de Estado dentro del trámite preceptivo de informe del órgano consultivo que impone el artículo 21.11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. Ese trámite omitido sería el previsto en el artículo 18.1 de la citada Ley Orgánica y 125.1 del Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, cuando se establece que «Pueden ser oídos ante el Consejo los directamente interesados en los asuntos sometidos a consulta. La audiencia se acordará por el Presidente, a petición de aquéllos o de oficio. La audiencia se concederá, en todo caso, cuando en la consulta esté directamente interesada, y así lo manifieste, una Comunidad Autónoma.»

Aduce la parte que solicitó ese trámite en escrito de 4 de marzo de 2016 (documento 8 del expediente administrativo) y que nunca la fue concedido como se desprende de la propia lectura del informe del Consejo de Estado.

Considera que es un trámite trascendente y que la citada irregularidad le ha ocasionado indefensión irreparable.

Este motivo de nulidad no puede ser admitido. Hay que partir de que no se trata de un trámite imperativo a la vista de la dicción “podrá” que emplea la norma orgánica y que pone de relieve que la admisión es facultativa. No estamos ante un trámite de audiencia como el previsto en el artículo 82.1 de la Ley 39/2015, que impone la actuación de oficio de la administración, y que conecta con el artículo 105 de la Constitución Española.

En todo caso, el carácter trascendente de la irregularidad que se dice concurrente y la indefensión irreparable que se alega no pueden entenderse concurrentes. No es que se niegue todo valor a las alegaciones que hubiese realizado la parte, sino que lo esencial es que la propia parte no hace expresa indicación en su demanda de las razones y el porqué del carácter real e irreparable de la indefensión que da por acaecida. En la exposición de este motivo de nulidad nada se concreta sobre ello y tampoco se puede extraer nada relevante de lo que se expone en los antecedentes de hecho de la demanda sobre este tema (folios 27, 29 y 34 de ese escrito). Por último, tampoco cabe apreciar que se hayan tenido en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado y la documentación e informes que existían en el expediente administrativo y que ya conocía.

TERCERO.- Los vicios de carácter sustantivo que se alegan en la demanda son los siguientes: a) vulneración del principio de inalterabilidad de los contratos; b) falta de concurrencia de los presupuestos habilitantes para el ejercicio del ius variandi; c) inexistencia de desequilibrio económico financiero de la concesión por integrarse los incrementos de tráfico y los consiguientes ingresos en el principio de riesgo y ventura; d) manifiesta carencia de fundamento de la modificación de la concesión por inexistencia de causa para ello; e) revocación de actos sin seguir el procedimiento legalmente establecido de revisión de oficio.

CUARTO.- Antes de proceder a su análisis consideramos necesario dejar sentadas las siguientes premisas:

1ª) Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, SA (en adelante, AUDASA), es titular de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista del Atlántico (AP-9), adjudicada por Decreto 1955/1973, de 17 de agosto.

Por resolución del Ministerio de Fomento, de fecha 21 de mayo de 1999, el tramo Vigo-Teis-Puxeiros de la autopista del Atlántico es, desde su puesta en servicio, de utilización libre de peaje para los vehículos que realizan movimientos internos en el mismo.

La citada concesión ha sido objeto de diferentes modificaciones, entre las que cabe destacar las llevadas a cabo mediante la aprobación de los reales decretos 399/1985, de 6 de marzo; 1683/1986, de 1 de agosto y 173/2000, de 4 de febrero. En ellos se acordaba, fundamentalmente, que determinados tramos quedasen libres de peaje para los usuarios cuyos recorridos sean totalmente internos al mismo. El primero de los reales decretos reseñados vino a regular la construcción y explotación del tramo de la autopista AP-9, Santiago norte-Santiago sur, estableciendo que el mismo sea libre de peaje para los usuarios cuyos recorridos sean totalmente internos al mismo. El segundo real decreto aludido, ordenó la construcción y explotación del tramo Pontevedra norte-Pontevedra sur, de la misma autopista, estableciendo igualmente la gratuidad del peaje para los usuarios cuyos recorridos sean totalmente internos al mismo. Por su parte, el tercer real decreto citado, vino a aprobar un convenio entre la Administración General del Estado y la sociedad concesionaria para la construcción del tramo de autopista de acceso norte a Ferrol por Fene, Neda y Narón, donde se contemplaba que todos los recorridos que fueran internos al tramo Fene-Ferrol, serían libres de peaje.

2ª) En lo que a este proceso se refiere, la modificación afecta a los itinerarios Vigo-O Morrazo, de A Coruña con A Barcala, e inversos, en los que la contraprestación de la concesionaria consiste en percibir de los usuarios de la infraestructura el correspondiente peaje.

Tal peaje se realizaba por el sistema de “peaje al sol”, caracterizado por el abono directo del peaje por el usuario al utilizar la autopista, existiendo

determinadas ayudas públicas a los usuarios residentes en algunos subtramos.

En el año 2006 se alcanzó un acuerdo entre la administración general del estado y la concesionaria y se pasó al sistema de “peaje en la sombra”, de manera que el derecho al cobro generado por la utilización de la autopista por los usuarios era satisfecho por la administración, siendo asumida la obligación por el Estado y la comunidad autónoma de Galicia por partes iguales. Tal acuerdo se plasmó en el Real Decreto 633/2006, de 19 de mayo, cuya exposición de motivos resalta que «Los itinerarios Vigo-O Morrazo e inverso, con una naturaleza también marcadamente metropolitana y de fuerte impacto social, no disponen de una alternativa equiparable al recorrido por la autopista AP-9, tal como se desprende de una simple visión morfológica de la Ría de Vigo. En el caso de la conexión de A Coruña con A Barcala, si bien existen vías alternativas con longitudes de recorrido similares, la capacidad de éstas hace de las mismas una posibilidad teórica sin aplicación práctica. Un objetivo fundamental de la Administración General del Estado lo constituye la mejora de la ordenación del territorio, mediante una utilización adecuada de las infraestructuras existentes como elementos vertebradores del mismo. Con el fin de solucionar los problemas de tráfico de los itinerarios Vigo-O Morrazo, A Barcala-A Coruña, e inversos, antes reseñados, la Administración General del Estado ha acordado con la Xunta de Galicia y con la sociedad concesionaria de la autopista del Atlántico la supresión del cobro del peaje a todos los vehículos que realicen los recorridos Vigo-O Morrazo y A Barcala-A Coruña, e inversos, financiándose la medida por ambas administraciones públicas por partes iguales.»

Lo relevante es que los ingresos de la concesionaria seguían dependiendo de los tránsitos de la autopista, si bien el pagador ya no era el usuario sino las administraciones citadas. De este modo se mantenía el sistema retributivo por peaje de la concesión pues dependía de las tarifas de uso, como la aleatoriedad del contrato pues el riesgo de la contratista seguía residenciado en el mayor o menor uso de la autopista de manera de los incrementos de tráfico supondrían mayores ingresos y las disminuciones minoraciones.

Así, en el manifiesto 15º del convenio que incorporaba el Real Decreto se decía «Decimoquinto.-Que es de interés, tanto de la Administración General del Estado, como de la Xunta de Galicia, solucionar definitivamente los problemas de tráfico reseñados, que las medidas hasta ahora adoptadas han venido solamente a paliar, por lo que, con la conformidad de la sociedad concesionaria de la autopista se ha acordado proponer la supresión del pago del peaje por los usuarios para la totalidad de los vehículos que efectúen

los movimientos Vigo-O Morrazo y A Coruña-A Barcala, así como sus inversos, sin que ello suponga menoscabo económico alguno para la precitada sociedad concesionaria.»

Finalmente, el clausulado del convenio que aprueba el Real Decreto 633/2006 establece que:

«Primera. A partir del primer día hábil siguiente a la entrada en vigor del real decreto que apruebe el presente convenio, AUDASA dejará de realizar el cobro a los usuarios del peaje correspondiente a los recorridos Vigo-O Morrazo y A Coruña-A Barcala, e inversos, de la autopista AP-9, que resultarán, por tanto, a partir de este momento, de utilización gratuita para los mismos, hasta el 18 de agosto de 2048, fecha final del plazo de la concesión, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 173/2000, de 4 de febrero.»;

”Quinta. La retribución a AUDASA por la supresión del cobro del peaje a los usuarios en los recorridos por la autopista AP-9 que figuran en la cláusula primera, será asumida por la Administración General del Estado y por la Xunta de Galicia por partes iguales, mediante la realización de los correspondientes pagos anuales hasta el 18 de agosto de 2048, final del plazo de la concesión de la autopista AP-9.

Las cuantías anuales de los referidos pagos se determinarán a partir de los datos de tránsitos obtenidos mediante conteo y clasificación de vehículos, a los que se aplicará el importe del peaje, vigente en cada momento, correspondiente al grupo tarifario a que cada uno pertenezca (impuesto sobre el valor añadido incluido) y a la utilización de la autopista en los recorridos para los que se suprime el pago directo por los usuarios.

Sobre la cantidad obtenida se aplicará un descuento global del 10 por 100 por menores costes al eliminar el cobro de peaje en los recorridos afectados por la supresión.

Del importe resultante, el 50 por 100 deberá ser abonado a la sociedad concesionaria por la Administración General del Estado, y el 50 por 100 restante por la Xunta de Galicia.

Dichas cantidades se incrementarán con los intereses indemnizatorios devengados desde el día 1 de julio del año considerado, punto medio del año, hasta la fecha de pago, calculados al tipo del interés legal del dinero. En años naturales incompletos, los importes de los intereses que la Administración General del Estado y la Xunta de Galicia deban abonar a AUDASA se calcularán en función de los días transcurridos del año en que aquélla haya suprimido el cobro del peaje directamente a los usuarios en los tramos señalados en la cláusula primera, calculándose los intereses correspondientes desde la mitad del período considerado hasta la fecha de pago, por aplicación del tipo de interés legal del dinero. Dentro de cada ejercicio económico, la Administración General del Estado y la Xunta de Galicia incluirán con cargo a sus respectivos presupuestos generales las cuantías de los pagos que deberán satisfacer a AUDASA en el ejercicio siguiente, teniendo en cuenta para ello las previsiones de tráfico que resulten de la evaluación de los tránsitos en los años anteriores y las de actualización de los peajes.»

3ª) según su exposición de motivos el Real Decreto 803/2017, que es el aquí impugnado, trata de solucionar el hecho de que durante el periodo

transcurrido desde la entrada en vigor del real decreto 633/2006 «se ha puesto de manifiesto una diferente evolución de los ingresos por el peaje de los tramos en los que se implantó la supresión del cobro respecto a los del resto de la autopista, por lo que los importes abonados por la Administración General del Estado y la Xunta de Galicia en concepto de compensación difieren sustancialmente de los que hubiera percibido la sociedad concesionaria de no haberse adoptado la citada medida. Esta situación se considera perjudicial para las administraciones implicadas, y viene suponiendo un cierto enriquecimiento injusto para la sociedad concesionaria, por lo que se estima necesario modificar el procedimiento de compensación contemplado en el convenio aprobado por Real Decreto 633/2006, de 19 de mayo.". Además, se dice que "Dado el carácter estatal de la AP-9 y las competencias que sobre ellas ostenta el Estado, y el interés general de esta medida se justifica que la Administración General haya considerado conveniente dar la conformidad a la solicitud presentada por la Comunidad y asumir por sí sola el coste de la financiación de las gratuidades de los recorridos O Morrazo-Vigo y A Coruña-A Barcala, e inversos, en su totalidad.»

Por ello se modifica la cláusula quinta del convenio que regula la retribución a AUDASA por la supresión del cobro de peaje, y que quedará con el siguiente contenido:

«La retribución a Audasa por la supresión del cobro del peaje a los usuarios en los recorridos por la autopista AP-9 que figuran en la cláusula primera, será asumida en su totalidad por la Administración General del Estado mediante la realización de los correspondientes pagos hasta el 18 de agosto de 2048, final del plazo de la concesión de la autopista AP-9.

Las cuantías anuales de los referidos pagos se determinarán en base a los ingresos de peaje obtenidos por Audasa en esos mismos recorridos en el año 2005 (ejercicio anterior a la entrada en vigor del presente real decreto) y a la variación de los ingresos de peaje del resto de los recorridos de la autopista en el año de que se trate respecto a los obtenidos en 2005.

Así, para obtener el importe del abono anual a Audasa se aplicará a los ingresos (sin IVA) obtenidos en 2005 en dichos recorridos, reducidos en un 10 por 100 por los menores costes que la medida supone al eliminar el cobro del peaje en los recorridos afectados, el coeficiente de la variación de los ingresos del resto de la autopista.

El importe calculado como indica el párrafo anterior, no podrá ser mayor al determinado a partir de los datos de tránsitos obtenidos mediante conteo y clasificación de vehículos, a los que se aplicará el importe del peaje (sin I.V.A.), vigente en cada momento, correspondiente al grupo tarifario a que cada uno pertenezca, en los recorridos A Coruña-A Barcala y Vigo-O Morrazo, e inversos.

La cuantía de la compensación a abonar a Audasa, será la menor de las dos cantidades anteriores, a la que se aplicará el Impuesto sobre el Valor Añadido, vigente en cada ejercicio económico.»

Como consecuencia de la modificación impuesta por la administración (1) el pago de la contraprestación al concesionario se realizará por la administración del estado exclusivamente y, (2) su cuantía ya no dependerá exclusivamente de los tráficos de los tramos A Coruña-A Barcala y Vigo-O Morrazo, e inversos, sino que se determinará con la aplicación de una fórmula que (a) parte de los ingresos de peaje obtenidos por la concesionaria en esos recorridos en el año 2005 -ejercicio anterior a la entrada en vigor del convenio de 2006-, (b) la que se reducirá en un 10% por los menores costes derivados de eliminar el cobro de peaje en los recorridos afectados por la supresión -reducción ya prevista en el convenio de 2006- (c) a la que se aplicará la variación de los ingresos de peaje del resto de los recorridos de la autopista en el año de que se trate respecto a los obtenidos en 2005, y (d) que en ningún caso podrá ser mayor a la determinada a partir de los datos de tránsitos obtenidos mediante conteo y clasificación de vehículos, a los que se aplicará el importe del peaje (sin I.V.A.), vigente en cada momento, correspondiente al grupo tarifario a que cada uno pertenezca, en los recorridos A Coruña-A Barcala y Vigo-O Morrazo, e inversos.

Por tanto, la contraprestación ya no depende exclusivamente de los tráficos de los dos recorridos, tal y como se fijó en el otorgamiento de la concesión y en la modificación del año 2006, sino que se vincula al resultado de otros tramos de la autopista y, además, precisamente por la aplicación del coeficiente de la variación de los ingresos del resto de la autopista, la contraprestación del contratista podrá ser menor de la determinada a partir de los tránsitos. En definitiva, se abandona el sistema retributivo por peaje de la concesión vinculado exclusivamente a las tarifas de uso.

4ª) la administración fundó esta última modificación en que la diferente evolución de los ingresos por el peaje de los tramos A Coruña-A Barcala y Vigo-O Morrazo, e inversos, con respecto a otros tramos del resto de la autopista en los que también fue implantada la supresión del cobro, determinado ello que los importes abonados en concepto de compensación por las administraciones afectadas -la del Estado y de la Comunidad Autónoma de Galicia- difieren sustancialmente de los que hubiera percibido la sociedad concesionaria de no haberse adoptado la citada medida, ello por

apreciar en sus informes una inducción -aumento- de tráficos derivada de la supresión del peaje.

Se afirma que esta situación se considera perjudicial para las administraciones implicadas y viene suponiendo un cierto enriquecimiento injusto para la sociedad concesionaria, por lo que se estima necesario modificar el procedimiento de compensación contemplado en el convenio aprobado por Real Decreto 633/2006, de 19 de mayo.

5ª) la parte recurrente afirma que no puede modificarse la contraprestación económica de la concesión de manera unilateral y afectando a uno de los elementos esenciales de la concesión.

Además, cuestiona la premisa mantenida por la administración afirmando que el incremento de tráficos del recorrido Vigo-O Morrazo, e inversos, no derivó de la causa aducida por la administración -supresión de peaje- pues los incrementos de ello derivados son insignificantes, sino que tiene su origen en otros factores, citando a tal efecto la construcción de la CG-4-1 (vía rápida), la construcción de la glorieta de Cangas y la mejora de la N-554.

Sobre tal base concluye que los incrementos de tráfico derivado de esas causas son ajenos a la supresión del peaje que fue acordada en 2006, incardinándose en el principio de riesgo y ventura, y que, por tanto, no pueden afectar a la cuantía de la contraprestación pues de no haberse suprimido el peaje a abonar por los usuarios de la vía éstos tendrían que abonarlos realmente.

De esta manera niega que concurren los presupuestos habilitantes empleados por la administración para incidir en la inalterabilidad de la concesión y que, en esencia, se refieren a la protección del interés público por la alteración de la base del negocio en razón a aparecer situaciones de desequilibrio concesional.

6ª) finalmente, alega la parte recurrente que el sistema de contraprestación implantado con la modificación realizada por el real decreto 803/2017 arrojó en el año 2017 (de 30 de julio a 31 de diciembre) una pérdida de ingresos de 2.047.248 euros, que extrapolada al resto el año 2017

determina una pérdida de 4.916.436 euros, y que durante el periodo restante de la concesión alcanzaría la cifra de 482.082.401 euros.

Cuestiona el nuevo sistema por tomar como dato a valorar la evolución o resultados de otros tramos de peajes de la autovía diferentes a aquellos a los que afecta la modificación pues es evidente que no todos los tramos tienen porque tener la misma evolución de tráfico.

QUINTO.- La concesionaria recurrente cuestiona abiertamente la decisión unilateral de la administración afirmando que la posibilidad de modificar unilateral de la concesión no puede llevar a la alteración de uno de sus elementos esenciales de la concesión -la contraprestación del concesionario-.

No puede haber duda alguna sobre existencia del privilegio de modificación unilateral de las concesiones ya que es reconocido por una reiterada doctrina de esta Sala Tercera. Así, cabe acudir a la sentencia de 12 de diciembre de 2019 (ROJ: STS 3974/2019) dictada en el recurso de casación 1558/201.

« La STS de 1 de febrero de 2000 (RC 645/1997) nos enseña que "La doctrina científica ha defendido, entre los privilegios de la Administración contratante, la potestad de modificar el contrato -"ius variandi"-, cuando así lo exija el interés público, cuyas exigencias, al servicio de la comunidad, no pueden quedar constreñidas por las cláusulas del contrato. De esta forma, un error inicial de la Administración contratante posteriormente detectado, o un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, o la adopción de medidas generales que, aunque no varíen directamente el objeto del contrato, inciden sobre él, permiten la posterior modificación del contrato para adaptarlo a las nuevas exigencias.

En el mismo sentido se expresa el Consejo de Estado. El Alto Órgano Consultivo en sus dictámenes, algunos de ellos citados por el codemandado, pone de relieve que en la opción entre el mantenimiento del contrato y su resolución debe atenderse al interés público en juego, dando preferencia a la pervivencia de la relación contractual por las consecuencias perniciosas -costes de nueva contratación, retraso en la prestación del servicio, etc.- que la resolución conlleva.

La jurisprudencia de esta Sala en sentencias reiteradas (SS. de 13 de noviembre de 1.978, 2 de julio de 1.979, 9 de abril de 1.985, 13 de julio de 1.992, 29 de junio de 1.995, 12 de julio de 1.995) ha reconocido el "ius variandi". Se dice en ellas que "constituye un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas", que "el interés general es el que debe prevalecer en todo caso", que "la prevalencia del fin sobre el objeto ... es la que justifica la

habilitación a la Administración con una potestad de promover adaptaciones del objeto pactado para así conseguir tal fin.».

Además del artículo 24 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, el artículo 219 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, regulan la potestad de modificación de la Administración contratante estableciendo que los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211, disponiendo que en estos casos, “las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas”.

Cosa diferente es que concurran los presupuestos habilitantes para el ejercicio del ius variandi, cuestión que analizaremos en los siguientes fundamentos.

SEXTO.- El primer motivo de nulidad invocado por la concesionaria es que la modificación unilateral de la concesión ha incidido, indebidamente, sobre uno de los elementos esenciales del contrato concesional, sobre la contraprestación, que no es otra que el peaje por sistema de tarifa.

A este respecto debe decirse que según el artículo 40 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, «El peaje es la contraprestación en dinero a percibir por el concesionario de los usuarios de la autopista en pago de su utilización. La cuantía del peaje vendrá determinada, con carácter general, por la aplicación de las tarifas al recorrido efectivo realizado por el usuario».

No puede discutirse que la modificación impuesta a través del RD 803/2017 incide sobre la contraprestación del concesionario y que esta es un elemento esencial de la concesión.

En el acto de otorgamiento de la concesión, artículo 14 del Decreto 1955/1973, de 17 de agosto, esa retribución se articula a través del cobro de las tarifas que los usuarios han de satisfacer por el uso de la autopista, que se fija por tramos.

El mismo sistema retributivo se mantiene en la reforma realizada por el RD de 633/2006 puesto que las tarifas derivadas del uso son las que pasa a abonar la administración al implantar el sistema de peaje en la sombra. Lo que abona la administración con este sistema es el importe de la tarifa derivada del uso, aunque con una rebaja porcentual (10%) por 10% por los menores costes derivados de eliminar el cobro de peaje en los recorridos afectados por la supresión.

Sin embargo, con la modificación impuesta por el RD de 803/2017 la retribución ya no depende exclusivamente de las tarifas por uso, ello porque a la fórmula del año 2006 se la añade una variante que determina que la retribución o contraprestación se calcule con elementos extraños, como es el coeficiente derivado de la variación de los ingresos de peaje del resto de los recorridos de la autopista en el año de que se trate respecto a los obtenidos en 2005.

Por tanto, la contraprestación ya no depende exclusivamente de los tráficos de los recorridos objeto de la modificación, tal y como se fijó en el otorgamiento de la concesión y en la modificación del año 2006, sino que se vincula al resultado de otros tramos de la autopista y, además, precisamente por la aplicación del coeficiente de la variación de los ingresos del resto de la autopista, la contraprestación del contratista podrá ser menor de la determinadas a partir de los tránsitos.

Esto sentado, debemos analizar si la modificación unilateral de la concesión puede afectar a ese elemento esencial, para lo que deberemos indagar en el régimen jurídico aplicable a la concesión.

SÉPTIMO.- La concesión de servicio público a que afecta la decisión impugnada tiene un régimen jurídico que viene definido por el Real Decreto 1955/1973, de 17 de agosto, de adjudicación de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista del Atlántico (AP-9), cuyo artículo 22 dispone que «la concesión se regirá por el propio real decreto y, en lo no previsto, por la ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, el 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, y la Orden del Ministerio de Obras

Públicas de 11 de mayo de 1973, que aprobó las bases del concurso para la adjudicación, y, con carácter general, por la legislación de contratos del estado».

La cláusula 3ª de la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 11 de mayo de 1973 (BOE de 12 de mayo), dispone que la concesión se regirá por Ley 8/1972 y Decreto 215/1973.

El artículo 2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo establece que *“las concesiones a que se refiere el artículo anterior se regirán por lo dispuesto en esta Ley y, supletoriamente, por la legislación de contratos del Estado”*.

La cláusula 1ª del Decreto 215/1973, de 25 de enero, dispone que «Las concesiones administrativas de construcción, conservación y explotación de autopistas se regirán peculiarmente por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y sus normas de desarrollo y complementarias, por las prescripciones del correspondiente pliego de cláusulas particulares y, en lo que no resulte válidamente modificado por éste, por el presente pliego. Con carácter supletorio será de aplicación la legislación de Contratos del Estado.».

Por la referencia a la legislación de contratos del estado deberemos atender: a) a Ley de Contratos del Estado de 1965, aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril, vigente a la fecha de la adjudicación; y, b) al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, vigente al momento de la modificación acordada.

Por ello, cualquier modificación de la concesión debe ser analizada a la luz de este conjunto normativo. Veamos:

1º) Ninguna regulación específica figura en el Real Decreto de adjudicación y, por ello habrá que atender a las previsiones que, a tal efecto, pueda contener la norma particular de la concesión, que no es otra que la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 11 de mayo de 1973, que solo contiene una cláusula general 16ª, que regula las potestades de la administración con referencia a las previstas en la Ley 8/1972, al pliego de cláusulas generales y las que en él pliego de condiciones particulares se establecen, sin que incluya regulación concreta sobre tal particular.

2º) El artículo 24 de la ley 8/1972, de 10 de mayo, contiene esta previsión general:

«Uno. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Obras Públicas, podrá modificar, por razón de interés público, las características de los servicios contratados y las tarifas que han

de ser abonadas por los usuarios, con informe previo del de Hacienda si las modificaciones afectan al régimen económico-financiero de la concesión.

Dos. En este último supuesto, la Administración deberá compensar al concesionario de forma que se mantenga su equilibrio económico-financiero: si las modificaciones expresadas carecen de trascendencia económica, no podrá aquél deducir reclamación alguna al respecto.

Tres. ... ».

3º) La cláusula 47, párrafo segundo, del Decreto 215/1973, de 25 de enero, nos dice que «Sin perjuicio de lo anterior, el plan económico-financiero podrá ser modificado en los supuestos y con los efectos previstos en el artículo 24 de la Ley 8/1972.»

4º) El artículo 16 de Ley de Contratos del Estado de 1965, aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril, vigente a la fecha de la adjudicación, establece una previsión general según la que «la Administración tiene la facultad de interpretar los contratos en que intervenga y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Igualmente podrá modificar por razón de interés público los contratos celebrados, dentro de los límites y con arreglo a los requisitos señalados en la presente Ley.»

Por su parte, el artículo 74, referido al contrato de gestión de servicios públicos, establece que «La Administración podrá modificar, por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél.

En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración receto al desarrollo del servicio no tengan trascendencia económica el empresario no podrá deducir reclamaciones por razón de los referidos acuerdos.

La modificación del contrato deberá ser acordada por el mismo órgano que hubiera autorizado su celebración».

5º) El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, vigente al momento de la modificación acordada, regula las prerrogativas y derechos de la Administración y su artículo 249.1 dispone que «Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y con los efectos señalados en esta Ley, el órgano de contratación o, en su caso, el órgano que se determine en la legislación específica, ostentará las siguientes prerrogativas y derechos en relación con los contratos de concesión de obras públicas: b) Modificar los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I.»

Esta remisión al título V del libro I, que regula la “Modificación de los contratos”, nos lleva a la previsión general del artículo 105:

«1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b)».

Cabe, así, diferenciar dos tipos de modificaciones, según estén o no previstas en la documentación que rige la licitación -artículo 106 y 107, respectivamente-. En función del objeto de este proceso debemos atender a la regulación de las no previstas, siendo el artículo 107 el que nos dice que:

«1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: (las enumera).

2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación. ...”.

Este Texto refundido reconoce como derecho del concesionario ex artículo 245, el de “a) ... percibir la retribución económica prevista en el contrato durante el tiempo de la concesión”, disponiendo el artículo 255 que:

“1. El concesionario tendrá derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de la obra en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo establecido en este artículo.

2. Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de las obras públicas serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. Las tarifas tendrán el carácter de máximas y los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente.

3. Las tarifas serán objeto de revisión de acuerdo con el procedimiento que determine el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo previsto en el Capítulo II del Título III de esta Ley.»

Finalmente, el Texto Refundido regula las causas de resolución de la concesión, y el artículo 269 dispone que «son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes: g) El rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular.»

OCTAVO.- La finalidad de la potestad de modificación resulta clara pues la Administración, como gestora de los intereses públicos vinculados a la ejecución del contrato administrativo, no puede venir obligada por el pacto celebrado si ello va en perjuicio precisamente del interés público que se pretendía satisfacer con la ejecución del contrato en los términos pactados. Por tanto, de inicio, puede afirmarse que el “ius variandi” permite a la Administración modificar el proyecto en lo necesario, bien porque haya sido mal elaborado, por dificultades técnicas imprevistas o por resultar más conveniente lo modificado o reformado. Además, el privilegio viene justificado por razón del fin que constitucionalmente tiene encomendado la administración, la satisfacción del interés general, por el artículo 103 de la Constitución Española.

Ahora bien, el régimen jurídico de la concesión permite hacer alguna precisión pues el ejercicio de esa facultad o potestad, que comporta un elemento de discrecionalidad, además de estar sujeto a un determinado procedimiento, está delimitado por factores sujetos a control, cuales son, que su ejercicio se justifique por razones de interés público, y que la modificación no conlleve o produzca la alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, debiendo limitarse a introducir las variaciones

estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

Es evidente, además, que la modificación deberá (1) responder a necesidades nuevas o causas imprevistas pues lo contrario vulneraría el principio esencial de riesgo y ventura regulado en el artículo 242 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y (2) buscar el restablecimiento del régimen económico financiero de la concesión, regulado como derecho básico del concesionario -ex artículo 245,b) de esa misma norma-y como potestad de la administración -ex artículo 249.1,c)-, finalidad que viene impuesta por el artículo 24.dos de la Ley 8/1972

Pues bien, con base en estas previsiones normativas, consideramos que esta regulación impide la variación del régimen de retribución del contratista cuando se alteren las bases para la determinación de ese régimen retributivo sin incidir en la cuantía de las tarifas y por tanto, se haga depender la retribución compensatoria de elementos extraños al sistema inicialmente determinado, que era el tarifario, y ello con independencia de quien abone las tarifas por el uso del servicio, es decir, se establezca el pago directo por los usuarios o el pago a la sombra por la administración. En todo caso, no se cuestiona en este recurso ese cambio de peaje al sol a peaje a la sombra.

En este punto conviene resaltar que en el desarrollo de la prueba pericial practicada se declaró por el Presidente de la Comisión de Obras Públicas que existía también la posibilidad de actuar sobre las tarifas de la concesión pero que la administración optó por la reforma acordada, y que el propuso como sistema de actuación el de rescatar esos tramos de la concesión para que los tráficos de la ciudad de Vigo no dependiesen del puente de conexión -puente de Rande- ya que no existía otra alternativa razonable. Siendo evidente que tales soluciones se ajustaban claramente a las previsiones legales.

NOVENO.- Lo dicho determinara la estimación del recurso y de las pretensiones ejercitadas, de manera que procede acordar:

- a) la nulidad de del Real Decreto 803/2017.

b) la aplicación a la concesión del sistema de contraprestación aprobado por el RD 633/2006.

c) que se restablezca la situación jurídica individualizada de la recurrente, reconociendo a la Sociedad Concesionaria (i) el derecho a que se le indemnicen los perjuicios causados por la implantación del sistema de retribución del RD 803/2017 y que se concretan en la diferencia entre lo que hubiera percibido con arreglo al sistema de retribución fijado por el RD de 633/2006 y lo que le ha sido satisfecho con arreglo al RD 803/2017; (ii) el derecho a que se le abonen los intereses que legalmente correspondan desde que se devengó el derecho al cobro conforme al RD 633/2006 y hasta que se produzca su efectivo pago.

d) condenar a la Administración General del Estado, como otorgante de la concesión y parte que aprobó la modificación anulada, a que abone a la concesionaria la indemnización e intereses resultantes, sin perjuicio del derecho que pueda asistirle frente a la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia como consecuencia de los efectos que puedan derivarse de los compromisos acordados en el año 2006.

DÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA, tras la reforma por Ley 37/2011, atendida la fecha de interposición del recurso, por la estimación del recurso se hace imposición de costas a la parte demandada, cuyo importe, por todos los conceptos, no puede superar la cantidad de cuatro mil (4.000) euros.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- ESTIMAR el recurso contencioso administrativo núm. 626/2017, interpuesto por la representación procesal de Autopistas del Atlántico Concesionaria Española, S.A.U. (AUDASA) contra el Real Decreto 803/2017,

de 28 de julio, publicado en el Boletín Oficial del Estado con fecha 29 de julio de 2017, por el que se modifica el Convenio entre la Administración General del Estado, la Xunta de Galicia y «Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, Sociedad Anónima», aprobado por Real Decreto 633/2006, de 19 de mayo.

2.- DECLARAR el derecho de la Sociedad Concesionaria (i) a que se le indemnicen los perjuicios causados por la implantación del sistema de retribución del RD 803/2017 y que se concretan en la diferencia entre lo que hubiera percibido con arreglo al sistema de retribución fijado por el RD de 633/2006 y lo que le ha sido satisfecho con arreglo al RD 803/2017; (ii) a que se le abonen los intereses que legalmente correspondan desde que se devengó el derecho al cobro conforme al RD 633/2006 y hasta que se produzca su efectivo pago.

3.- CONDENAR a la Administración General del Estado a que abone a la concesionaria la indemnización e intereses resultantes, sin perjuicio del derecho que pueda asistirle frente a la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia como consecuencia de los efectos que puedan derivarse de los compromisos acordados en el año 2006.

4.- IMPONER las costas, en los términos previstos en el último fundamento, a la parte demandada.

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

Así se acuerda y firma.



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. ANTONIO JESÚS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico