



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00228/2021

Modelo: N10250
C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Teléfono: 986805108 **Fax:** 986803962
Correo electrónico: seccion1.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: MA

N.I.G. 36038 47 1 2018 0000644

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000677 /2020

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000344 /2018

Recurrente: AUTOPISTAS DEL ATLANTICO CONCESIONARIA ESPAÑOLA SA

Procurador: MARIA DEL AMOR ANGULO GASCON

Abogado: DAVID BARA FERNANDEZ

Recurrido: XXX

Procurador: AURORA ALONSO MENDEZ, MARIA MERCEDES PEREIRO DOMINGUEZ, MIGUEL ANGEL PALACIOS PALACIOS, PEDRO ANTONIO LOPEZ LOPEZ, MARINA MARTINEZ PILLADO, MARINA MARTINEZ PILLADO

Abogado: ANTONIO CALIXTO HEREDERO GONZALEZ-POSADA, SUSANA ALFONSO FREIJEIRO, JESUS EIRIZ LOVELLE, DAVID JOSE LARIÑO CALVIÑO, CARLOS ALONSO PIÑEIRO, CARLOS ALONSO PIÑEIRO

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA,
COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS**

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.228/21

En PONTEVEDRA, a diecinueve de abril de dos mil veintiuno.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000344/2018, procedentes del XDO. DO

MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000677/2020, en los que aparece como parte **apelante, AUTOPISTAS DEL ATLANTICO CONCESIONARIA ESPAÑOLA SA**, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA DEL AMOR ANGULO GASCON, asistido por el Abogado D. DAVID BARA FERNANDEZ, y como **partes apeladas, XXX**, representados por los Procuradores de los tribunales, Sr./a. MARIA MERCEDES PEREIRO DOMINGUEZ, MIGUEL ANGEL PALACIOS PALACIOS , AURORA ALONSO MENDEZ , PEDRO ANTONIO LOPEZ LOPEZ , MARINA MARTINEZ PILLADO , MARINA MARTINEZ PILLADO, asistidos por los Abogados D. SUSANA ALFONSO FREIJEIRO, JESUS EIRIZ LOVELLE , ANTONIO CALIXTO HEREDERO GONZALEZ-POSADA , DAVID JOSE LARIÑO CALVIÑO , CARLOS ALONSO PIÑEIRO , CARLOS ALONSO PIÑEIRO, respectivamente, y **XXXX, ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**, no personados en esta instancia, y como **apelados impugnantes EL MINISTERIO FISCAL y ASOCIACION EN COLECTIVO**, representado por el Procurador de los tribunales AURORA ALONSO MENDEZ y asistido por el Abogado ANTONIO CALIXTO HEREDERO GONZALEZ-POSADA, siendo el **Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Mercantil núm. 1 de Pontevedra, con fecha 21 de febrero de 2.020, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Se ESTIMA PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, a la que se han adherido las asociaciones Adicae y En Colectivo, así como los particulares nombrados en el encabezamiento, contra Autopistas del Atlántico Concesionaria Española, S.A. (Audasa), y se ACUERDA:

A) La CONDENA de Audasa a cesar en la práctica abusiva consistente en cobrar los peajes de manera íntegra a los usuarios de la autopista en los casos en que en la misma se produzcan incidencias que se puedan calificar con el color negro (circulación interrumpida con carretera cortada), o con el color rojo (circulación difícil, muy lenta con paradas frecuentes y prolongadas) o amarillo (circulación irregular,



lenta con paradas esporádicas), siempre que a dichos usuarios no se les haya facilitado información sobre el estado de la vía (que comprenda el punto kilométrico en que se sitúa la incidencia, la demora estimada derivada de la misma, o incluso una breve referencia a su causa), con la antelación suficiente como para que pudiesen optar, en condiciones de seguridad, por no incorporarse a la autopista o por abandonarla antes de llegar al tramo afectado.

B) La declaración de NULIDAD de esas prácticas abusivas consistentes en cobrar peajes íntegros en el tramo de la autopista AP-9, cuando se produjeron las 81 incidencias enumeradas en el Fundamento Jurídico Quinto.

C) La CONDENADA de Audasa a restituir el importe cobrado en concepto de peaje, junto con el interés legal devengado desde la fecha de cada pago, a los usuarios que hayan circulado por el tramo de la autopista AP-9 afectado por alguna de las 81 incidencias enumeradas en el Fundamento Jurídico Quinto, en las fechas y dentro de las franjas horarias en que las mismas tuvieron lugar.

D) La CONDENADA de Audasa a asumir el coste de la publicación del Fallo de esta Sentencia, junto con la lista de las 81 incidencias enumeradas en el Fundamento Jurídico Quinto, en el diario Marca. La publicación se realizará tanto en su versión impresa, donde deberá ocupar una página entera, como en su página web, donde deberá ser mantenida durante al menos 24 horas.

E) La CONDENADA de Audasa a restituir a los usuarios nombrados en el encabezamiento, el importe de los peajes que hayan abonado para circular por el tramo afectado de la AP-9, en las fechas y dentro de las franjas horarias en que tuvieron lugar las 81 incidencias señaladas en esta Sentencia, junto con los intereses legales devengados desde la fecha de cada pago. Estos usuarios determinarán los peajes abonados que cumplan esos requisitos para ser devueltos, cuando insten la ejecución de la Sentencia, salvo que Audasa hubiese optado por restituírseles voluntariamente.

F) Conforme al art. 519 de la LEC, los usuarios que hayan sido afectados por alguna de las 81 incidencias referidas en esta Sentencia, podrán instar que se les reconozca como beneficiarios de la condena, y para ello deberán aportar los siguientes datos: a) acreditación de su condición de consumidores mediante los documentos que estimen oportunos (informe de vida laboral, publicación en boletín oficial de nombramiento como funcionarios, resolución o comunicación que

acredite la condición de pensionista...); b) acreditación de que circularon por tramos de la AP-9, afectados por las 81 incidencias enumeradas en esta Sentencia, durante las fechas y franjas horarias señaladas en cada una de esas incidencias (recibo del peaje, extracto del telepeaje); y c) acreditación de las cantidades concretas abonadas por peajes en esos tramos afectados por las 81 incidencias (recibo del peaje, extracto del telepeaje).

Se DESESTIMAN las restantes pretensiones ejercitadas en la demanda.

Sin expreso pronunciamiento sobre las costas.”

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1 La demanda que origina el presente proceso es interpuesta por el Ministerio Fiscal que, en defensa de los consumidores y usuarios, ejercita acción colectiva de cesación, a la que acumula acciones de nulidad de prácticas, restitución de cantidades e indemnización de daños y perjuicios, tal y como prevé el art. 53 TRLGDCU. Acciones que se ejercitan contra AUTOPISTAS DEL ATLÁNTICO CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A., (en adelante AUDASA) quien ostenta la titularidad de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la Autopista del Atlántico (AP-9). Considera la parte demandante que esta autopista constituye una infraestructura fundamental en las comunicaciones viales de Galicia, al enlazar numerosas poblaciones importantes y que, en el caso concreto del tramo del puente de Rande, constituye la única calzada por la que el tráfico rodado puede atravesar la Ría de Vigo, por lo que se erige en un itinerario imprescindible para los numerosos usuarios que circulan entre Pontevedra y Vigo, o entre la zona del Morrazo y Vigo, entre otras localidades.

2 El fundamento de las pretensiones ejercitadas se encuentra en que entre el 27 de febrero de 2015 y junio de



2018 se ejecutaron en el tramo del puente de Rande una serie de obras, fundamentalmente dirigidas a la ampliación del puente. Siendo lo relevante que existía una causa conocida para la entidad concesionaria, y de larga duración, que necesariamente implicaba una afectación de los niveles de fluidez y las condiciones de seguridad de la vía. Y, a pesar de ello, no sólo se ha mantenido el cobro íntegro del peaje en todo momento, pese a las afectaciones del tráfico, sino que se incrementó a partir del día uno de enero de 2018, tras una inauguración de las obras que se realizó el 30 de diciembre de 2017 aun cuando se continuaron realizando trabajos similares en la calzada con posterioridad a esa fecha.

3 Tras la argumentación jurídica y fáctica que considera oportuna, viene a concluir el Ministerio Fiscal que la práctica consistente en la exigencia de la totalidad del importe del peaje, es decir, del pago del mismo peaje que cuando la autopista funciona de modo normal, pese a tener completa constancia de que no se puede prestar el servicio en tales condiciones (y sin que sea por causa de casos fortuitos, fuerza mayor, razones de seguridad o de urgente reparación, sino por causa de una actividad planificada de obras de larga ejecución), constituye una práctica abusiva.

4 A ello se añade que, durante la ejecución de las obras, se informaba a los usuarios, mediante señalización viaria, de la mera existencia de tales obras, pero no del grado de afectación que implicaban a la fluidez del tráfico, con el tiempo de retraso acumulado en cada momento, de modo que los usuarios carecían de información suficiente para poder sopesar la conveniencia de utilizar la ruta de la N-550, asumiendo la mayor duración, peores condiciones y menor seguridad de tal vía.

5 A las pretensiones del Ministerio Fiscal se han adherido otras personas, físicas y jurídicas, que se han personado en el proceso, habiéndose también admitido la intervención voluntaria de la Administración General del Estado (Ministerio de Transportes), representada y defendida por el Abogado del Estado.

6 Opuesta a la demanda AUDASA, tras el rechazo de la declinatoria de jurisdicción planteada previamente, y tras los actos procesales correspondientes, se dicta sentencia que estima parcialmente las pretensiones de la parte demandante.

7 La sentencia de instancia, al final de su fundamento jurídico cuarto viene a concluir que: *En resumen, no podemos*

estimar que la conducta de Audasa, consistente en cobrar íntegramente el peaje a los usuarios del tramo del Puente de Rande, durante el periodo en que se realizaron obras en esa zona (entre febrero de 2015 y mayo-junio de 2018) constituyese, en general, una práctica abusiva en el sentido y con las consecuencias recogidas en los distintos artículos de la LDCU. Cuestión distinta es la de si, atendiendo a las pequeñas perturbaciones que las obras causaban de ordinario a los usuarios, podría haber sido conveniente que la concesionaria redujese voluntariamente, y como detalle hacia sus clientes, el importe del peaje en cierta medida, tal como le permitían el art. 267.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, el art. 255.2 del Texto Refundido de la anterior Ley de Contratos del Sector Público de 2011, o la cláusula 43 del pliego aprobado por Decreto 215/1973, normas a que ya nos hemos referido con anterioridad.

8 Pero, a continuación, en el fundamento jurídico quinto, viene a sostener que lo señalado en el Fundamento anterior se refiere a la situación general durante el periodo temporal que duraron las obras, pero no a aquellos momentos puntuales en que resultan acreditadas afectaciones mucho más intensas para los usuarios de la autopista. Como ya hemos señalado más arriba, lo habitual en la AP-9 durante los años que duraron las obras, según resulta de las pruebas practicadas, era que las repercusiones sobre el tráfico rodado fuesen mínimas, de tal modo que solamente solían implicar demoras de nunca más de dos minutos, respecto al tiempo que normalmente se emplea para desplazarse entre los diversos tramos de carretera que enlazaban con el del Puente de Rande. Precisamente por eso, tienen especial relevancia aquellas incidencias que implicaron algo más que las demoras mínimas mencionadas.

9 A partir de ese momento entra a analizar hasta 81 incidencias que tienen especial relevancia porque implicaron algo más que unas demoras mínimas, según los criterios que explica la propia sentencia en función de la prueba practicada, de forma que la práctica de AUDASA consistente en cobrar el peaje íntegro a los usuarios de la AP-9, constituyó una práctica abusiva que ha de ser declarada nula. Ello en cuanto la demandada ha incumplido sus obligaciones en la prestación correcta del servicio a que venía obligada con el usuario que paga el peaje, provocando un desequilibrio de prestaciones y falta de reciprocidad, que merece la calificación de práctica abusiva.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITZA

10 Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por AUDASA, al que se oponen el resto de partes personadas. Por su parte, el Ministerio Fiscal y la asociación EN COLECTIVO, además de oponerse al recurso de apelación interpuesto por AUDASA, impugnan la sentencia en lo que no ha resultado favorable a sus pretensiones.

Recurso de apelación de AUDASA.

SEGUNDO.- *Declinatoria de jurisdicción.*

11 Con carácter previo al examen del fondo del asunto, vuelve a plantear AUDASA la falta de jurisdicción del juzgado de instancia, al considerar que, en su caso, la competencia reside en la jurisdicción contencioso-administrativa. Funda tal excepción en la naturaleza jurídica de la actividad de la demandada como titular de una concesión administrativa, el régimen jurídico de tal contrato con el Ministerio de Transporte, y la afectación que para los elementos esenciales de la concesión administrativa tiene la acción ejercitada con carácter principal y las acciones a ella acumuladas.

12 Sostiene la parte apelante que, bajo el presupuesto de la existencia de una práctica abusiva en la demanda, se pretendió mediante la acción de cesación que los Juzgados y Tribunales civiles conozcan de materias relativas a la construcción y a la explotación de carreteras y del régimen regulador de un contrato administrativo, incluso sobre extremos normativos del mismo, materias todas ellas cuya regulación compete al legislador, su desarrollo y ejecución a la Administración del Estado y su revisión a la jurisdicción contencioso-administrativa. Que, aunque la demandada es una sociedad mercantil privada, y desarrolla su actividad frente al usuario en dicho ámbito, sin embargo, está sujeta -también los usuarios-- al régimen concesional administrativo y precisamente por ello quien aprueba las tarifas y los peajes es la Administración, que es quien, con arreglo al régimen jurídico de la concesión, ha de permitir descuentos o bonificaciones en los peajes.

13 La excepción de declinatoria de jurisdicción no puede prosperar. Ha sido reiterada la jurisprudencia del TS que ha declarado la existencia de relación contractual entre el concesionario de una autopista y el usuario de la misma, que además impone al primero una obligación de diligencia

extremada para garantizar las condiciones de seguridad adecuadas a las características de las vías de aquella naturaleza, concebidas para la circulación rápida de vehículos (SSTS 30 de julio de 2008, RC n.º 616/2002, 19 de diciembre de 1995, RC n.º 2085/1992, 5 de mayo de 1998, RC n.º 916/1994, 6 de mayo de 2004, RC n.º 1971/1998, 27 de enero de 2006, RC n.º 2244/1999, 15 de abril de 2009, RC n.º 1191/2004, citadas todas ellas en la STS núm. 473/2010, de 15 de julio), considerando tal relación jurídica como un contrato atípico "a través del cual, y mediante el pago de un peaje a cargo del usuario, la empresa concesionaria viene obligada a garantizar a éste una circulación fluida, rápida y sin riesgo de ningún tipo pues se espera que el concesionario lo haya eliminado" (STS núm. 413/1998, de 5 de mayo).

14 Partiendo de esta consideración sobre el marco contractual, no cabe duda que contra la concesionaria de autopistas que actúa como una empresa privada que contrata prestando un servicio a cambio de una remuneración a consumidores y usuarios, puede incurrir en este marco en actuaciones que pueden ser cuestionadas mediante el ejercicio de acciones en defensa de consumidores y usuarios respecto de los contratos concertados con estos, como es el ejercicio de una acción colectiva de cesación para hacer frente a lo que se considera una práctica abusiva puesta en marcha por una sociedad mercantil que se dedica a una actividad comercial, a la que se anudan la necesaria acción nulidad y las accesorias de restitución de cantidades e indemnización de daños y perjuicios, solamente puede ser conocida por los órganos de la jurisdicción civil. Ello es admisible sin perjuicio de la toma en consideración de elementos propios del ordenamiento administrativo que tengan relevancia para valorar los presupuestos o requisitos de las acciones ejercitadas, especialmente en lo que se refiere a la modulación de esta relación jurídico-privada por el contrato de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la Autopista del Atlántico (AP-9), carretera que pertenece a la Red de Carreteras de Interés General del Estado.

15 El art. 80.1 TRLGDCU establece que también quedan sometidas a sus requisitos las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores y usuarios que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, existiendo cierto consenso en que resulta de aplicación cuando los servicios se prestan en régimen de derecho privado, como sería el caso, a través del



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

sistema de gestión indirecta de servicios públicos de interés general mediante la explotación a través de un contrato de concesión de obra por una sociedad sometida al derecho privado en sus relaciones con terceros.

16 En consecuencia, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 86 ter.2.d) de la LOPJ, según el cual atribuye la competencia a los Juzgados Mercantiles para conocer de las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios. Siendo esta la acción principal ejercitada, a la que se acumulan las expresamente previstas en el art. 53 TRLGDCU, de nulidad de prácticas, restitución de cantidades e indemnización de daños y perjuicios, de las que conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal.

17 Afirmada así la competencia para el conocimiento de las acciones ejercitadas, debe también matizarse que el ámbito de aplicación del TRLGDCU queda limitado a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios a efectos de controlar y excluir prácticas abusivas. Relaciones que se enmarcan, como se ha indicado, en ese contrato atípico en el ámbito del derecho privado a través del cual la empresa concesionaria viene obligada a garantizar al usuario una circulación fluida, rápida y sin riesgos de ningún tipo, a cambio de un precio público, fijado por la Administración concedente. Pero, sin perjuicio del examen de cuestiones relativas al ámbito contencioso-administrativo a los efectos prejudiciales a que se refiere el art. 42 LEC, en el supuesto enjuiciado resalta notablemente también otra relación jurídica ajena al derecho privado y a la jurisdicción civil que es el contrato de concesión de obra sobre el que se fundamenta la explotación de la autopista por el concesionario como una de las formas de gestión de los servicios públicos.

18 El contrato de concesión de obras públicas es un contrato administrativo típico que presenta las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio. El contrato de concesión de obra se define en este sentido en el art. 14 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y el enjuiciamiento de las cuestiones que se susciten en relación al mismo compete a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2 b) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la

Jurisdicción Contencioso-administrativa). En concreto, todo lo relativo al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de tales contratos.

19 La influencia de esta relación jurídica administrativa del contrato de concesión sobre elementos que se pretenden objeto de la acción de cesación que se ejercita con carácter principal, debe ser valorada convenientemente.

TERCERO.- *Nulidad de la sentencia por admitir la alteración del objeto litigioso.*

20 Sostiene la parte apelante que el Ministerio Fiscal ejercita la acción colectiva en relación a constantes retenciones y afectaciones al tráfico originadas por las obras llevadas a cabo en un determinado tramo de la autopista AP-9, durante en concreto periodo de tiempo. Pero a pesar de ello, el Ministerio Fiscal, de forma extemporánea en la audiencia previa, solicitó la realización de una serie de aclaraciones/complemento en cuanto al objeto de la controversia, presentándolo posteriormente por escrito, en las que no sólo se aclaró algún extremo de la demanda sino que también, con una evidente extralimitación de la posibilidad de aclarar o ampliar algún punto de los hechos controvertidos, los alteró sustancialmente intentado abarcar su acción no solo a los hechos denunciados a causa de las obras, sino por cualquier incidencia, ya fuera o no a causa de los trabajos de ampliación de la Autopista y tuvieran o no que ver con la actuación de la concesionaria.

21 Resultando que la sentencia de instancia no altera el objeto inicial del proceso, tal y como se delimita en la demanda y en la contestación a la misma, el defecto o vicio que denuncia la parte apelante no determinaría propiamente la nulidad de la sentencia sino, en todo caso, la nulidad de actuaciones desde el momento en que se produce el acto contrario al ordenamiento, con retroacción de las actuaciones a dicho momento para evitar la indefensión de la parte perjudicada.

22 En el recurso no se interesa tal nulidad de actuaciones, que daría lugar a continuar el proceso una vez subsanando el vicio y al dictado de nueva sentencia. Pero especialmente, no se acredita haber cumplido con la exigencia establecida en el art. 459 LEC que exige, para poder alegar en el recurso de apelación la infracción de normas o garantías



procesales, concretar la cita de las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida.

23 En todo caso, debe hacerse hincapié que en el acto de la audiencia previa puede y debe fijarse el objeto del proceso con precisión, cuando sea necesario (art. 414 LEC), pero lo que no es admisible es su modificación o alteración. Así, el art. 426 LEC prevé la posibilidad de alegaciones complementarias, pero sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos, o rectificar extremos secundarios, pero con el mismo límite. Estas aclaraciones y sus límites, que en cuanto tales no exigen consentimiento de la contraparte ni en realidad más decisión judicial que permitir su formulación, para el caso de que se consideren tales y no sean expresamente rechazadas por el juez de instancia, nada impide que en sede de apelación pueda el tribunal valorar nuevamente si tales alegaciones se ajustan o no a sus concretos límites, es decir, que no pueden alterar las pretensiones en la forma en que fueron planteadas en los escritos de demanda y de contestación a la misma.

24 En este contexto, la lectura de la demanda evidencia, como ya hemos señalado anteriormente que, el fundamento de las pretensiones ejercitadas se encuentra en que entre el 27 de febrero de 2015 y junio de 2018 se ejecutaron en el tramo del puente de Rande una serie de obras, fundamentalmente dirigidas a la ampliación del puente. Siendo lo relevante que existía una causa conocida para la entidad concesionaria, y de larga duración, que necesariamente implicaba una afectación de los niveles de fluidez y las condiciones de seguridad de la vía. Y, a pesar de ello, no sólo se ha mantenido el cobro íntegro del peaje en todo momento, pese a las afectaciones del tráfico, sino que se incrementó a partir del día uno de enero de 2018, tras una inauguración de las obras que se realizó el 30 de diciembre de 2017 aun cuando se continuaron realizando trabajos similares en la calzada con posterioridad a esa fecha.

25 Con claridad es la ejecución de las obras, y no cualesquiera otras circunstancias que por su genericidad y ambigüedad provocarían una evidente situación de indefensión en la contraparte, la que delimita el sustrato fáctico de la demanda, como causante de afectaciones del tráfico durante un determinado periodo de tiempo claramente acotado, a pesar de lo cual se mantuvo el mismo importe del peaje. Ampliar el objeto del proceso a otros eventos indeterminados que pudieran provocar afectaciones de la circulación, y sin mayor

concreción, supone una alteración del objeto del proceso y de la causa de pedir no amparadas por el art. 426 LEC.

26 Aún más, aunque pudiera parecer que los conceptos "alegaciones complementarias" y "peticiones complementarias" son sinónimos, la doctrina los ha diferenciado pues, a pesar de que se incluyan se incluyan en el mismo art. 426 LEC, tienen significados y finalidades distintas. De esta forma, considerando que las peticiones complementarias tienen mayor intensidad porque sí pueden ampliar el objeto del proceso aunque sea de manera secundaria o complementaria, el art. 426.3 LEC exige que si una parte pretendiere añadir alguna petición accesoria o complementaria de las formuladas en sus escritos, se admitirá tal adición sólo si la otra parte lo consiente. Se exige así un pronunciamiento expreso de la parte, no implícito.

27 Debemos señalar que el denominador común a estas expectativas procesales es la regla general de la *mutatio libelli* o prohibición de modificar o transformar la demanda, pues se halla prohibida en nuestro derecho procesal, derivada del efecto de litispendencia, cuyo fin no es otro que evitar la indefensión que generaría la introducción sorpresiva de cuestiones nuevas no planteadas en los escritos de alegaciones.

28 En conclusión, tratándose en el acto de la audiencia previa como meras alegaciones aclaratorias, en modo alguno pueden implicar una alteración del objeto del proceso en el sentido indicado.

CUARTO.- *Inexistencia de práctica abusiva.*

29 Entrando en el fondo del asunto, la apelante AUDASA sostiene que concurren tres motivos por los que no cabe considerar la existencia de práctica abusiva alguna por el cobro íntegro del peaje a los usuarios de la autopista en cualquiera de las 81 incidencias que, como tal, considera la sentencia recurrida:

- I. Porque el cobro íntegro del peaje no es una práctica sino un deber legal y contractualmente establecido no susceptible de este control de abusividad cuando es reflejo de una disposición legal o reglamentaria imperativa, citando al efecto la Directiva 93/13/CEE, art. 1 y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, art. 4;



II. Porque no se trata de una cláusula o práctica, redactada previamente por el profesional y sobre la que el consumidor no ha podido influir en su contenido, ya que la propia demandada no tiene capacidad alguna para modificar el importe a abonar por los usuarios de la autopista, o aplicar descuentos;

III. Porque el pago del peaje, en cuanto precio, es elemento esencial del contrato, y respecto de este no cabe control de contenido (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE), además de que el pago/cobro del precio es mera ejecución de un deber legal y contractualmente establecido, no existiendo falta de reciprocidad en el contrato, sin perjuicio de su posible defectuoso cumplimiento.

30 A fin de resolver las cuestiones planteadas, hemos de tener en cuenta una serie de hechos que sirven para establecer los contornos del problema suscitado:

I- El Real Decreto 1733/2011, de 18 de noviembre, aprueba el Convenio entre la Administración General del Estado y Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, Sociedad Anónima, por el que se modifican determinados términos de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la Autopista del Atlántico AP-9, para la ampliación de capacidad de diversos tramos de dicha autopista. Este Convenio tiene por finalidad acordar los términos esenciales de la construcción por parte de AUDASA de nuevos carriles en el tramo de circunvalación de Santiago de Compostela de la Autopista del Atlántico AP-9, y de nuevos carriles en el tramo enlace de Cangas-enlace de Teis de la Autopista del Atlántico (AP-9).

II- En dicho Real Decreto se deja constancia de que Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A.» (en adelante, Audasa) ostenta la titularidad de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la Autopista del Atlántico (AP-9), carretera que pertenece a la Red de Carreteras de Interés General del Estado. En el mismo se justifica la necesidad de la obra ante el incremento notable del tráfico dando lugar a pérdida de fluidez con incremento de incidencias y merma en la funcionalidad de la autopista.

III- Entre el 27 de febrero de 2015 y el mes de junio de 2018, se llevaron a cabo esas obras, en concreto en el tramo

de la autopista AP-9 comprendido entre los puntos kilométricos 145,180 y 151,080, al que se viene denominando "tramo del Puente de Rande".

IV- La ejecución de la obra en dicho lugar y durante dicho periodo de tiempo, generó múltiples y habituales episodios de retención, que cuantifica en 202 episodios de retenciones la Dirección General de Tráfico, de diferente intensidad, considerando la sentencia de instancia relevantes a los efectos pretendidos por la parte demandante, 81 incidentes.

V- La concesionaria demandada, AUDASA, no modificó durante dicho tiempo el importe del peaje. Además, lo incrementó a partir del día 1 de enero de 2018, tras una inauguración de las obras el día 30 de diciembre de 2017, aun cuando continuaron realizándose trabajos similares en la calzada con posterioridad a esa fecha.

31 La pretensión inicial de la parte demandante es que se declare práctica abusiva la no rebaja o eliminación del peaje por parte de la concesionaria a pesar de ser consciente desde el inicio de las obras que estas iban a afectar a la fluidez de la circulación, provocando retrasos, lo que considera causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que derivan del contrato, limitando los derechos de los consumidores por falta de reciprocidad en la relación contractual.

Prácticas abusivas o prácticas no consentidas expresamente.

32 La primera duda que surge, en función de los hechos sometidos a enjuiciamiento, es si los mismos pueden tener la consideración de práctica que pueda posteriormente calificarse de abusiva, o práctica no consentida expresamente a que se refiere el art. 82.1 TRLGDCU.

33 El concepto de práctica abusiva en el marco del derecho de consumo no es recogido en la Directiva 93/13/CEE, la cual se refiere exclusivamente a cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente. En nuestro derecho interno se introduce con la reforma del art. 10 LCU por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. En el apartado VI de su Exposición de Motivos se expresa la finalidad de la reforma de incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos, en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de



diversos déficit de protección, concretando que, para evitar la imposición a los consumidores de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato y en coherencia con lo previsto en la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales, que prohíbe los obstáculos no contractuales para el ejercicio de tales derechos, y en tal sentido deberá ser transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, se prohíben las cláusulas contractuales que establezcan estas limitaciones y, en particular, la imposición de plazos de duración excesiva o las limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato. Haciendo referencia, a continuación, al intento de hacer frente a prácticas obstruccionistas en contratos de tracto sucesivo o continuado. Y en el último párrafo del citado apartado justifica que: *En materia contractual, por último, se clarifica en el artículo 10 bis 1 la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios.*

34 Estas mismas orientaciones se recogen en el apartado II del Preámbulo del Texto Refundido de la LGDCU aprobado por RDLegislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

35 Previamente a la aprobación de la Ley 44/2006, su anteproyecto fue sometido al correspondiente dictamen del Consejo de Estado, que puede arrojar también alguna luz sobre los contornos de estas prácticas. En dicho dictamen emitido con fecha 9 de marzo -Número de expediente: 186/2006 (Sanidad y Consumo)-, valora las modificaciones que van más allá de la finalidad inicial de la Ley 44/2006 respecto de las modificaciones legislativas obligadas por la ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2004.

36 Así se refiere a la ampliación del concepto de cláusulas abusivas. Y sobre esta cuestión critica la inclusión que se preveía en el concepto de cláusulas abusivas "prácticas contractuales no negociadas individualmente", de forma que el anteproyecto de Ley engloba dentro del concepto de "cláusula abusiva" no solo -como hasta ahora- a las estipulaciones, sino también a las prácticas contractuales.

37 Acoge el dictamen la crítica de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación que se había opuesto a la mención de las "prácticas contractuales", que -

según se dice en su informe- "es contradictoria y poco clara", por lo que propone su supresión.

38 Sin embargo, sigue señalando el meritado dictamen: *los departamentos proponentes han preferido el mantenimiento de la referida noción de "prácticas contractuales", porque -según explican- "lo que la modificación pretende es equiparar el tratamiento de las cláusulas -estipulaciones- abusivas con las prácticas que, sin figurar en el documento contractual, tienen idéntico alcance, posibilitando con ello su prevención mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales" y "represión por medio de la sanción", para evitar que "la inactividad del consumidor acabe vinculándole".*

39 De forma que, *la finalidad confesada por los redactores del anteproyecto de Ley es sin duda estimable, por más que la consideración técnica de tales prácticas como "cláusula abusiva" no sea excesivamente afortunada por dos razones: en primer lugar, porque las prácticas contractuales no son cláusulas, sino, como mucho, usos que se observan en el seno de una relación convencional; y, en segundo término, porque las prácticas contractuales, por su propia naturaleza, no son objeto de negociación, ya que más bien son consentidas o aceptadas tácitamente por las partes en el curso de una relación previamente establecida.*

40 Finalmente aconseja, de mantenerse el concepto, que quizá sería más correcto, hablar sólo, en esta última redacción propuesta, de "prácticas no consentidas expresamente".

41 Esa equiparación tiene un difícil encaje jurídico pues se pretende tratar de igual forma elementos jurídicos diferentes. No se puede asimilar conductas a reglas de conductas, y menos pretender aplicar un mismo régimen que está previsto para cláusulas contractuales redactadas por una de las partes y no negociadas individualmente, y que difícilmente se puede aplicar a prácticas que por propia definición se producen normalmente a lo largo de la ejecución del contrato, no con carácter previo al mismo ni al momento de su celebración, resultando prácticamente imposible el control de transparencia tal y como se configura en la Directiva 93/13/CEE y la jurisprudencia que la interpreta, que parte de la redacción clara y comprensible de las cláusulas, lo que es imposible extrapolar a una práctica. Igualmente, resulta extraño el efecto de ineficacia de prácticas ya ejecutadas en el caso de declararse su abusividad, pues lo ya ejecutado no



puede devenir propiamente ineficaz, aunque si resultaría posible la remoción de sus efectos.

42 Esta incorporación de un concepto jurídico indeterminado necesitado de una adecuada configuración en el marco jurídico en que se pretende su utilización, ha llevado a que se tomen como referencia inicial las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, contempladas en la Directiva 2005/29 CE, que se describen en general como actos, omisiones, conductas o manifestaciones contrarias a los requisitos de la «diligencia profesional» con el efecto de distorsión sobre el comportamiento económico del consumidor, y que se subdividen en engañosas y agresivas.

43 Es en este marco donde encaja la sentencia citada por el Ministerio Fiscal en las conclusiones formuladas en la vista celebrada en apelación. Sentencia núm 36/2021, de 25 de enero, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Madrid, en un proceso en que se ejercitaba acción respecto de una deslealtad que consistiría: a) en la infracción de la cláusula general (art. 4 de la Ley 3/1991: comisión de un comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe y, en particular, contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores); b) en la comisión de actos de engaño (art. 5 de la Ley 3/1991: difusión de información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico).

44 El hecho esencial del asunto se centraba en que el fabricante de vehículos VOLKSWAGEN AG instaló en los vehículos con motores diésel EA 189 Euro 5 un software capaz de detectar la realización de pruebas de homologación de emisiones y activar un modo del funcionamiento del motor que falseaba los resultados del examen de partículas de óxido de nitrógeno (NOx).

45 Y la sentencia entendió al interpretar la especificidad de la buena fe en las relaciones con consumidores conforme a la reforma operada en la Ley 3/1991 por el art. 1.4 de la Ley

29/2009, de 30 de diciembre, que la conducta de la demandada infringía palmariamente el estándar o parámetro de enjuiciamiento que en ella se establece. Dice la referida sentencia que: *Está claro que insertar conscientemente instrucciones indetectables en la centralita del ordenador de un vehículo constituye una práctica deshonesta. Y desde luego que su ocultación pudo distorsionar el comportamiento económico del consumidor medio en cuanto a la decisión de elegir la oferta de VOLKSWAGEN: parece obvio que si la demandante hubiera hecho público el "trucaje" (haciendo alarde, por ejemplo, de que gracias al mismo era posible superar las exigencias de la normativa reguladora de los tests de laboratorio de emisiones; suponiendo una ventaja competitiva frente a los automóviles de otros productores, al permitir mejores prestaciones en términos de velocidad, potencia o consumo, a pesar del efecto contaminante en los ciclos de conducción real), cualquier consumidor medio se habría planteado muy seriamente la decisión de compra de tales vehículos, por el evidente riesgo de que el regulador, más adelante, pudiera adoptar normas que penalizaran o incluso prohibieran vehículos altamente contaminantes que, gracias a esa estratagema, pudieran superar los tests. Por no mencionar el modo en que tal estrategia habría influido en los consumidores con un firme compromiso medioambiental, que indudablemente en la actualidad forma parte del tipo de motivaciones que de manera generalizada mueven a cualquier consumidor medio. Es procedente por tanto declarar la deslealtad de la conducta de VOLKSWAGEN por referencia al tipo recogido en la cláusula general del artículo 4 de la LCD.*

46 A continuación, examina si existe deslealtad por información falsa o engañosa que es susceptible de alterar el comportamiento económico del destinatario de la información en el ámbito del art. 5 LCD. Sin embargo, como evidencia también la concreta aplicación de la regulación sobre competencia desleal que hemos descrito, resulta inviable la traslación del concepto de práctica desleal diseñado en la normativa sobre competencia desleal al ámbito del control de abusividad regulado en los arts. 80 y ss del Texto Refundido de la LGDCU aprobado por RDLegislativo 1/2007, de 16 de noviembre, respecto de cláusulas no negociadas individualmente que se pueden considerar abusivas, y que ahora incluyen las prácticas no consentidas expresamente.

47 La normativa sobre competencia desleal, como evidencia el ejemplo mencionado, reprime conductas incorrectas porque provocan una distorsión del mercado, afectando así al interés



público en el mantenimiento de un adecuado sistema competitivo. La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que traspone a nuestro derecho interno la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales, cuando establece la cláusula general de represión de prácticas comerciales desleales con consumidores se refiere a comportamientos de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio (...). Se trata de comportamientos, de prácticas o estrategias comerciales, desleales en el sentido indicado, relacionadas con la venta o promoción de un producto, que tengan aptitud para distorsionar de forma significativa el comportamiento del consumidor.

48 Es evidente que el supuesto de hecho sobre el que se sustenta la pretensión de la parte demandante nada tiene que ver con la protección del funcionamiento correcto del mercado frente a determinadas prácticas comerciales engañosas o agresivas. Máxime en un supuesto como el que nos ocupa en que propiamente no existe un mercado, sino que se trata la explotación de un bien de dominio público e interés general como es una autopista, señalando el art. 3 Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que: *El servicio objeto de la concesión constituye una actividad propia del Estado que el concesionario gestiona, en su nombre y temporalmente, bajo la inspección y vigilancia de la Administración concedente.*

49 Además, no existe prácticamente posibilidad alguna de elección por parte de los usuarios, tal y como ellos mismos pusieron de manifiesto en el acto de la vista celebrada en apelación desechando, por no ser una alternativa real, la utilización de otras carreteras nacionales, que les suponía mayor pérdida de tiempo. Era así un hecho notorio, conocido y valorado por los usuarios habituales como se deduce del testimonio de los testigos, tanto de la ausencia de una alternativa real como de la existencia habitual de retenciones, de mayor o menor intensidad, pero que no influirían en su decisión de seguir utilizando la AP-9 frente a otras opciones que no consideraban realmente viables por implicar, con todo, un mayor retraso.

50 Volviendo al discurso anterior, se ha sostenido que con el concepto de prácticas no consentidas se alude a un elemento que se integra en la descripción general de abusividad en el artículo 82.1 TRLGDCU. Referencia que ha de entenderse como el claro deseo del legislador de que en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula tenga un peso específico el comportamiento o la conducta desleal del empresario en el período previo al contrato o, en su caso, en el curso de su ejecución cuando pretende la efectiva aplicación de las cláusulas no negociadas.

51 Para dotar de contenido a este concepto también se han realizado referencias a usos o modos habituales de proceder como reglas contractuales, aunque no hayan sido incorporadas al contrato. Prácticas de la empresa o usos mercantiles para regular o interpretar el contrato.

52 El supuesto sometido a consideración se centra en el pago/cobro del precio, el peaje, cuya cuantía se pretende relacionar con los posibles defectos en el cumplimiento y ejecución de la contraprestación derivados de un hecho notorio como es la realización de las obras de interés general concertadas con la Administración, de ampliación de la autopista, que se consideran imprescindibles para mantener la funcionalidad de la autopista que ahora nos ocupa, ante la pérdida de fluidez del tráfico.

53 Tal supuesto no puede entenderse como práctica, para integrar el concepto analizado, pues no cabe considerar como tal cualquier acto de ejecución o cumplimiento de las estipulaciones del contrato teniendo en cuenta, además, las concretas circunstancias en que se producen. No se puede equiparar incumplimiento contractual y práctica abusiva, pues se mueven en marcos jurídicos diferenciados dados los términos de la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

54 El concepto debe orientarse hacia prácticas obstruccionistas o desleales que limitan los derechos del consumidor, provocando un desequilibrio de derechos y obligaciones. Indiciariamente el art. 86 LGDDCU cuando pretende concretar la cláusula general del art. 82 a través de una lista de supuestos que, en todo caso, tienen la consideración de cláusulas abusivas en relación con las que limitan los derechos del consumidor y usuario, se refiere a las estipulaciones que prevean:



1. *La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.*

55 Es de apreciar cómo no es el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso lo que es objeto de reproche, pues estos siempre pueden ocurrir, estableciendo el ordenamiento jurídicos formas de actuación frente a aquellos, sino la exclusión o limitación de derechos para hacer frente a tales incumplimientos que están reconocidos por normas dispositivas o imperativas.

56 A las consecuencias de las prácticas desleales en el ámbito contractual se refiere algún sector de la doctrina considerando al interpretar el art. 82.1 TRLGDCU que, cabe también su protección en el ámbito de la contratación con consumidores, y que la Ley 44/2006 ha concretado las consecuencias de las prácticas desleales desde la perspectiva de la validez y eficacia del contrato entre el empresario (desleal) y el consumidor, en particular equiparando las prácticas a las condiciones generales abusivas. En particular, la práctica abusiva sería un elemento para integrar el concepto de cláusula abusiva, *"...si bien no es posible aplicar el régimen jurídico desarrollado en el Capítulo II a las prácticas como simples comportamientos en la fase previa y coetánea a la conclusión del contrato, la previsión permite estimar abusivas las cláusulas cuya presencia en el contrato traiga causa de aquella conducta. Si se admite esta interpretación, podría pensarse que lo lógico hubiera sido mencionar el tema en el artículo 82.3 TRLGDCU, junto a los demás elementos que han de ponderarse; además, este precepto ya alude a «todas las circunstancias concurrentes».*

57 Fuera de esta función interpretativa o integradora del concepto de práctica respecto del concepto de cláusula abusiva, las prácticas que contempla el TRLCU se identifican también, como sostiene algún sector doctrinal, con la prohibición de un predisponente de aplicar usos o modos de proceder habituales como reglas contractuales. La ley prohíbe que un empresario pretenda que el consumidor quede vinculado por el mero hecho de conocer una práctica comercial o un uso del comercio.

58 Como venimos señalando, no concurren estos elementos en el supuesto examinado, en el que lo que se cuestiona son incidencias en el marco de la ejecución del contrato que deberían provocar, según la parte demandante, una reducción o

incluso una eliminación del precio para salvaguardar el equilibrio de las prestaciones contractuales.

59 Como conclusión de lo hasta aquí expuesto, el control de abusividad que se pretende por el Ministerio Fiscal, y adherentes, no resulta procedente, pues no se puede calificar la práctica denunciada como prácticas obstruccionistas o desleales dirigidas a vincular contractualmente al consumidor con la finalidad y efecto de limitar sus derechos.

El marco contractual de referencia y su influencia en el concepto de práctica no consentida expresamente.

60 Es necesario puntualizar que no se ejercita en el presente caso una acción de responsabilidad contractual o extracontractual por los daños sufridos por un determinado suceso. Lo que se pretende cuestionar mediante la acción de cesación ejercitada y otras accesorias o complementarias en defensa de los consumidores y usuarios, es el importe del precio, fijado por tarifas, por su no correspondencia con la prestación del servicio que se ha visto mermada en calidad a consecuencia de la realización de unas obras de larga duración en el tramo del puente de Rande.

61 El planteamiento de la parte demandante parte de la existencia de una multiplicidad de contratos privados entre los usuarios de la autopista y la concesionaria, que funcionan de forma individual y autónoma bajo el principio de relatividad de los contratos, vinculando cada relación jurídica a las partes contratantes con un haz de derechos y obligaciones propios de dicha relación y ajenos a cualquier otra incidencia. En efecto, hemos señalado anteriormente la existencia de una reiterada jurisprudencia del TS que ha declarado la existencia de relación contractual entre el concesionario de una autopista y el usuario de la misma, que además impone al primero una obligación de diligencia extremada para garantizar las condiciones de seguridad adecuadas a las características de las vías de aquella naturaleza, concebidas para la circulación rápida de vehículos (por todas, STS núm. 473/2010, de 15 de julio).

62 Esta jurisprudencia se centra en aspectos relativos a la responsabilidad civil contractual y extracontractual por la causación de daños atribuibles a título de culpa o negligencia en eventos relacionados con la circulación por autopistas. Así la STS núm. 751/2008, de 30 de julio trata la caída por un tragaluz de grandes dimensiones en la mediana de la autopista



cuando un conductor estaba auxiliando a otro vehículo; la STS núm 1104/1995, de 19 de diciembre, se refiere a una colisión provocada por el incendio en matorrales y arbustos en las cercanías de la autopista; la STS núm. 413/1998, de 5 de mayo sobre la responsabilidad civil existente en un accidente por la invasión de la autopista de un perro suelto; o la STS núm. 365/2004, de 6 de mayo, que trata la responsabilidad civil por el derrape de una motocicleta a causa de una mancha de aceite en la autopista, apreciando una concurrencia de culpas. En la antes citada STS STS núm. 473/2010, de 15 de julio la acción ejercitada derivaba también del incumplimiento, por culpa o negligencia, de las obligaciones contractuales que incumbían a la entidad concesionaria de la Autopista AP-1 y, por tanto, su deber de indemnizar los daños y perjuicios causados a los usuarios de la citada AP-1, acción que ejercita al amparo de los artículos 1089, 1101, 1104 y 1106 del Código Civil en relación a los artículos 27 de la Ley 8/1972 de 10 de mayo sobre construcción, conservación y explotación de Autopistas, artículo 29 de la Ley 25/1988 de 29 de julio de Carreteras y artículos 1, 25, 26 y 28 de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

63 Sin embargo, la acción que ahora se ejercita se aleja de este sencillo esquema contractual diseñado para identificar subjetivamente a los sujetos responsables de los daños que se pueden producir en la circulación por autovía que es objeto de explotación. Y nos lleva a profundizar en la relación de este contrato atípico a través del cual la empresa concesionaria viene obligada a garantizar al usuario una circulación fluida, rápida y sin riesgos de ningún tipo, a cambio de un precio público, fijado por la Administración concedente y el contrato de concesión sobre el que se fundamenta la explotación de la autopista por el concesionario como una de las formas de gestión de los servicios públicos.

64 La parte demandante hace una ecuación en que, de forma abstracta, el peaje se corresponde, en justo equilibrio económico de las prestaciones del contrato que une a concesionario y usuarios, con la prestación de un servicio consistente en garantizar una circulación fluida, rápida y sin riesgo de ningún tipo. De forma que, cuando se produce alguna incidencia en la calidad de este servicio como es la disminución de la fluidez del tráfico o de la seguridad en la circulación, está justificado cuestionar el importe del peaje y exigir su reducción o desaparición en función de la intensidad de la afectación. Calificando la no reducción del precio como una práctica abusiva.

65 Lo que sucede es que tal ecuación no se acomoda a la realidad en la formación de los elementos a tomar en consideración cuando precisamente, la ejecución de una obra en un tramo de la autopista, y los previsibles inconvenientes que en determinados momentos puede provocar en la fluidez en la circulación, sí han sido tomados en consideración previamente para la fijación del precio, que se lleva a cabo a través de un sistema de tarifas establecidas por la propia Administración, no por el concesionario.

66 De esta forma, con la pretensión que se ejercita, se viene a pretender que el Tribunal realice un control de razonabilidad y de equidad en el equilibrio prestacional, de los elementos que se toman en consideración para su fijación y determinación, no solo en abstracto, sino también para el supuesto que se denuncia como abusivo pero que, como se ha indicado, ya ha sido valorado previamente por quienes corresponde fijar el importe del precio a través del establecimiento de las tarifas. Valoración que se une a los múltiples factores y conceptos que llevan a la fijación del sistema de tarifas, y su cuantía, y que se pretenden obviar, así como la relevancia del contrato de concesión de obra pública que es antecedente de los miles de contratos atípicos que diariamente se celebran entre concesionaria y usuarios de la autopista, que sin duda se ven condicionados por el contenido de aquél, no pudiendo interpretarse de forma aislada como si esos miles de contratos son contratos se celebran entre personas privadas dentro de una plena libertad en la conformación de sus elementos obligacionales.

67 Lo anterior exige que nos detengamos en las relaciones jurídicas existentes en la explotación de la autopista y cómo afectan a la fijación del precio que abonan los usuarios por la utilización de la misma.

68 Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, SA (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.

69 La STS, Sala 3, núm. 242/2020, de 19 de febrero, establece su concreto marco jurídico al señalar que la concesión de servicio público a que nos estamos refiriendo 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 registrará 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».

70 El mencionado 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, hace referencia en sus arts. 39 y 40 a las tarifas como los precios unitarios del servicio prestado por el concesionario, así como que su aplicación para los diversos tramos de la autopista deberá ser previamente autorizada. Y define como peaje la contraprestación en dinero a percibir por el concesionario de los usuarios de la autopista en pago de su utilización. Concretando que *la cuantía del peaje vendrá determinada, con carácter general, por la aplicación de las tarifas al recorrido efectivo realizado por el usuario.*

71 La Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión en su art. 14 establece que: *El concesionario de la autopista tiene derecho a percibir de los usuarios de la vía, por la utilización de las instalaciones viarias, el peaje que corresponda por aplicación de las tarifas aprobadas. 2. Los usuarios de las autopistas vendrán obligados a abonar el importe del peaje que corresponda según la tarifa aprobada.*

72 En esta modalidad contractual para la explotación de una obra y prestación de servicios de interés general, es esencial el concreto régimen económico-financiero de la concesión, pudiendo consistir la retribución del concesionario en una o varias de las modalidades. Pueden distinguirse tres sistemas de retribución al concesionario: A. Una retribución privada que se lleva a cabo directamente mediante el precio que abone el usuario por la utilización de la obra, esto es, la tarifa o el peaje, que serán fijados por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación con el carácter de máxima, sin que nada impida que el concesionario pueda aplicar una tarifa inferior si así lo estima conveniente, según vienen señalando las sucesivas leyes relativas a los contratos del

sector público (Ley 30/2007, de 30 de octubre, su Texto Refundido aprobado por RDLegislativo 3/2011, de 14 de noviembre o la última Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. B. Una retribución pública: supuesto en el que toda la retribución del concesionario corre a cargo de la Administración teniendo en cuenta la utilización de la obra, siempre atendiendo a las condiciones establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Se habla entonces del llamado «peaje en la sombra» (*shadow toll*), esto es, del aseguramiento para el concesionario de unos ingresos mínimos a cambio de una delimitación en los mismos, o C. Una retribución mixta constituida por otras aportaciones de la Administración en determinados supuestos singulares.

73 La STS, Sala 3, núm. 242/2020, de 19 de febrero, explica el sistema que rige en el supuesto que nos ocupa, aunque se refiere a tramos no plenamente coincidentes, señalando que el peaje se realizaba por el sistema 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.

74 Si bien, en el año 2006 se alcanzó un acuerdo entre la Administración General del Estado y la concesionaria y se pasó a un sistema de peaje (para el tramo Vigo-Morrazo), 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-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-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-0 Morrazo y A Barcala-A Coruña, e inversos, financiándose la medida por ambas administraciones públicas por partes iguales.».

75 Se aprecia de esta forma los múltiples intereses económicos, incluidos los temporales, que se toman en consideración para el establecimiento del concreto peaje como forma de retribución por la explotación de la autopista, y que se lleva a cabo de forma general, en relación con la totalidad de las previsibles posteriores relaciones jurídicas individuales respecto de cada usuario. Y no en particular respecto de cada uno de ellos. Es decir, el concreto peaje que se paga cada vez que se usa la autopista no retribuye, en proporción y equilibrio perfectos, la circulación segura y fluida del tramo correspondiente. Obligación esta última que, aunque se señala como contraprestación en el contrato atípico de prestación de servicios entre usuario y concesionario, es en realidad una obligación legalmente establecida a cargo del concesionario en el art. 27 Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas.

76 Es de tener en cuenta que, en la valoración de los términos económico-financieros a considerar para la determinación final del peaje, también rige el principio de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, que se configura como un derecho de ambas partes del contrato de concesión, plasmándose expresamente en las sucesivas Leyes relativas a los contratos del sector público (actualmente art. 270 LCSP de 8 de noviembre de 2017).

77 En este marco se mueve el Real Decreto 1733/2011, de 18 de noviembre, por el que se aprueba el Convenio entre la Administración General del Estado y AUDASA, por el que se modifican determinados términos de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la Autopista del Atlántico AP-9, para la ampliación de capacidad de diversos tramos de dicha autopista, al llevarse a cabo determinadas obras que se consideran imprescindibles para mantener la funcionalidad de la autopista que ahora nos ocupa, ante la actual pérdida de fluidez del tráfico.

78 Este Real Decreto 1733/2011, de 18 de noviembre, es una concreta aplicación de la expresa previsión del art. 25 Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que contempla la posibilidad de obras futuras con el siguiente tenor:

Si en el futuro la autopista resultara insuficiente para la prestación del servicio y se considerara conveniente su ampliación, podrá acordarla la Administración estableciendo las particulares condiciones a que haya de sujetarse la realización de las obras y su repercusión en el régimen de tarifas para mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, o bien llegar a un convenio con el concesionario sobre los anteriores extremos, manteniendo inalteradas las normas que rigieron para la adjudicación en todos aquellos extremos que no hayan sido objeto de modificación.

79 Ya en el Preámbulo del Real Decreto 1733/2011, de 18 de noviembre, se hace referencia a las consecuencias económicas de la realización de la obra en la autopista -que es a riesgo y ventura del concesionario- destacando la necesidad de resarcir a la sociedad concesionaria de las inversiones a realizar y de los mayores gastos que comporten las actuaciones y obligaciones asumidas en virtud del Convenio, lo que se lleva a cabo contemplando *con carácter extraordinario un incremento moderado de tarifas que se mantendrá en vigor hasta compensar a la sociedad concesionaria la inversión correspondiente a las obras de ampliación, los gastos de conservación y demás derivados de las mismas.*

80 En el Convenio que aprueba el citado Real Decreto 1733/2011 y que figura como anexo al mismo, en su estipulación sexta se recoge el sistema de compensación de la inversión realizada y del mayor coste de la conservación de la autopista AP-9, consistente en un incremento extraordinario de tarifas en los recorridos con pago directo por los usuarios de la autopista AP-9, en todos sus tramos.

81 Es decir, la ejecución de la obra, con todo lo que la misma conlleva, en lo que debe entenderse también los incidentes que sobre la fluidez de la circulación pudieran producirse durante su ejecución, en ningún momento se contempló por la propia Administración la reducción, ni siquiera temporal, de las tarifas que sirven para determinar la cuantía de los peajes, ya que era necesaria decisión expresa al efecto, sino lo contrario, un incremento extraordinario de las mismas, aunque tal incremento fuera de aplicación una vez terminada la obra, durante un plazo determinado, veinte años. Hemos de insistir que el precio o peaje tiene un sistema de fijación mucho más global, con intereses económicos varios, en el que el tiempo de la concesión es también elemento relevante, por lo que debe concluirse que no existe una relación directa entre la



concreta prestación del servicio a cada usuario y el peaje que paga cada uno por cada concreto viaje sometido al peaje.

82 Por otro lado, sigue en vigor para los contratos de concesión suscritos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto al que alude el artículo 4 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, el art. 77 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, sobre el alcance y forma de las revisiones de tarifas y peajes en las autopistas nacionales de peaje en régimen de concesión, que será el siguiente:

a) *Las revisiones se realizarán anualmente y tendrán como fundamento la modificación de los precios calculada como la variación anual de la media de los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística en los últimos doce meses de los índices de precios al consumo (grupo general para el conjunto nacional) sobre la misma media de los doce meses anteriores (en adelante o ΔIPC_{medio}) y del tráfico de cada concesión medido por la intensidad media diaria real de la misma en los últimos doce meses (en adelante $IMDR$) y la previsión de dicha intensidad media diaria (en adelante $IMDP$) reflejada en el plan económico financiero aprobado por la Delegación del Gobierno en las Sociedades concesionarias de autopistas nacionales de peaje. Recogiendo posteriormente la fórmula matemática para fijar la revisión.*

83 De lo hasta aquí expuesto podemos concluir que la realización de la obra de ampliación, que provoca las incidencias en el tráfico de la autopista, está prevista en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, se desarrolla en el Real Decreto 1733/2011, de 18 de noviembre, y es objeto del contrato de concesión de obra. El precio o peaje viene fijado y predeterminado por la Administración también en el marco del mencionado contrato de concesión de obra conforme a criterios técnicos y económicos. Sin perder de vista su consideración como prestación patrimonial de carácter público no tributario (art. 267.1 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), dado que es retribución, total o parcial, de un servicio de interés general.

84 Elementos que vinculan y predeterminan el contenido del contrato atípico de prestación o arrendamiento de servicios entre la concesionaria y cada usuario de la autopista, de forma que se reduce considerablemente la libertad contractual de ambos sujetos. No es este el marco apropiado para el control de abusividad que se propone cuando no es que no existan en realidad condiciones generales o cláusulas

predispuestas por un empresario, sino que además éste no actúa con plena libertad para su imposición a los consumidores o usuarios al estar vinculado a un contrato de concesión de obra y una reglamentación administrativa antes expuesta. Se trata de un contrato masa, que no cuenta con condiciones generales, y desde la perspectiva del usuario, éste limita su libertad a contratar o no contratar, con el conocimiento de que en caso de asumir el contrato utilizando la autopista de peaje, tanto éste como las condiciones de uso se regulan por normas administrativas. Ejemplo también de estas limitaciones es que el concesionario, una vez terminada la obra, carece de libertad para fijar un peaje superior, en función de la mejora que la obra supone para la calidad de la fluidez y seguridad en la circulación, que le permita recuperar cuanto antes la inversión realizada, y ajustar así el equilibrio de prestaciones.

85 En este marco contractual la no reducción del importe del peaje por el concesionario, a pesar de la realización de las obras, no tiene encaje en el concepto de prácticas no consentidas expresamente a que se refiere el art. 82 TRLGDCU que, como hemos señalado en el apartado anterior, solo deben tener tal consideración aquellas prácticas obstruccionistas o desleales dirigidas a vincular contractualmente al consumidor con la finalidad y efecto de limitar sus derechos.

86 Cabe asumir la posibilidad de reducción del peaje por parte de la concesionaria, pues las tarifas tienen el carácter de máximas, admitiendo la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en su art. 267. 2 la aplicación de tarifas inferiores cuando se estime conveniente, en la misma línea que la anterior regulación del art. 255.2 del Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Si se quiere con matices cuando la cláusula 43 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, admite bonificaciones en los peajes con los que considere obtener el máximo aprovechamiento comercial en la utilización de la autopista, previa autorización de la Administración.

87 Pero aun en tales supuestos, resulta inviable tratar de convertir una facultad que el ordenamiento otorga al concesionario, en una práctica abusiva si no se ejerce. No puede equipararse tal situación con una práctica



obstruccionista dirigida a vincular al usuario limitando sus derechos en el contexto normativo anteriormente expuesto.

88 Lo expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores no lleva a otra conclusión que la estimación del recurso interpuesto por AUDASA y la consiguiente desestimación de la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal ejercitando con carácter principal una acción de cesación en defensa de consumidores y usuarios fundada en una práctica abusiva que atribuye a la concesionaria demandada. Se ejercitan otras acciones complementarias que deben obtener idéntica respuesta al sustentarse en la estimación de la acción principal.

Impugnación de la sentencia por el Ministerio Fiscal y la Asociación En Colectivo.

QUINTO.- 89 El planteamiento expuesto supone una desestimación de las impugnaciones planteadas por el Ministerio Fiscal y la Asociación En Colectivo, que se centran en los pronunciamientos de la sentencia que no les resultan favorables pero sobre la previa estimación de una práctica abusiva sancionable que ha sido rechazada, resultando inocuo para el resultado del proceso profundizar en tales aspectos que tienen su fundamento en el éxito de la acción de cesación desestimada en su totalidad.

SEXTO.- 90 La respuesta desestimatoria lo es al planteamiento de la concreta acción ejercitada con carácter principal, como no puede ser de otro modo, dados los principios de congruencia y dispositivo que rigen el proceso civil y que delimitan las facultades del Tribunal, que debe ceñirse al examen del objeto del proceso en la forma en que las partes lo delimitan.

91 Nada impide, sin perjuicio de la suerte que puedan correr, el ejercicio de otro tipo de acciones como las relativas a la responsabilidad civil en reclamación de daños y perjuicios, en cuyo marco encajaría, por ejemplo, los reventones de ruedas de su vehículo que relató un testigo en el acto de la vista de apelación provocados por elementos provenientes de la obra que se estaba realizando y que no habían sido retirados de la calzada.

92 Como hemos venido señalando, el fundamento de la desestimación de las pretensiones ejercitadas se encuentra en

la imposibilidad de valorar unos contratos de naturaleza civil entre cada usuario y la concesionaria al margen de la influencia de un contrato de concesión de obra que, en realidad, los condiciona completamente en la determinación de sus elementos esenciales como es la prestación a desarrollar por el concesionario y el peaje que cada usuario paga por la utilización de tramos de la autopista.

93 Son las partes del contrato de concesión, en el que la Administración ejerce con plenitud vigilancia y control quienes, ante la ejecución de una obra necesaria y obligada en un tramo de la autopista, toma en consideración todos los factores para su ejecución, especialmente en el ámbito económico y financiero, con los previsibles inconvenientes que en determinados momentos puede provocar en la fluidez en la circulación. No es función de este Tribunal civil examinar la bondad o el exceso de los acuerdos relativos a dicho contrato de concesión como la no reducción de tarifas o su aumento con carácter extraordinario, o la ampliación del plazo de la concesión. Cuestiones, todas ellas, que no pueden ser impugnadas por la vía de considerar prácticas abusivas en el ámbito de los arts. 80 y ss. TRLGDCU, elementos que pertenecen en esencia a ese marco del contrato administrativo que afecta también a los usuarios de la autopista.

94 En realidad, tal y como se ha configurado la acción que se ejercita con carácter principal, se viene a pretender que el Tribunal realice un control de razonabilidad y de equidad en el equilibrio prestacional, de los elementos que se toman en consideración para su fijación y determinación, no solo en abstracto, sino también para el supuesto que se denuncia como abusivo pero que, como se ha indicado, ya ha sido valorado previamente por quienes corresponde fijar el importe del precio a través del establecimiento de las tarifas. De esta forma puede decirse incluso que, aunque sea de forma indirecta, se pretende un control de contenido de elementos esenciales del contrato como es el precio y el equilibrio de prestaciones.

95 Niega el Ministerio Fiscal, y los adherentes, que se pretenda tal control, señalando que no se cuestiona ni el importe de la tarifa del peaje, si es caro o barato, proporcionado al servicio o el modo en que se calcula o actualiza. Que la práctica abusiva no se refiere a la definición o caracterización de las prestaciones de las partes.



96 Sin embargo, tras el examen realizado en los fundamentos anteriores se evidencia que lo que realmente se cuestiona es el precio, su forma de fijación y su importe, por no corresponderse con la calidad del servicio prestado, al reducirse esta a consecuencia de la realización de la obra en comparación con la prestación del servicio antes del periodo de ejecución de las obras, afectando así al equilibrio de prestaciones. Tal es así que el Ministerio Fiscal en la impugnación de la sentencia reconoce que, según su criterio, la demandada no habría incurrido en la conducta denunciada si hubiera efectuado el cobro del peaje, su importe, en función de la prestación del servicio. Es decir, se cuestiona la no reducción del precio y, por lo tanto, su importe para mantener el equilibrio de prestaciones.

97 Si fuera ese el control pretendido, no sería posible llevar a cabo el mismo a través de la acción ejercitada, si con esta se pretendiera que se proceda a un control de contenido sobre el precio, al considerar que este es desproporcionado y se provoca un desequilibrio ante la merma de la calidad del servicio prestado a consecuencia de las obras, es decir, se pretende también un control del equilibrio de las contraprestaciones.

98 En estos términos, debe recordarse que, el control de contenido de elementos esenciales del contrato no está permitido en el examen de cláusulas abusivas en contratos con los consumidores en aplicación del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE.

99 No resultando ahora necesario incidir en las iniciales dudas que surgieron acerca de la aplicación del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, según el cual *la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*, al no haber sido traspuesta a nuestro ordenamiento inicialmente por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, es lo cierto que hoy la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así SSTs de 18 de junio de 2012, de 9 de mayo de 2013 o de 10 de diciembre de 2020, entre otras) entienden que el control de contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas no se extiende a las cláusulas relativas a los elementos esenciales si son transparentes.

100 Alguno autores incluso citan como apoyo normativo el actual texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 que, en su art. 82 expresa, en coherencia con la Directiva que, el control se refiere a los derechos y obligaciones de las partes y no al equilibrio de las contraprestaciones, como se podía entender con el antiguo texto del art. 10.1.c de la LCU ("justo equilibrio de la contraprestaciones"), si bien el viejo 10.1.c.3, también decía "desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes".

101 Lo anterior significa que no existe, por esta vía, un control de precios o un control de la equivalencia objetiva de las prestaciones de las partes. La protección a los consumidores frente a condiciones generales o cláusulas predispuestas no consiste en un control del equilibrio económico de prestaciones, sino jurídico de derechos y obligaciones. La definición del objeto, en este caso la fijación del precio, y la adecuación económica entre el precio y su contraprestación, no se pueden someter al juicio de abusividad, salvo que no fueren transparentes.

102 Teniendo en cuenta que tanto la parte demandante e impugnante como la sentencia de instancia utilizan como fundamento de su pretensión y decisión la alusión a la falta de reciprocidad en el contrato que se expresa en el art. 82.4 c) TRLGDCU y se concreta en el art. 87 de dicha norma, esa falta de reciprocidad hace referencia a la equivalencia en los contratos sinalagmáticos, pero debe precisarse, a fin de interpretar correctamente el precepto con el improcedente control de contenido de los elementos esenciales del contrato como se ha razonado anteriormente, que no se trata de examinar la equivalencia o proporcionalidad entre contraprestaciones, sino de cláusulas normalmente accesorias que provocan una situación de desigualdad entre los derechos y obligaciones de las partes.

103 Tomando en consideración lo anterior, si el Tribunal entrara a valorar la conveniencia de reducir el peaje por los previsibles incidentes que se pudieran producir en la fluidez del tráfico a consecuencia de la ejecución de las mencionadas obras, cuando estas circunstancias ya han sido tenidas en consideración, junto con otros intereses, en la fijación de las tarifas que determinan la cuantía del peaje, se estaría entrando a realizar un control de contenido respecto de uno de los elementos esenciales del contrato que además viene



claramente predeterminado por la fijación del sistema de tarifas como sistema de retribución del contrato de concesión de obra en el que los usuarios, en cuanto tales, no tienen intervención alguna.

104 Respecto de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, señala la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17 (apartado 33), citada, entre otras, por la STS núm. 560/2020, de 26 de octubre, que: *Incumbe al tribunal remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo, así como a su contexto jurídico y fáctico, si la cláusula de que se trata constituye un componente esencial de la prestación del deudor* ..

SÉPTIMO.- 105 La desestimación de la demanda resultante de la estimación del recurso de apelación interpuesto por AUDASA, conllevaría la imposición de costas de primera instancia a la parte demandante, según el criterio del vencimiento objetivo. Sin embargo, siendo demandante el Ministerio Fiscal, el art. 394.4 LEC no permite la imposición de costas a dicha parte. En todo caso, un supuesto complejo como el presente genera serias dudas de derecho que justificarían igualmente la inexistencia de un pronunciamiento especial sobre imposición de costas atendiendo a las excepciones del apartado segundo del art. 394.1 LEC, teniendo en cuenta además la ausencia de precedentes jurisprudenciales conocidos.

Tampoco ha lugar a especial imposición de costas en esta alzada (arts. 394 y 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de AUTOPISTAS DEL ATLÁNTICO CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A., y debemos desestimar las impugnaciones planteadas por el MINISTERIO FISCAL y la ASOCIACION EN COLECTIVO, contra la sentencia de 21 de febrero de 2020 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de los de Pontevedra, revocando la misma y, en su lugar, desestimar

la demanda interpuesta por el MINISTERIO FISCAL contra AUTOPISTAS DEL ATLÁNTICO CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A., sin especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.