

Sobre concesiones, reclamaciones y desestimaciones

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo – Sección Séptima – ha desestimado la pretensión resolutoria del contrato de construcción y explotación de la autopista de Madrid –Toledo accionada por la concesionaria. La sentencia 1299/2016, de 2 de junio de 2016, rechaza los argumentos relativos a la modificación sustancial del contrato y a la imposibilidad de llevarlo a término.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

La concesión sobre la que versa la sentencia se adjudicó por Real Decreto 281/2004, de 13 de febrero en favor de una serie de entidades que, una vez adjudicado el contrato, constituyeron la Sociedad Concesionaria Autopista Madrid-Toledo C.E.A. S.A.

La concesión, con una vida de 36 años, tenía por objeto la construcción, conservación y explotación de una autopista de peaje, que debía entrar en servicio de forma simultánea con la autopista **Toledo-Ciudad Real-Córdoba** tal y como había sido previsto en un **Plan de Infraestructuras de Transporte 2000-2007** en el marco del cual se adjudicó la concesión.

El desenvolvimiento del contrato de concesión enfrentó diversas dificultades, entre otras – y además de las lógicas de la crisis económica - la **disminución del tráfico** derivado, entre otras razones, de la *decisión de no llevar a cabo la construcción de la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba* lo que perjudicó a la sociedad concesionaria hasta tal punto que solicitó a la Administración Pública el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

La concesionaria solicitó el restablecimiento del equilibrio económico afectado por las circunstancias descritas y, ante la inexistencia de una respuesta, interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo. El proceso concluyó con la **Sentencia de Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011** que estimó parcialmente el recurso y anuló la desestimación por silencio de la referida solicitud **reconociendo el derecho de la sociedad concesionaria al restablecimiento del equilibrio económico financiero de su concesión** como consecuencia de no haberse construido la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba.

Por virtud del Real decreto 698/2015, de 17 de julio,¹ se **modificaron determinados términos de la concesión administrativa** para restablecer el equilibrio económico y financiero (previendo el **abono anual al concesionario de una compensación económica** que representara el ingreso dejado de percibir el año anterior por la no construcción de la autopista programada y con una duración que extiende hasta el fin del periodo concesional).

¹ Real Decreto 698/2015, de 17 de julio, por el que se modifican determinados términos de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Madrid-Toledo y la autovía libre de peaje A-40 de Castilla-La Mancha, tramo: Circunvalación norte de Toledo, para restablecer el equilibrio económico y financiero de dicha concesión como consecuencia de no haberse construido la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba

Sin embargo la concesionaria *cuestiona los criterios tomados en consideración para el cálculo de la cantidad a serle abonada* – circunstancia que no procede ventilar en el proceso que dio lugar a la sentencia que ahora se analiza² -. No solo considera que **el cálculo realizado para la fijación del abono anual es incorrecto** – y que el tráfico tomado en consideración es superior al que afirma la Administración Pública – **e insuficiente**, sino que afirma además que **ninguna otra medida de reequilibrio económico financiero sería posible** (ampliar el plazo de la concesión no serviría porque la sociedad concesionaria está situación de concurso y un eventual incremento de los peajes tampoco redundaría en una mayor obtención de ingresos pues produciría una reducción del tráfico).

Por tal motivo unido al resto de las razones, la sociedad concesionaria llegó a la determinación de que procedía solicitar de la Administración Pública – y así lo hizo con fecha 14 de marzo de 2014 - la resolución del contrato por **imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados por decisiones de la propia Administración** y por **incumplimiento por parte de la Administración de sus obligaciones contractuales esenciales**.

Ante el silencio de la Administración, la interesada interpuso **recurso contencioso administrativo frente a la desestimación presunta de su pretensión resolutoria** del contrato de concesión.

Los argumentos de la concesionaria a fin de lograr la resolución del contrato fueron, fundamentalmente, los siguientes:

- I. En primer lugar, sostuvo que el contrato de concesión se diseñó de manera que los **ingresos debían provenir exclusivamente de los usuarios** de la obra y de su área de influencia de manera que el diseño contractual actual³, derivado de la concurrencia de dos elementos, la caída del tráfico y los pagos que ha de realizar la Administración Pública, constituye un diseño que implica una **modificación contractual sustancial**.
- II. Hace referencia, además, a que la desaparición de ese elemento esencial en la concepción de la concesión (la financiación íntegra con cargo a los usuarios) y el consiguiente desequilibrio económico y financiero, son factores que conllevan la **imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados**⁴. Es decir, el equilibrio restablecido ha alumbrado un **sistema mixto de ingresos de mercado y subvenciones estatales** que altera la concepción originaria de la concesión e imposibilita su ejecución en los términos en los que se pactó el contrato.
- III. Añade que la decisión de la Administración de no llevar a cabo el corredor Madrid-Toledo-Ciudad Real-Córdoba se proyecta sobre el contrato y determina que **la explotación de servicios devenga imposible** (con cita en la causa de resolución prevista en el artículo 167.d) TRLCAP de 2000).

² Señala el Tribunal Supremo en su Sentencia 1299/2016 que la eventual disconformidad de la concesionaria con el método de cálculo de las cantidades a abonarle en concepto de reequilibrio económico financiero del contrato, debe solventarse impugnando en su caso el Real Decreto por las vías oportunas, sin que proceda entrar a valorar la idoneidad o no de su contenido en un procedimiento que versa sobre una pretensión de resolución contractual.

³ Modificado por la inclusión de unos pagos a realizar anualmente por la Administración Pública para garantizar el equilibrio económico de la concesión.

⁴ La abogacía del Estado sostuvo la inadmisión de la pretensión relativa a la resolución del contrato por imposibilidad pues entendía que la concesionaria había prefabricado la causa solicitando previamente restablecimiento del equilibrio económico la concesión.

Frente a estos argumentos, considera la Sentencia que la causa relativa a la **alteración sustancial de los elementos del contrato de concesión al no realizarse la autovía Toledo-Ciudad Real-Córdoba** ya existía cuando recurrente solicitó el restablecimiento del desequilibrio producido por dicha situación, por lo que si entonces el recurrente optó por no solicitar la resolución de la concesión y si el reequilibrio económico, no parece que la petición de resolución, cuando se le ha concedido al final el reequilibrio, sea consecuente con sus actos anteriores.

En relación con esta alteración de los elementos del contrato, señalaba la recurrente con el fin de lograr judicialmente la **resolución** que a raíz del reconocimiento de un derecho de la concesionaria a recibir abonos anuales hasta el final de la duración de la concesión, se ha producido una **modificación sustancial del contrato en los términos en los que fue licitado** que puede afectar a la libre concurrencia y a la competencia en el mercado.

Frente a estos argumentos sostiene el Tribunal Supremo que **los términos en que se celebró el contrato primitivo permanecen inalterados en su esencia**, pues las transformaciones operadas lo son porque se había producido un desequilibrio de los derechos y obligaciones existentes, desequilibrio que fue restaurado a través de las **medidas de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión**.

También alegaba la recurrente, como antes se puso de relieve, que la decisión de no llevar a cabo el corredor Madrid-Toledo-Ciudad Real-Córdoba se proyectaba sobre la concesión hasta el límite de **hacer imposible la explotación de los servicios**, argumentación que la Sala rebate afirmando que **no existe una imposibilidad de continuación de servicio como lo prueban los propios actos de la recurrente al solicitar el reequilibrio económico producido** – todo ello sin perjuicio de que pueda estar disconforme con la solución dada al reequilibrio económico financiero garantizado por la Administración (FJ7).

Por todo lo anterior, **la Sentencia 1299/2016 del Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso administrativo y declara la expresa imposición de las costas procesales – hasta el límite de 8.000 euros –**.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.