

CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

(Comentario a la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de mayo de 2011) ¹

JULIO GALÁN CÁCERES

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa y
profesor del CEF*

Extracto:

EL Tribunal Supremo ha reconocido el derecho de la concesionaria de una autopista a que se restablezca el equilibrio económico y financiero de su concesión (formada por varias empresas), en función del impacto negativo producido por no haberse construido uno de los tramos a que se había comprometido el Estado. En este sentido, se asegura que la falta de funcionalidad de la autopista construida para comunicar Madrid y Andalucía ha de traducirse en una merma en el tráfico que por ella discurre y, en consecuencia, en los ingresos de la misma, apreciándose que cabe dar por producidas tales disminuciones y reconocer el derecho de la recurrente a que se restablezca el equilibrio económico y financiero de su concesión en función del impacto producido por esta circunstancia.

Palabras clave: concesión de obra pública, autopista de peaje, equilibrio económico financiero.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 126, julio 2011.

AWARD OF PUBLIC WORKS CONTRACT (Commentary of the Supreme Court, of 16 may 2011) ¹

JULIO GALÁN CÁCERES

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa y
profesor del CEF*

Abstract:

THE Supreme Court has recognized the right of the concessionaire of a highway to be restored economic and financial balance of grant (made by several companies), depending on the negative impact caused by not having built one of the sections that had compromised state. In this sense, says the lack of functionality of the highway built to link the motorway and Andalucía Madrid has translated into a decline in traffic that passes through it and consequently the income of the same, you would appreciate provide for such reductions produced and recognize the right of the appellant to be restored economic and financial balance of its concession to the impact produced by this circumstance.

Keywords: concession of public works, turnpike, economic and financial equilibrium.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 126, julio 2011.

El presente comentario tiene su origen en lo que podríamos denominar «consecuencias perversas de una mala planificación económica», pues se fundamenta en la construcción de una infraestructura en una época de crecimiento económico importante sin llegar a prever que la misma podría llegar a ser innecesaria y que una situación de crisis económica como la que estamos viviendo podría llegar a provocar la solicitud de algún tipo de contraprestación por parte de la Administración.

La obra pública que va a centrar nuestra atención es la autopista de peaje Madrid-Toledo (AP-41), que permite acortar el tiempo de viaje en automóvil a unos 30 minutos aproximadamente, constituyendo en principio una alternativa a la autovía convencional de uso gratuito, que se consideraba que estaba en una situación de sobresaturación, lo que permitía aventurar el éxito económico de la operación. Esta autopista cuenta con 71,5 kilómetros de longitud y un presupuesto de 440 millones de euros; se enmarcaba dentro del Plan de Infraestructuras 2000-2007 y contemplaba –hecho que, como veremos, se torna en trascendental– una segunda fase hasta las proximidades de Córdoba, pasando por Ciudad Real.

El accionariado de la concesionaria y, por tanto, de la empresa que llevó a cabo y sufragó las obras, lo constituían cuatro empresas españolas con un porcentaje respectivo de acciones del 25,5 por 100, 25,5 por 100, 17 por 100 y 17 por 100, y una portuguesa que ostentaba un porcentaje algo menor que rondaba el 15 por 100. A tal fin se constituyó una sociedad el día 10 de marzo de 2004, denominada «Autopista Madrid-Toledo, Concesionaria Española de Autopistas, SA», cuyo objeto social está integrado principalmente en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Madrid-Toledo por un plazo de 36 años contados a partir del día 22 de febrero de 2004, iniciándose la explotación de la autopista el 29 de diciembre de 2006 y fijándose como fecha de reversión al Estado el 21 de febrero de 2040.

Una vez expuestos los datos de la obra en cuestión, debemos adentrarnos en los problemas que derivaron en la presente sentencia que vamos a comentar. Al poco tiempo de comenzar la explotación, la empresa concesionaria comenzó a apreciar que sus previsiones de rentabilidad derivadas de la explotación de la autopista no se verían alcanzadas, produciéndose unas pérdidas considerables, que atribuían al Estado por el incumplimiento de las condiciones de adjudicación, reclamando por la concesionaria al Ministerio de Fomento con base en el denominado «reequilibrio financiero» unos 420.000.000 de euros.

Hay que precisar que la empresa tuvo que optar por la vía jurisdiccional contencioso-administrativa tras fracasar los intentos de negociación con Fomento para modificar las condiciones de la adjudicación, al considerar que en las actuales circunstancias resultaba económicamente inviable la explotación de la autopista de peaje. Concretamente, aducía que no se están cumpliendo las previsiones de ingresos por peaje recogidas en la concesión que firmó con el Estado en 2003, quedando solo en una octava parte. Y culpa a la propia Administración de esto por el abandono de la inicialmente proyectada ampliación a Ciudad Real y Córdoba, que habría permitido convertir la AP-41 en una vía alternativa a la autovía de Andalucía, con el consiguiente flujo de vehículos desde Madrid.

La concesionaria también denuncia que la Comunidad de Madrid ha construido una autovía, la M-407, que va paralela al tramo madrileño de la autopista entre Fuenlabrada y Griñón, y que le resta más tráfico. Esta autovía no estaba prevista cuando la sociedad se hizo cargo de la AP-41.

En fin, la concesionaria reconocía unas pérdidas ya cifradas en el año 2008 de 288.000.000 de euros, que atribuía a la Administración del Estado por los obstáculos que la misma estaba poniendo a su proyecto de ampliación de la misma, obra que consideraba esencial para alcanzar la rentabilidad prevista en un inicio. Esto se debe a su infrautilización, ya que el tránsito no alcanza los 20.000 vehículos diarios previstos en los estudios previos a la adjudicación. Según los datos hechos públicos por el propio Ministerio de Fomento, esta vía arrancó de manera prometedora al pasar de una intensidad media diaria de 1.741 vehículos en su primer año de funcionamiento, 2006, a 2.770 el año siguiente, un 59,1 por 100 más. Pero esta subida se frenaba en 2008 con un alza de solo 3,3 por 100, con un tráfico medio diario de 2.861 vehículos. A partir de ahí se inicia su actual caída de tráfico, con una reducción a 2.364 vehículos diarios en 2009, un 17,4 por 100 menos. Y en 2010 se constataba una caída del 24,2 por 100, con 1.843 vehículos de media diaria.

Pues bien, la articulación de las pretensiones indemnizatorias de la empresa concesionaria se inició por solicitud de 17 de marzo de 2008, completada por otra posterior de 4 de julio del mismo año, peticiones que se dirigieron al Consejo de Ministros con el fin de que se restableciera el equilibrio económico-financiero de la concesión de la autopista AP-41, basando, entre otros aspectos, su solicitud, como ya hemos tenido ocasión de reflejar, en la transformación de la carretera autonómica madrileña M-407 en autovía y, sobre todo, en la falta de construcción de la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba, fijando el montante de dicho reequilibrio en más de 240.000 euros. La respuesta que el Consejo de Ministros dio a tales solicitudes fue el silencio más absoluto, razón por la que acudió a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a fin de que revisara dicha actuación administrativa, toda vez que este alto tribunal es el competente para conocer de la actividad administrativa emanada directamente del Consejo de Ministros. La tramitación del recurso sufrió una suspensión significativa a lo largo de los meses de febrero y marzo de 2010, ya que por parte de la empresa concesionaria recurrente se solicitó la suspensión del curso de las actuaciones al manifestar que se encontraba en negociaciones con el Ministerio de Fomento a fin de llegar a un acuerdo que pusiera fin a la controversia. Sin embargo, este acuerdo extra-procesal no llegó a buen término, razón por la que continuó la tramitación del preceptivo recurso contencioso-administrativo.

La primera respuesta que efectuó la Administración recurrida en el seno del proceso fue instar de la Sala la inadmisión de la pretensión de anulación de la designación presunta de la solicitud de reequilibrio financiero, pretensión que no se sustentaba en argumento material consistente, motivo por el que no fue atendida tal solicitud, tramitándose, por tanto, el recurso en su totalidad hasta que se dicte sentencia. Como ha quedado expuesto, los motivos fundamentales aducidos por la parte recurrente se basan en dos circunstancias sobrevenidas que califica de imprevisibles en el momento en que presentó su oferta y obtuvo la concesión para la construcción y posterior explotación de la autopista. Concretamente, y con relación a la prolongación inicialmente prevista de la autopista hasta Córdoba pasando por Ciudad Real, precisa que esa infraestructura habría resultado muy competitiva, dado que habría cortado el trayecto actual de la autovía de Andalucía en más de 70 kilómetros, ya que evitaría pasar por Despeñaperros, además de servir como una alternativa rápida y eficaz para unir todo el entorno metropolitano de Toledo con la numerosa población que habita en los municipios del sur de Madrid.

Todo ello se vio frustrado al no haberse realizado la construcción de la prolongación de la autopista, viéndose así privada la concesionaria de todo el flujo circulatorio que indefectiblemente habría tenido que utilizar el actual trazado de la AP-41 para llegar con mayor rapidez y seguridad a Andalucía. No solo esta circunstancia le resulta lesiva, sino que su situación patrimonial se vio por segunda vez lesionada al haberse desdoblado por parte de la Comunidad de Madrid la autovía M-407, vía de alta capacidad con 16 kilómetros de longitud, que nace en la localidad de Leganés y termina en la de Griñón, siendo construida en dos tramos, el primero entre Leganés, en el citado enlace con la M-406, y el segundo desde Fuenlabrada hasta el enlace con la carretera M-506 y con el barrio de Loranca, siendo la fecha de entrada en funcionamiento de tal vía en mayo de 2007.

Resulta curiosa la explicación expuesta por la parte recurrente para llegar a determinar la cifra en que considera restablecido el equilibrio financiero y que, como hemos visto, llega a los 420.000 euros. Son tres los factores determinantes:

1. El periodo de aprendizaje de los usuarios.
2. Los efectos de la crisis económica desde el año 2008.
3. El ahorro en costos de conservación y explotación que produce la menor utilización de la vía.

Así, con base en un dictamen pericial emitido por un profesor de Economía de la Escuela de Ingenieros de Caminos de Madrid, se llega a determinar que el impacto del desdoblamiento de la M-407 alcanza una merma en los ingresos del 19,9 por 100. Con relación al primero de los factores expuestos, el de aprendizaje, se llega a fijar que está comprobada una menor utilización de las nuevas autopistas de peaje en sus primeros años de servicio, sobre todo debido a su desconocimiento, periodo que alcanzaría unos tres años como regla general, pero que en el presente supuesto se prolongará hasta los cinco debido a la concurrencia de las demás circunstancias que hemos citado.

También estima en 2.100 vehículos diarios menos los que circulan por el actual trazado de la autopista debido a la no construcción de la prolongación hasta Córdoba, llegando a concluir que con las actuales circunstancias, tanto de presente como de futuro, la autopista resulta totalmente inviable desde el punto de vista financiero en los 36 años de concesión.

El cauce jurídico elegido por la parte actora para poner de manifiesto estas circunstancias es la invocación del artículo 248.2 b) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, precepto que establece que la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta ley (los incendios causados por la electricidad atmosférica, los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes y los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público).

En este sentido alega que el clausulado del pliego de condiciones administrativas particulares del contrato hace que, aunque una de las circunstancias lesivas que aduce deba ser atribuida a otra Administración, como la Comunidad de Madrid, sea el Estado el que ha de responder en su totalidad en virtud de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe y sobre todo de coordinación (principio reconocido en el art. 5 de la Ley de Carreteras de 1988). Comienza su *ratio decidendi* el Tribunal Supremo afirmando que parece evidente que la entrada en funcionamiento de la M-407 ha restado tráfico a la AP-41, pero lo trascendente antes de examinarlo sería determinar cuál es la verdadera incidencia de la transformación de esta vía en la concesión, despejar la cuestión principal: la de si se trata de un hecho imprevisible que, por alterar sustancialmente las condiciones en que se estableció la concesión, genera el derecho de la concesionaria a que la Administración restablezca su equilibrio. Pues bien, el Tribunal Supremo niega este carácter de imprevisibilidad, ya que la M-407 existía con anterioridad a la licitación de la concesión y era conocido que estaba prevista su mejora por constar así en los planes publicados con anterioridad y resulta difícil aventurar que la concesionaria no conociera los planes de desdoblamiento de la misma.

Además, la Sala rechaza este primer argumento precisando que no se puede atribuir al Estado responsabilidad alguna por las obras efectuadas por otra Administración Pública, en este caso, la Comunidad de Madrid, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo que ya hemos visto, el 248.2 de la Ley de Contratos, ya que en el mismo solo se refiere a la Administración Pública concedente, es decir, en este caso al Estado, y por circunstancias únicamente imputables al mismo, no a otra Administración ajena a la concesión.

Sin embargo, el Estado no puede cantar victoria, pues la otra circunstancia aducida, la de la falta de prolongación de la autopista hacia Andalucía, es apreciada por la Sala de manera diferente. No resulta discutida su previsión y entiende el Tribunal Supremo que la entrada en servicio de la nueva autopista tenía un peso fundamental en el planteamiento de la AP-41, siendo un presupuesto esencial en la concepción de la AP-41, razón por la que no requiere mucho esfuerzo concluir que su ausencia ha de afectar decisivamente al equilibrio económico y financiero de la concesión, ya que no podrá contar con el volumen de tráfico que aportaría la posibilidad de desplazarse por Toledo y Ciudad Real a Córdoba y a la N-IV o hacerlo en sentido inverso sin tener que desviarse por Despeñaperros. Concluyendo, no llevar a cabo esta infraestructura altera el equilibrio económico y financiero de la concesión, por lo que procede su restablecimiento.

Ahora solo restaría determinar el alcance de la estimación parcial del recurso al establecer el Tribunal Supremo la concurrencia de una de las circunstancias aducidas en la que fundamentar el equilibrio financiero, montante que la Sala difiere de acuerdo con el artículo 248.3 de la Ley de Contratos a la adopción de una serie de medidas que en cada caso procedan, que podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 263 y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En consecuencia, dada la indefinición de este artículo, no es aventurado prever que en no poco tiempo nos encontraremos ante un incidente de ejecución de sentencia de gran complejidad, pues a buen seguro, dadas las restricciones presupuestarias a las que se enfrentan las Administraciones, el importe del equilibrio financiero no será del agrado de la concesionaria de la autopista Madrid-Toledo.