



Roj: **STS 318/2022 - ECLI:ES:TS:2022:318**

Id Cendoj: **28079130052022100029**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **28/01/2022**

Nº de Recurso: **225/2019**

Nº de Resolución: **89/2022**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **ANGELES HUET DE SANDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 318/2022,**  
**AATS 2270/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 89/2022**

Fecha de sentencia: 28/01/2022

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

Número del procedimiento: 225/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/12/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ángeles Huet De Sande

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por: CPB

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 225/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ángeles Huet De Sande

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 89/2022**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D<sup>a</sup>. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 28 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto recurso Contencioso-administrativo nº 225/2019, interpuesto por el procurador don Gabriel María de Diego Quevedo, en nombre y representación de la entidad, "ACCESOS DE MADRID CONCESIONARIA ESPAÑOLA S.A." y asistida del letrado don Ramón Vázquez del Rey Villanueva, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de abril de 2019, publicado en el BOE de 24 de mayo de 2019, de interpretación de determinados contratos de concesión de autopistas, en cuanto al método para calcular la "Responsabilidad Patrimonial de la Administración".

Ha intervenido como parte demandada la **Administración General del Estado**, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Han intervenido como codemandados la entidad "BANKIA, S.A.", representada por el procurador don Miguel Alperi Muñoz, bajo la dirección letrada de doña Rocío González Bermejo, "TITULACIÓN DE ACTIVOS, SOCIEDAD GESTORA DE FONDOS DE TITULIZACIÓN, S.A. Y KOMMUNALKREDIT AUSTRIA AG", representados por la procuradora doña Adela Cano Lantero, bajo la dirección de los letrados don José Luis Zamorro Parra, don Marc Casas Rondón y doña Alba Sande Martínez y "COMSA CONCESIONES, S.A.", representada por el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, bajo la dirección letrada de doña Beatriz García Gómez y don Fernán Vastiñeira Varela,

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ángeles Huet De Sande.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el 29 de mayo de 2019, ACCESOS DE MADRID CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A. interpuso ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo recurso contencioso administrativo frente al acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de abril de 2019, publicado en el BOE de 24 de mayo de 2019, de interpretación de determinados contratos de concesión de autopistas, en cuanto al método para calcular la "Responsabilidad Patrimonial de la Administración".

**SEGUNDO.-** Tras recibirse el expediente administrativo, se formuló demanda que concluía suplicando a la Sala "... dicte sentencia por la que, estimándola, condene en costas a la Administración y estime las pretensiones de anulación y de reconocimiento de la situación jurídico individualizada que se han identificado en el último apartado de cada una de las Fichas que conforman los Fundamentos de Derecho jurídico-materiales de esta demanda, así como los apartados correlativos del Anexo del Acuerdo recurrido."

**TERCERO.-** El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que solicita que se dicte sentencia "...por la que se desestime íntegramente la demanda, confirmando el acuerdo recurrido, con condena en todo caso al actor de las costas incurridas."

**CUARTO.-** Los codemandados no presentaron escrito de contestación a la demanda.

**QUINTO.-** Recibido el recurso a prueba con el resultado que obra en autos, se presentaron, solamente por la recurrente y por la Abogacía del Estado, escritos de conclusiones y quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno les correspondía.

**SEXTO.-** Para la votación y fallo de este recurso se señaló el pasado 13 de octubre de 2021, habiéndose suspendido dicho señalamiento por necesidades del servicio y señalándose nuevamente para el 9 de diciembre de 2021, a partir de las 10 horas, iniciándose entonces su deliberación, la cual, sin embargo, ha continuado hasta el día 20 de enero de 2022, al entender el Tribunal que debían ser objeto de ella todos y cada uno de los motivos de impugnación deducidos contra el mismo Acuerdo del Consejo de Ministros en los varios recursos contenciosos-administrativos que en aquella fecha ya estaban señalados.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** *La resolución administrativa impugnada. Los criterios de interpretación que establece finalmente. Y la concesión sobre la que versa este recurso.*

**A)** ACCESOS DE MADRID CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A. (en adelante "ACCESOS DE MADRID"), impugna el acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de abril de 2019, publicado en el BOE de 24 de mayo de 2019, páginas

55378 a 55431, que lleva por denominación la de *interpretación de determinados contratos de concesión de autopistas, en cuanto al método para calcular la "Responsabilidad Patrimonial de la Administración"* (RPA, en lo sucesivo).

Debemos clarificar, ya de entrada, que ese concepto de RPA alude a una previsión de naturaleza contractual, que no ha de confundirse con la institución regulada con similar denominación en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Mediante ese acuerdo se resuelve el expediente iniciado de oficio por el Ministerio de Fomento para, en el ejercicio de la prerrogativa legal de interpretar los contratos administrativos y determinar los efectos de su resolución, clarificar las cuestiones que afectan al cálculo de la RPA en determinadas concesiones de autopistas de peaje cuyos contratos se han resuelto por haber sido declaradas en situación de concurso de acreedores las sociedades concesionarias e iniciado en ese procedimiento concursal la fase de liquidación.

Tras esa situación, SEITTSA (Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre) asumió (el 10 de mayo de 2018 respecto de la concesión objeto de este recurso, que luego identificaremos) la explotación de esas autopistas al amparo del *Convenio de gestión directa entre la Administración General del Estado y la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, SME, SA, por el que se regula la gestión de la explotación y la preparación de la licitación de autopistas de titularidad estatal*.

**B)** Aquel acuerdo de 26 de abril de 2019, tras los trámites de audiencia a las administraciones concursales de las sociedades concesionarias y a las entidades avalistas (Banco de Santander, S. A; Kutxabank, S. A; Unicaja S, A; y BBVA, S. A), formulación de alegaciones, consideración e informe de las mismas por la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento, dictamen del Consejo de Estado, cuyas observaciones se incorporaron a la propuesta de interpretación que le fue remitida en su día, y fundamentación jurídica detallada, concluye estableciendo los criterios de interpretación siguientes:

#### "1. Criterio general

Una vez resueltos los contratos de concesión, la RPA se determinará en el expediente de liquidación de dichos contratos.

El concesionario tiene derecho, en concepto de RPA, al *'valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista en razón de [...] expropiación de terrenos [...] obras de construcción (y) [...] bienes inmuebles incorporados que sean necesarios para la explotación'*.

De ese *'valor patrimonial de las inversiones'* debe deducirse *'la cuota de amortización que en función del número de años corresponda'*.

El *'valor patrimonial'* que resulte no puede superar *'los límites máximos que en cuanto a la responsabilidad patrimonial se establezcan en el Real Decreto de adjudicación'*. La referencia a *'los límites máximos'* (en plural) expresa que se aplicarán dos, un límite para las expropiaciones y otro para las obras.

Una vez determinado el *'valor patrimonial de las inversiones'*, al *'importe global'* de la RPA debe descontarse, conforme al artículo 17.2 de la Ley de Autopistas, el de las *'indemnizaciones de toda índole'* adeudadas por el concesionario como beneficiario de la expropiación, y de cuyo pago se ha tenido que hacer cargo el Estado *'en virtud de resolución judicial'*.

#### 2. Inversiones por obras

Para calcular *'el valor patrimonial'* de las *'inversiones'* por obras se computará el presupuesto de ejecución por contrata (PEC), IVA excluido. Esa cifra se tomará de la resolución administrativa que apruebe cada uno de los proyectos constructivos presentados por el concesionario.

No obstante, si resultara que el importe de la obra ejecutada fue menor al de la obra proyectada, se sumará solamente el precio de las unidades de obra realmente ejecutadas.

Para apreciar esa circunstancia podrá compararse el presupuesto de ejecución por contrata con el importe de obra ejecutada que figure en el acta de recepción de la obra o en el EDYCOE ('Estado de dimensiones y características de la obra ejecutada'; cláusula 66 del Pliego General de Autopistas). Si se observaran divergencias o inexactitudes en estos documentos, se estará a la certificación sobre valoración de las obras realmente ejecutadas que emita la Demarcación de Carreteras competente. Corresponderá en cualquier caso a la Administración acreditar que el importe de la obra ejecutada es menor al de la proyectada.

También se computará el importe de las modificaciones y obras complementarias cuyos proyectos hayan sido aprobados por la Administración.



Como obras adicionales no incluidas en los proyectos se sumarán exclusivamente las 'obras adicionales' reconocidas mediante resolución expresa dictada al amparo de la disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

En el expediente de liquidación del contrato se ordenará toda la documentación de que se dispone, en papel o digitalizada, relativa a las obras ejecutadas. En todo caso se digitalizarán, para cada autopista el presupuesto de cada proyecto y la resolución administrativa de aprobación del proyecto. Se digitalizarán también, en lo posible, el acta de recepción de cada obra; la liquidación de la obra; la hoja u hojas del EDYCOE en las que figure la valoración de la obra ejecutada; y la certificación sobre valoración de las obras realmente ejecutadas que, en su caso, emita la Demarcación de Carreteras competente.

### 3. Inversiones por expropiaciones

Para calcular '*el valor patrimonial*' de las '*inversiones*' por expropiaciones se computará como '*efectivamente pagado a los expropiados en su momento*' el justiprecio abonado por el concesionario, sin actualización.

Los intereses de demora derivados de la expropiación se computarán como inversión, salvo que hayan sido ya amortizados por los concesionarios o salvo que sean imputables al concesionario, por haberse devengado al no haber abonado este en plazo los importes debidos de los justiprecios.

Las costas procesales ocasionadas en la expropiación, al no estar relacionadas directamente con el valor patrimonial de la finca expropiada; no se computarán como inversión.

Se computarán como inversión las cantidades que, en su caso, hubiera abonado el concesionario por ese 25% derivado de la omisión del trámite de información pública.

No se computará como inversión la sustitución del justiprecio por cesión de aprovechamientos urbanísticos salvo que, pese a haberse celebrado un convenio urbanístico, se hayan realizado abonos en concepto de expropiaciones por la sociedad concesionaria y esta los justifique.

Respecto de las ocupaciones temporales, solamente se computará el importe de las previstas en los correspondientes proyectos de obras, siempre que, además, esté acreditado que se llevaron a cabo.

Se entenderá justificada la realidad del pago cuando esté documentada mediante cheque, transferencia bancaria, los documentos acreditativos del depósito o consignación en la Caja General de Depósitos. También se considerará justificada la realidad del pago parcial por el concesionario cuando dicho pago parcial hubiera sido reconocido por la Administración al hacerse cargo del pago de la cantidad restante debida al expropiado.

Fuera de los casos citados, corresponde al concesionario la carga de aportar cualquier otro medio de prueba acreditativo del pago.

No obstante, una vez elaborada y remitida la Resolución de determinación de la RPA, el Ministerio de Fomento solicitará al Jurado de Expropiación, así como a la Caja General de Depósitos, la documentación que fuera necesaria para completar el expediente; de forma que pueda incorporarse a la liquidación de situaciones pendientes y recogerse en la Resolución complementaria para el pago de la RPA.

En el expediente de liquidación del contrato se ordenará toda la documentación de que se dispone, en papel o digitalizada, relativa a los expedientes expropiatorios. En todo caso se digitalizará, para cada autopista, el Anejo de expropiaciones de los EDYCOE ('Estado de dimensiones y características de la obra ejecutada'; cláusula 66 del Pliego General de Autopistas), o en su caso, el Anejo de expropiaciones de cada uno de los proyectos; así como los documentos justificativos del pago al expropiado.

Se incorporará al expediente una lista de expropiaciones, que será rubricada por el Jefe de la Demarcación de Carreteras.

### 4. Amortización

Una vez determinadas las inversiones en obras y expropiaciones, para calcular '*la cuota de amortización que en función del número de años corresponda*' se aplicará, en todas las concesiones y para todas las inversiones (obras y expropiaciones), el criterio de amortización lineal; salvo en los casos siguientes:

-Para las expropiaciones de la autopista Ocaña-La Roda, cuya amortización se realizará con '*el porcentaje de ingresos anual en relación con el total de ingresos previstos en el PEF*'.

-Para las expropiaciones de la autopista de Cartagena-Vera, cuya amortización se realizará '*en función del porcentaje de los ingresos previstos en cada periodo respecto de los totales proyectados*'.

El día inicial para el comienzo de la amortización será la fecha en que la concesionaria inició el cobro de peajes en la autopista. Ese mismo día se aplicará para la amortización de las obras definidas en los proyectos iniciales,

las obras ejecutadas al amparo de modificaciones de esos proyectos y las 'obras adicionales' mencionadas en la disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre. No obstante, si respecto de una determinada modificación u obra adicional llegara a constar de forma incuestionable su fecha específica de puesta en servicio, se aplicaría esta última.

El día final será la fecha en que SEITT comenzó a explotar la autopista.

#### 5. Límites de la RPA por expropiaciones y obras

El valor patrimonial (obras y expropiaciones no amortizadas) se tomará como referencia para calcular la cantidad que corresponda al concesionario como RPA, *'siempre sin superar los límites máximos (de) responsabilidad patrimonial'*.

Para las obras y expropiaciones se aplicarán *'los límites'* de RPA que, respectivamente, están fijados para cada uno de esos conceptos en los Reales Decretos de adjudicación y en las ofertas de los concesionarios.

No obstante, el límite de la RPA para las obras fijado en los Reales Decretos de adjudicación y en la oferta se incrementará con el importe (presupuesto de ejecución por contrata, IVA excluido) de los proyectos modificados y de obras complementarias aprobados por el Ministerio de Fomento; así como con las 'obras adicionales' reconocidas al concesionario conforme a la disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009.

#### 6. Valor patrimonial y coste de reposición

El *'valor patrimonial'* de las inversiones será igual al importe de las obras y expropiaciones no amortizadas (hasta el límite respectivo) menos el importe las inversiones necesarias para la 'puesta a cero' de cada autopista o coste de reposición (definido como la suma de las inversiones necesarias para obtener, en la fecha de la valoración, la perfecta entrega de las instalaciones en condiciones de absoluta normalidad para la prestación del servicio a que están destinadas).

#### 7. Minoración de la RPA

El *'importe global'* de la RPA (*'valor patrimonial'* de obras más expropiaciones hasta el límite respectivo) debe minorarse con las *'indemnizaciones de toda índole'* (justiprecio, intereses y costas) que, ante el impago por el concesionario, ha tenido que asumir el Estado.

La cantidad pagada por el Estado se aplicará sin actualizar.

En particular, minorarán el importe de la RPA, siempre que hubieran sido abonadas por el Estado en virtud de resolución judicial, estas cantidades:

- a) Los intereses de demora abonados por el Estado directamente al expropiado por razón de las expropiaciones.
- b) El 25 % adicional por omisión del trámite de información pública, cuando se hubiera fijado en resolución judicial.

#### 8. Pago de la RPA relativa a las situaciones pendientes

Determinadas situaciones jurídicas que afectan al cálculo de la RPA están todavía pendientes de concretarse por razones ajenas a la Administración: no está fijado definitivamente el justiprecio o no está acreditado que el expropiado se haya dado por pagado.

Tales circunstancias justifican no la minoración, pero sí la retención provisional del importe de la RPA global a abonar. En concreto, se propone esa retención provisional para estos casos:

-Resoluciones judiciales pendientes.

Al liquidar la RPA, en la lista de expropiaciones se indicarán aquellas fincas cuyo justiprecio estuviera pendiente de que se dicte resolución judicial firme en el recurso contencioso administrativo contra el acuerdo del Jurado. En estos casos, el importe reclamado por el demandante se retendrá provisionalmente del importe de la RPA, a reserva de lo que finalmente se resuelva en el pleito. A dicho importe se añadirá una estimación de intereses.

-Reanudación de expedientes expropiatorios al no consumarse algunos convenios de cesión de aprovechamientos urbanísticos.

Al liquidar la RPA, en la lista de expropiaciones se indicarán aquellas fincas cuyo expediente expropiatorio se suspendió mediante un convenio de cesión de aprovechamientos urbanísticos, suscrito entre el concesionario y los expropiados.

Incumbe al concesionario la carga de probar que tales convenios se han consumado y, por tanto, se ha extinguido su obligación de abonar el justiprecio (por lo que no puede ya reanudarse el expediente



expropiatorio). Mientras no se pruebe esa circunstancia se retendrá provisionalmente el importe estimado (justiprecio más intereses) que pueda reclamarse por estas expropiaciones.

En consecuencia, la interpretación que se adopta es la siguiente:

**a)** Se dictará una primera resolución de determinación de la RPA, a cuenta de la resolución definitiva. En esta primera resolución se determinarán por separado:

-la cantidad a pagar ya reconocida,

-y la cantidad que se retiene provisionalmente hasta la liquidación de las situaciones pendientes.

**b)** La liquidación de las situaciones pendientes se realizará en dos fases:

-en los seis meses siguientes a la primera resolución de determinación de la RPA (mediante una nueva resolución, complementaria de la primera, con base en la información posterior que se haya podido obtener),

-y en los seis meses siguientes a la fecha de la resolución complementaria, mediante una resolución definitiva.

#### **9. Intereses por retraso en la determinación de la RPA**

Al importe que se determine en concepto de RPA debe sumarse el interés correspondiente al tiempo transcurrido desde los seis meses siguientes a la firmeza del auto que abrió la liquidación del concurso hasta el día del pago.

El tipo de interés aplicable será:

-El interés legal del dinero, respecto de los contratos adjudicados con anterioridad a la fecha de 8 de mayo de 2002.

-El interés previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad; respecto de los contratos celebrados después del 8 de mayo de 2002 (los de ACCESOS DE MADRID, Autopista M-12, Autopista Cartagena- Vera, Autopista AP-36 y Autopistas A-41, adjudicados el 13 de febrero de 2004, 8 de noviembre de 2002, 6 de febrero de 2004, 13 de febrero de 2004 y 13 de febrero de 2004, respectivamente).

#### **10. Pago de la RPA ya determinada**

Una vez determinada la RPA en el expediente de liquidación del contrato de concesión, el Estado dispone de un plazo de tres meses para abonar la cantidad que corresponda. Transcurrido este plazo, la cantidad fijada devengará el interés legal conforme a los artículos 17 y 24 de la Ley General Presupuestaria.

#### **11. Garantía de construcción**

Procede incautar no solo la garantía de explotación, sino también la garantía de construcción. Por ello, ambas deben ser ingresadas en el Tesoro.

En cualquier caso, esta cuestión está actualmente pendiente de los recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo contra los acuerdos de resolución de los contratos de concesión; por lo que este acuerdo debe entenderse a salvo lo que se decida en dichos procesos."

**C)** Entre aquellos contratos figura el que es objeto de este recurso contencioso-administrativo, a saber: el "Contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de los tramos: M-40-Arganda del Rey, de la autopista de peaje R-3, de Madrid a Arganda del Rey; M-40-Navalcarnero, de la autopista de peaje R-5, de Madrid a Navalcarnero, y de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409", adjudicado a la recurrente por Real Decreto 1515/1999, de 24 de septiembre; regulado por la Orden del Ministro de Fomento de 25 de mayo de 1999; y resuelto por acuerdo del Consejo de Ministros del día 13 de julio de 2018.

De ese Real Decreto 1515/1999, procede retener ya desde ahora:

-Sus artículos 11 y 12, que, en relación con la RPA, dispusieron:

Artículo 11: "La responsabilidad patrimonial de la Administración por construcción, a la que alude la cláusula 35 del pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 25 de mayo de 1999, quedará limitada a la cifra de 106.149.000.000 de pesetas (637,97 millones de euros)."

Artículo 12: "La responsabilidad patrimonial por expropiaciones, a que alude la cláusula 35 del pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 25 de mayo de 1999, quedará limitada a 6.496.000.000 de pesetas (39,04 millones de euros)."

-Y su artículo 14, que precisó:



"La sociedad concesionaria queda vinculada frente a la Administración General del Estado en los términos contenidos en la solución 1 de su propuesta, en toda su integridad, complementada por las aclaraciones efectuadas por el ofertante, a petición de la mesa de contratación, contenidas en documento de fecha 7 de septiembre de 1999. En aquellos puntos no señalados específicamente en este Real Decreto, serán de aplicación la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión; la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; las prescripciones del pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 25 de mayo de 1999; las del pliego de cláusulas generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, en lo que no resulte válidamente modificado por la anterior, y el Real Decreto 657/1986, de 7 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje."

Y procede retener también el tenor de aquel apartado 2 de la cláusula 35 del PCAP, contenido en la citada Orden de 25 de mayo de 1999. Dice así (aclarando que la mención que hace a la quiebra del concesionario ha de entenderse hecha, actualmente, al concurso, conforme a la Disposición adicional primera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal):

"No será de aplicación el apartado e) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales. Así, en los casos en que la extinción se produjese por las causas a que se refieren las cláusulas 107 [incumplimiento de las obligaciones impuestas por el concesionario], 108 [extinción de la personalidad jurídica del concesionario] y 109 [quiebra del concesionario] del pliego de cláusulas generales, la Administración devolverá al concesionario cuyo contrato hubiese sido declarado resuelto el valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista en razón de:

- a) Expropiación de terrenos valorada en lo efectivamente pagado a los expropiados en su momento, deduciendo la cuota de amortización que en función del número de años corresponda.
- b) Obras de construcción valoradas en lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por el Ministerio de Fomento y a los precios en que en ellos figuren, deduciendo la cuota de amortización o la dotación acumulada al fondo de reversión que en función del número de años corresponda.
- c) Bienes inmuebles incorporados que sean necesarios para la explotación, valorados a su coste de adquisición neto de las amortizaciones que en función de su vida útil corresponda.

En ningún caso se abonarán indemnizaciones por conceptos diferentes a los expresados, como pueden ser: gastos de constitución de la sociedad, estudios y proyectos, dirección de obra, gastos financieros, etc.

En todo caso no se superarán los límites máximos que en cuanto a la responsabilidad patrimonial se establezcan en el Real Decreto de adjudicación, de acuerdo con la propuesta realizada."

**SEGUNDO.** El escrito de demanda.

La dirección letrada de la parte recurrente anuncia en dicho escrito que -dada la situación, sin parangón, que supone en nuestro ordenamiento jurídico la fijación de los criterios interpretativos para la determinación de la RPA, y su especial complejidad- cree aconsejable una metodología no convencional para formalizar la demanda. En concreto, anuncia que, para una mayor claridad, articula los fundamentos de ésta en unas *Fichas expositivas*. Cada Ficha, añade, es un resumen de la cuestión controvertida, de su trascendencia para el interés de la parte, del criterio mantenido por el acuerdo recurrido y los órganos informantes (Abogacía del Estado y Consejo de Estado), y, finalmente, de los argumentos que sustentan la pretensión que en ella se deduce.

Después, y antes de tales fichas, el escrito de demanda se refiere a determinados antecedentes, que separa en seis apartados, cada uno con su epígrafe, a saber:

*Primero. La aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares y el real decreto de adjudicación.*

-Mediante Orden de 25 de mayo de 1999, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1999, se procedió a la aprobación del "pliego de cláusulas administrativas particulares para el concurso por procedimiento abierto de la concesión para la construcción, conservación y explotación de los tramos: M-40-Arganda del Rey, de la autopista de peaje R-3, de Madrid a Arganda del Rey; M-40-Navalcarnero, de la autopista de peaje R-5, de Madrid a Navalcarnero, y de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409" (en adelante, PCAP). Se adjunta copia como DOCUMENTO N.º 1.

-De las previsiones del PCAP, destaca:

"Cláusula 11. Régimen jurídico administrativo de la concesión.

La concesión objeto de este concurso se regirá por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, para la Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión; por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de



*Contratos de las Administraciones Públicas [en lo sucesivo, la LCAP] ; por las prescripciones de este pliego, por las del pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, [en adelante, PCG] en lo que no resulte válidamente modificado por el anterior, y por el Real Decreto 657/1986, de 7 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje [en lo sucesivo, la Delegación del Gobierno] .".*

"Cláusula 17. Amortización.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 13 apartado a) de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, el concesionario podrá disfrutar de la facultad de amortizar los elementos del activo percederos durante el periodo concesional o sujetos a reversión, según un plan, basado en el estudio económico-financiero adjunto a la proposición presentada al concurso, que se ajustará a las normas contables que le sean de aplicación, según lo establecido en la cláusula 18 del presente pliego".

"Cláusula 35. Extinción y liquidación de la concesión.

*La extinción de la concesión se atenderá lo dispuesto en los artículos 32 y 34 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo ; a la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas y a la sección 3 del capítulo IX del pliego de cláusulas generales, con las siguientes especialidades:*

**1)** Cuando la concesión se extinguiese por razón del rescate del servicio público por la Administración, a que se refiere la cláusula 111 del pliego de cláusulas generales, la Administración deberá indemnizar al concesionario, siendo de aplicación lo prevenido en el artículo 170.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas .

**2)** *No será de aplicación el apartado e) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales. Así, en los casos en que la extinción se produjese por las causas a que se refieren las cláusulas 107, 108 y 109 del pliego de cláusulas generales, la Administración devolverá al concesionario cuyo contrato hubiese sido declarado resuelto el valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista en razón de:*

**a)** *Expropiación de terrenos valorada en lo efectivamente pagado a los expropiados en su momento, deduciendo en su caso la cuota de amortización que en función del número de años corresponda.*

**b)** *Obras de construcción valoradas en lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por el Ministerio de Fomento y a los precios en que en ellos figuren, deduciendo la cuota de amortización o la dotación acumulada al fondo de reversión que en función del número de años corresponda.*

**c)** *Bienes inmuebles incorporados que sean necesarios para la explotación, valorados a su coste de adquisición neto de las amortizaciones que en función de su vida útil corresponda.*

*En ningún caso se abonarán indemnizaciones por conceptos diferentes a los expresados, como pueden ser: gastos de constitución de la sociedad, estudios y proyectos, dirección de obra, gastos financieros, etc.*

*En todo caso no se superarán los límites máximos que en cuanto a la responsabilidad patrimonial se establezcan en el Real Decreto de adjudicación, de acuerdo con la propuesta realizada.*

**3)** *La liquidación del importe resultante del valor o de la forma indicada se efectuará de acuerdo a las siguientes normas, no siendo, por tanto de aplicación el apartado f) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales:*

**a)** *Se liquidarán, en primer lugar, las obligaciones que el concesionario hubiese contraído con terceras personas, nacionales o extranjeras, atendiendo al orden de prelación de dichos créditos establecido por la legislación mercantil vigente.*

**b)** *En segundo lugar, se liquidarán los préstamos subordinados que hubiesen sido concedidos a la sociedad concesionaria por sus accionistas de acuerdo a lo establecido en la cláusula 15 del presente pliego.*

**c)** *La cantidad remanente se abonará a los accionistas de la sociedad concesionaria en proporción a sus respectivas participaciones."*

-Tras el correspondiente procedimiento competitivo, por Real Decreto 1515/1999, de 24 de septiembre, publicado en el BOE núm. 239 el 6 de octubre de 1999, se procedió a la adjudicación a ACCESOS DE MADRID de la "Concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de los tramos: M-40-Arganda del Rey, de la autopista de peaje R-3, de Madrid a Arganda del Rey; M-40-Navalcarnero, de la autopista de peaje R-5, de Madrid a Navalcarnero, y de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409." (en lo sucesivo, el "Real Decreto de Adjudicación" y la "Concesión" o "Infraestructura", respectivamente). Se adjunta en copia como DOCUMENTO N.º 2.

-Del Real Decreto de Adjudicación, interesa a la parte significar los límites de la RPA:





*Artículo 11: "La responsabilidad patrimonial de la Administración por construcción, a la que alude la cláusula 35 del pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 25 de mayo de 1999, quedará limitada a la cifra de 106.149.000.000 de pesetas (637,97 millones de euros)."*

*Artículo 12: "La responsabilidad patrimonial por expropiaciones, a que alude la cláusula 35 del pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 25 de mayo de 1999, quedará limitada a 6.496.000.000 de pesetas (39,04 millones de euros)."*

*Segundo. Los principales hechos acaecidos durante la ejecución de la concesión: ejecución de obras adicionales, puesta en servicio y revisión de la Administración y censura de cuentas.*

-Durante la ejecución de las obras de construcción, hubieron de acometerse obras adicionales, que han sido valoradas en 146.948.553,75 € por la Dirección General de Carreteras, tal como se advera con el DOCUMENTO N.º 3.

-Tras la ejecución de las obras, la Concesionaria recibió actas de puesta en servicio de las infraestructuras desde el 13 de febrero de 2004 hasta el 24 de mayo de 2007. Se adjuntan las copias de dichas actas como DOCUMENTO N.º 4. A partir de dicho momento, la Infraestructura se puso en funcionamiento.

-Tras la construcción de la Infraestructura, se inició la fase de explotación y conservación de la misma siempre bajo la inspección y revisión de la Administración concedente. Interesa significar ahora dos elementos de dicha potestad, añade la parte:

**a)** Las labores de conservación debían ser objeto de comprobación periódica por parte de la Administración, de conformidad con lo señalado en el artículo 81 del PCG.

Pues bien, durante la operación de toda la Infraestructura, la Administración no puso reparo al cumplimiento de las labores de conservación que mi representada iba llevando a cabo. A tal fin, se adjunta el último informe completo como DOCUMENTO N.º 5.

**b)** De acuerdo con la cláusula 50 del PCG, las cuentas anuales de la Concesionaria deben ser censuradas favorablemente por la Delegación del Gobierno y así lo han sido desde el inicio de la Concesión ( *vid.* DOCUMENTO N.º 6). A partir del año 2018 ACCESOS DE MADRID es exonerada de la obligación de formular cuentas a consecuencia de la reversión de la Infraestructura, tal como se acredita mediante el DOCUMENTO N.º 7.

*Tercero. La ausencia de reequilibrio económico-financiero de la concesión.*

-Como consecuencia del sobre coste de expropiaciones, la ejecución de las citadas obras adicionales, y una disminución del tráfico, se produjo el desequilibrio económico-financiero de la Concesión.

-En atención a lo anterior, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en su Disposición Adicional 41ª (en lo sucesivo, la " DA 41ª de la Ley 26/2009"), reconoció el quebrantamiento del equilibrio económico-financiero de determinadas concesiones administrativas, entre las que se encontraba ACCESOS DE MADRID. Y estableció una serie de mecanismos para compensar dicho desequilibrio que se detallan a continuación:

-Por lo que se refiere a los sobrecostes de expropiaciones, se preveía el otorgamiento de un préstamo participativo, cuyas características más relevantes eran las siguientes:

**a)** Únicamente podrían beneficiarse las concesionarias si se reunían los siguientes requisitos:

**1.º** Que el justiprecio ya pagado o legalmente consignado por las expropiaciones de los terrenos necesarios para la concesión haya alcanzado la cantidad prevista para el abono de las expropiaciones conforme a la cláusula 8.r) del Decreto 215/1973, de 25 de enero.

**2.º** Que el importe total de las expropiaciones quede determinado en más del 50 por 100 mediante acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa o sentencias de los Tribunales que hayan considerado para la fijación del justiprecio el valor urbanístico de los terrenos o de sus expectativas urbanísticas, sin que dicha circunstancia se hubiera previsto al tiempo de celebrar el contrato de concesión.

**3.º** Que el importe total de las expropiaciones exceda del 175 por 100 de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta" (apartado Dos.a) de la DA 41ª de la Ley 26/2009).

**b)** El préstamo se otorgará "sólo por la suma del justiprecio pagado o pendiente de pago que exceda del 175 por 100 de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta para el abono de las expropiaciones" (apartado Dos.b) de la DA 41ª de la Ley 26/2009).



c) "El pago de los intereses del préstamo participativo y la amortización del principal del mismo se harán por este orden, con los ingresos anuales generados como consecuencia de las medidas de reequilibrio que se adopten" (apartado Dos.b).4ª.4 de la DA 41ª de la Ley 26/2009), es decir, con el incremento de tarifas previsto en el apartado Dos.c) de dicha DA 41ª de la Ley 26/2009.

-Por lo que se refiere a las obras adicionales "ya ejecutadas al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley y no previstas en los proyectos iniciales, y que se encuentren integradas en el dominio público estatal por ser de interés para la Administración concedente, se preveían las medidas necesarias para restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión, que consistirán preferentemente en un aumento de tarifas o del plazo concesional". Ahora bien, para ello era precisa, la finalización convencional de los procedimientos derivados de las reclamaciones ya presentadas por dicho concepto ( Apartado Tres de la DA 41ª de la Ley 26/2009).

- La anteriores medidas fueron objeto de desarrollo y dieron lugar a la modificación del Contrato de ACCESOS DE MADRID mediante el Real Decreto 1770/2010, de 23 de diciembre " *por el que se modifican determinados términos de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de los tramos: M-40-Arganda del Rey, de la autopista de peaje R-3, de Madrid a Arganda del Rey; M-40-Navalcarnero, de la autopista de peaje R-5, de Madrid a Navalcarnero, y de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409, para compensar los sobrecostes por obras adicionales y expropiaciones, según lo establecido en la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010*" (en adelante, el "Real Decreto 1770/2010"). Los objetivos de tal modificación resultan con claridad de su parte expositiva:

a) Por lo que se refiere a los sobrecostes de las expropiaciones, "[...] *con este real decreto se pretende reequilibrar económicamente la concesión afectada tanto por los sobrecostes de expropiaciones, hasta el importe de los préstamos participativos solicitados por la sociedad concesionaria dentro de los límites legales permitidos, como por las obras adicionales que ha tenido que soportar. Para ello, teniendo en cuenta los extremos mencionados y la situación actual de la concesión, se estima que la medida de reequilibrio que se considera más adecuada es un aumento de tarifas durante el plazo concesional*".

b) Por lo que se refiere a las obras adicionales: " *durante la ejecución de las obras, la Dirección General de Carreteras ordenó modificar el proyecto constructivo de la autopista, al objeto de incorporar distintas obras adicionales no previstas inicialmente, por un importe de 146.948.553,75 euros [...] que suponen una mayor inversión de la sociedad concesionaria que no estaba prevista en la oferta que la Administración aceptó como adjudicataria y, en definitiva, supone, una alteración del equilibrio económico financiero de la concesión que la Administración debe restablecer*" (párrafos décimo y undécimo de la parte expositiva del Real Decreto 1770/2010).

- Sin embargo, tales medidas adoptadas fueron infructuosas para reequilibrar la Concesión y, además, solo se adoptaron en las anualidades del 2010 y el 2011. Justificando lo anterior, adjuntamos el Real Decreto 1770/2010, y el último Oficio de la Subdelegación del Gobierno liquidando el sistema de compensación reconocido en el Real Decreto, Oficio de 28 de febrero de 2019 como DOCUMENTO N° 8.

- Por otro lado, Ley 17/2012, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 en su Disposición Adicional 21ª vino a modificar el ámbito de aplicación de la Disposición Adicional 8ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, de servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, introduciendo, además, una serie de medidas adicionales y complementarias a fin de intentar asegurar el equilibrio económico-financiero de la Concesión. Entre estas medidas se introdujo el establecimiento de una cuenta de compensación como consecuencia de la caída de tráfico e ingresos.

- El impago, en 2012, de la cuenta de compensación y de los créditos participativos provocó la declaración de concurso de acreedores.

-De lo anterior cabe colegir dos extremos relevantes para este proceso:

a) En primer lugar, que el riesgo por los sobrecostes de las expropiaciones cuyo justiprecio excedió el 175% del fijado inicialmente en el proyecto, correspondía a la Administración concedente que, si bien otorgaba un préstamo a la concesionaria, ésta únicamente tenía que abonarlo con el incremento de las tarifas que se preveía. En definitiva, el riesgo de estos sobrecostes y, en fin, del préstamo participativo, era de la Administración.

b) En segundo lugar, que también se reconocía la obligación de abonar a la Concesionaria el importe de las obras adicionales no previstas en los proyectos iniciales.

*Cuarto. El concurso de la concesionaria y la resolución de la concesión: la sentencia del Tribunal de Conflictos.*



-Como consecuencia del desequilibrio económico-financiero ocasionado por los sobrecostes de expropiaciones, la ejecución de las citadas obras adicionales, y una disminución del tráfico, ACCESOS DE MADRID se declaró en concurso voluntario ordinario mediante Auto dictado el 23 de octubre de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.

-Posteriormente, dicho órgano judicial dictó finalmente, en el seno de dicho procedimiento concursal, auto de apertura de la fase de liquidación de la Concesionaria, de fecha 2 de noviembre de 2017, (en lo sucesivo, el "Auto de Liquidación"). Se adjunta copia como DOCUMENTO N.º 9.

-El auto trae causa y aplica la doctrina fijada por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de enero de 2017 (en lo sucesivo, la "Sentencia de la Sala de Conflictos"), que deja claro que:

"la apertura de la fase de liquidación concursal y la obligada declaración de disolución de la sociedad producen siempre la resolución del contrato. La resolución se produce por voluntad de la ley, mediando la previa decisión judicial de apertura de la fase de liquidación del concurso; hay, pues, un mandato que obliga a la Administración a instar lo adecuado para subvenir ordenadamente los efectos derivados de la extinción contractual producida desde el momento en que se abrió la fase de liquidación concursal".

-A lo anterior, la Sala de Conflictos añadió una cuestión que tiene también trascendencia en este proceso: "conforme al artículo 9 de la LC, la jurisdicción del Juez del concurso se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas "directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal"". Es decir, la jurisdicción del Juez del Concurso en relación con el procedimiento de liquidación de la Concesión, no se había agotado con el Auto de liquidación, sino que debía mantenerse en tanto que afectaran al procedimiento concursal.

-En reflejo de lo transcrito, en el Auto por el que se aprueba el Plan de Liquidación de ACCESOS DE MADRID, de 14 de marzo de 2018, se fija una fecha determinada para la entrega de la Infraestructura al Ministerio de Fomento y el cese total de la actividad concesional de ACCESOS DE MADRID. Adjuntamos dicho Auto como DOCUMENTO N.º 10.

- El 4 de julio de 2018 se dicta el Auto por el que el concurso de ACCESOS DE MADRID es calificado como fortuito. Adjuntamos dicho Auto como DOCUMENTO N.º 11.

*Quinto. Los retrasos administrativos injustificados en el procedimiento de constatación formal de la resolución ex lege de la concesión, la reversión de la infraestructura y la exigencia de obras adicionales por parte de la Administración .*

-Tras casi más de diez meses desde el Auto de apertura de la fase de liquidación (recordemos, de 3 de enero de 2017), no fue sino hasta el 16 de noviembre de 2017 cuando la Delegación del Gobierno acuerda iniciar el procedimiento de constatación de la resolución *ex lege* de la Concesión. Adjuntamos el Acuerdo de inicio como DOCUMENTO N.º 12.

-A dicho Acuerdo, ACCESOS DE MADRID presentó escrito de alegaciones, reiterando que dicho procedimiento tenía por objeto la constatación formal de la causa de resolución. Pero en ningún caso tenía efectos constitutivos, se adjuntan nuestras alegaciones como DOCUMENTO N.º 13.

-Con fecha 9 de marzo de 2018, la Delegación del Gobierno acuerda la caducidad del procedimiento, y en unidad de acto se acuerda reiniciarlo, como se aprecia en el DOCUMENTO N.º 14.

-Ante esta resolución de caducidad y correlativo reinicio de expediente, esta parte presentó nuevo escrito de alegaciones el 16 de marzo de 2018, que se adjunta como DOCUMENTO N.º 15.

-Finalmente, en fecha 7 de mayo de 2018 se acordó por el Consejo de Ministros declarar la resolución de la Concesión, tal como se acredita a través del DOCUMENTO N.º 16.

-Es decir, desde la fecha del Auto de liquidación (3 de enero de 2017), la Administración empleó nada menos que 15 meses para constatar formalmente que concurría la causa de resolución producida *ex lege* desde el Auto de liquidación.

-Para entender este retraso, resultan ilustrativas las declaraciones de la entonces Ministra de Fomento de 7 de agosto de 2015 a Europa Press (<https://www.youtube.com/watch?v=QOAY9a4H5Sk> ). La Ministra manifestó que ninguna de las soluciones que se barajaban por el Gobierno de España implicaban el gasto de dinero público, recordemos que la resolución del contrato es *ex lege* y que la reversión de las infraestructuras es ineludible, y esto era conocido por la Administración General del Estado desde, al menos, el año 2013 ( *vid.* Informe 1/2013 de la Abogacía del Estado, Documento número 21 del complemento del expediente administrativo). También manifestó que "Cada día que pasa le estoy ahorrando a los españoles más de 200.000 euros porque la RPA de las concesiones cada vez es más baja porque va pasando el tiempo". La Ministra hizo



esta manifestación en 13 TV, en el programa el Cascabel de fecha 18 de mayo de 2016 ( ; La cita figura en el minuto 1:23:30)

-En fin, el 9 de mayo de 2018, mi representada suscribió en disconformidad el acta de entrega de la Infraestructura, de la que se adjunta copia como DOCUMENTO N.º 17.

-Y a las 05:59:59 horas del 10 de mayo de 2018 se entregó la Infraestructura al Ministerio de Fomento a través de su medio propio SEITTSA.

-El 11 de mayo de 2018 se requirió a mi representada para que en el plazo de un mes comenzara las obras necesarias para la adecuación de la Infraestructura a lo que la Delegación del Gobierno consideró exigible, que era la equivalente a su "puesta a cero", esto es, como si fuera nueva. Sin embargo, no se ha dado todavía traslado a esta parte del inventario definitivo de los bienes revertidos.

-El 5 de junio de 2018, frente a dicho requerimiento, esta parte interpuso el correspondiente recurso de alzada, ante la falta de consistencia cualitativa, cuantitativa y ausencia absoluta de procedimiento de dicho requerimiento, que a la fecha no ha sido resuelto expresamente por la Administración, DOCUMENTO N.º 18.

-El 24 de mayo de 2019 ante el silencio de la Administración, esta parte ha interpuesto recurso contencioso-administrativo, proceso que se está tramitando a la fecha ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid bajo el número de autos P.O. 408/2019. Se adjunta el decreto de admisión a trámite del mismo como DOCUMENTO N.º 19.

-En fin, no consta a esta parte que SEITTSA haya llevado a cabo ninguna obra de conservación, reparación o mejora en la Infraestructura de las exigidas por la Delegación del Gobierno, y la Infraestructura sigue funcionando con total normalidad.

*Sexto. La liquidación de la RPA.*

-En fecha 15 de noviembre de 2018, el Ministerio de Fomento redactó una propuesta sobre interpretación de determinados contratos de concesión de autopistas, en cuanto al método para calcular la RPA, tal como obra a los Documentos 1 a 21 del expediente administrativo.

-En fecha 12 de diciembre de 2018, la Concesionaria presentó ante el Ministerio de Fomento escrito de alegaciones a la mencionada propuesta, con el resultado que obra al Documento 29 del expediente.

-Otros trámites de instrucción de esta primera fase del procedimiento de determinación han sido, por un lado, la emisión de informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento (Documento 41 del expediente administrativo), y la emisión de dictamen del Consejo de Estado, que obra al Documento 44 del expediente.

-Debe señalarse que el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento se limita a sostener su conformidad con la propuesta de Acuerdo, sin incorporar ninguna reflexión inicial. Y el dictamen del Consejo de Estado no aborda todas las cuestiones planteadas por las concesionarias y los fiadores, garantes y titulares de derechos de cobro, de derechos sobre garantías o sobre la propia RPA (en lo sucesivo, los "Acreedores").

-Finalmente, el 26 de abril de 2018 el Consejo de Ministros (Documento 66 del expediente administrativo), aprobó el Acuerdo recurrido, cuyo examen de legalidad es objeto de este proceso.

-El Acuerdo recurrido no aborda todas las cuestiones planteadas por las concesionarias y los Acreedores afectados.

-En fecha 15 de noviembre de 2018 se inició el procedimiento de liquidación de la RPA, en el que se habrán de aplicar los criterios interpretativos fijados en el Acuerdo recurrido.

-A la fecha dicho procedimiento de liquidación no ha sido resuelto.

Dicho lo anterior, es decir, expuestos los antecedentes a que se refiere la parte recurrente, será en los fundamentos posteriores donde esta sentencia dará cuenta de lo alegado y pretendido en cada una de aquellas *Fichas expositivas*.

**TERCERO.** *El escrito de contestación a la demanda.*

De igual modo, dejaremos para esos fundamentos posteriores los argumentos que la Abogacía del Estado opone a lo alegado y pretendido en esas *Fichas expositivas*, limitándonos ahora a dar cuenta de lo que cabe entender como argumento introductorio, a saber:

"[...]



La llamada responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA), a cuya metodología de cálculo se refiere el acuerdo recurrido, no tiene nada que ver con el concepto usual de responsabilidad patrimonial de que trata el artículo 106.2 de la Constitución.

La RPA, impropia, de que tratamos es un concepto que se refiere a la responsabilidad contractual de la Administración (del Estado), concedente de la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, a favor del titular de la concesión en los casos de extinción de la concesión por incumplimiento del concesionario, extinción de su personalidad o quiebra.

Con tal denominación aparece, por primera vez, en el Decreto (vigente) 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.

En la cláusula 8, al tratar el contenido de las proposiciones para participar en los concursos de adjudicación, señala:

**q)** Cifras propuestas por el concursante para la ejecución de las obras, descompuestas para cada tramo susceptible de explotación independiente, a las que quedará limitada convencionalmente la responsabilidad patrimonial de la Administración, incrementadas, en su caso, por los aumentos de las modificaciones de los proyectos aprobados, producidas a requerimiento de la misma, en cada uno de ellos, para todos los supuestos en que proceda valoración y en especial para los contemplados en el capítulo IX de este pliego.

**r)** Cantidades previstas para el abono de las expropiaciones detalladas por tramos susceptibles de explotación independiente, que ostentarán el valor máximo a aplicar en cada uno de ellos a todos los efectos para los que proceda su valoración y en especial para los supuestos contemplados en el capítulo IX de este pliego'.

Añadiendo en las cláusulas 47 y 74 que la RPA ofertado no puede aumentarse después.

Concretando el contenido de la RPA en la cláusula 107, que trata de los efectos de la extinción de la concesión de la autopista por incumplimiento del concesionario:

**e)** La Administración devolverá al concesionario cuyo contrato hubiese sido declarado resuelto por incumplimiento la totalidad de las inversiones hechas en la autopista por razón de expropiación de terrenos, realización de obras de construcción y actos de incorporación de bienes que sean necesarios para la explotación. La liquidación se verificará de acuerdo con los principios que a continuación se señalan, siempre sin superar los límites máximos a que, en cuanto a responsabilidad patrimonial, se refieren los preceptos correspondientes de este pliego:

1. Las expropiaciones se indemnizarán por lo realmente pagado a los expropiados en su momento, deducida la cuota de amortización que en función del número de años corresponda.
2. Las obras de construcción se satisfarán en base a lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por el Ministerio de Obras Públicas y a los precios que en ellos figuren, deduciendo la cuota de amortización que en función del número de años corresponda.
3. Los bienes inmuebles incorporados a la concesión que no figuren en los presupuestos de obra se evaluarán en atención a su estado de uso.
4. En ningún caso se abonarán indemnizaciones por conceptos diferentes de los expresados como pueden ser: gastos de constitución de la Sociedad, estudios y proyectos, dirección de obra, gastos financieros, etc.'.

#### **CUARTO. FICHA 0**

##### **I. Planteamiento de la parte recurrente.**

Afirma que el acuerdo recurrido, expresión de la potestad de interpretación de los contratos administrativos, se aparta de las normas de hermenéutica, en exclusivo beneficio propio, y en perjuicio de los intereses de la Concesionaria y de los acreedores. Entiende que el Consejo de Estado comparte sus argumentos [aunque lo que añade el escrito de demanda en ese momento no es más que la referencia escueta a la regla de la prioridad que ha de darse al criterio de interpretación constituido por los términos del contrato, de suerte que sólo en los casos de oscuridad entran en juego los demás criterios que establece el ordenamiento jurídico]. Y, tras ello, expone las razones de ilegalidad del acuerdo argumentando:

"En palabras del Tribunal Supremo, "tal prerrogativa [la de interpretación de los contratos administrativos] tiene su razón de ser en la mejor satisfacción posible del interés público, ínsito en toda la actividad administrativa, y desde luego no supone una facultad ejercitada caprichosa o arbitrariamente, rotundamente prohibida por el artículo 9.3 de nuestra Constitución. [...] debe acomodarse a las mismas normas de la contratación entre particulares, determinadas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, válidas y eficaces en el ámbito



de la contratación administrativa, aunque siempre con la importante matización que supone el interés público presente en tal tipo de contratación." ( STS de 14 de diciembre de 1995 - Rec. n.º 2106/1992 -, por todas).

En línea con la doctrina del Tribunal Supremo:

Debe primar una interpretación literal del contrato, con predominio del principio "in claris non fit interpretatio", recogido en el artículo 1281 Cc.

En la medida que el PCAP ha sido considerado doctrinal y jurisprudencialmente como contrato de adhesión "la oscuridad no puede beneficiar al que la provocó, lo que, en el caso de los pliegos, corresponde a la Administración", conforme dispone el artículo 1288 Cc (vid., por todas, la STS de 3 de febrero de 2003 -Rec. n.º 2927/2001-).

Junto a los anteriores principios, de surgir dudas en la interpretación de cualesquiera cláusulas, deberán interpretarse las unas por la otras, es decir, deberá estarse al canon hermenéutico de la totalidad. Sin que sea admisible que la interpretación se limite a la selección de determinadas cláusulas omitiendo disposiciones legales o contractuales.

Merece mención especial, la invocación frecuente del principio de reciprocidad que se hace en el Acuerdo recurrido. El principio de reciprocidad recogido en el artículo 1289 Cc, únicamente opera en defecto de los anteriores criterios, sin que sea admisible acudir a él por antojo, como sucede en el Acuerdo recurrido, simplemente para justificar una interpretación *contra legem* o contra contrato. Es contundente la literalidad del precepto del Cc, que reza: "Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes [...]".

Razones, esas, por las que deduce la siguiente *pretensión concreta* en esa Ficha 0:

"Es necesario que, en el enjuiciamiento de legalidad del Acuerdo recurrido, todo criterio interpretativo del Acuerdo recurrido que sea contrario a dichas normas se reputé inválido, por virtud de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la Ley 39/2015.

Y que esta Excma. Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos, y con el debido respeto, declare que en el procedimiento de determinación de la RPA deben primar por este orden, los siguientes criterios interpretativos:

- a) Que ha de estarse a la literalidad de los términos de los documentos contractuales (PCAP, Real Decreto de Adjudicación y PEF).
- b) Que la oscuridad del PCAP o del Real Decreto de Adjudicación no puede beneficiar al que la provocó, en este caso la Administración recurrida.
- c) Que las disposiciones contractuales deben interpretarse las unas por las otras.
- d) Que, en defecto de todos los anteriores, deberá aplicarse el principio de reciprocidad".

## II. Planteamiento de la Administración demandada.

Sobre lo dicho en esta primera ficha, el escrito de contestación a la demanda argumenta lo siguiente:

"Comienza la demanda por sentar apodóticamente los criterios que deben servir para interpretar el contrato concesional acerca de la determinación de la RPA. Lo que resulta insólito toda vez que la demanda reconoce, de entrada, que el acuerdo recurrido (página 19): *Guarda silencio sobre este punto*.

Habrà de estar en cada supuesto singular de interpretación a aplicar los criterios interpretativos que sean procedentes.

Debe tenerse en cuenta que el acuerdo recurrido no es exhaustivo en cuanto no incluye todos los elementos necesarios para la concreta determinación de la RPA de cada concesionaria. Se ocupa de aquellos casos en que el acuerdo entiende pueden surgir divergencias de criterios, a efectos de dotar una interpretación uniforme a los 8 contratos de concesión de autopistas resueltos.

Por otra parte, no puede olvidarse que estamos ante una circunstancia nueva desde la vigencia de la Ley de Contratos de 1965, es decir no existen antecedentes.

## III. Decisión de la Sala.

Esa *Ficha 0* no es más que un planteamiento de principio, que habrá de ser atendido, desde luego, en los casos o criterios de interpretación en que así proceda. Pero, además, es uno que se muestra incompleto, pues en la medida en que el acuerdo recurrido tiene por objeto determinar los efectos de la resolución del contrato y clarificar las cuestiones que afectan al cálculo de la RPA, habrán de tomarse en consideración no solo los documentos contractuales a los que la parte se refiere (PCAP, RD de adjudicación y PEF), sino también, y



dicho ahora sin ánimo exhaustivo, lo dispuesto en la norma de rango legal más específica, como lo es la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión, así como lo dispuesto en las cláusulas 107 y 109 del Pliego de Cláusulas Generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, en lo que no resulten modificadas por los Pliegos de Cláusulas Particulares de cada Concesión (en concreto, y en lo que hace a la Concesión objeto de este recurso contencioso-administrativo, por la cláusula 35.2 de la Orden de 25 de mayo de 1999, publicada en el BOE de 27 de mayo de 2009, antes transcrita).

En este punto, y dado que el acuerdo recurrido ha incorporado todas las observaciones formuladas por el Consejo de Estado en su dictamen, no es ocioso transcribir los particulares de éste que se refieren al régimen jurídico aplicable; particulares que este Tribunal comparte. Dicen así:

"En el caso presente, de acuerdo con lo establecido en los pliegos particulares de cláusulas administrativas, las concesiones se rigen por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, en su redacción entonces vigente; por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, o por el 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, según los otorgamientos; por las prescripciones de los respectivos pliegos de cláusulas particulares; por las del pliego de cláusulas generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, en lo que no resulten válidamente modificadas por los anteriores; y por el Real Decreto 657/1986, de 7 de marzo, de organización y funcionamiento de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de peaje.

También se integra en el grupo normativo mencionado la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas, que dio eficacia retroactiva a sus artículos 6 y 7, modificativos de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010 [...]

Así pues, las previsiones de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, -que constituye la norma de cabecera del grupo normativo- se integran preferentemente con las reglamentarias dictadas en su desarrollo y con los pliegos de cláusulas particulares y generales. Forman una agrupación normativa dotada de coherencia con base en la conexión existente entre sí por razón de destino. Solo en lo no previsto en este entramado de normas -constitutivo de un auténtico subgrupo normativo- entran en juego las propias de la legislación de los contratos del Estado -Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su reglamento de ejecución-. En otros términos, las normas integrantes de la Ley 8/1972 y los pliegos -general y particular- prevalecen sobre las contenidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Así se deduce de la propia Ley de Autopistas, que se remite en determinados aspectos a las normas de desarrollo -v. gr., artículo 4-declarándolas de aplicación preferente a la legislación del contrato [...]

Por consiguiente, el Consejo de Estado considera ajustado a Derecho el modo de configurar el grupo normativo aplicable que informa la propuesta de acuerdo sometido a consulta, frente a lo dicho por los interesados en sus alegaciones. Ello comporta que no se puede privar de eficacia a las cláusulas de los pliegos generales y particulares por el hecho de que eventualmente contravengan las previsiones de las leyes de contratos"

Amén de lo dicho, en esa *Ficha 0* no se impugna aún ninguno de los *criterios de interpretación* que establece el acuerdo recurrido, transcritos en el fundamento de derecho primero de esta sentencia. Por ello, será al analizar los criterios que aquí se impugnen cuando habrá que decidir si se ajustan o no a las reglas de interpretación aplicables y al orden en que deban serlo. De ahí que no quepa hacer en este momento un mayor pronunciamiento.

#### **QUINTO. FICHA I**

##### **I. Planteamiento de la recurrente.**

Aunque esa ficha lleva por epígrafe CRITERIO GENERAL, en realidad no se refiere al que con tal denominación establece el acuerdo recurrido.

En concreto, dice la recurrente que, *En la interpretación del concepto de la RPA, el Acuerdo recurrido incluye conceptos distintos a la RPA, que se refieren a la liquidación de otras relaciones jurídicas concesionales como son la liquidación de (i) las obras adicionales y (ii) los sobrecostes de expropiación soportados por la Concesionaria cuando dichos sobrecostes excedan en un 175% de los iniciales previstos en la oferta de la Concesionaria.*

*Unas y otros, añade, son créditos que ostenta la Concesionaria contra la Administración concedente, no han de incluirse en la RPA, ni, en consecuencia, someterse a sus reglas.*



Tras ello, expone las siguientes razones de ilegalidad de esas dos inclusiones:

"1. La resolución del Contrato conlleva la liquidación de las distintas obligaciones entre las partes, entre las que figura la RPA, pero ésta no es la única obligación a liquidar. Así lo ha confirmado el Consejo de Estado.

La liquidación de estas otras relaciones concesionales debe realizarse una vez resuelta la Concesión, pero al margen de la RPA, sin sujeción a los criterios que presiden ésta.

2. Entre dichas relaciones jurídicas adicionales a la RPA figuran las siguientes:

a) La obligación de liquidar las obras adicionales distintas de las contenidas en los proyectos iniciales y que se han integrado en el dominio público estatal.

Esta parte no renuncia en ningún momento al importe de esas obras adicionales. Pero, por su naturaleza, nada tienen que ver con los conceptos a incluir en la RPA. Como se pone de manifiesto en el Dictamen pericial (pág. 7 y ss.) DOCUMENTO N.º 20, la RPA básicamente consiste en la devolución por la Administración a la Concesionaria del valor patrimonial de la inversión realizada en obras y no amortizada como consecuencia de la resolución anticipada de la Concesión. Dichas obras a las que se refiere la RPA son las contempladas en el proyecto inicial o sus modificados, o las obras que fueron objeto de Real Decreto de Modificación. Pero las obras adicionales no incluidas en proyectos iniciales ni de modificados, o no reconocidas parcial o totalmente con ocasión del Real Decreto de Modificación de la Concesión, que comportan nuevas unidades de obra, una vez resuelto el Contrato, han de liquidarse al margen de la liquidación de la RPA dentro del procedimiento general de liquidación de la Concesión.

No se trata en este caso de que la Concesionaria recupere una inversión realizada y no amortizada, sino que la Administración debe el importe de dichas obras a la Concesionaria, sobre la base de evitar un enriquecimiento injusto. Téngase en cuenta que en el caso de las concesiones que obtuvieron un Real Decreto de reequilibrio, las obras adicionales a que se refería dicha modificación se iban a compensar sin amortización y que incluso se preveía incluso su capitalización ( artículo 2 del Real Decreto 1770/2010), en la medida en que no había percibido desde su ejecución un incremento adicional de tarifas que sufragara su coste. En definitiva, todas aquellas obras adicionales no compensadas han de liquidarse necesariamente una vez resuelto la Concesión, pero no a través del mecanismo de la RPA, sino dentro del procedimiento general de liquidación del Contrato (del que la liquidación de la RPA ha de comportar sólo una parte).

b) Algo parecido sucede en relación con los sobrecostes de las expropiaciones que superaron el 175% del inicialmente previsto.

No cabe duda que los costes de expropiación forman parte de la RPA. Forman parte de la RPA, "el valor patrimonial de: [...] b) Expropiación de terrenos valorada en lo efectivamente pagado a los expropiados en su momento, deduciendo en su caso la cuota de amortización que en función del número de años corresponda de acuerdo al plan económico financiero aprobado".

Pero estos costes expropiatorios son aquellos que debieron ser asumidos por la Concesionaria, no otros cuyo riesgo compete a la Administración. Así se reconoció explícitamente en la DA 41ª y la Exposición de Motivos de la Ley 26/2009:

"En el proceso de construcción de algunas autopistas estatales de peaje, el justiprecio de los terrenos ha sido fijado por acuerdos del Jurado de Expropiación o por sentencias de los Tribunales, que han valorado el suelo muy por encima de las estimaciones que sirvieron de base al contrato de concesión, debiendo las sociedades concesionarias abonarlo dentro de los plazos fijados por las leyes procesales. Para hacer frente a la situación descrita, se hace necesario instrumentar medidas que permitan reequilibrar el modelo concesional".

Es expresivo el compromiso de la Administración que previó el otorgamiento de un préstamo participativo para que la Concesionaria pudiera abonar ese sobrecoste por expropiaciones del 175% inicialmente previsto. Devolviéndose el importe del préstamo necesariamente con el ingreso adicional que hubiera de obtenerse por el incremento de tarifas que se adoptaba para el reequilibrio concesional. En definitiva, era claro que no era un riesgo que tenía que soportar la Concesionaria (vid. Hecho Tercero § 16-19, de esta demanda).

En la RPA se está procediendo a la restitución de una inversión que correspondía acometer a la Concesionaria; pero el sobrecoste al que ahora aludimos nunca debió soportarlo, sino que debió ser soportado por el Estado. No siendo aplicable ya el mecanismo previsto en la DA 41ª de la Ley 26/2009, procede el abono por otra vía.

3. En la medida que son relaciones jurídicas distintas de la RPA, no ha de someterse ni a los límites propios de la RPA (vid. Antecedente de Hecho Tercero y Ficha II, y Ficha IX, pág. 25 de esta demanda), ni al criterio de amortización de la RPA (vid. Ficha VIII de esta demanda), pues nada tiene que ver con el coste de expropiaciones de la RPA.





Por lo anterior, al respetuoso criterio de esta parte, la inclusión de las obras adicionales y de esos sobrecostos expropiatorios en la RPA, suponen una vulneración tanto de lo dispuesto en la cláusula 11 del PCAP que establece como ha de llevarse a cabo el cómputo y la liquidación de la RPA como de las obras reconocidas con ocasión de la Modificación de la Concesión al albur de la DA 41ª de la Ley 26/2009. En ambos casos, el coste de dichas inversiones no corresponde abonarlas a la Concesionaria, sino a la Administración concedente al margen de la RPA, y dentro del procedimiento general de liquidación de la Concesión".

Y, en consecuencia, solicita de esta Sala que:

**a)** Anule el criterio interpretativo del Acuerdo recurrido por el que la liquidación de las inversiones por obras adicionales no incluidas en proyectos iniciales ni modificados, o no reconocidos parcial o totalmente con ocasión del Real Decreto de Modificación de la Concesión, que comportan nuevas unidades de obra y se han integrado en el dominio público, se sujetan a reglas de amortización y límites aplicables a la RPA.

**b)** Declare que la liquidación de esas obras adicionales, así como del sobrecoste de las expropiaciones que excedió en un 175% del inicialmente previsto, a cuyos importes en ningún caso renuncia esta parte, han de sustanciarse dentro del procedimiento de liquidación de la Concesión, al margen de la RPA, y que, en consecuencia, no les son de aplicación las previsiones sobre amortización y límites contenidas en los apartados IV y V del Acuerdo recurrido".

## II. Planteamiento de la Administración demandada.

Trae a colación la sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 2017, dictada en el recurso 446/2012, afirmando que la recurrente no puede volver a reclamar lo que ya le fue negado y confirmado por sentencia firme. Dice también que no es posible apreciar si existe o no derecho al cobro de lo efectivamente realizado, transcribiendo en ese momento los párrafos 3º y 4º del fundamento de derecho noveno de la sentencia de esta Sala de 15 de febrero de 2018, dictada en el recurso 2723/2015. Luego se refiere a la sentencia, asimismo de esta Sala, de 9 de mayo de 2014, dictada en el recurso 1457/2013. A la sentencia, igualmente de esta Sala, de 22 de mayo de 2019, dictada en el recurso 398/2014. Y, en fin, a las sentencias de 15 de octubre de 2019 (recurso 427/2018), 17 de octubre de 2019 (recurso 426/2018) y 21 de octubre de 2019 (recurso 7/2019).

Tras ello, sostiene, o así parece, que las obras adicionales pueden incluirse en la RPA, porque caso contrario no serían compensables nunca. Y que, por otro lado, el que los justiprecios derivados de las expropiaciones sean superiores a los previstos en las ofertas del licitador adjudicatario, está expresamente previsto, como señala la cláusula 57 PCG:

*"En los casos en que proceda la valoración de los bienes y derechos expropiados, y singularmente en los supuestos contemplados en el capítulo IX de este pliego de cláusulas, dicha valoración tendrá un límite máximo que se aplicará cuando la realidad de lo abonado por dicho concepto sea superior el mismo. Este límite será la cantidad prevista para el pago de las expropiaciones, según lo especificado en el apartado r) de la cláusula 8."*

## III. Decisión de la Sala.

La resolución de esta controversia y de otras que se plantean en este recurso, viene determinada por la concepción y alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) que se está cuestionando.

A tal efecto, la RPA es consecuencia del correspondiente acuerdo del Consejo de Ministros de resolución del contrato a la vista de la declaración de concurso de acreedores y apertura de la fase de liquidación de la concesionaria, acuerdo en el que, entre otras cuestiones, se dispone la liquidación del contrato, con la debida cuantificación de la RPA. Se trata de la extinción de la concesión por una causa de resolución legalmente establecida [art. 32.4 Ley 8/1972; arts. 112.b) y 113.2 de LCAP-; cláusula 109 PCG], de manera que, lo primero que se observa es que no responde a la liquidación del contrato por cumplimiento del mismo ni, por lo tanto, de las prestaciones de las partes derivadas de la consumación de sus efectos, es decir, de la concesión, y, en concreto, no se trata del pago del precio o retribución a la concesionaria de las obras realizadas.

Por el contrario, la resolución del contrato y extinción de la concesión determina el cese de la concesionaria en la prestación del servicio para el que fue prevista y para el que se llevaron a cabo las correspondientes obras e inversiones, de manera que, para la continuidad en su correcta prestación, la Administración, en este caso el Ministerio de Fomento a través de la entidad SEITTSA, se hace cargo de su gestión y explotación. Como establece la cláusula 109 del PCG, *"la Administración se hará cargo del servicio, liquidando las inversiones hechas por el concesionario en terrenos, obras e instalaciones, con arreglo a lo dispuesto para el caso de resolución por incumplimiento"*. Y es a estos efectos que se regula y establece la RPA, con el objeto de compensar a la concesionaria por el cese anticipado en la explotación de la concesión.

Sobre su alcance, cabe destacar las siguientes circunstancias: la RPA forma parte de las cláusulas y pactos contractuales, como resulta, entre otras previsiones, de la cláusula 8, letras q) y r), del PCG aprobado



por Decreto 215/1973, que, entre los extremos que necesariamente deben figurar en las proposiciones que presenten los concursantes, incluye las cifras propuestas para la ejecución de las obras y abono de las expropiaciones, a las que quedará limitada convencionalmente la RPA. Este carácter convencional y consiguiente respeto a lo pactado incide directamente en su determinación, que viene delimitada tanto en cuanto a los conceptos que han de valorarse como al importe máximo por lo expresamente pactado. Así se establece con carácter general en la cláusula 107.e) del PCG y resulta de los PCAP, en este caso de la cláusula 35.2, que excluye la aplicación de la anterior, pero establece una regulación similar, ya transcrita en el fundamento de derecho primero de esta sentencia pero que conviene recordar:

"Cláusula 35. Extinción y liquidación de la concesión.

La extinción de la concesión se atenderá lo dispuesto en los artículos 32 y 34 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo; a la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas y a la sección 3 del capítulo IX del pliego de cláusulas generales, con las siguientes especialidades:

[...]

**2.** No será de aplicación el apartado e) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales. Así, en los casos en que la extinción se produjese por las causas a que se refieren las cláusulas 107 [incumplimiento de las obligaciones impuestas por el concesionario], 108 [extinción de la personalidad jurídica del concesionario] y 109 [quiebra del concesionario -hoy concurso de acreedores-] del pliego de cláusulas generales, la Administración devolverá al concesionario cuyo contrato hubiese sido declarado resuelto el valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista en razón de:

- a)** *Expropiación de terrenos valorada en lo efectivamente pagado a los expropiados en su momento, deduciendo en su caso la cuota de amortización que en función del número de años corresponda.*
- b)** *Obras de construcción valoradas en lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por el Ministerio de Fomento y a los precios en que en ellos figuren, deduciendo la cuota de amortización o la dotación acumulada al fondo de reversión que en función del número de años corresponda.*
- c)** *Bienes inmuebles incorporados que sean necesarios para la explotación, valorados a su coste de adquisición neto de las amortizaciones que en función de su vida útil corresponda.*

En ningún caso se abonarán indemnizaciones por conceptos diferentes a los expresados, como pueden ser: gastos de constitución de la sociedad, estudios y proyectos, dirección de obra, gastos financieros, etc.

En todo caso no se superarán los límites máximos que en cuanto a la responsabilidad patrimonial se establezcan en el Real Decreto de adjudicación, de acuerdo con la propuesta realizada".

En el mismo sentido, la cláusula 74 del PCG establece:

"La responsabilidad patrimonial de la Administración en todos los casos, y singularmente en los supuestos de liquidación contemplados en el capítulo IX de este pliego de cláusulas, quedará limitada convencionalmente a la cantidad prevista para el costo de las obras en la oferta presentada por el concesionario, incrementada, en su caso, por los aumentos de las modificaciones de los proyectos aprobados producidas, a requerimiento de la Administración."

Por su parte, el art. 24 de la Ley 8/1972 dispone:

- 1.** El Gobierno, a propuesta del Ministro de Obras Públicas, podrá modificar, por razón de interés público, las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, con informe previo del de Hacienda si las modificaciones afectan al régimen económico-financiero de la concesión.
- 2.** En este último supuesto y mediante las correcciones necesarias, se procurará de nuevo el equilibrio económico-financiero de la concesionaria de modo que, considerando los parámetros objetivos previstos en el plan económico-financiero, resulten compensados el interés general y el interés de la empresa explotadora.
- 3.** Si la iniciativa de las modificaciones corresponde al concesionario, las resoluciones que se adopten no deberán repercutir en el régimen de tarifas ni en el reconocimiento de una mayor inversión a los efectos de extinción del contrato."

Pues bien, tanto en los PCAP como en el PCG se concretan las obras valorables a las definidas en los proyectos aprobados por la Administración ya sean los iniciales o los modificados, previsión que forma parte de lo convenido entre las partes y a la que, por tanto, ha de estarse, sin que pueda prosperar en contrario la invocación, que hará la parte recurrente como veremos en la siguiente ficha, de criterios o jurisprudencia establecida a otros efectos, como es la retribución o pago de la obra que se refiere a la realmente ejecutada, abono del precio de distinto alcance y naturaleza que la RPA que aquí se cuestiona y que viene referida a la



explotación de la concesión que la concesionaria deja de patrimonializar a través de los ingresos derivados de la misma, que, como señala la Abogacía del Estado, responden a las obras aprobadas o reconocidas a tal efecto.

Son las obras definidas en los proyectos aprobados, inicialmente o modificados, las que delimitan la inversión contractualmente exigible y determinan el régimen de amortización mediante las correspondientes tarifas, y es a dicha inversión a la que va referido el límite de la RPA establecido en la oferta y, en su caso, ampliado por los proyectos modificados aprobados por la Administración (C. 74 PCG), sin que las modificaciones que respondan a la iniciativa del concesionario repercutan en el régimen de tarifas ni en el reconocimiento de una mayor inversión a efectos de la extinción del contrato, es decir, de la RPA ( art. 24.3 Ley 8/1972).

No cabe, pues, alterar los términos de la explotación, cuyas tarifas o ingresos se establecen en relación con las obras e inversiones previstas en los correspondientes proyectos o modificados aprobados por la Administración y a ellos va referida la correspondiente amortización y la RPA. Y es a la realización de estas obras e inversiones previstas a la que se contrae el cómputo de la RPA. En otras palabras, se computan como inversiones en obras las que resultan contractualmente exigibles, al haber sido definidas en los correspondientes proyectos, iniciales o modificados, aprobados por la Administración, y que hayan sido efectivamente realizadas. No más allá.

Ello no impide que el concesionario reivindique a la Administración el reconocimiento de la realización de obras o inversiones que entienda computables a tales efectos, reivindicación o litigio cuya pendencia o resultado, justificados, habrá de tenerse en cuenta, en su caso, en la determinación de la RPA.

Por todo lo dicho, y porque en realidad el acuerdo recurrido no lleva a cabo aquello que le imputa la parte recurrente en esta ficha, debemos desestimar las pretensiones deducidas en ella, añadiendo lo siguiente:

**a)** El acuerdo recurrido no incorpora a la RPA todas las obras adicionales, sino, únicamente, las que cumpliendo las condiciones que estableció la Disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (esto es: las ya ejecutadas al tiempo de la entrada en vigor de esa Ley y no previstas en los proyectos iniciales, y que se encontraran integradas en el dominio público estatal por ser de interés para la Administración concedente), hubieran sido reconocidas como tales mediante resolución administrativa expresa dictada al amparo de esa norma.

Esa concreta incorporación se hace en virtud de un criterio que este Tribunal considera acertado: el de la identidad de razón entre esas obras adicionales amparadas por una ley especial, que pasan así, al ser expresamente reconocidas, a constituir una nueva modificación, y las modificaciones cuyo proyecto hubiera sido aprobado por la Administración.

En consecuencia, respecto de otras obras adicionales que el acuerdo recurrido no computa para el cálculo de la RPA -con criterio acertado-, podrá la Concesionaria, si no lo hubiera hecho ya, ejercitar las acciones que crea que le asisten.

**b)** Con el mismo acierto, dicho acuerdo no computa para ese cálculo las inversiones por expropiaciones que no estén acreditadas, quedando a salvo, de nuevo, el ejercicio por la Concesionaria de las acciones que crea que le asisten para recuperar lo que le corresponda por otras inversiones realizadas por ese mismo concepto, si así hubiera sido.

## **SEXTO. FICHA II**

### **I. Planteamiento de la parte recurrente.**

**a)** Enlazando con lo que argumentó en la ficha anterior, en ésta pretende que anulemos *el criterio interpretativo del Acuerdo recurrido por el que se incluye dentro del concepto de RPA el abono de las inversiones por obras adicionales sólo si han supuesto formalmente una modificación del contrato y han sido reconocidas mediante resolución administrativa al amparo de lo dispuesto en la DA 41ª de la Ley 26/2009* ; declarando que *el criterio interpretativo debe reconocer que las obras adicionales que las concesionarias hicieron a requerimiento de la Administración y que hayan entrado a formar parte del dominio público estatal, han de ser abonadas por la Administración en el procedimiento de liquidación de la Concesión, sin sujetarse a las reglas de determinación de la RPA, y con la misma capitalización que la prevista en el artículo 2 del Real Decreto 1770/2010* .

En apoyo de tal pretensión afirma como cierto que la Concesionaria ejecutó y financió obras a requerimiento de la Administración que, a pesar de haber entrado en el dominio público estatal, no han sido reconocidas, ocasionando para aquélla un claro perjuicio. E invoca la jurisprudencia de este Tribunal referida a los contratos de obra, de aplicación analógica a su juicio, conforme a la cual el contratista tiene derecho al cobro de toda la obra real y efectivamente realizada que, de cualquier modo, revierta a la Administración, incluyendo también aquellas unidades ejecutadas no contempladas en el proyecto pero que hayan sido acordadas por ambas



partes sin formular reparo alguno. A título de ejemplo, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 abril de 1994 (Recurso núm. 8978/1990), en la que se afirma lo siguiente: "es jurisprudencia constante de este Tribunal -por ejemplo, Sentencia de 18 junio 1985- que la inalterabilidad de los contratos administrativos no puede conducir a un "enriquecimiento" de la Administración y en perjuicio del contratista, aunque se trate de obras no aprobadas u ordenadas formalmente".

b) Amén de lo anterior, y aunque no se deduce una pretensión explícita sobre ello, argumenta también la parte que, *en todo caso, debe incluirse el denominado beneficio industrial asociado a la ejecución de las obras, conforme se reconocía en el artículo 68 del Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, así como en el artículo 131 del vigente Real Decreto 1098/2001* .

## II. Planteamiento de la Administración demandada.

A su juicio, las obras a las que parece referirse aquí la parte recurrente, que no son modificaciones de proyectos ni de obras, y que, además, no han sido reconocidas por la Administración, no son susceptibles de ser compensadas de forma alguna. Si no pueden incluirse en la RPA, añade, con menor motivo cabe su pago separado. Y dice acto seguido que, las obras susceptibles de ser incluidas en el RPA, y no contempladas en los proyectos originarios aprobados por la Administración, deben ser aquellas que pueden dar lugar a la modificación de la concesión.

Tras ello se refiere al artículo 24 de la Ley 8/1972, subrayando lo dispuesto en su apartado tres; a las cláusulas 101, 102 y 65 del PCG; a la cláusula 51 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado (Decreto 3854/197, de 31 de diciembre); a la cláusula 47 del Decreto 315/1973, de la que subraya el inciso final de su primer párrafo; a la cláusula 74 del PCG; a la cláusula 5.12 del PCAP; y a la Disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, para terminar afirmando que no es admisible, como señala el acuerdo recurrido, que se incluyan obras ajenas a las en él previstas.

## III. Decisión de la Sala.

1º. En realidad, lo que hemos indicado como pretendido en la letra a) del apartado I de este mismo fundamento, ya ha sido respondido al analizar la ficha anterior. El acuerdo recurrido es acertado cuando incluye para el cálculo de la RPA las obras adicionales que, cumpliendo las condiciones que estableció la Disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (esto es: las ya ejecutadas al tiempo de la entrada en vigor de esa Ley y no previstas en los proyectos iniciales, y que se encontraran integradas en el dominio público estatal por ser de interés para la Administración concedente), hubieran sido reconocidas como tales mediante resolución administrativa expresa dictada al amparo de esa norma (como ha sido en este caso el Real Decreto 1770/2010). Y también lo es cuando no incluye otras adicionales. Ello, sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de acciones que allí indicamos.

Recordemos, con más detalle, lo que dice sobre ese particular el acuerdo recurrido tras transcribir, en lo pertinente, la Disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre:

"[...]

De este modo, el legislador vino a reconocer que, al construirse determinadas autopistas (las mencionadas en el apartado Uno de la misma disposición adicional) se ejecutaron obras adicionales al margen de los proyectos ("no previstas en los proyectos iniciales").

Sobre esa premisa, dicha ley estableció un mecanismo "excepcional" para compensar a los concesionarios por tales obras adicionales, con tal que hubieran sido "ejecutadas al tiempo de la entrada en vigor de esta ley" y que se encontraran "integradas en el dominio público estatal" y fueran "de interés para la Administración concedente".

En consecuencia, la resolución administrativa que reconoció esas obras adicionales equivaldría a una modificación ("a posteriori") de la concesión.

Esa identidad de razón (entre estas obras adicionales amparadas por una ley especial y la modificación) justifica que deban computarse como inversión las "obras adicionales" a que se refiere la disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010; siempre que hayan sido reconocidas mediante resolución expresa dictada al amparo de dicha norma.

"[...]"

Amén de lo dicho hasta aquí, debemos añadir que para el cálculo de la RPA no es de aplicación la jurisprudencia que invoca -como ya dijimos al responder la ficha anterior-, referida a una situación, no de resolución, sino de cumplimiento, de consumación del contrato, con la consiguiente liquidación del mismo en todos sus extremos. Y sin que pueda extenderse el régimen previsto en el Real Decreto 1770/2010, por el que se reconocen a la



actora obras adicionales al amparo de la disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, a obras adicionales no reconocidas por la Administración conforme hemos explicado.

2º. Por lo que hace a lo que implícitamente hay que entender pretendido cuando alega lo que hemos reflejado en la letra b) de ese mismo apartado I, es decir, a la inclusión del beneficio industrial abonado por el contratista al ejecutor de la obra, ahí hay que dar la razón a la parte recurrente. El Acuerdo impugnado justifica la consideración al efecto del presupuesto de ejecución por contrata (no del de ejecución material), en cuanto es el que figura en las resoluciones administrativas que aprobaron los proyectos presentados y al reconocer las obras adicionales, lo que resulta congruente con lo que se expuso sobre el alcance de la RPA. Sin embargo, cuando se refiere al contenido del concepto, considera presupuesto de ejecución por contrata el de ejecución material más los gastos generales cifrados en el porcentaje correspondiente, invocando al efecto el art. 68 del RCE de 1975 y el art. 131 del RCAP de 2001, sin hacer referencia al 6 por 100 del beneficio industrial del contratista, al que se refieren ambos preceptos como integrante del presupuesto de ejecución por contrata, equivalente al presupuesto base de licitación, sin que se justifique dicha omisión, por lo que, en congruencia con el fundamento del propio Acuerdo, habrá de entenderse que el presupuesto de ejecución por contrata incluye, de conformidad con los preceptos invocados, el correspondiente beneficio industrial.

### **SÉPTIMO. FICHA III**

Se refiere a aquel particular del acuerdo recurrido que excluye de la partida de inversiones por expropiación los justiprecios que se sustituyeron por cesiones de aprovechamiento urbanístico, salvo que, pese a haberse celebrado un convenio a tal fin, se hayan realizado abonos por aquel concepto por la concesionaria y ésta lo demuestre. A su juicio, aquella exclusión supone minorar las inversiones por expropiaciones no amortizadas.

Las razones de ilegalidad que imputa a ese particular son las siguientes:

"1. De conformidad con lo dispuesto en la cláusula 35 del PCAP, formarán parte de la RPA, "el valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista en razón de: a) Expropiación de terrenos valorada en lo efectivamente pagado a los expropiados en su momento, deduciendo la cuota de amortización que en función del número de años corresponda. [...]"

La interpretación literal de esa cláusula del PCAP determina que el "valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista" es efectivamente eso, el valor que tienen las inversiones que en su día acometieron las concesionarias para la obtención de los terrenos donde se emplaza la Infraestructura a través de la institución de la expropiación forzosa. Y entre dichas inversiones figuran los justiprecios ya sean determinados por órganos administrativo y/o judiciales, ya sean fijados por mutuo acuerdo, por cesión de aprovechamientos urbanísticos.

Es claro que la cesión de los aprovechamientos urbanísticos es un sustitutivo del justiprecio, y como tal debe formar parte del cómputo de la RPA, por una obvia aplicación del principio de subrogación real. No puede admitirse bajo ningún concepto que el valor de estos derechos sea equivalente a cero en todos los casos. El concepto 'pago' no ha de limitarse al pago en metálico, ya que el pago, en términos jurídicos, comprende el pago en especie (posibilidad de justiprecio in natura).

2. Pero es que, desde una perspectiva contable tampoco es admisible el criterio del Acuerdo recurrido. Éste pretende agregar (abonar) como valor patrimonial de las inversiones por razón de las expropiaciones en el cálculo de la RPA solo los justiprecios e intereses y eliminar la sustitución del justiprecio por cesión de aprovechamientos urbanísticos por entender que no están relacionados directamente al valor patrimonial de la finca expropiada. Nada más lejos de la realidad ya que tales derechos tienen la naturaleza de inversión.

Como señala el Dictamen pericial (pág. 16 y ss.) DOCUMENTO N.º 20, toda inversión hace referencia a activos (bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados), de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro.

Siguiendo la normativa contable que resulta de aplicación, "[e]n el epígrafe "Activo intangible, acuerdos de concesión" se recoge la inversión que se encuentra en explotación, que incluye el coste total incurrido en la ejecución de la obra en concepto de construcción de las obras e instalaciones, estudios y proyectos, expropiaciones, dirección y gastos de administración de obras, así como los intereses de la financiación destinada a financiar su construcción, hasta la puesta en servicio de la autopista de peaje".

De hecho, así, como activos, se han recogido en los balances de las concesionarias en la medida en que cumplen con los criterios que define el MCC (Marco Conceptual de la Contabilidad) del PGC: "Solo se activarán los costes de licitación incurridos que procedan de actividades técnicas directamente relacionados con el acuerdo concesional y de naturaleza incremental, es decir, los costes en los que se haya incurrido con ocasión del acuerdo concesional".



Finalmente debe señalarse que, con ocasión de la censura de las cuentas de la Concesionaria, la Delegación del Gobierno no puso ningún reparo sobre la activación como inversión de estos justiprecios in natura y por mutuo acuerdo (vid. DOCUMENTO N.º 6 adjunto).

La no inclusión en el concepto de inversiones por expropiaciones de la RPA de la cesión de derechos urbanísticos, resulta contrario a la interpretación literal de los PCAP, que exigen la inclusión de " *lo efectivamente pagado a los expropiados*", contraviniendo el artículo 1281 Cc (Código Civil).

En la medida que dichas inversiones expropiatorias han de ser tenidas en cuenta para determinar la RPA, es preciso que se arbitren los mecanismos para ser evaluadas económicamente. A tal fin, entiende esta parte que debiera considerarse el valor que se le asignó (o en su defecto, que le hubiese correspondido) en el momento de formalización del convenio con el expropiado. Ése es el momento relevante conforme a la normativa expropiatoria según lo dispuesto en el artículo 36 de la LEF.

Y, conforme a ello, solicita de esta Sala que:

**a)** Anule el criterio interpretativo por el que se prevé la exclusión de la RPA del importe de los justiprecios que hayan sido sustituidos por cesión de aprovechamientos urbanísticos, dispuesto en las págs. 21, 43 y 48 del Acuerdo recurrido.

**b)** Declare que el criterio interpretativo debe reconocer la necesidad de que la Administración al determinar la RPA, proceda a la valoración económica de estos bienes expropiados conforme a la monetización de los aprovechamientos urbanísticos contenida (o en su defecto, que le hubiese correspondido) en el momento de formalización del convenio con el expropiado.

## II. Planteamiento de la Administración demandada.

A su juicio, en esos casos no existe cesión alguna, sino retención por el propietario del aprovechamiento urbanístico señalado por el planeamiento al suelo destinado al sistema general de comunicaciones. Que es una fórmula común de obtención de suelo dotacional sin esperar al desarrollo, ejecución y equidistribución del planeamiento.

No existe un pago, ni directo ni por permuta, siendo el mismo un requisito necesario y lógico para que se incluyan los justiprecios en la RPA, como señala la cláusula 35.2.a) PCAP (antes transcrita).

Incluso aunque exista cesión de aprovechamiento urbanístico como pago del justiprecio, tampoco procede su inclusión en la RPA, porque ese aprovechamiento se habrá adquirido como pago de otros justiprecios (que sí se incluirán en la RPA), por lo que ya es tenido en cuenta en la RPA.

En todo caso, el acuerdo recurrido dice: "*En consecuencia, no se computará como inversión, el valor de los terrenos que iban a ser expropiados pero que han sido obtenidos, sin abonar justiprecio alguno, mediante un convenio sobre cesión de aprovechamientos urbanísticos; salvo que, pese a haberse celebrado un convenio urbanístico, se hayan realizado abonos en concepto de expropiaciones por la sociedad concesionaria y esta los justifique*".

Por lo que, si efectivamente ha habido pagos por la concesionaria, podrá hacerlos valer.

## III. Decisión de la Sala.

No puede acogerse la pretensión que se deduce en la ficha que analizamos -cómputo para el cálculo de la RPA de la sustitución del justiprecio por la cesión de aprovechamientos urbanísticos como valor patrimonial de la inversión en expropiaciones-, pues una cosa es que esa cesión de aprovechamientos tenga un valor patrimonial, que, lógicamente, es la razón por la que el expropiado la acepta en sustitución del justiprecio expropiatorio, y otra muy distinta que ello constituya una inversión del concesionario, que nada aporta al efecto y, por lo tanto, no puede incluirse entre sus aportaciones a efectos de determinar la RPA.

En los supuestos en que los correspondientes convenios no llegaran a tener efecto, el propio acuerdo impugnado establece que, si el concesionario hubiera realizado algún abono en relación con tales expropiaciones, se reconocerán esas cantidades; solución a la que también habrá de estarse si el incumplimiento de lo convenido llegara a suponer para el concesionario el abono de cantidades al respecto.

## OCTAVO. FICHA IV

### I. Planteamiento de la parte recurrente.

Discrepa de que el Acuerdo recurrido no considere a efectos de cómputo de la RPA como inversión, las costas procesales a que hubiere sido condenada la concesionaria en los procesos en los que sostuvo un menor



justiprecio del finalmente señalado por los órganos judiciales. Extremo para el que expone las siguientes razones de ilegalidad:

"No se aprecian razones consistentes para excluir las costas procesales abonadas por la Concesionaria en aquellos procesos en los que precisamente pretendía que el justiprecio se ajustara a las determinaciones iniciales contenidas en el proyecto. Es un coste real más que tuvo que afrontar como consecuencia precisamente de la adquisición de los terrenos por vía expropiatoria.

Es más, la posición de la concesionaria en el proceso judicial fue la de defender la legalidad de la resolución del Jurado Provincial de Expropiación. Se trata de una intervención procesal necesaria en atención a la condición de beneficiario de la expropiación y adhesiva a la defensa de la Administración. En definitiva, el acto causante de dicho proceso no fue de la concesionaria, sino de la Administración (i.e., las resoluciones del Jurado).

En todo caso, la falta de reciprocidad del Acuerdo recurrido es palmaria. Resulta un hecho incontrovertido que la Administración se reserva el derecho a deducir las costas soportadas por ella, mientras no contempla un criterio idéntico o similar a las concesionarias, vulnerando así las normas de interpretación de los contratos (nos remitimos a la Ficha 0).

Si finalmente se considera que las costas procesales deben quedar excluidas del cómputo de la RPA, tampoco las costas procesales en las que incurrió el Estado, y las que tuvo que abonar en lugar de la Concesionaria pueden minorar el importe de la RPA al albur de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 1/2014, so pena de incurrir en discriminación e interpretación anticonstitucional del mismo.

Estas costas que ha abonado el Estado podrán constituir un crédito contra la Concesionaria, que ha de integrarse en el procedimiento concursal. Pero no pueden minorar la RPA por razones evidentes de reciprocidad.

Y, con sustento en tales razones, solicita de esta Sala que:

- a) Anule el criterio interpretativo de exclusión de que las costas procesales abonadas por las concesionarias no han integrarse en la RPA, fijado en las págs. 21 y 48 del Acuerdo recurrido.
- b) Declare que el criterio interpretativo debe recoger que deben formar parte del concepto inversiones por expropiaciones de la RPA, las costas procesales que hayan abonado efectivamente las concesionarias.
- c) Subsidiariamente al anterior, que las costas procesales en las que incurrió el Estado, y las que tuvo que abonar en lugar de la Concesionaria, no pueden minorar el importe de la RPA al albur de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 1/2014.

## II. *Planteamiento de la Administración demandada.*

Argumenta que las costas procesales tienen un régimen específico, establecido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, que las hace recaer sobre los litigantes y en función de la mala fe o temeridad, antes, o del vencimiento (desde la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, y respecto de los recursos iniciados después de su vigencia). Lo que no hace posible el traslado de su importe a terceros ajenos a la concreta posición procesal de la parte litigante. Por cuanto la posición como codemandada de la concesionaria es por su voluntad.

En cuanto a que la Administración carga a la concesionaria las costas procesales propias y las que ha debido satisfacer por la recurrente, no nos consta que haya sucedido, ni que pueda tener fundamento jurídico.

El argumento de la demanda sobre el contenido del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, que modifica el artículo 17.2 de la Ley 8/1972, solo puede tener una explicación, que es que confunde las costas procesales con las indemnizaciones derivadas de un procedimiento expropiatorio.

## III. *Decisión de la Sala.*

Las pretensiones han de correr distinta suerte:

1º. De desestimación las dos primeras, es decir, la de las letras a) y b). Ello, por la razón expresada en el acuerdo impugnado, de falta de relación directa con el valor patrimonial de la finca expropiada; o lo que es igual, con la inversión que la concesionaria hubo de hacer para su expropiación. Y porque la imputación de las costas procesales responde a la actitud y justificación por la parte de las pretensiones ejercitadas en el proceso, al margen del contenido patrimonial del mismo.

2º. Y de estimación la tercera, es decir, la de la letra c), que se deduce con carácter subsidiario. En efecto, aunque se reconoce en el escrito de contestación a la demanda, como acabamos de ver, que no podría tener fundamento jurídico que la Administración cargara a la concesionaria las costas procesales propias y las que



ha debido satisfacer por la recurrente, es lo cierto que el acuerdo recurrido, en el criterio de interpretación 7, referido a la minoración de la RPA, párrafo primero, dice literalmente que: "El '*importe global*' de la RPA ( '*valor patrimonial*' de obras más expropiaciones hasta el límite respectivo) debe minorarse con las '*indemnizaciones de toda índole*' (justiprecio, intereses y costas) que, ante el impago por el concesionario, ha tenido que asumir el Estado". Incluye pues, entre los conceptos susceptibles de minorar el importe de la RPA, las costas. Pero tal inclusión, la de las costas, es desacertada y carece de fundamento jurídico:

De un lado, por las mismas razones que se han excluido respecto del concesionario en la determinación de sus inversiones. Y, de otro, porque su inclusión no viene autorizada por el precepto de aquel Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, que habría de tomarse en consideración, esto es, su artículo 6, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 6. Modificación de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

Se modifica el apartado dos del artículo diecisiete de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que queda redactado en los siguientes términos:

"Dos. En el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto.

No obstante, si el concesionario no cumpliera dichas obligaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, el Estado tuviera que hacerse cargo de abonar tales indemnizaciones a los expropiados, éste quedará subrogado en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo del Estado, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración."

Artículo que, como vemos, en absoluto se refiere al concepto de las costas procesales.

## **NOVENO. FICHA V**

### **I. Planteamiento de la parte recurrente.**

Identifica la cuestión controvertida diciendo que el Acuerdo recurrido considera que los intereses abonados por la Administración que sean imputables a la Concesionaria deben descontarse de la RPA al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 1/2014. Pero nada dice respecto de los intereses cuyo devengo es imputable a la Administración y que se han abonado por ésta, o por la Concesionaria.

Sobre ella expone las siguientes razones de ilegalidad:

1. Es claro que como tiene declarado reiteradamente esa Excm. Sala, "la demora en la fijación del justiprecio [por el Jurado], ha generado responsabilidad, permitiendo que nazca a favor de la propiedad expropiada el correlativo derecho a intereses de demora. Tal demora ha de ser imputada al Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Madrid, y por tanto a la Administración de la que depende [...]. Por consiguiente, la Administración de la que depende el Jurado de Expropiación Forzosa habrá de responder, quedando obligada al abono de los intereses de demora" (por todas, la STS de 15 de julio de 2013 -Rec. n.º 3645/2011-). Dicha doctrina, obviamente, es extensible en el caso de que la demora en el abono de los justiprecios haya sido imputable a la Administración obligada a su pago, toda vez que se debe a la Administración, y solo a ella, la tramitación indebida del expediente expropiatorio.

2. Frente al criterio recogido en el Acuerdo recurrido, a los efectos determinar cómo han de computarse los intereses de demora, debe distinguirse según a quién resulte imputable el devengo de dichos intereses, esto es, a la Concesionaria o a la Administración:

**a)** Cuando el devengo de los intereses moratorios es imputable a la Administración (ya sea a la Administración concedente o al Jurado), deberán adoptarse los siguientes criterios:

(i) Si los intereses han sido abonados por la Administración a los expropiados, estos intereses no deberán computarse a efectos de inversión, ni minorarse de la RPA, puesto que se trata de importes imputables enteramente a la Administración y que, por tanto, le corresponde asumir (como así se reconoce en el dictamen del Consejo de Estado).

(ii) Si los intereses han sido pagados por la Concesionaria a los expropiados (a pesar de que son imputables a la Administración), la Administración deberá abonar íntegramente al Concesionario esta cantidad, esto es, sin





amortizar y sin sujeción a límite alguno. Además, estos importes deberán actualizarse mediante la aplicación del interés desde que fueron abonados por el Concesionario y hasta su efectivo cobro de la Administración.

**b)** Cuando el devengo de los intereses moratorios es imputable al Contratista, deberán adoptarse los siguientes criterios:

(i) Si los intereses han sido abonados por la Concesionaria a los expropiados, estos intereses no deberán computarse a efectos de inversión, siempre que así se pruebe por la Administración (vid. Ficha XVI).

(ii) Si los intereses se han satisfecho por la Administración a los expropiados (cuando correspondía asumirlos al Concesionario), y siempre que lo pruebe (vid. Ficha XVI) la Administración ostentará un crédito frente a la Concesionaria por dicho importe, crédito al que deberá otorgársele el tratamiento que corresponda en el seno del concurso, conforme a la legislación concursal; lo que no resulta procedente en ningún caso es que estas cantidades se minoren de la RPA, pues ello supondría un cobro por compensación contrario a las normas que rigen el concurso.

Y, con arreglo a ello, solicita de esta Sala que haga las declaraciones expresadas en ese número 2 que acabamos de transcribir.

## II. Planteamiento de la Administración demandada.

Comienza transcribiendo lo que dice el acuerdo recurrido cuando concluye sus razonamientos sobre ese particular (apartado III.2.b), que es, literalmente, lo que sigue:

"En consecuencia, conforme al dictamen del Consejo de Estado:

Los intereses de demora derivados de la expropiación se computarán como inversión, salvo que hayan sido ya amortizados por los concesionarios o salvo que sean imputables al concesionario, por haberse devengado al no haber abonado este en plazo los importes debidos de los justiprecios. No obstante, en caso de haber abonado la Administración directamente al expropiado los citados intereses, en virtud de resolución judicial, su importe deberá ser descontado del valor patrimonial de las inversiones en aplicación de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo".

Después, transcribe ese artículo 17.2, que fue modificado por el artículo 6 de aquel Real Decreto-ley 1/2014, antes transcrito, pero que recordamos de nuevo:

"Dos. En el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto.

No obstante, si el concesionario no cumpliera dichas obligaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, el Estado tuviera que hacerse cargo de abonar tales indemnizaciones a los expropiados, éste quedará subrogado en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo del Estado, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración".

Y añade:

No es una cuestión de compensación de créditos. Sino de la finalidad de la RPA y su limitación. En punto a expropiaciones es la cantidad máxima que la Administración está dispuesta a asumir por este concepto. Pues bien, es indiferente si la Administración paga al concesionario -beneficiario de la expropiación- o directamente al expropiado -ya fuera por mandato judicial o por doctrina de la Sala- Porque por contrato la Administración ha asumido una cifra máxima. Sin que se pueda ver alterada por circunstancias ajenas al contrato concesional.

La demanda carece de fundamentación jurídica alguna, y no suscita cuestión alguna de interpretación del contrato. Aparte de sus propios deseos.

## III. Decisión de la Sala.

El planteamiento de la recurrente en relación con los intereses toma en consideración, únicamente, la circunstancia de que su devengo sea imputable a la Administración o al concesionario, cuando el cómputo a efectos de la RPA resulta de su relación con la determinación del justiprecio.

Como se recoge en el acuerdo impugnado, por referencia al dictamen del Consejo de Estado, y se ha declarado por la jurisprudencia de esta Sala, los intereses debidos forman parte del justiprecio y por lo tanto de la inversión por la expropiación; justiprecio o inversión que puede verse modificada cuando la demora en el pago de la cantidad fijada como justiprecio es superior a dos años, en cuyo caso no se conforma con el abono de intereses sino que es necesario llevar a cabo la retasación, fijando un nuevo justiprecio.



En consecuencia, los intereses integran en todo caso el justiprecio que se abona al expropiado y, por lo tanto, la inversión en expropiaciones.

Ahora bien, la imputación de esta inversión al concesionario y, por lo tanto, al concepto de RPA, se limitará a los que, siendo debidos y efectivamente satisfechos por el concesionario, no se hayan devengado como consecuencia de su demora en el pago, no computándose los intereses imputables y debidos por la Administración, salvo que a pesar de ello hayan sido satisfechos por el concesionario, y tampoco los que, siendo debidos por el concesionario, hayan sido satisfechos por la Administración en virtud de resolución judicial.

Decisión, la del párrafo anterior, que coincide con las previsiones del apartado III.2.b) del acuerdo impugnado, por lo que deben desestimarse las pretensiones de la recurrente en cuanto se apartan de lo expuesto.

#### **DÉCIMO. FICHA VI**

Identifica la cuestión controvertida en estos términos: El acuerdo recurrido señala que en caso de haber abonado la Administración directamente al expropiado el plus adicional del 25% en virtud de resolución judicial, su importe deberá ser descontado del valor patrimonial de las inversiones en aplicación de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 8/1972.

Tras esa identificación, expone la recurrente las siguientes razones de ilegalidad de tal criterio:

"Es evidente que, siendo un concepto enteramente imputable a la conducta impropia de la Administración, encargada de la tramitación del expediente expropiatorio, éste no debe ser asumido por la Concesionaria, como así de hecho se reconoce expresamente en el Acuerdo recurrido atendiendo al Dictamen del Consejo de Estado, por ejemplo, en lo que se refiere a los intereses expropiatorios. También se pronuncian a este respecto los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa:

"No se trata ya de un problema sólo de indefensión, sino de que falta una pieza nuclear del procedimiento administrativo ( art. 125 LEP - 62.1.e Ley 30/1992). Por consiguiente, procede declarar la nulidad de la expropiación y aplicar un 25% de incremento al justiprecio según pide el demandante, cantidad que, como ya hemos declarado en otras ocasiones, corre a cuenta de la Administración expropiante y no del beneficiario" ( Sentencia n.º 582/2016, de 29 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha -Rec. n.º 431/2014-, por todas).

Por lo demás, es obvio que estas cantidades, si engrosan el importe de la RPA, no pueden verse afectadas por los límites, que habrían de incrementarse, ni por la correlativa amortización. Ahora bien, subsidiariamente cabría considerar que no cabe incluirlas en la RPA".

Y, concluye, solicitando de esta Sala que:

**a)** Anule el criterio interpretativo de que en caso de haber abonado la Administración directamente al expropiado el plus adicional del 25% en virtud de resolución judicial, su importe deberá ser descontado del valor patrimonial de las inversiones en aplicación de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 8/1972.

**b)** Declare que el criterio interpretativo debe recoger que deben formar parte del concepto inversiones por expropiaciones de la RPA:

(i) Que se computen en la base para el cálculo de la RPA todas las cantidades que hayan sido abonadas por el Concesionario en concepto del 25% derivado de la omisión por la Administración del trámite de información pública en la tramitación de los expedientes expropiatorios, sin que aplique régimen de amortización ni los límites a estos importes; y

(ii) que no proceda restar del importe final a abonar a la Concesionaria en concepto de la RPA un importe equivalente a la cantidad correspondiente al 25% abonada por la Administración.

(iii) Subsidiariamente, se solicita que se declare que el aludido importe, no se compute a efectos de hallar la RPA, ni consecuentemente minore el importe final a abonar a la Concesionaria en concepto de RPA.

#### **II. Planteamiento de la Administración demandada.**

Comienza diciendo que deben reproducirse aquí los argumentos del dictamen del Consejo de Estado, lo que no hace.

Y añade, en todo caso, la demanda plantea una cuestión de inteligencia incomprensible. Por una parte, reclama que el importe por 25% de ocupación sin procedimiento se incluya en la RPA, lo que el acuerdo recurrido sí considera procedente, y a renglón seguido reclama que no se considere como deducción al límite de la RPA, derivado de pagos anticipados por la Administración. Pero es que si la Administración anticipa el pago debe



reducirse de la RPA, sin mayor discusión. Porque, repetimos, la RPA es la mayor cantidad que la Administración se compromete a compensar por expropiaciones. Luego si la Administración anticipa el pago del justiprecio o cualesquiera indemnizaciones, su importe debe descontarse de la RPA.

### III. Decisión de la Sala.

Esa referencia al 25% deriva de la omisión por la Administración del trámite de información pública. Y su abono es consecuencia de la consideración de dicha omisión, por los Tribunales, como vicio del procedimiento expropiatorio determinante de su nulidad de pleno derecho y consiguiente vía de hecho de la expropiación.

El efecto jurídico de tal situación es la indemnización al expropiado que se ha visto privado de la propiedad por la vía de hecho; indemnización, que no es propiamente un justiprecio, pero que se ha fijado en numerosas sentencias atendiendo al justiprecio más el 25% a favor del expropiado. Por lo tanto, dicho 25% forma parte de la inversión a satisfacer para la obtención de la finca expropiada y en tal sentido ha de computarse.

Ahora bien, como en el caso de los intereses, la imputación de esta inversión al concesionario y, por lo tanto, al concepto de RPA, depende de quien responda del abono de ese concepto indemnizatorio, responsabilidad que se viene atribuyendo a la Administración por ser consecuencia de la deficiente tramitación del procedimiento expropiatorio, de manera que, en cuanto haya sido satisfecho por la misma, el referido 25% no resulta computable a efectos de la RPA por no ser un concepto debido por el concesionario, a salvo que, no obstante, haya sido satisfecho por este. Tampoco, como lógica consecuencia, minorará el importe final a abonar al concesionario como RPA.

Esto acarrea, en suma, que proceda estimar sólo la pretensión deducida como subsidiaria en esta ficha, es decir, que el referido importe del 25% no se computa a efectos de hallar la RPA, con la salvedad ya dicha, ni minorará el importe final a abonar a la concesionaria por tal concepto.

## UNDÉCIMO. FICHA VII

### I. Planteamiento de la parte recurrente.

Como cuestión controvertida identifica la parte la siguiente: el acuerdo recurrido excluye del concepto *inversiones por expropiaciones* el importe de las ocupaciones temporales, salvo que hayan estado previstas en los proyectos de obra y siempre que, además, esté acreditado que se llevaron a efecto.

Tras ello, dice coincidir con el acuerdo recurrido en que las ocupaciones temporales contempladas en el proyecto y que efectivamente se hubieran llevado a cabo deben integrarse en el concepto *inversiones por expropiaciones* de la RPA. Sin embargo, añade, "por razones de justicia, no han de limitarse a las que se hayan previsto en el proyecto, sino también han de abonarse aquellas ocupaciones temporales que efectivamente se hubieran llevado a cabo, y se hubieran abonado efectivamente por la Concesionaria a los expropiados, tal como ha declarado la jurisprudencia... (por todas, la STS de 12 de mayo de 2016 -Rec. n.º 439/213-).

En consecuencia, solicita de esta Sala que:

- a) Anule el criterio interpretativo de exclusión de que las únicas indemnizaciones temporales que deban integrarse en la RPA son las que hayan venido determinadas en el proyecto inicial, fijado en las págs. 19 y 21 del Acuerdo recurrido.
- b) Declare que el criterio interpretativo debe recoger que deben formar parte del concepto *inversiones por expropiaciones* de la RPA, las indemnizaciones abonadas por ocupaciones temporales que hayan abonado efectivamente las concesionarias.

### II. Planteamiento de la Administración demandada.

A su juicio, procede traer a colación la cláusula 51 del Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado (Decreto 3854/1970) que dice:

"Precios.

Todos los trabajos, medios auxiliares y materiales que sean necesarios para la correcta ejecución y acabado de cualquiera unidad de obra, se considerarán incluidos en el precio de la misma, aunque no figuren todos ellos especificados en la descomposición o descripción de los precios.

Todos los gastos que por su concepto sean asimilables a cualesquiera de los que, bajo el título genérico de costes indirectos se mencionan en el artículo 67 del Reglamento General de Contratación, se considerarán siempre incluidos en los precios de las unidades de obra del proyecto cuando no figuren en el presupuesto valorados en unidades de obra o en partidas alzadas."



Razón, añade, por la que las ocupaciones temporales en cuanto no estén expresamente incluidas en los precios de proyecto, se entienden dentro del precio necesario para ejecutar la unidad de obra.

### III. Decisión de la Sala.

Debemos desestimar aquellas pretensiones, pues las ocupaciones temporales, en cuanto afectación de la propiedad y derechos patrimoniales, están sujetas al correspondiente procedimiento expropiatorio, en el que se delimita el alcance de las mismas, que deben venir amparadas en la declaración de utilidad pública o interés social y la necesidad de ocupación ( art. 111 LEF), lo que justifica la previsión del acuerdo impugnado en el sentido de que solamente serán computables las previstas en los correspondiente proyectos.

## DUODÉCIMO. FICHA VIII

### I. Planteamiento de la parte recurrente.

Se refiere al tema de la amortización, afirmando lo siguiente: el acuerdo recurrido considera, en general, que tanto para expropiaciones como para obras, debe aplicarse el criterio de amortización lineal. La imposición de ésta, dice a continuación, supondría la revisión de la base económica en la que confiaron los acreedores que confiaron en el PEF del concesionario para facilitar financiación.

Tras ello, expone las razones de ilegalidad de ese criterio en los siguientes términos:

**1.** El Acuerdo recurrido infringe la normativa contable aplicable, así como la normativa específica sobre autopistas.

**1.1.** Al contrario de lo que sostiene el Acuerdo recurrido, y tal como se indica en el Dictamen pericial, DOCUMENTO N.º 20, la Orden EHA/3362/2010 no establece que el método de amortización deba ser, en general, el lineal. Antes, al contrario, disponen que ese método únicamente podrá imponerse en el caso de que no pueda aplicarse la amortización por demanda o utilización.

Así lo impone el apartado 1.6 de la Norma Segunda de la Orden EHA/3362/2010, cuando establece los criterios aplicables para llevar a cabo el registro de la amortización del inmovilizado intangible registrado en el marco de los contratos concesionales. En su letra a.2) dispone que:

"Cuando el uso del inmovilizado intangible pueda estimarse con fiabilidad por referencia a la "demanda o utilización" del servicio público medida en unidades físicas, este método podrá aceptarse como criterio de amortización siempre que sea el patrón más representativo de la utilidad económica del citado activo. En caso contrario, y en ausencia de otro criterio más representativo, la amortización deberá seguir un criterio de reparto lineal a lo largo del periodo concesional".

La Orden EHA/3362/2010 refleja en cuanto al método de amortización *que el patrón de consumo del inmovilizado intangible pueda ser la demanda del servicio público, en la medida en que la utilización del mismo por parte de los usuarios supone un consumo del derecho de explotación y cobro del servicio objeto del acuerdo de concesión.*

Es decir, la normativa contable actual no impone la amortización lineal. Antes, al contrario, se trata por ello de un criterio subsidiario, siendo el general el de la amortización por uso.

Y lo mismo se señalaba en su precedente normativo: La Orden de 10 de diciembre de 1998 definía la amortización como la "expresión contable de la distribución en el tiempo de las inversiones en inmovilizado por su utilización prevista en la actividad", lo cual guarda relación directa con el uso previsto de la infraestructura (y su generación de ingresos) y no con su deterioro físico.

Como puede apreciarse claramente, determina que el criterio de amortización tanto de las obras, como de las expropiaciones, debe ser el criterio de utilización o de uso. Y sólo puede ser aplicable el criterio de la amortización lineal cuando no reste otra opción.

**1.2.** Precisamente en atención a dicha normativa contable, la cláusula 17 del PCAP dispone que:

"17. Amortización. -De acuerdo con lo previsto en el artículo 13 apartado a) de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, el concesionario podrá disfrutar de la facultad de amortizar los elementos del activo percederos durante el período concesional o sujetos a reversión, según un plan basado en el estudio económico-financiero adjunto a la proposición presentada al concurso, que se ajustará a las normas contables que le sean de aplicación, según lo establecido en la cláusula 18 del presente pliego."

Repárese que el citado artículo 13.a) de la Ley 8/1972 señala que:

"El concesionario podrá igualmente disfrutar de los siguientes beneficios económico-financieros:



a) Facultad de amortización de los elementos del activo percederos durante el período concesional o sujetos a reversión, de acuerdo con un Plan basado en el estudio económico-financiero adjunto a la proposición presentada al concurso."

Y en análogo sentido, el PGC dispone en su cláusula 35 que:

"De acuerdo con lo previsto en el artículo 13, apartado a), de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, el concesionario podrá disfrutar de la facultad de amortizar los elementos del activo percederos durante el período concesional o sujetos a reversión según un plan basado en el plan económico financiero adjunto a la proposición presentada al concurso, cuando en los pliegos particulares y el Decreto de adjudicación se conceda dicha facultad."

Es decir, que la normativa específica de autopista otorgaba en todo caso a la concesionaria la facultad de escoger en su PEF el criterio de amortización que se ajustara a las normas contables que son de aplicación. Eso es precisamente lo que hizo ACCESOS DE MADRID, y ha sido obviado por el Acuerdo recurrido. Y como señalan los peritos expertos, esta posición es plenamente coherente con la normativa internacional, que resulta de aplicación en la UE.

**2. Inconsistencia de los argumentos esgrimidos por la Administración para sostener la aplicabilidad del Acuerdo recurrido.**

Ha de resaltarse la manifiesta falta de consistencia de los argumentos esgrimidos por la Administración para acoger el método de amortización lineal, como también señala el Dictamen pericial, DOCUMENTO N.º 20. Las razones son las siguientes:

**a)** El método lineal es una aproximación tan subjetiva como cualquier otra, pues su aplicación requiere que la Concesionaria estime *a priori* el número de años durante los cuales el activo contribuirá a la generación de beneficios de la empresa.

**b)** Resulta inconsistente el argumento del Acuerdo recurrido sobre el que los demás métodos -los basados en el fluido del tráfico- obligan a la Concesionaria a efectuar previsiones de tráfico reales, cuando el flujo de tráfico previsto en la Infraestructura estaba contemplado en el PEF.

No es cierto que los demás métodos de amortización obliguen a realizar previsiones de tráfico irreales. En la medida que el PEF y la documentación contienen una previsión de tráfico pactada entre las partes debe estarse a esa previsión. Previsión de tráfico, que, por cierto, es mayor que el tráfico real, de modo que no perjudica a la Administración.

**c)** Evidentemente no puede invocarse la complejidad para rechazar el método de amortización por uso o por demanda. En todo caso, este método es habitual en la amortización de instalaciones complejas y especializadas (centrales eléctricas, buques, aeronaves, etc.).

**d)** No es cierto que la amortización lineal sea el único método objetivo aplicable en la práctica. El método de amortización por uso se está aplicando en la práctica, tiene amparo en la normativa contable nacional e internacional, y no es complejo. El propio PGC en su Exposición de Motivos refiere explícitamente como hacerlo: "se tomarán las magnitudes recogidas en el Plan Económico Financiero del acuerdo de concesión o documento equivalente. Las magnitudes recogidas en dichos documentos, en la medida en que forman parte del acuerdo de concesión y contienen previsiones estimadas y precisas de la evolución de la demanda, servirán para realizar las estimaciones iniciales sobre la cuota de amortización del inmovilizado intangible, sin perjuicio de que posteriormente pudiera ser necesario actualizar las citadas estimaciones en función de la evolución real de la demanda".

**e)** El Acuerdo recurrido incurre en grave confusión al equiparar el fondo de reversión con la amortización. El primero es un instrumento de naturaleza exclusivamente conceptual, mientras que la amortización consiste en distribuir el coste de adquisición de un activo a lo largo de su vida útil.

**f)** El Acuerdo recurrido confunde el verdadero sentido del principio contable de uniformidad, que únicamente consiste en que los criterios contables deben mantenerse ejercicio a ejercicio, pero en modo alguno supone cuotas de amortización de igual cuantía en todos los ejercicios.

No es aceptable la referencia del Acuerdo recurrido a la Orden de 10 de diciembre de 1998, relativa al fondo de reversión, que establece que "los criterios establecidos para el cálculo de la dotación al fondo de reversión se aplicaran de modo uniforme, con independencia de consideraciones fiscales o de las condiciones de rentabilidad concretas en las que se desenvuelva la sociedad concesionaria"; confunde la linealidad de la amortización con lo que es el principio y criterio de uniformidad, que nada tiene que ver. En efecto:



Este '*Principio de Uniformidad*' establece que una vez asentados unos criterios para la aplicación de los principios contables, estos deberán mantenerse siempre que no se modifiquen las circunstancias que propiciaron dicha elección.

Forma parte de los principios contables generalmente aceptados referidos en el MCC del PGC, y establece que las reglas establecidas de valoración deberán mantenerse en el tiempo y aplicarse a todos los elementos patrimoniales que tengan las mismas características.

**g)** Tampoco resulta consistente para sostener la aplicabilidad del criterio de amortización lineal el hecho de que estuviera contemplado en la DA 41ª de la Ley 26/2009, puesto que dicha previsión, no sólo se refiere a un supuesto distinto del criterio de amortización que ha de considerarse para la determinación de la RPA, sino que, además, es muy posterior a la fecha en que se adjudicó la Concesión y comenzó la amortización de la Infraestructura.

**h)** El hecho de que la amortización lineal esté prevista en la legislación vigente en la actualidad, lejos de ser un argumento en favor de la amortización lineal, lo es de la amortización conforme al PEF. En todo caso, la legislación aplicable a la liquidación de las concesiones es la vigente al tiempo de la licitación (i.e., LCAP) y no el TRLCAP modificado por la Ley 13/2003.

**i)** No hay argumento para considerar que el criterio de la amortización lineal es el preferido por el Legislador porque precisamente la modificación operada en la Ley 9/2017 induce a lo contrario.

**j)** Finalmente, debe darse, respecto de la amortización, el mismo tratamiento a las expropiaciones que a las obras del proyecto inicial no amortizadas (excluidas las obras adicionales conforme se ha expresado en la Ficha I de esta demanda).

### **3. Actos propios de la Administración a favor del criterio previsto en el PEF.**

Por último, no pueden obviarse las censuras periódicas de las cuentas anuales de la Concesionaria, la Administración (i.e., la Delegación del Gobierno), no puso obstáculo alguno a la amortización de las obras que estaba llevando a cabo la Concesionaria.

En efecto, la Administración ha venido conociendo y consintiendo la amortización realizada por la Concesionaria, conforme al PEF, así resulta de los siguientes hechos:

**a)** Las cuentas anuales han sido debidamente auditadas y no han sido reparadas por el ICAC (Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas), por lo que cabe presumir que son conformes a la normativa contable que resulta de aplicación.

**b)** La Delegación del Gobierno no ha cuestionado, ni vetado las cuentas anuales, en ningún momento, como puede apreciarse en el DOCUMENTO N.º 6.

**c)** Las amortizaciones conforme al PEF han sido publicadas anualmente por el Ministerio de Fomento en el Informe anual sobre el Sector de Autopistas, que se aporta como DOCUMENTO N.º 21.

**d)** De hecho, el Informe de la Abogacía General del Estado n.º 1/2013 (Documento n.º 21 del complemento del expediente administrativo), determina la obligación para la Administración de aplicar el criterio de amortización que se fijó por acuerdo de las partes en el PEF.

Repárese que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (por todos, la Sentencia n.º 253/2016, de 19 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid -Rec. n.º 485/2015-) han dotado de relevancia a la censura de cuentas por la Administración, precisamente porque tiene por finalidad el que la Administración revise, verifique y confirme el criterio asumido por la Concesionaria en sus cuentas, pudiendo formular reparos. De hecho, la labor de los Tribunales es precisamente controlar las discrepancias entre Concesionaria y Administración, dirimiendo quién tiene razón respecto del reflejo contable de las partidas correspondientes.

El artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015 dispone que las Administraciones deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima en los actos propios de la Administración, y no cabe duda que el Acuerdo recurrido afecta a la seguridad jurídica a la que tienen derecho las concesionarias y los acreedores. Tal como ha señalado la jurisprudencia de esa Excm. Sala, su "quebrantamiento impondrá el deber de satisfacer las expectativas que han resultado defraudadas, o bien de compensar económicamente el perjuicio de todo tipo sufrido con motivo de la actividad desarrollada por el administrado en la creencia de que su pretensión habría de ser satisfecha" (SSTS de 21 septiembre 2000 -Rec. de Casación núm. 7562/1994-; y de 24 de marzo de 2014 -Rec. n.º 3021/2011-).

**4. El PEF como instrumento para la financiación de la Concesionaria, efectos frente a terceros, en concreto a los acreedores con prenda.**



Por último, la amortización lineal en contra del PEF se hace especialmente en perjuicio de acreedores.

El PEF integra la documentación contractual y constituye una pieza básica para que los terceros otorguen financiación. Así resulta de la cláusula 46 del PCG, que establece que el PEF constituye la base económica financiera de la Concesión, habilitando los compromisos con terceros.

El impacto del PEF en la RPA es tal, que la cláusula 47ª del PCG dispone que de revisarse no podrá excederse de los límites señalados en la oferta, en lo relativo a la RPA en los casos de valoración y liquidación. En línea con lo dicho, el artículo 24 de la Ley de Autopistas establece la obligación de la Administración de compensar al concesionario por las modificaciones del PEF que afectaran al equilibrio económico. De admitirse el criterio del Acuerdo recurrido se trataría de una interpretación *in malam partem*.

La imposición de la amortización lineal supondría la revisión de la base económica en la que confiaron los terceros con perjuicio de los acreedores que confiaron en el PEF del concesionario para facilitar financiación, en su perjuicio y en contra de las exigencias de la seguridad jurídica que precisa toda inversión.

Dicho lo anterior, solicita de esta Sala que:

**a)** Anule el criterio interpretativo de amortización lineal de la RPA fijado en las páginas 51 y concordantes del acuerdo recurrido

**b)** Declare que el criterio interpretativo debe recoger que la amortización tanto para las obras iniciales, como para las expropiaciones, y bienes inmuebles que conforman la RPA, ha de ser el previsto en el apartado 1.6, letra a.2), de la Norma Segunda de la Orden EHA/3362/2010:

"Cuando el uso del inmovilizado intangible pueda estimarse con fiabilidad por referencia a la 'demanda o utilización' del servicio público medida en unidades físicas, este método podrá aceptarse como criterio de amortización siempre que sea el patrón más representativo de la utilidad económica del citado activo. En caso contrario, y en ausencia de otro criterio más representativo, la amortización deberá seguir un criterio de reparto lineal a lo largo del periodo concesional".

## II. Planteamiento de la Administración demandada.

Afirma que carece de razón la demandante: (i) Porque el PCAP no dice ni por asomo lo que defiende, como luego veremos. (ii) Porque si lo quisiera decir lo hubiera dicho. (iii) Porque del tenor literal de los PCAP se deduce lo contrario. Y añade:

Por amortización "lineal" se entiende el reducir, aminorar o detraer el mismo porcentaje o cifra cada año a un capital hasta que resulta amortizado, es decir que su valor es cero.

Se refiere a la cuestión la cláusula 35.2 PCAP que dice:

*Extinción y liquidación de la concesión:*

*No será de aplicación el apartado e) de la cláusula 107 del pliego de cláusulas generales. Así, en los casos en que la extinción se produjese por las causas a que se refieren las cláusulas 107 (incumplimiento de las obligaciones impuestas por el concesionario), 108 (extinción de la personalidad jurídica del concesionario) y 109 (quiebra del concesionario) del pliego de cláusulas generales, la Administración devolverá al concesionario cuyo contrato hubiese sido declarado resuelto el valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista en razón de:*

**a)** *Expropiación de terrenos valorada en lo efectivamente pagado a los expropiados en su momento, deduciendo en su caso la cuota de amortización que en función del número de años corresponda.*

**b)** *Obras de construcción valoradas en lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por el Ministerio de Fomento y a los precios en que en ellos figuren, deduciendo la cuota de amortización o la dotación acumulada al fondo de reversión que en función del número de años corresponda."*

El acuerdo recurrido es absolutamente correcto. La cláusula 35.2 PCAP que se interpreta dice: *deduciendo la cuota de amortización o la dotación acumulada al fondo de reversión que en función del número de años corresponda*, cuando trata de las obras de construcción. Lo que implica que el único parámetro a considerar para determinar la cuota de amortización es (en su función) el número de años que corresponda. Es decir, el número de años en que debe ser amortizada. Que es lo mismo que el criterio de amortización lineal. Esto es, cantidad a amortizar dividido por número de años. Ya que no existe ningún otro parámetro que deba ser considerado.

Criterio que es el mismo que el que establecía el artículo 170.1 de la Ley de Contratos 13/1995:



"En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión."

En principio, el número de años que corresponda será el que dure la amortización. Es decir, el plazo de la concesión o uno menor si se amortizase antes.

Obteniéndose el importe de la cuota de amortización anual, en consecuencia, dividiendo el importe a amortizar (inversiones efectuadas, sin perjuicio de la corrección posterior atendiendo al valor de recuperación de su valor patrimonial) por el número de años que corresponda (el tiempo en que la amortización es total o se produce la reversión).

Sin perjuicio de la fecha de inicio del período de amortización y del día final a considerar para efectuar el cómputo de las inversiones amortizadas.

Ciertamente existen otros métodos de amortización, pero operan en función de parámetros distintos, y lo son a otros efectos como los tributarios o contables. Pero están desvinculados del concepto de amortización de la cláusula 35 PCAP, por cuanto los sistemas o métodos de contabilización tienen un tratamiento normativo separado, como se refleja en el artículo 13.a) de la Ley 8/1972, las cláusulas 35 y 48 a 51 PCG y las cláusulas 17 y 18 PCAP.

Por si no quedara suficientemente claro y evidente, cuota (atendiendo al diccionario de la Academia) es: *Parte o porción fija y proporcional*. Que, si se determina sólo, es decir exclusivamente, en función del número de años que corresponda, es que debe tomarse ese número de años. Y al ser la amortización (según el mismo diccionario): *Recuperar o compensar los fondos invertidos en alguna empresa*, la única posición interpretativa es dividir la inversión por el número de años. Esto es, el sistema de amortización lineal.

En relación con la amortización de las obras el PCAP configura un criterio alternativo: cuota de amortización en función del número de años corresponda o la dotación acumulada al fondo de reversión que en función del número de años corresponda. Correspondiendo a la Administración elegir como deudora uno u otro, de conformidad con el artículo 1132 del Código Civil, que será la opción más ventajosa económicamente para sus intereses.

### III. Decisión de la Sala.

El acuerdo recurrido, al fijar el criterio de interpretación referido a la amortización, establece uno solo para todas las inversiones (obras y expropiaciones): el de la amortización lineal, salvo previsión distinta de los PCAP reguladores de cada concesión que aquí no se produce. Así resulta del tenor literal de los tres primeros párrafos del criterio 4, transcrito en el primero de los fundamentos de derecho de esta sentencia y que conviene recordar. Dicen así:

"Una vez determinadas las inversiones en obras y expropiaciones, para calcular '*la cuota de amortización que en función del número de años corresponda*' se aplicará, en todas las concesiones y para todas las inversiones (obras y expropiaciones), el criterio de amortización lineal; salvo en los casos siguientes:

-Para las expropiaciones de la autopista Ocaña-La Roda, cuya amortización se realizará con '*el porcentaje de ingresos anual en relación con el total de ingresos previstos en el PEF*'.

-Para las expropiaciones de la autopista de Cartagena-Vera, cuya amortización se realizará '*en función del porcentaje de los ingresos previstos en cada periodo respecto de los totales proyectados*'.

[...]"

Dicho lo anterior, hemos de detener la atención sucesivamente:

-En la cláusula 17 del PCAP, en la que se dispone:

"Amortización. De acuerdo con lo previsto en el artículo 13 apartado a) de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, el concesionario podrá disfrutar de la facultad de amortizar los elementos del activo percederos durante el período concesional o sujetos a reversión, según un plan basado en el estudio económico-financiero adjunto a la proposición presentada al concurso, que se ajustará a las normas contables que le sean de aplicación, según lo establecido en la cláusula 18 del presente pliego".

-Y en el tenor literal de las letras a) y b) de la cláusula 35.2 del PCAP, que ya conocemos y que transcribe la Administración, como acabamos de ver, en el planteamiento que hace en esta ficha. Tales letras dicen así:

**a) Expropiación de terrenos valorada en lo efectivamente pagado a los expropiados en su momento, deduciendo en su caso la cuota de amortización que en función del número de años corresponda.**





**b) Obras de construcción valoradas en lo realmente ejecutado y definido en los proyectos aprobados por el Ministerio de Fomento y a los precios en que en ellos figuren, deduciendo la cuota de amortización o la dotación acumulada al fondo de reversión que en función del número de años corresponda.**

Como puede observarse, ninguna de ellas hace mención del PEF al referirse a la amortización.

Pues bien, conjugando lo dispuesto en esas letras a) y b) y en aquella cláusula 17, llegamos a una primera conclusión, cual es que el PCAP quiso modificar, a la hora del cálculo de la RPA derivada de la extinción producida por las causas a que se refieren las cláusulas 107 (incumplimiento de las obligaciones impuestas por el concesionario), 108 (extinción de la personalidad jurídica del concesionario) y 109 (quiebra del concesionario -concurso tras la ley concursal-) del PCG, la regla de la cláusula 17, esto es, la de amortización según el plan económico financiero, por unas reglas que no hacen mención del PEF.

Dicho esto, entiende la Sala que la interpretación que se propone en el Acuerdo impugnado está suficientemente justificada, tomando en consideración las previsiones de los PCAP de cada una de las concesiones en relación con los correspondientes planes económicos financieros y el criterio mantenido por el Consejo de Estado en su dictamen, que recoge en los siguientes términos:

"La única norma integrante del grupo normativo aplicable a los otorgamientos que hace referencia al método de amortización de los activos de las autopistas es la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010. Su pertenencia al citado grupo es indudable por razón de la materia. Además, se ha aplicado a las concesionarias de las autopistas comprendidas en el ámbito de la propuesta de interpretación al haberse acogido todas ellas voluntariamente a las medidas de reequilibrio contenidas en ella.

La citada disposición estableció un mecanismo legal especial de reequilibrio económico-financiero de las concesiones de autopistas de peaje -préstamos participativos por sobrecostes de expropiaciones- en el que, a la hora de definir las condiciones del préstamo, se señalaba, como uno de los criterios determinantes de la retribución del préstamo a percibir por el Estado, "b) La cantidad resultante de aplicar el porcentaje que suponga el saldo del préstamo participativo vivo a 31 de diciembre respecto al valor de la inversión total, incluido el importe total de las expropiaciones definido en el apartado Dos.a), a la diferencia obtenida de detracer del 75 por 100 de los ingresos netos de peaje, la cuantía anual de amortización lineal de la inversión total, conforme a la siguiente expresión [...]".

La referencia a la "cuantía anual de amortización lineal de la inversión total" es expresiva de que el criterio informador del grupo normativo de autopistas en la materia atiende a dicho método de amortización. Y, en consecuencia, esa referencia es extensible -en virtud del 'argumentum a pari' y la 'extensio ad similia' y el criterio 'nisi lege tota perspecta'- a otras situaciones que requieran colmarse jurídicamente con ocasión de la aplicación del citado grupo normativo.

La referencia a este método se compadece adecuadamente, por otra parte, con los criterios expuestos en la propuesta. Así las cosas, la solución a la cuestión planteada puede solventarse conforme con las reglas generales y mecanismos propios del grupo normativo, pues este cuenta con una previsión específica. En consecuencia, el Consejo de Estado considera que el método de amortización lineal es el acogido por la legislación y los pliegos de las autopistas y el aplicable, con carácter general, a las inversiones llevadas a cabo por las concesionarias.

Este criterio general debe ceder ante las eventuales previsiones específicas de los pliegos particulares.

Como se ha señalado, los pliegos de las autopistas R3/R5, R2, R4 y M-12 no establecen previsión alguna sobre el método aplicable. Los de las autopistas de la Circunvalación de Alicante, de Cartagena-Vera, Ocaña-La Roda y Madrid-Toledo, tampoco, en lo tocante a la amortización de las obras. En consecuencia, la amortización de las expropiaciones y las obras de las primeramente enumeradas y de las obras de las segundas citadas ha de hacerse conforme al método de amortización lineal.

Respecto de la amortización de las expropiaciones en el caso de las autopistas de la Circunvalación de Alicante, de Cartagena-Vera, Ocaña-La Roda y Madrid-Toledo, los pliegos incluyen la referencia "la cuota de amortización que en función del número de años corresponda de acuerdo al plan económico-financiero aprobado". Es por tanto preciso atender al contenido de estos para determinar si el criterio general les es aplicable o no.

De lo expuesto se concluye:

**a) El plan económico-financiero de la autopista de Circunvalación de Alicante hace mención expresa al criterio de amortización lineal como método aplicable. Por tanto, este también resulta de aplicación para las expropiaciones.**



- b)** El plan económico-financiero de la autopista Madrid-Toledo dice que se aplicará la amortización "lineal periodo de explotación". En consecuencia, dicho método es de aplicación a las expropiaciones.
- c)** El plan económico-financiero de la autopista Ocaña-La Roda alude a la amortización con "el porcentaje de ingresos anual en relación con el total de ingresos previstos en el PEF", de tal suerte que no menciona el método de amortización lineal sino expresamente el plan económico-financiero. Por tanto, ha de estarse a este último instrumento en lo tocante a la amortización de las expropiaciones.
- d)** Y, finalmente, el plan económico-financiero de la autopista de Cartagena-Vera dice que la dotación al fondo de reversión se hará en función del porcentaje de los ingresos previstos en cada periodo respecto de los totales proyectados. En consecuencia, también habrá de estarse a este criterio. [...]"

Estas apreciaciones no resultan desvirtuadas por las indicadas alegaciones de la parte y los informes periciales invocados por la misma, sino que, por el contrario, responden al examen individualizado de cada una de las concesiones conforme a su respectivo PCAP y, en consecuencia, diferencia el método de amortización aplicable en cada caso, concluyendo que:

"Conforme al dictamen del Consejo de Estado, se aplicará el método de amortización lineal para calcular la RPA, tanto para expropiaciones como para obras, salvo en los casos siguientes:

- Para las expropiaciones de la autopista Ocaña-La Roda, cuya amortización se realizará con "el porcentaje de ingresos anual en relación con el total de ingresos previstos en el PEF".
- Para las expropiaciones de la autopista de Cartagena-Vera, cuya amortización se realizará "en función del porcentaje de los ingresos previstos en cada periodo respecto de los totales proyectados".

Procede, pues, desestimar las pretensiones deducidas en esa ficha.

### **DECIMOTERCERO. FICHA IX**

#### **I. Planteamiento de la parte recurrente.**

Identifica como cuestión controvertida la determinación de la fecha inicial y final de la amortización que ha de aplicarse a las obras, bienes inmuebles y expropiaciones de la RPA.

Tras ello, expone las siguientes razones de ilegalidad que achaca en ese particular al acuerdo recurrido:

Lo relevante es, en efecto, la fecha en que la Infraestructura pudo utilizarse por la Concesionaria para su explotación, que es la premisa correcta que emplea el Acuerdo recurrido, pero que después desecha por razones de *complejidad*. La Orden EHA/3362/2010 establece con claridad que: "*Amortización del inmovilizado intangible. a) La amortización del inmovilizado intangible a que hacen referencia los apartados anteriores, se iniciará cuando la infraestructura esté en condiciones de explotación*" (apartado 1.6.a).

1. Por lo que se refiere a la fecha inicial, no puede admitirse la complejidad, puesto que:

- a)** Resulta manifiestamente clara la fecha en que cada una de las autopistas se puso en servicio. Así resulta en el caso de ACCESOS DE MADRID, tal como figura en el DOCUMENTO N.º 4.
- b)** Es la Administración la que tiene a su disposición todos los expedientes administrativos, y conoce con precisión esa fecha. Dispone de formidables medios para completarlos y poder así cumplir con la anteriormente citada obligación. Resulta inadmisibles que base un criterio jurídico en la mera complejidad en determinar sus efectos.
- c)** El Acuerdo recurrido confunde interpretación con prueba de acreditación de los hechos. Como sostenemos, el día inicial es el día de la puesta en condiciones de explotación, cuestión distinta es la acreditación de este momento. Las dificultades que tiene la Administración para acreditar no habilitan para sustituir lo que dice la normativa.
- d)** Por otra parte, el criterio interpretativo del Acuerdo recurrido es contrario a la buena fe, al pretender extender el criterio del peaje a tramos tardíos, aprovechando con ello el plazo que media desde el cobro del peaje hasta la puesta en condiciones de explotación, proponiendo igualmente empezar a amortizarlos anticipadamente desde la fecha de cobro de peaje inicial (aunque fuera años antes).
- e)** El significado y el sentido económico de la amortización determinan la imposibilidad de empezar a amortizar algo que todavía no existe. En efecto, si la amortización se refiere a la depreciación del valor de un determinado activo, es evidente que este proceso no puede iniciarse antes de la existencia del referido activo. Por tanto, en nuestro caso, la amortización de las obras de cada tramo de la infraestructura no podrá iniciarse hasta el momento en que estén puestas en servicio.



- f) En todo caso, en los supuestos en los que se haya puesto en servicio la autopista por tramos, resultan de aplicación los anteriores razonamientos para excluir que puedan amortizarse esas obras antes de que existan.
- g) Desde luego este criterio resulta todavía más ilegal cuando se pretende aplicarlo a las obras adicionales. Ya hemos señalado que dichas obras adicionales deben retribuirse al margen de la RPA y no cabe considerar criterio alguno de amortización toda vez que no se ha percibido compensación efectiva por ellas (Ficha I). Este hecho no puede penalizar al concesionario y beneficiar a la Administración.

2. Respecto de la fecha final de amortización, ha de estarse a la fecha del Auto de liquidación, puesto que es la fecha a partir de la cual la Concesión se resolvió *ex lege*, esto es, dejó de existir:

- a) Como señaló la Sentencia del Tribunal de Conflictos, tras el Auto de liquidación a la Administración únicamente [le resta, querrá decir] declarar, a través del acuerdo administrativo de resolución de la Concesión, lo que ya había acontecido por Ley. Dicho acto administrativo únicamente podría tener efectos declarativos, y no constitutivos como el que ahora pretende anudársele.

La propia Abogacía General del Estado en su Informe n.º 1/2013 (Documento n.º 21 del complemento del expediente administrativo), considera que la reversión se debe producir al tiempo de la extinción de la Concesión *ipso iure*.

No obstante, esta cuestión se encuentra *subiudice* en el recurso contencioso-administrativo n.º 2/328/2018 interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de mayo de 2018, y que se sustancia ante esa Excm. Sala.

- b) Como se indica en el Dictamen pericial, DOCUMENTO N.º 20, el MCC del PGC señala como uno de los principios contables básicos, el principio de empresa en funcionamiento, y señala que cuando no resulte de aplicación este principio, en los términos que se determinen en las normas de desarrollo, la empresa aplicará las normas de valoración que resulten más adecuadas para reflejar la imagen fiel de las operaciones tendentes a realizar el activo, cancelar las deudas y, en su caso, repartir el patrimonio resultante, debiendo suministrar en la memoria de las cuentas anuales toda la información significativa sobre los criterios aplicados.

Por su parte, la Norma de Registro y Valoración 23ª del PGC ("Hechos posteriores al cierre del ejercicio"), establece que las cuentas anuales no se formularán sobre la base del principio de empresa en funcionamiento si los gestores, aunque sea con posterioridad al cierre del ejercicio, determinan que tienen la intención de liquidar la empresa o cesar en su actividad o que no existe una alternativa más realista que hacerlo.

Al entrar en fase de liquidación todos los activos integrantes del inmovilizado de la Concesionaria debieron clasificarse en su balance de situación como Activos no corrientes mantenidos para la venta. De acuerdo con la Norma de Registro y Valoración 7ª del PGC ("Activos no corrientes y grupos enajenables de elementos, mantenidos para la venta"), los activos que se encontrasen en esta situación "no se amortizarán, debiendo realizarse las correcciones de valor que se consideren, de forma que el valor contable no exceda del valor razonable menos los gastos de venta."

En consecuencia, la amortización de todos los elementos del inmovilizado de la Concesionaria debió finalizar en la fecha en que se dictó el Auto de liquidación, con independencia del momento en que SEITTSA hubiere adquirido el control de la Infraestructura.

Esta conclusión es perfectamente congruente con la posición que el ICAC adoptó en su Resolución de 8 de octubre de 2013, relativa al marco de información financiera aplicable cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, en la que el ICAC expresa que "los elementos del inmovilizado material, las inversiones inmobiliarias y el inmovilizado intangible no se amortizarán, cuando se cumplan los requisitos previstos para ello en el marco general de información financiera, sin perjuicio de la obligación de contabilizar la correspondiente corrección valorativa por deterioro."

Además, nuevamente, nuestro planteamiento está alineado con la normativa internacional emitida por el IASB. Así, la Norma Internacional de Contabilidad n.º 16 ("Inmovilizado Material"), establece en su párrafo 55 que "la amortización de un activo cesará en la fecha más temprana entre aquella en que el activo se clasifique como mantenido para la venta (o incluido en un grupo enajenable de elementos que se haya clasificado como mantenido para la venta), de acuerdo con la NIIF 5, y la fecha en que se produzca la baja en cuentas del mismo."

La NIIF número 5 ("Activos no corrientes mantenidos para la venta y actividades interrumpidas"), prescribe en su párrafo 25 que "la entidad no amortizará el activo no corriente mientras esté clasificado como mantenido para la venta o mientras forme parte de un grupo enajenable de elementos clasificado como mantenido para la venta."



c) Cualquier otro criterio supondría dejar a criterio de la Administración (deudora de la RPA) el momento a partir del cual se prolonga la amortización de los bienes inmuebles y las expropiaciones.

De hecho, la Administración se ha demorado ocho meses en declarar la reversión *ad cautelam* de la Infraestructura y, aproximadamente, año y medio en declarar formalmente la resolución de la Concesión. Tal situación vulnera los principios generales de los contratos, en particular el artículo 1256 que señala que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes."

El carácter arbitrario se evidencia en las manifestaciones de la Ministra de Fomento que hizo público que el retraso de la resolución de las concesiones suponía un ahorro para los ciudadanos.

Dicho lo cual, solicita de esta Sala que:

a) Anule el criterio interpretativo de que la fecha de inicio y final de la amortización es, respectivamente, la fecha en la que para la Concesionaria empezó y finalizó su posibilidad de cobrar peajes, fijado en las págs. 26, 27 y 49 del Acuerdo recurrido;

b) Declare que el criterio interpretativo debe recoger que la amortización, tanto para las obras iniciales, como para las expropiaciones debe ser:

La fecha inicial de la amortización debe ser la fecha de acta de puesta en servicio de la Infraestructura.

La fecha final de la amortización debe ser la del Auto de liquidación.

## II. Planteamiento de la Administración demandada.

En cuanto a la fecha inicial, argumenta que la demanda atribuye al acuerdo recurrido un contenido que no tiene, pues este señala que, *"No obstante, si respecto de una determinada obra, modificación u obra adicional llegara a constar de forma incuestionable su fecha específica de puesta en servicio, se aplicaría esta última"*. Tal fecha o consta o no consta, y si no consta habrá que tomar una referencia cierta.

En cuanto a la fecha final, lo cierto es que la fecha en que la Administración se hizo cargo de la gestión de la vía es la fecha a partir de la cual la concesionaria deja de percibir los ingresos y de pagar los gastos derivados de la explotación de la vía. Que es el momento en que se opera el cambio de posesión. Porque es en el momento del cambio en la posesión cuando la concesionaria cesa en la explotación de la concesión.

## III. Decisión de esta Sala.

En el particular que ahora examinamos, el acuerdo recurrido razona lo siguiente:

### "3.- Día inicial para la amortización

El ICAC tiene establecido que, en este tipo de infraestructuras, la amortización de todas las inversiones debe iniciarse desde que la concesión está "disponible para su utilización" (BOICAC n.º 88, consulta n.º 4).

La determinación de esa fecha resulta compleja. En unos casos no consta claramente la fecha de puesta en servicio. En otros, cuando se tiene esa fecha, resulta que las autopistas se fueron construyendo y poniendo en servicio por tramos sucesivos, sin que a menudo se pueda identificar la parte del importe del proyecto que debe asociarse a cada fecha de puesta en servicio.

Ante la situación descrita, se complicaría en exceso el cálculo de la amortización si hubiera que tomar varias fechas de puesta en servicio y así como las inversiones proporcionales a cada tramo construido. Por ello, resulta pertinente recurrir a un criterio que sea objetivo y practicable.

Sobre esa base, se estima que debe aplicarse como día inicial para el comienzo de la amortización la fecha en que la concesionaria inició el cobro de peajes en la autopista.

Esa fecha se tomará para calcular la amortización de las inversiones (obras y expropiaciones) definidas en los proyectos iniciales; es decir, los proyectos que, tras la adjudicación del contrato, presentó inicialmente el concesionario y fueron aprobados por la Administración.

Respecto de las obras ejecutadas al amparo de modificaciones posteriores de los proyectos (cláusula 74 del Pliego General de Autopistas), las obras complementarias y las "obras adicionales" (disposición adicional 41ª de Ley 26/2009, de 23 de diciembre) se aplicará igualmente como día inicial para el comienzo de la amortización la fecha en que la concesionaria comenzó el cobro de peajes en la autopista. Esto se justifica por las razones siguientes:

-La disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, vino a asimilar esas "obras adicionales" a las obras iniciales de la propia autopista, al reconocer implícitamente que, aunque se hubieran ejecutado sin seguir el procedimiento para la modificación de los proyectos, tales obras podrían haberse incluido en ellos.



-Tanto para las 'obras adicionales' como para las obras ejecutadas al amparo de modificaciones posteriores, se plantea la misma complejidad, ya descrita, en cuanto a la determinación del importe del proyecto (en este caso la parte del proyecto que se modifica) que debe asociarse a cada fecha de puesta en servicio.

El dictamen del Consejo de Estado ha avalado este criterio de amortización en cuanto a las obras adicionales:

*"El Consejo de Estado considera que la amortización de las obras adicionales ha de hacerse con arreglo a los criterios generales. En efecto, la disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, articuló un mecanismo excepcional de compensación de obras adicionales llevadas a cabo por los concesionarios mediante el establecimiento de unos peajes adicionales finalistas -adscritos a satisfacer su importe [...]"*

*Así las cosas, el Consejo considera que procede computar como inversión las "obras adicionales" a que se refiere la disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, siempre que hayan sido reconocidas mediante resolución expresa dictada al amparo de dicha norma, aplicándose los criterios generales establecidos en la propuesta de interpretación a la hora de su cómputo; esto es, aplicándose a su montante las correspondientes deducciones por amortización y por peajes adicionales percibidos, pues de otro modo se produciría un enriquecimiento del concesionario carente de causa".*

No obstante, sigue diciendo el acuerdo, si respecto de una determinada obra, modificación u obra adicional llegara a constar de forma incuestionable su fecha específica de puesta en servicio, se aplicaría esta última.

#### 4. Día final para la amortización

En coherencia con el criterio establecido para el inicio de la amortización, se tomará como fecha final de la amortización aquella en que SEITT comenzó la explotación de la autopista y a percibir los peajes correspondientes.

En los antecedentes de este acuerdo se ha indicado ya, respecto de cada concesión, la fecha en que SEITT comenzó a explotar la autopista.

El dictamen del Consejo de Estado ha avalado este criterio de amortización:

*"En relación con el día final del periodo de amortización fijado, el Consejo lo considera correcto.*

*El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción declaró en la Sentencia 3/2016, de 5 de diciembre, -en relación con el artículo 270.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pero lo dicho es aplicable al caso previsto en el artículo 112.b) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que se refería a la quiebra- que la de la fase de liquidación en el concurso por la autoridad judicial comporta la resolución del contrato de concesión por ministerio de la ley.*

*Ahora bien, dijo el citado Tribunal que el auto de apertura de la referida fase se ciñe 'a aplicar la norma, dando noticia de que la concesión ha quedado resuelta por así disponerlo la ley (...). Se limita a trasladar en sede concursal los efectos y consecuencias derivados de la extinción por ministerio de la ley correspondiendo a la Administración, dentro de las prerrogativas propias que le confiere la legislación, proveer lo necesario para determinar los efectos de la resolución de la concesión y el destino de las obras a su extinción; en particular, su liquidación, su rescate y, en su caso, la asunción de su explotación, la determinación de las indemnizaciones pertinentes y la recepción de las Instalaciones' (sentencia 3/2016; de 5 de diciembre, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción).*

*En definitiva, la apertura de la fase de liquidación en el concurso computa la extinción 'ex lege' de la concesión, correspondiendo a la Administración la determinación de sus efectos en el ámbito administrativo a través del correspondiente procedimiento de recepción de las instalaciones y liquidación. La apertura de este procedimiento precisa la previa verificación de la resolución operada por ministerio de la ley, lo que ha de concretarse en un acto declarativo en el ámbito administrativo. Acto que es jurídicamente debido -por derivarse directamente de la ley- y no potestativo. Acto que no es constitutivo. Se limita a la mera constatación, fijación o expresión de una situación jurídica preexistente -el efecto resolutorio dispuesto por la ley-. No tiende, pues, a la producción o constitución de una nueva, pero sí constituye el hito a partir del cual operan las consecuencias jurídicas de la resolución del contrato en el ámbito administrativo (dictamen del Consejo de Estado n.º 380/2018, de 17 de mayo).*

*Una aplicación de lo dicho lleva directamente a entender que la fecha final del periodo de amortización es la de los acuerdos de resolución de los contratos de concesión, adoptados por el Consejo de Ministros.*

*Ahora bien, en el caso de los otorgamientos a que se refiere la propuesta de interpretación (con excepción de la autopista Madrid-Toledo en que resolución y cese coincidieron), antes de tomarse dichos acuerdos de resolución por parte del órgano de contratación, se hizo cargo de la gestión efectiva de las infraestructuras la Sociedad*



*Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, SME, S.A. (SEITTSA); esto es, los efectos de los acuerdos de resolución se, anticiparon. Dichos anticipos no fueron arbitrarios, sino que encontraron su fundamento en los planes de liquidación aprobados judicialmente y se adoptaron para ajustarse a las fechas contenidas en estos, que establecían el cese de las distintas explotaciones. Por tanto, a juicio del Consejo de Estados ha de estarse a estas fechas de cese en las explotaciones".*

#### 5. Interpretación que se propone.

[...]

El día inicial para el comienzo de la amortización será la fecha en que la concesionaria inició el cobro de peajes en la autopista. Ese mismo día se aplicará para la amortización de las obras definidas en los proyectos iniciales, las obras ejecutadas al amparo de modificaciones de esos proyectos y las 'obras adicionales' mencionadas en la disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre. No obstante, si respecto de una determinada obra, modificación u obra adicional llegara a constar de forma incuestionable su fecha específica de puesta en servicio, se aplicaría esta última.

El día final será la fecha en que SEITT comenzó a explotar la autopista".

Es ese texto el que se lleva al acuerdo de interpretación, como ya transcribimos en el repetido fundamento de derecho primero de esta sentencia.

Pues bien, se cuestiona por la recurrente la determinación del día inicial para la amortización, manteniendo su conformidad con la fecha de puesta en servicio o el inicio del cobro de los peajes respecto de las inversiones previstas en los proyectos iniciales, pero mostrando su discrepancia respecto de las obras ejecutadas con posterioridad, entendiéndose que ha de estarse también al criterio de la puesta en servicio o inicio del cobro del peaje asociado al nuevo tramo, planteamiento que ha de compartirse, pues las razones de complejidad para su aplicación que se expresan en el Acuerdo no justifican que la amortización no se ajuste a la realidad de la misma, siendo la puesta en servicio de las obras un elemento esencial en el cumplimiento del contrato y, por lo tanto, de la dirección, seguimiento y control de las obras por la Administración, con su necesario reflejo en el expediente administrativo. Por lo demás, en el propio Acuerdo se reconoce que este debe ser el criterio, cuando establece que, no obstante, si respecto de una determinada obra, modificación u obra adicional llegara a constar de forma incuestionable su fecha específica de puesta en servicio, se aplicaría esta última.

En consecuencia, procede estimar la pretensión ejercitada en el sentido de que, como día inicial de la amortización respecto de las obras ejecutadas con posterioridad al inicio del cobro de peajes (modificaciones, adicionales y obras complementarias), debe tomarse la fecha en que éstas fueron puestas en servicio o se inició el cobro del peaje asociado al nuevo tramo.

No puede acogerse, sin embargo, la pretensión que se ejercita respecto a la fecha final, pues siendo correctas las alegaciones de la parte en el sentido de que la fase de liquidación concursal, determina la extinción *ope legis* del contrato ( arts.113.2 LCAP), quedando extinguido éste automáticamente como consecuencia de la entrada en liquidación de la sociedad concesionaria; no es menos cierto que ello no significa que el cese efectivo en la explotación y percepción de los correspondientes peajes de la autopista se produzca simultáneamente a la fecha del auto de apertura de la fase de liquidación o de su firmeza, que da lugar a los correspondientes acuerdos de resolución del contrato, como se refleja en el acuerdo impugnado, señalando que, salvo en el caso de la autopista Madrid-Toledo en el que el acuerdo de resolución y cese coincidieron, en los demás, antes de acordarse la resolución, se hizo cargo de la gestión efectiva de las infraestructuras la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, SME, S.A. (SEITTSA). Por ello y en congruencia con lo que la propia parte ha mantenido respecto del día inicial, ha de estarse a la fecha en la que la Administración se hace cargo de la explotación de la autopista, cesando la concesionaria.

#### **DECIMOCUARTO. FICHA X**

##### **I. Planteamiento de la parte recurrente.**

Al precisar la cuestión controvertida indica que el acuerdo recurrido identifica el concepto de valor patrimonial de las inversiones llevadas a cabo por la concesionaria, con valor de reposición de la infraestructura en un perfecto estado de conservación; esto es, en estado de "puesta a cero", como lo denomina aquel acuerdo.

Tras ello, expone las siguientes razones de ilegalidad de tal criterio:

a) Esta cuestión ya está siendo objeto de examen ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid bajo el número de autos P.O. 408/2019 (DOCUMENTO N.º 19), tal como se indicó en el Hecho Quinto, § 42, por no tener dicha obligación cobertura ni jurídica, ni técnica, ni económica.



**b)** La Concesionaria no tiene obligación de revertir la Infraestructura en "perfecto estado" de conservación, sino que lo que ha de hacer es llevar a cabo una "perfecta entrega", esto es, sin cargas, ni limitaciones, que es lo que le exige el artículo 27 de la Ley 8/1972. Se está incurriendo en un flagrante error de interpretación literal. Es más, la propia literalidad del artículo 106 del PCG impide acoger la tesis de la Administración sobre la "perfecta entrega", en cuanto establece que:

"[...] el Ministerio de Obras Públicas exigirá del concesionario la adopción de aquellas medidas que requieran la perfecta entrega de las instalaciones en condiciones de absoluta normalidad para la prestación del servicio a que están destinadas".

**c)** No cabe duda que la Concesionaria está obligada a conservar la Infraestructura, pero no hasta el punto que estuviera como nueva (en estado de "puesta a cero"). Únicamente está obligada a que la Infraestructura encuentre en buen estado de conservación, rehabilitación y mantenimiento, quedando fuera de su obligación la ejecución de obras de mejora, tal como se establece en el artículo 170 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado (en lo sucesivo, "RCE").

**d)** No resulta exigible siquiera el "perfecto estado de conservación" a que se refiere la cláusula 79 del PGC, en tanto dicho PGC, ni es una disposición general ( STS de 29 de enero de 2008 -Recurso n.º 1396/2004-), ni prevalece frente a las previsiones del RCE, de rango reglamentario.

**e)** Repárese que, durante la operación de toda la Infraestructura, la Administración no puso reparo al cumplimiento de las labores de conservación que mi representada iba llevando a cabo. A tal fin, se adjuntan dichos informes como DOCUMENTO N.º 5, lo que pone de manifiesto lo arbitrario y oportunista de este criterio interpretativo del Acuerdo recurrido, dicho sea en términos de estricta defensa.

**f)** Desde luego, dentro del valor patrimonial de las inversiones por obras únicamente debería considerar el estado de conservación de las obras en el momento en que la Infraestructura revirtió a la Administración concedente.

**g)** Consecuentemente con el anterior, no procede la aplicación de la Orden de 30 de noviembre de 1994, aplicable únicamente para la valoración de bienes inmuebles, pero no para imponer ninguna obligación de conservación, ni menos cuantificarla.

**h)** Una eventual obligación de la Concesionaria para ejecutar obras de conservación (que no hubiese llevado ya a cabo, obviamente) una vez resuelta la Concesión y revertida la Infraestructura únicamente puede llevarse a cabo en el seno del correspondiente procedimiento de liquidación, no en el procedimiento de determinación de la RPA.

**i)** Si en dicho procedimiento de liquidación resultase un eventual incumplimiento de esa obligación de conservación, debería responder frente a ella la fianza de explotación. Respecto de cualquier obligación de ejecución de obras adicionales, de ella respondía la fianza de construcción, cuyo plazo de garantía ha precluido sobradamente, sin que la Administración haya hecho reparo alguno.

**j)** En ningún caso podría minorarse la RPA a cuenta del importe de esta eventual obligación de conservación o de construcción: Esa compensación no tendría base normativa y resultaría contraria a lo señalado en el PCAP, el cual ya determina cuál ha de ser el destino del importe de la RPA. Ninguno de ellos prevé la compensación con créditos que la Administración pueda ostentar contra la Concesionaria.

**k)** En tal caso, lo que surgiría sería un crédito en favor de la Administración, que tendría que integrarse en la masa del concurso de la Concesionaria.

Sostener lo contrario supondría la invasión por parte de la Administración de las competencias judiciales del Juez concursal y afectar al principio *conditio pars creditorum*.

**l)** Subsidiariamente a lo anterior, si hubiese que considerar el importe de esta eventual obligación de ejecutar obras para la "puesta a cero" de la Infraestructura, en el importe de la RPA, lógicamente habría que incluir en el concepto de "inversiones por obras", todo el importe de esta nueva obra de conservación que la Administración impondría a la Concesionaria.

**m)** Pero es que, además, que el valor patrimonial de esta nueva obra de conservación se tendría que adicionar a la RPA en el concepto inversiones de obras. Pero sin amortización ninguna, toda vez que dichas obras aún no se han ejecutado.

Por esta razón, como señala el Dictamen pericial, DOCUMENTO N.º 20, el importe de esta obligación de poner la Infraestructura en una situación de "puesta a cero" resulta neutra para la Administración. Sin embargo, no lo es ni para la Concesionaria, ni para sus acreedores.



Dicho lo anterior, solicita de esta Sala que:

**a)** Anule el criterio interpretativo de que del valor patrimonial de las obras no amortizadas no permite deducir el importe de las obras para la puesta en situación de "puesta a cero" que se contiene en el apartado 6 del Acuerdo recurrido.

**b)** Declare que el criterio interpretativo debe recoger que el valor patrimonial de las obras no amortizadas ha de identificarse con el valor de dichas obras no amortizado en la situación en que se encuentre en el momento de reversión de la Infraestructura.

**c)** Declare que sobre la obligación que se pretende imponer a la Concesionaria de ejecutar las obras precisas para poner la Infraestructura en situación de "puesta a cero", siendo objeto de examen ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid bajo el número de autos P.O. 408/2019, debiendo estarse a la sentencia firme que recaiga sobre ese proceso.

**d)** Con carácter subsidiario al anterior pedimento:

(i) Declare que la Concesionaria sólo está obligada a ejecutar las obras de conservación, mantenimiento y rehabilitación que precise la Infraestructura para que se encuentre en condiciones normales de explotación.

(ii) Declare que una eventual obligación de la Concesionaria para ejecutar obras de conservación (que no hubiese llevado ya a cabo, obviamente) una vez resuelta la Concesión y revertida la Infraestructura únicamente puede llevarse a cabo en el seno del correspondiente procedimiento de liquidación, no en el procedimiento de determinación de la RPA, sin que pueda llevarse a cabo compensación de créditos alguna.

(iii) Declare que, si en dicho procedimiento de liquidación resultase un eventual incumplimiento de esa obligación de conservación, debería responder frente a ella la fianza de explotación, y que, si esa no fuese suficiente, lo que surgiría sería un crédito en favor de la Administración, que tendría que integrarse en la masa del concurso de la Concesionaria, sin afectar a la RPA en modo alguno.

(iv) Declare que en ningún caso ha de responder por la ejecución de obras no ejecutadas, si no hubiera precluido el plazo de garantía de la fianza de construcción.

## **II. Planteamiento de la Administración demandada.**

Comienza indicando que el acuerdo recurrido dice que la obligación de abono por RPA del "valor patrimonial" de las inversiones supone que debe deducirse el importe de los gastos necesarios para obtener, en la fecha de la valoración, la perfecta entrega de las instalaciones en condiciones de absoluta normalidad para la prestación del servicio a que están destinadas.

Entiende que no es de aplicación el artículo 262.2 del texto refundido 2/2000 -cuya invocación atribuye a la demanda-, ya que se introdujo por la Ley 13/2003, que entró en vigor el 24 de agosto de 2003, siendo así que "la licitación de la concesión que nos ocupa se convocó con la publicación del PCAP, que lo fue en el BOE de 8 de agosto de 2003" [sic].

Se refiere después a la cláusula 80 del PCG, que no es sino reproducción del artículo 27.1 de la Ley 8/1972, en el que se dice que, "*El concesionario deberá conservar la vía, sus accesos, señalización y servicios reglamentarios en perfectas condiciones de utilización*".

Y, también, al artículo 169.1 de la Ley de Contratos de 2000, conforme al cual, en los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.

Razones por las que concluye que es absolutamente correcta la interpretación de la expresión "valor patrimonial" que hace el acto recurrido, porque ha de estarse al estado de las obras e instalaciones.

## **III. Decisión de la Sala.**

Las dudas interpretativas que pudieran derivarse del empleo en el acuerdo recurrido de la expresión *puesta a cero*, deben solventarse como a continuación razonamos:

El acuerdo parte de la diferencia existente entre la cláusula 107.e) del PCG, según la cual la Administración devolverá al concesionario la totalidad de las inversiones hechas en la autopista, y la cláusula de todos los PCAP, que excluyen la aplicación de la anterior, y señalan que la Administración devolverá al concesionario el valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista. Entiende la Administración que ello revela que el concesionario solo adquiere el derecho a recuperar la inversión en la medida en que esta se corresponda con el valor de la infraestructura al tiempo de la reversión. Y considera que dicho valor patrimonial viene referido,





según criterios de valoración de bienes inmuebles, al valor de reposición, invocando al efecto las previsiones de la cláusula 106 del PCG que obliga al concesionario a la perfecta entrega de las instalaciones en condiciones de absoluta normalidad para la prestación del servicio a que están destinadas. En estas circunstancias, se señala en el acuerdo que al iniciarse la explotación por SEITTSA y partiendo del informe elaborado por INECO para la Dirección General de Carreteras, ninguna de las concesionarias cumplió el requisito de entrega en condiciones de absoluta normalidad para la prestación del servicio, refiriéndose igualmente a la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad a favor del Estado de la totalidad de los bienes y derechos expropiados y, señalando que todo ello resta valor patrimonial a la autopista, concluye, que el Estado recibe la autopista con la carga de realizar las inversiones necesarias a fin de que la autopista cumpla las condiciones y los niveles de calidad exigibles en el pliego ("puesta a cero" de la autopista).

Es esta equiparación entre valor patrimonial (entrega en condiciones de normalidad) y puesta a cero la que se cuestiona por la recurrente, y no le falta razón para ello, pues, como se recoge en el propio acuerdo, la normativa impone al concesionario la obligación de entrega de las instalaciones "en buen estado" o "en el estado de conservación y funcionamiento adecuados" (arts. 170 y 231 RCE de 1975), lo que se traduce como valor patrimonial en el valor de reposición.

Sin embargo, el valor de reposición no resulta equiparable a la "puesta a cero" de la autopista en el sentido de volver a las condiciones y niveles de calidad de los pliegos, es decir, iniciales, como parece sostener el acuerdo impugnado con la expresión "puesta a cero", pues, sin perjuicio de que las instalaciones se encuentren en condiciones de normalidad para la prestación del servicio o estado de conservación y funcionamiento adecuados, no puede desconocerse a estos efectos circunstancias como la antigüedad y tiempo de utilización que necesariamente afectan al valor de reposición como valor de sustitución por unas instalaciones de las mismas características. Sobre el alcance de valor de reposición y las circunstancias a valorar se ha pronunciado esta Sala repetidamente en relación con la fijación del justiprecio como valor de sustitución, ello en relación con las normas de valoración de inmuebles, como la Orden ECO 805/2003, citada en el acuerdo impugnado, que atiende al efecto a circunstancias como localización, uso, tipología, superficie, antigüedad, estado de conservación, u otra característica física relevante a dicho fin.

Por lo tanto, ha de entenderse que la liquidación o valor patrimonial de los bienes e instalaciones ha de tomar en consideración las condiciones de normalidad o estado de conservación y funcionamiento adecuados correspondientes al momento de la liquidación de la RPA, sin que resulte procedente la valoración como "puesta a cero", entendida como valoración referida al inicio de la concesión. Estimándose en este sentido las pretensiones deducidas en esta ficha.

#### **DECIMOQUINTO. FICHA XI**

##### **I. Planteamiento de la parte recurrente.**

Nos dice al identificar la cuestión controvertida que, según el Acuerdo recurrido, el importe global de la RPA no se integra con las indemnizaciones de toda índole que, ante el impago de la concesionaria, ha tenido que pagar el Estado por sentencia judicial como consecuencia de la aplicabilidad del Real Decreto-ley 1/2014.

Además, dice acto seguido, el acuerdo, después de aplicar el límite, minorra la RPA con las citadas indemnizaciones de toda índole.

De ese modo, afirma, el acuerdo pasa de evitar pagar dos veces a restar dos veces: una, al no sumar como mayor valor las indemnizaciones de toda índole a las que se integran en la RPA; y dos, al restarlo una vez aplicado el límite.

Y nos dice, por último, que si se aplica el Real Decreto-ley de la forma antedicha, resultará inconstitucional, porque produce un quebranto sobrevenido a los derechos de la concesionaria y los acreedores, a modo de expropiación de derechos sin compensación alguna.

Tras ello, expone las siguientes razones de ilegalidad del criterio que impugna:

La aplicación de la minoración de la RPA prevista en el Real Decreto-ley 1/2014 con posterioridad a la aplicación de los límites de la RPA por expropiaciones y por obras, que es lo que propone la Administración, no tiene ninguna base normativa.

El Real Decreto-ley 1/2014 no ofrece ningún criterio literal sobre cuándo (antes o después) deba aplicarse la minoración de las indemnizaciones abonadas por el Estado en relación al límite contractual que hayan ofrecido las respectivas concesionarias en sus ofertas.

Ahora bien, ello no permite admitir el criterio del Acuerdo recurrido, por las razones que se resumen a continuación:



- a)** Esta parte no discute la aplicabilidad del Real Decreto-ley 1/2014, en el sentido de que las cantidades correspondientes a expropiaciones que haya tenido que abonar la Administración por sentencia judicial (desde el momento en que se haya declarado la obligación de pago a cargo del Estado), no pueden entregarse a la Concesionaria en concepto del importe de inversiones por expropiaciones no amortizadas, puesto que en tal caso la Administración estaría pagando dos veces: una por sentencia judicial y otra en concepto de RPA.
- b)** Sin embargo, ello no permite considerar que el "importe global" de la RPA incluya ya su importe una vez aplicados los límites. Ninguna base legal hay para ello. Antes, al contrario, proponemos que debe aplicarse antes de la aplicación de los límites.
- c)** De la voluntad de la Concesionaria en la fijación de dichos límites, se infiere que los mismos se imponían, en lo que a las expropiaciones se refiere, en contemplación del importe global que tendría que asumir por ese concepto. Y a estos efectos dicho importe global se correspondía por la globalidad de las expropiaciones, no sólo las que finalmente ha podido abonar.
- d)** Y desde luego, en los casos en los que el Real Decreto de Adjudicación ha establecido un límite máximo único de RPA, debe estarse a éste, sin establecer distinciones por obras y por expropiaciones.
- e)** Entiende esta parte que esta es la única forma de interpretar el Real Decreto-ley conforme a la Constitución. Si se aplica el Real Decreto-ley 1/2014 en la forma prevista en el Acuerdo recurrido, resultará inconstitucional y contrario al derecho de la propiedad de la Concesionaria y los Acreedores, así como de sus acreedores pignoratios, resultando contrario a los artículos 9.3, 14 y 33 de la Constitución. Incluso el TEDH ha considerado protegibles las expectativas de derechos económicos análogos a la RPA (Sentencias 1 de junio 2006, caso Cedorenko vs. Ucrania, y 2 de noviembre de 2010, caso Lanchid hitel Faktor Zrt vs. Hungría). Según la Sentencia del TEDH de 23 de septiembre de 2017, el interés patrimonial de los acreedores sobre expectativas análogas a la de la RPA ha de ser protegido como un Derecho Fundamental.
- f)** Si la Administración persiste en dicha idea, el valor de las expropiaciones para la RPA podría ser negativo, lo que no tendría sentido económico alguno. Nos remitimos en este punto a nuestro dictamen pericial, DOCUMENTO N.º 20. Téngase presente que en ningún caso cabe superar el límite de la RPA en lo que se refiere a las expropiaciones, ni abordar por este motivo el límite de la RPA en lo que se refiere a las obras.
- g)** En todo caso, el importe que ha de detrarse por el Real Decreto-ley 1/2014, únicamente puede limitarse a los mismos conceptos que -según el Acuerdo recurrido-, forman parte de la RPA por evidentes razones de reciprocidad y consistencia. Por ejemplo, si no se computa el coste de las costas procesales (Ficha IV), ni el de las ocupaciones temporales en que incurrió efectivamente la Concesionaria para calcular el montante de la RPA (Ficha VII), tampoco puede computarse en esos gastos en los que pudo incurrir la Administración para detraerlos por aplicación del Real Decreto-ley 1/2014.

No puede sostenerse el criterio del Acuerdo recurrido, que pretende aplicar el límite contractual antes de minorarlo con lo abonado por la Administración.

Y como consecuencia de lo anterior, solicita de esta Sala que:

- a)** Anule el criterio interpretativo de aplicación de los límites de la RPA con anterioridad a la minoración prevista en el Real Decreto-ley 1/2014, fijado en las págs. 28 y ss. y 47 y ss. del Acuerdo recurrido.
- b)** Declare que el criterio interpretativo debe recoger que la aplicación de los límites de la RPA ha de ser posterior a la minoración prevista en el Real Decreto-ley 1/2014.
- c)** Declare que, respecto de aquellos casos, en los que el Real Decreto de adjudicación haya fijado un límite único y global (sin distinguir entre el límite de RPA por obras y el límite de RPA por expropiaciones), se aplique dicho límite global, sin hacer distinciones.
- d)** Declare que el criterio interpretativo debe recoger que todo caso, que las cantidades que deben detrarse como consecuencia de la aplicación del Real Decreto-ley 1/2014, deben obedecer a los mismos conceptos que las cantidades que conforman el concepto expropiaciones de la RPA abonable a la Concesionaria.

## II. Planteamiento de la Administración demandada.

Nos dice que parece que la queja se debe a la aplicación del artículo 17.2 de la Ley 8/1972 (en la redacción dada por el artículo 6 del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero), al que la disposición transitoria segunda de éste dio eficacia retroactiva.

Ese artículo 17.2 de la Ley 8/1972, añade, dice lo siguiente:

*"No obstante, si el concesionario no cumpliera dichas obligaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, el Estado tuviera que hacerse cargo de abonar tales indemnizaciones a los expropiados,*



*éste quedará subrogado en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo del Estado, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración."*

Argumenta acto seguido que, no habiéndose alterado la limitación de la RPA por expropiaciones establecida en el artículo 11 del RD de otorgamiento -sin que siquiera lo hubiera instado en ningún momento la demandante- es obvio que la RPA por expropiaciones tiene tal límite.

También que, si el Estado no hubiera pagado directamente a los expropiados el justiprecio firme -como consecuencia de las sentencias de distintos TSJ y en función de la doctrina de la Sala desde sus sentencias de 18 de noviembre de 2014 (recursos 3028/2013 y 1261/2014)- y lo hubiera efectuado la concesionaria, no cabe duda que el pago de la RPA estaría limitada según lo establecido en el contrato concesional.

Por lo mismo, dice a continuación, si la Administración paga directamente al expropiado, en vez del beneficiario de la expropiación, se disminuye en la misma cantidad la prevista para el abono de expropiaciones. Que es el objeto de la limitación de la RPA de acuerdo con la cláusula 5.9.b) PCAP que regula el contenido de las proposiciones de los licitadores:

*"Cantidades previstas para el abono de las expropiaciones, detalladas por tramos susceptibles de explotación independiente, que constituirán el valor máximo a aplicar en cada uno de ellos a todos los efectos para los que proceda su valoración y en especial para los supuestos contemplados en la Cláusula 11 de este pliego..."*

No es una cuestión de compensación de créditos, dice asimismo. Sino de la finalidad de la RPA y su limitación. En punto a expropiaciones es la cantidad máxima que la Administración está dispuesta a asumir por este concepto. Pues bien, es indiferente si la Administración paga al concesionario -beneficiario de la expropiación- o directamente al expropiado -ya fuera por mandato judicial o por doctrina de la Sala- Porque por contrato la Administración ha asumido una cifra máxima. Sin que se pueda ver alterada por circunstancias ajenas al contrato concesional.

Aparte de lo anterior, dirá después, el texto del artículo 17.2 de la Ley 8/1972 es muy claro y no está sujeto a interpretación posible: El importe global que corresponde por expropiaciones (que es la máxima cantidad asumida) se disminuye con las cantidades que se le obliga a pagar -que evidentemente no ha pagado el beneficiario-.

No existe, añade, duplicidad de resta en estas expropiaciones pagadas por el Estado para la determinación de la RPA.

La RPA por expropiaciones, añade, se refiere a la devolución de las cantidades satisfechas por justiprecio. Luego si el Estado ha satisfecho el justiprecio no ha lugar a devolver cantidad alguna. Y al propio tiempo deberá deducirse la cantidad máxima de RPA por expropiaciones, por cuanto no la satisfizo la beneficiaria de la expropiación.

Cuestión distinta, dice por fin, es el crédito asumido por el Estado, por subrogación en la posición del expropiado, a ejercer contra el concesionario-beneficiario de la expropiación que no satisfizo el justiprecio. Que es una cuestión diferente, y que, contra la acción de reclamación del Estado, cuando la ejercite, podrá la concesionaria oponer las excepciones que tenga por convenientes. Pero que es una cuestión, en caso de que se plantee, posterior a la determinación de la RPA. Que es la cuestión que ahora se ventila.

### III. Decisión de la Sala.

El planteamiento que de manera principal se efectúa en esa ficha no puede acogerse, pues no tiene en cuenta el alcance de la RPA, ya analizado, en el sentido de que viene a compensar al concesionario del cese en la explotación de la concesión, por las inversiones realizadas en razón de las obras de construcción, expropiaciones de terrenos y bienes inmuebles incorporados como necesarios para esa explotación, lo que impide tomar en consideración a tales efectos los justiprecios que no han sido abonados por el concesionario sino por la Administración y que, por lo tanto, no constituyen una inversión del mismo en tal concepto. Es semejante al supuesto de las obras previstas en el correspondiente proyecto y que solo se ejecutan en parte.

Por otro lado, el hecho de que el pago del justiprecio por la Administración suponga la subrogación en el derecho del expropiado frente al concesionario, no altera, mientras no se justifique por el concesionario que dicho derecho se ha hecho efectivo, la situación de falta de inversión en la expropiación por no haber abonado el correspondiente justiprecio.

No hay justificación para el cómputo, a efectos de RPA, de una inversión por justiprecio que no se ha realizado por el concesionario ni, tampoco, por la remisión al efecto a una eventual satisfacción del mismo de manera indirecta, mediante la oportuna reclamación por la Administración, presumiendo el éxito de la misma,



precisamente frente a quien ha incumplido la obligación de abonar el justiprecio al expropiado, obligación que le viene impuesta al concesionario por la normativa sobre Expropiación Forzosa, en concreto el art. 5 del Reglamento de Expropiación Forzosa. No se trata de compensar a la Administración por el abono del justiprecio o indemnizaciones que ha satisfecho por el incumplimiento del concesionario de sus obligaciones, sino de que, al no haberse hecho tal inversión por el concesionario, no puede computarse como tal a efectos de la RPA.

En el mismo sentido, si se hace referencia a la RPA global en los términos que resultan de la correspondiente oferta del concesionario, resulta justificada la reducción de la misma por el importe del justiprecio y demás indemnizaciones debidas por el concesionario y satisfechas por la Administración, por cuanto ese límite global de la RPA se fijó partiendo del cumplimiento de sus obligaciones de inversión por el concesionario, de manera que si no las ha llevado a efecto el límite ha de reducirse.

En este punto, la consideración de dos límites de la RPA, por obras y por expropiaciones, es una consecuencia y responde a las reglas convencionales establecidas en las cláusulas ya examinadas, que prevén su necesaria inclusión por separado en las correspondientes ofertas, o que se refieren genéricamente en plural a tales límites, que además se establecen como tales en los correspondientes Reales Decretos de adjudicación, como ocurre, en la concesión que nos ocupa, con lo dispuesto en los artículos 11 y 12 del Real Decreto de adjudicación 1515/2019, transcritos en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

La resolución de las cuestiones que se plantean en este apartado de la demanda viene determinada por el alcance y razón de ser de la minoración de la RPA por expropiaciones a que se refiere el apartado VII del acuerdo impugnado, que no es otra que la existencia de resoluciones judiciales en virtud de las cuales se declaraba la obligación del Estado de hacer efectivas aquellas obligaciones que la legislación de expropiación forzosa impone al concesionario, beneficiario de la expropiación, y que han sido incumplidas por el mismo.

A ello responde la modificación del art. 17.2 de la Ley 8/1972 de Autopistas, llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 1/2014, de 24 de abril, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas, señalando su exposición de motivos que:

*"También se procede a modificar la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, con el fin de evitar que el Estado acabe asumiendo dos veces el pago de las expropiaciones.*

*El justiprecio de los terrenos expropiados para la construcción de una autopista estatal de peaje en régimen de concesión debe ser abonado por la sociedad concesionaria. Así lo establece el artículo 17 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, en relación con el artículo 5 del Reglamento de Expropiación Forzosa.*

*A pesar de este régimen legal, existen sentencias que obligan al Estado a hacerse cargo de dichas deudas en caso de impago por la sociedad concesionaria declarada en concurso de acreedores.*

*La reforma que se propone pretende evitar que, si el Estado se encuentra con este tipo de resoluciones judiciales, acabe asumiendo dos veces el pago de la expropiación, en beneficio del concesionario. De un lado paga al expropiado, obligado por resolución judicial, y de otro, entrega al concesionario el importe de la responsabilidad patrimonial.*

*A tal fin, el precepto que se propone reconoce al Estado, como resultado del pago por cuenta de otro, el derecho a subrogarse en el crédito del expropiado frente al concesionario, procediéndose a minorar el importe de la responsabilidad patrimonial con la parte del crédito no reembolsada por la sociedad concesionaria, garantizándose la indemnidad del Estado frente a los incumplimientos de los concesionarios.*

*Aunque los preceptos surten efectos desde la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, se prevé que puedan aplicarse respecto de cualesquiera concesiones ya adjudicadas."*

En consecuencia y conforme a su art. 6 se modifica el apartado dos del artículo diecisiete de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que queda redactado en los siguientes términos:

*"Dos. En el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto.*

*No obstante, si el concesionario no cumpliera dichas obligaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, el Estado tuviera que hacerse cargo de abonar tales indemnizaciones a los expropiados, éste quedará subrogado en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo del Estado, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración."*



Las sentencias dictadas al respecto (Ss. 18-11-2014 recs. 3028/2013 y 1261/2014) venían a justificar la imputación del pago de las obligaciones derivadas de la expropiación a la Administración, teniendo en cuenta que la necesaria indemnización de los bienes expropiados constituye un presupuesto ineludible para el ejercicio de esa potestad administrativa, sin el cual la misma institución expropiatoria carece de fundamento y legitimidad. En tal sentido, existe una exigencia a nivel constitucional de la necesidad del pago del justiprecio como garantía de la expropiación que la legitima y que es obligado no se someta a condicionamiento alguno, porque es un derecho que el constituyente confiere a los ciudadanos, que ve sacrificado su patrimonio en aras del interés general, de ahí que cuando ya se ha fijado el justiprecio de manera definitiva debe procederse al pago del mismo de manera ineludible porque, en otro caso, se alteraría uno de los elementos esenciales de la institución que la legitiman.

A tal efecto, si el beneficiario incumple las obligaciones que le han sido impuestas por la Administración o asume en lugar de ésta, a quien debe perjudicar es a la Administración expropiante no al expropiado, cuyas garantías constitucionales no se alteran por el hecho de la intervención del beneficiario, que es la persona o entidad a cuyo favor se ejerce la potestad expropiatoria, pero no el titular de la potestad expropiatoria, ni la Administración que la ejercita, que es la que debe sujetarse en su ejercicio al procedimiento legalmente establecido y al cumplimiento de las garantías constitucionales establecidas en favor del expropiado, sin las cuales la potestad expropiatoria pierde su legitimidad. La intervención del beneficiario, en virtud de la relación que le permite instar de la Administración el ejercicio de la potestad expropiatoria a su favor, le lleva a asumir directamente frente al expropiado las obligaciones que la Administración establezca y las que se recogen en el artículo 5 del Reglamento de Expropiación Forzosa, por ello su incumplimiento afecta a la posición jurídica de la Administración a quien sustituye, no al expropiado que está al margen de la relación que une a la Administración con el beneficiario y que solo puede verse privado de sus bienes y derechos si se cumplen las garantías constitucionales por quien ejerce la potestad expropiatoria, que no queda liberada por la intervención del beneficiario.

Ahora bien, ello no significa que el expropiado pueda dirigirse a su voluntad al beneficiario o a la Administración para exigir, en este caso, el abono del justiprecio establecido, pues, como acabamos de indicar, el beneficiario asume directamente frente al expropiado las obligaciones que en cada caso se indican por la Administración y las relacionadas en el artículo 5 del Reglamento de Expropiación Forzosa, por lo que el expropiado debe dirigirse directamente al beneficiario y solo de manera subsidiaria y acreditada la imposibilidad de obtener el cumplimiento por el beneficiario de la correspondiente obligación (en este caso abono del justiprecio) puede dirigirse a la Administración expropiante exigiendo su cumplimiento.

De este planteamiento resulta que la minoración que se establece opera sobre los mismos criterios aplicados para la determinación de la RPA por las inversiones en expropiaciones, que ya se han examinado antes en relación con el justiprecio, intereses y 25% por omisión del trámite de información pública, incidiendo en dicha determinación de la RPA en la medida que tales criterios se ven afectados por dos circunstancias: la falta de efectividad de la inversión por el concesionario, que consiguientemente impide el cómputo de la misma; y el pago o realización de la inversión por la Administración, que determinará la reducción de la RPA en cuanto haya sido computada al efecto; sólo en este caso, lo que deja sin sustento la alegación de doble resta que formula la recurrente.

Y al respecto, conviene advertir desde ahora, que estos criterios de determinación de la RPA son los que resultan de aplicación general en virtud de las cláusulas y disposiciones a las que se sujeta el contrato y que ya se han examinado antes, lo que significa que, en la medida que el art. 17.2 de la Ley 8/1972 resulte congruente con los mismos, no supone innovación alguna del ordenamiento jurídico ni introducción de criterios nuevos y distintos de los que regían la determinación de la RPA con anterioridad.

Pues bien, desde estas consideraciones, resulta justificado el criterio establecido en el acuerdo impugnado, en cuanto establece que el importe global de la RPA (valor patrimonial de obras más expropiaciones hasta el límite respectivo) debe minorarse en las indemnizaciones de toda índole (justiprecio, intereses y costas) que, ante el impago por el concesionario, ha tenido que asumir el Estado, si bien de esos conceptos indicados han de excluirse las costas, por las mismas razones que se excluyeron respecto del concesionario en la determinación de sus inversiones.

El hecho de que se parta del importe global de la RPA se justifica en cuanto dichos conceptos hayan sido computados en su determinación, y de la misma manera que el acuerdo y las cláusulas aplicables prevén el incremento del importe global de la RPA con los modificados aprobados por la Administración, ha de producirse la reducción cuando la inversión, en este caso por expropiaciones, no se haya hecho efectiva por el concesionario.



Por otro lado, y aunque se haga referencia al reembolso con cargo al crédito por RPA del concesionario, no se trata de un procedimiento dirigido al efecto sino de la determinación de la RPA a consecuencia de la liquidación por incumplimiento y en aplicación de los criterios establecidos en la regulación del contrato, según se ha expuesto antes, que delimitan el alcance de la RPA.

Lo anteriormente expuesto pone de manifiesto que el art. 17.2 de la Ley 8/1972, se limita a incorporar al Derecho positivo los efectos de las sentencias judiciales, que imponen a la Administración el pago de las correspondientes indemnizaciones a los expropiados por incumplimiento de sus obligaciones por el concesionario, en la determinación de la RPA por resolución del contrato.

Tales efectos, que describe con carácter general como minoración del importe global de la RPA, responden, como ya hemos dicho, a la aplicación de los criterios generales establecidos para la determinación de la misma, que, en lo que aquí interesa, se concretan en el cómputo de las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario, en este caso en expropiaciones, de manera que el precepto no introduce criterios o determinaciones distintas a las existentes y de aplicación al caso. No innova el ordenamiento jurídico ni supone la aplicación de criterios de cómputo de la RPA distintos ni más gravosos que los que se venían aplicando y, por el contrario, sin perjuicio de que la modificación del art. 17.2 LA signifique la previsión de la situación creada tras las referidas resoluciones judiciales, el criterio aplicado en la determinación de la RPA habría sido necesariamente el mismo aunque la modificación no se hubiera producido y tampoco la disposición transitoria correspondiente.

Ello excluye cualquier planteamiento de retroactividad prohibida ya que la modificación del art. 17.2 no supone la innovación del ordenamiento jurídico ni la introducción de nuevas reglas de valoración de la RPA más gravosas, pues, por las razones expuestas, no es ello lo que resulta de la finalidad y contenido del precepto. Además de que el precepto trae causa del cumplimiento de las correspondientes sentencias dictadas, precisamente, en relación con las concesionarias afectadas; y que el acuerdo impugnado responde al procedimiento de liquidación del contrato y determinación de la RPA abierto en virtud del correspondiente acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2018, tratándose, por lo tanto, de la aplicación a un procedimiento de liquidación y determinación de la RPA abierto con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, aplicación que, además, no supone innovación de los criterios de valoración o cómputo, de manera que no afecta a la confianza legítima y seguridad jurídica, pues ha de reiterarse una vez más, que la RPA viene determinada por las inversiones previstas en los correspondientes proyectos efectivamente realizadas por el concesionario, de manera que, aun prescindiendo de las previsiones del art. 17.2 de la LA, no existe razón para confiar en que, para la determinación de la RPA, se computen inversiones que no se han hecho efectivas por el mismo.

Ha de reiterarse que la minoración de la RPA por expropiaciones pagadas por el Estado no responde a la reclamación de la deuda por la Administración ni tiene por objeto su reembolso o compensación, aunque produzca ese efecto. La minoración de la RPA responde al incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones como beneficiario de la expropiación, dejando de efectuar la inversión correspondiente, que, por lo tanto, no resulta computable a efectos de determinar la RPA, lo que justifica su minoración si se hubiera computado.

El reembolso de lo pagado por la Administración es una consecuencia de la determinación de la RPA, llevada a cabo en el procedimiento correspondiente y en aplicación de la normativa aplicable, pero no es la razón de ser de esta determinación y se produce en la medida que se ha incluido o computado indebidamente como tal una inversión en expropiaciones que, incumpliendo sus obligaciones contractuales, no se ha hecho efectiva por el concesionario y ello al margen del procedimiento judicial de concurso.

Sobre la diferenciación de estos dos ámbitos, el concursal y el de liquidación del contrato concesional y determinación de la RPA, ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en su sentencia de 15 de diciembre de 2016, rec. 5/2016 -también relativa a una concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de una autopista de peaje cuya concesionaria fue declarada en concurso en el que se dictó auto de apertura de la fase de liquidación (en el mismo sentido, sentencias de dicho Tribunal de 5 de diciembre de 2016, rec. 6/2016, y de 12 de julio de 2017, rec. 1/2017):

"...En este marco, si se pone en conexión el artículo 145.3 de la LC con los artículos 112.2 y 265.2 del TRLCAP, resulta que la apertura de la fase de liquidación concursal y la obligada declaración de disolución de la sociedad producen siempre la resolución del contrato. La resolución se produce por voluntad de la ley, mediando la previa decisión judicial de apertura de la fase de liquidación del concurso; hay, pues, un mandato que obliga a la Administración a instar lo adecuado para subvenir ordenadamente los efectos derivados de la extinción contractual producida desde el momento en que se abrió la fase de liquidación concursal.



De esta forma, en el procedimiento de liquidación iniciado con la disolución de la sociedad cabe distinguir: por un lado, la liquidación de los contratos civiles, mercantiles y laborales, sobre los que decide en plenitud jurisdiccional el Juez del concurso; y, por otro lado, la liquidación de la concesión, sobre la que decide en plenitud la Administración concedente en los términos en que legalmente se establece y que responde a la necesaria preservación del interés público (a través de medidas como el rescate o la eventual asunción de la explotación directa de la concesión, con recepción de la obras y determinación de las indemnizaciones correspondientes)."

No pueden acogerse, por lo tanto, las alegaciones de la parte que cuestionan este apartado del acuerdo al considerar que incide y supone una alteración del régimen legal aplicable a un procedimiento concursal en tramitación, con infracción del derecho de igualdad y del derecho de propiedad, al afectar a las reglas de preferencia de créditos en beneficio de la Administración y detrimento de los demás acreedores, con efectos desfavorables para la adjudicataria en cuanto a su situación en el concurso, pues, como se acaba de indicar, la minoración se produce en el ámbito de un procedimiento administrativo, abierto en cumplimiento y con observancia de las disposiciones legalmente aplicables, cuyo objeto es la determinación de la RPA, en aplicación de los criterios establecidos al efecto y al margen del procedimiento judicial de concurso.

Estas mismas razones llevan a desestimar la solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucional que se formula, alegando la infracción de los arts. 9.3, 14 y 33.3 de la Constitución.

En consecuencia, procede desestimar las pretensiones que se deducen en esta ficha.

## DECIMOSEXTO. FICHA XII

### I. Planteamiento de la parte recurrente.

Nos dice al identificar la cuestión controvertida que, según el acuerdo recurrido, del importe global de la RPA se retendrán las cantidades que sean precisas para hacer frente al justiprecio que estuviere pendiente de fijarse por sentencia. Se prevé la retención del importe reclamado por el demandante expropiado, a reserva de lo que finalmente se resuelva en el pleito. A dicho importe se añadirá una *estimación de intereses*, también objeto de retención.

Lo mismo se hace, añade la parte, para afrontar el justiprecio e intereses de aquellos expedientes expropiatorios que se suspendieron en su día mediante un convenio de cesión de aprovechamientos urbanísticos, que pudiera no haberse hecho efectivo. La cantidad que se retendrá por este concepto comprende una estimación de justiprecio y una estimación de intereses aplicando el interés legal desde los seis meses siguientes a la aprobación del proyecto de trazado hasta la fecha de firma del convenio. Para evitar dicho derecho de retención, declara el acuerdo recurrido, incumbe a la concesionaria probar que tales convenios se consumaron.

A tal fin, sigue diciendo la parte, establece dos momentos de liquidación de las situaciones pendientes: En los seis meses siguientes a la primera resolución de determinación de la RPA, mediante una nueva resolución, complementaria de la primera, con base en la información posterior que se haya podido obtener, y en los seis meses siguientes a la fecha de la resolución complementaria, mediante una resolución definitiva.

A su juicio, añade, la retención decretada supone un perjuicio evidente para los acreedores, que verán mermado, siquiera sea temporalmente, el importe de la RPA a la que tienen derecho.

Asimismo, también supone una vulneración de los derechos de los acreedores del concurso, pues supone una suerte de privilegio especial sin cobertura legal a favor de créditos futuros (no ciertos, ni determinados, ni actuales) que la Administración ostentará eventualmente contra la concesionaria.

Tras ello, expone las siguientes razones de ilegalidad del criterio que impugna:

Este derecho de retención auto-generado en su favor por la Administración es nulo por las siguientes razones:

**a)** Carece de cobertura legal: Conforme a jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS n.º 82/2004, de 16 de febrero -Rec. n.º 2467/1999-, por todas), el derecho de retención es un derecho de configuración legal quedando prohibida toda aplicación extensiva a otros supuestos no contemplados por la Ley, por mucha analogía que quepa apreciar entre las figuras contractuales. Y ni el régimen de determinación de la RPA, ni ninguna normativa aplicable prevé esta garantía imperfecta en favor de la Administración; su declaración resulta contraria al principio de legalidad. En este caso, *in claris non fit interpretatio*.

**b)** No puede decretarse ningún derecho de retención si no existe ningún crédito cierto, líquido y exigible (el pago de gastos en el artículo 453 Cc; pago del precio de la obra en el del 1.600 Cc; pago de gastos o indemnización de daños en el artículo 1.730 Cc, etc.- tienen de común el tratarse de prestaciones debidas al retentor, que siempre consisten en el pago de una deuda de dinero). En este caso no existe dicho crédito cierto, líquido y



exigible, en el caso de esas resoluciones judiciales pendientes, ni en el caso de eventuales reactivaciones de expedientes expropiatorios.

**c)** No ha justificado el por qué la cantidad que se retiene ha de corresponder con la cantidad solicitada por el demandante, y qué ha de entenderse por demandante (¿expropiado en vía administrativa, demandante en única instancia judicial, recurrente en casación?... Puesto que las cantidades que se pueden pedir en estas instancias pueden ser diferentes). Es obvio que esto no se compadece en absoluto con el principio de reciprocidad y de buena administración.

Desde luego, la Administración ha orillado que puede que el expropiado ni siquiera reclame su importe, ni la suerte que puede correr una eventual reclamación.

**d)** Tampoco resulta justificado el criterio de estimación del justiprecio en los casos de eventuales reactivaciones de expedientes expropiatorios por frustración de convenios urbanísticos. Es claro que habrá que estar a las circunstancias concretas de cada convenio, así como los obligados a dejar, en su caso, indemne al expropiado (puede ser también la Administración expropiante o la Administración urbanística actuante).

**e)** Dicho abuso resulta aún más evidente respecto de los intereses que se retendrían en el caso las resoluciones judiciales pendientes, respecto de los que únicamente se señala que se retendrá una cantidad estimada. No se indica cuáles son los criterios por los que se ha determinado dicha "estimación".

**f)** Se ha fijado un plazo de duración de dicho derecho de retención máximo de un año, sin justificar tanta extensión temporal, lo que ya *per se* es abusivo en contra de los derechos de los acreedores. De hecho, la "fecha de corte" debería ser la fecha máxima de la que disponía la Administración para proceder a la determinación de la RPA.

**g)** No cabe prolongar la determinación de la RPA más allá del procedimiento tramitado para ello. Es decir, con dicho derecho de retención se está vulnerando el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento de determinación de la RPA.

**h)** Al respetuoso criterio de esta parte, los créditos entre la Administración y la Concesionaria que puedan surgir después de la determinación de la RPA, deben integrarse en la masa del concurso, como cualquier otro crédito en favor o en contra de cualquier tercero.

**i)** Si se retienen esos importes, también deben sumarse a la RPA sin amortización, para después restarlo cuando efectivamente se paguen, y posteriormente, en última instancia, aplicar el límite contractual de la RPA por el concepto de expropiaciones.

**j)** Si, como parece probable, la Administración tendrá que hacer frente a esas resoluciones judiciales, entonces surgirá un derecho de crédito contra la Concesionaria, que se integrará en la masa del concurso, sin que por ello tenga que verse afectada la RPA. Desde luego, el Real Decreto-ley 1/2014 no avala este criterio interpretativo.

Finalmente, carece de todo fundamento el desplazamiento de la carga probatoria en contra de la Concesionaria: Si es la Administración la que declara a su favor un derecho de retención, es a la Administración a la que corresponde la prueba de un eventual crédito futuro y exigible, no a la Concesionaria. Esta cuestión, que se reitera en relación con varios apartados del acuerdo recurrido, será objeto de tratamiento diferenciado en la Ficha XVII.

En consecuencia, solicita de esta Sala que:

**a)** Anule el criterio interpretativo contenido en el apartado 8 del Acuerdo recurrido.

**b)** Declare que el criterio interpretativo debe recoger que el importe de la RPA debe fijarse de forma definitiva y por una sola vez en el momento en que debía haberse procedido a su liquidación.

## **II. Planteamiento de la Administración demandada.**

Afirma que carece de razón la actora. Los supuestos planteados afectan al límite de la RPA por expropiaciones. Lo que significa que no pueda cuantificarse el importe del límite y haga imposible el pago por la liquidación total de la deuda.

Lo cual tiene su fundamento en el artículo 1169, párrafo segundo, del Código Civil: "*Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda.*"

Habría de estarse, añade, a cada concreto supuesto para verificar la cuantía de la cantidad retenida -lo que es distinto al derecho de retención-, que puede comprender la totalidad de las cantidades pendientes de pago, en cuanto disminuirán el límite de la RPA por expropiaciones.





El establecimiento de plazos para realizar una posible segunda liquidación a cuenta y la definitiva, dice por fin, son plazos máximos. Y dependerán de que los créditos se cuantifiquen y pasen a ser líquidos.

### III. Decisión de la Sala.

En esta ficha se cuestiona la liquidación de las situaciones pendientes, que justifica la retención provisional del importe de la RPA, disponiendo al efecto el acuerdo recurrido lo que sigue:

**a)** Se dictará una primera resolución de determinación de la RPA, a cuenta de la resolución definitiva. En esta primera resolución se determinarán por separado:

-la cantidad a pagar ya reconocida

-y la cantidad que se retiene provisionalmente hasta la liquidación de las situaciones pendientes.

**b)** La liquidación de las situaciones pendientes se realizará en dos fases:

-en los seis meses siguientes a la primera resolución de determinación de la RPA (mediante una nueva resolución, complementaria de la primera, con base en la información posterior que se haya podido obtener),

-y en los seis meses siguientes a la fecha de la resolución complementaria, mediante una resolución definitiva.

La recurrente sostiene que la Administración debe liquidar con carácter definitivo el contrato dentro del plazo legalmente establecido, sin diferir este acto en el tiempo y condicionar su resultado a hechos futuros inciertos. Añade que mediante la retención provisional que pretende la Administración, lo que se consigue es asegurar que los créditos que en un futuro pueda ostentar la misma contra la concesionaria se cobren al margen del procedimiento de liquidación concursal en tramitación. Concluye por ello que debe anularse el criterio recogido en el apartado 8 del acuerdo de interpretación, y, en su lugar, debe declararse la obligación de la Administración de efectuar una liquidación definitiva de la RPA en el plazo legalmente establecido, sin que quepa retener provisionalmente cantidades de ningún tipo a cuenta del importe de la RPA.

Tal planteamiento no puede compartirse, pues, reconocida la existencia de situaciones pendientes de determinación de la inversión computable a efectos de RPA, como son la existencia de procesos judiciales pendientes de resolver sobre falta de pago del justiprecio por el concesionario, y la posible reanudación de expedientes expropiatorios al no haberse consumado los convenios urbanísticos de cesión de aprovechamientos, no puede pretenderse llevar a cabo una liquidación definitiva, que dejaría fuera del cómputo de la RPA tales situaciones, resultando justificada la interpretación del acuerdo impugnado en el sentido expuesto de que la liquidación sea provisional en tales casos, provisionalidad que, en contra de lo que se sostiene por la parte, no supone dejar abierta sine die la liquidación sino que se establece un plazo razonable al efecto.

Por otra parte y como se desprende de lo expuesto en el anterior fundamento de derecho, no cabe entender que la modificación del art. 17.2 responda a la necesidad de dictar una norma específica para habilitar a la Administración a efectos de compensar los créditos por expropiación, pues el objeto del mismo es el cómputo de las inversiones en expropiación a efectos de determinar la RPA, cómputo sujeto a la aplicación de los criterios generales y, por las mismas razones, no resulta estimable la alegación de la parte al considerar que se trata de una retención que pretende asegurar que los créditos que en el futuro pueda ostentar la Administración se cobren al margen de procedimiento de liquidación concursal.

Sobre este último punto, hemos dicho también en ese fundamento que, sobre la diferenciación de estos dos ámbitos, el concursal y el de liquidación del contrato concesional y determinación de la RPA, ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en su sentencia de 15 de diciembre de 2016, rec. 5/2016 -también relativa a una concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de una autopista de peaje cuya concesionaria fue declarada en concurso en el que se dictó auto de apertura de la fase de liquidación (en el mismo sentido, sentencias de dicho Tribunal de 5 de diciembre de 2016, rec. 6/2016, y de 12 de julio de 2017, rec. 1/2017):

"...En este marco, si se pone en conexión el artículo 145.3 de la LC con los artículos 112.2 y 265.2 del TRLCAP, resulta que la apertura de la fase de liquidación concursal y la obligada declaración de disolución de la sociedad producen siempre la resolución del contrato. La resolución se produce por voluntad de la ley, mediando la previa decisión judicial de apertura de la fase de liquidación del concurso; hay, pues, un mandato que obliga a la Administración a instar lo adecuado para subvenir ordenadamente los efectos derivados de la extinción contractual producida desde el momento en que se abrió la fase de liquidación concursal.

De esta forma, en el procedimiento de liquidación iniciado con la disolución de la sociedad cabe distinguir: por un lado, la liquidación de los contratos civiles, mercantiles y laborales, sobre los que decide en plenitud jurisdiccional el Juez del concurso; y, por otro lado, la liquidación de la concesión, sobre la que decide en

plenitud la Administración concedente en los términos en que legalmente se establece y que responde a la necesaria preservación del interés público (a través de medidas como el rescate o la eventual asunción de la explotación directa de la concesión, con recepción de la obras y determinación de las indemnizaciones correspondientes)."

No pueden acogerse, por lo tanto, las alegaciones de la parte que cuestionan este apartado del acuerdo al considerar que incide y supone una alteración del régimen legal aplicable a un procedimiento concursal en tramitación, con infracción del derecho de igualdad y del derecho de propiedad, al afectar a las reglas de preferencia de créditos en beneficio de la Administración y detrimento de los demás acreedores, con efectos desfavorables para la adjudicataria en cuanto a su situación en el concurso, pues, como se acaba de indicar, la minoración se produce en el ámbito de un procedimiento administrativo, abierto en cumplimiento y con observancia de las disposiciones legalmente aplicables, cuyo objeto es la determinación de la RPA, en aplicación de los criterios establecidos al efecto y al margen del procedimiento judicial de concurso.

### **DECIMOSÉPTIMO. FICHA XIII**

#### **I. Planteamiento de la parte recurrente.**

Nos dice al identificar la cuestión controvertida que, según el acuerdo recurrido, la fecha de inicio del plazo del que disponía la Administración para resolver la concesión (tres meses) lo es la de la firmeza del auto de liquidación, cuando debiera ser la fecha en que se dictó.

Añade que la exigencia de firmeza del auto de liquidación, a pesar de los efectos no suspensivos del recurso de apelación interpuesto por la propia Administración, comporta una minoración de los intereses muy relevante en contra de los acreedores (el auto de liquidación se dictó el 2 de noviembre de 2017, y al no haberse recurrido no fue firme hasta el 30 de noviembre de 2017).

Tras ello, expone las siguientes razones de ilegalidad de tal criterio:

El *dies a quo* del que ha de partirse no es desde la firmeza del Auto de liquidación, sino desde que dicho Auto se dictó, por las siguientes razones:

(i) El Auto de liquidación produjo *ex lege* la resolución de la Concesión. El Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido era solo una constatación formal del mismo y debe retrotraerse a ese momento.

(ii) No tiene sentido fijar que surgía la obligación de declarar la resolución formal de la Concesión desde el Auto de liquidación y, sin embargo, referir el momento de devengo de los intereses al momento de su firmeza.

(iii) El recurso de apelación contra dicho Auto de liquidación no tiene efectos suspensivos. En efecto, en sede concursal, en virtud de lo establecido en el artículo 197 de la Ley 22/2003, el recurso de apelación contra el Auto de apertura de la fase de liquidación carece de efectos suspensivos, puesto que se admite en un solo efecto, que es el devolutivo y no el suspensivo. Por tanto, pese a que se declare la firmeza del Auto en una fecha posterior, tal firmeza se entiende desde el momento en que dicho Auto de liquidación se dictó.

En consecuencia, solicita de esta Sala que:

a) Anule el criterio interpretativo que fija el *dies a quo* del inicio del cómputo de los intereses el día de la firmeza del auto de apertura de la fase de liquidación, fijado en las páginas 44, 45 y 51 del acuerdo recurrido.

b) Declare que el criterio interpretativo debe recoger que la fecha de inicio, bien del plazo para la determinación de la RPA, bien del de resolución (de entender el Tribunal que es precisa tal resolución) es desde el auto de apertura de la fase de liquidación.

#### **II. Planteamiento de la Administración demandada.**

Nos dice lo siguiente:

Critica la demanda que el acuerdo recurrido tomó como fecha de referencia la de la firmeza del auto de apertura de la fase de liquidación del concurso, en vez de la de la fecha del auto.

No tiene razón la demanda. El auto de apertura de la fase de liquidación no tiene efectos ejecutivos inmediatos por sí mismo. A diferencia del auto de declaración de concurso, que es ejecutivo, aunque no sea firme ( artículo 21.2 Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio). Pudiendo suspenderse todos o algunos de sus efectos al admitirse el recurso de apelación ( artículo 197.6 Ley Concursal).

Por lo que es procedente esperar a la firmeza del auto para proceder a realizar las complejas operaciones de liquidación de la concesión. Más aun considerando que se trata de adoptar una solución homogénea para todas las concesiones.

#### **III. Decisión de la Sala.**



La cuestión controvertida enlaza con la indicación que es de ver en el párrafo primero del criterio de interpretación número 9 que transcribimos en el fundamento de derecho primero. En concreto, con la siguiente:

**"9. Intereses por retraso en la determinación de la RPA**

Al importe que se determine en concepto de RPA debe sumarse el interés correspondiente al tiempo transcurrido desde los seis meses siguientes a la firmeza del auto que abrió la liquidación del concurso hasta el día del pago.

[...]"

Pues bien, no cabe acoger la pretensión deducida en esta ficha, toda vez que lo decisivo no es en realidad el régimen procesal de recursos establecido en la Ley Concursal (del que es en efecto importante el número 6 de su artículo 197, como destaca la Abogacía del Estado), sino, más bien, el momento en que para la Administración surge la obligación de determinar la RPA previo inicio y terminación del procedimiento en el que se constata la existencia de la causa de extinción y se declara resuelto el contrato. Momento que no es otro que aquél en que surge la situación jurídica que la obliga a actuar así, esto es, desde la firmeza de la resolución judicial que abrió la liquidación concursal de la empresa contratista. Antes de ello, ni cabe constatar la existencia de la causa de extinción, ni cabe declarar resuelto el contrato.

**DECIMOCTAVO. FICHA XIV**

**I. Planteamiento de la parte recurrente.**

Identifica la cuestión controvertida en estos términos: El acuerdo recurrido indica que la Administración disponía de un plazo de tres meses para resolver la concesión, y de un plazo de otros tres meses para proceder a la determinación de la RPA. El retraso en la determinación de la RPA devengará el interés previsto en la Ley 3/2004.

Esta parte, dice acto seguido, sostiene que el plazo del que disponía la Administración para determinar la RPA era efectivamente de tres meses, pero no a contar desde la adopción del acuerdo administrativo de resolución (que tuvo lugar en este caso el día 14 de julio de 2018), sino a contar desde el momento en que se dictó el auto de liquidación (i.e., 27 de abril de 2017).

Esta cuestión, dice finalmente, es relevante desde la perspectiva del devengo de intereses, puesto que, coincidiendo con el acuerdo recurrido en que el retraso en la determinación de la RPA devenga el interés previsto en la Ley 3/2004, cobra especial relevancia el *dies a quo*, distante en el tiempo según se acoja el criterio interpretativo del acuerdo recurrido o el que sostiene esta parte.

Tras ello, expone las siguientes razones de ilegalidad del criterio que impugna:

Según lo establecido en los artículos 32 y 34 de la Ley 8/1972, y en el artículo 112.b) LCAP, desde la fecha en que se dictó el Auto de liquidación, la concesión se entiende resuelta por ministerio de la Ley.

La literalidad de la norma es clara. Cuestión distinta es que la Administración esté obligada a iniciar un procedimiento para constatar que existe dicha causa de resolución y declarar resuelto el contrato.

En efecto, el procedimiento de resolución de los contratos de concesión que ha tramitado la Administración tenía que limitarse únicamente a constatar la existencia de causa de resolución (tal como declaró la Sentencia de la Sala de Conflictos), dado que tales contratos se encuentran resueltos por ministerio de la Ley. En definitiva, la Administración tenía la obligación de liquidar estos Contratos desde el momento en que éstos se entienden resueltos por ministerio de la ley, es decir, desde la fecha en que se dictó el Auto de apertura de la fase de liquidación.

Como bien indica la Administración dicho acuerdo de resolución no es constitutivo, sino declarativo de una situación jurídica (la extinción del contrato) que se produjo *ope legis* desde la fecha en que se dictó el Auto de apertura de la fase de liquidación en el seno del procedimiento concursal.

Y, por ello, solicita de esta Sala que:

**a)** Anule el criterio interpretativo por el que se considera que el plazo del que disponía la Administración para determinar la RPA era de tres meses, a contar desde la adopción del acuerdo administrativo de resolución, fijado en las páginas 44, 45 y 51 del acuerdo recurrido.

**b)** Declare que el criterio interpretativo debe recoger que el plazo del que disponía la Administración para determinar la RPA era de tres meses, a contar desde el momento en que se dictó el auto de liquidación.

**II. Planteamiento de la Administración demandada.**



Nos dice que, sin fundamento alguno, la demanda pretende que la determinación de la RPA se haga desde el momento de dictarse el auto de apertura de la fase de liquidación. Esto es, sin esperar a que la Administración se pronuncie y resuelva sobre la resolución del contrato. Lo que se traduce en que el plazo no es de 3 + 3 meses, sino de 3 meses.

Se basa en que:

*"Según lo establecido en los artículos 32 y 34 de la Ley 8/1972, y en el artículo 111.b) del TRLCA, desde la fecha en que se dictó el Auto de liquidación el contrato se entiende resuelto ope legis por ministerio de la Ley."* [sic]

Tal afirmación no es correcta, porque tales preceptos no dicen lo que se les atribuye. La entrada a la referencia a la apertura de la fase de liquidación aparece en la disposición adicional 1 de la Ley Concursal.

En todo caso, las sentencias de la Sala de Conflictos de 5 y 15 de diciembre de 2016 ( recursos 6 y 5 de 2016), aplican para determinar la resolución de los contratos concesionales el Texto Refundido de Contratos del Sector Público ( TRLCSP), Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Cuyo artículo 271.1 establece en el supuesto de resolución imputable a la Administración un plazo de 6 meses para la determinación de la indemnización (similar a la RPA) al concesionario. Por lo que sería de aplicación analógica este plazo.

### III. Decisión de la Sala.

La cuestión que examinamos enlaza con lo que fijan los criterios de interpretación números 9 y 10 del acuerdo, que son de ver en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, pero que conviene recordar. Dicen así:

#### 9. Intereses por retraso en la determinación de la RPA

Al importe que se determine en concepto de RPA debe sumarse el interés correspondiente al tiempo transcurrido desde los seis meses siguientes a la firmeza del auto que abrió la liquidación del concurso hasta el día del pago.

El tipo de interés aplicable será:

-El interés legal del dinero, respecto de los contratos adjudicados con anterioridad a la fecha de 8 de mayo de 2002.

-El interés previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad, respecto de los contratos celebrados después del 8 de mayo de 2002 (los de Ciralsa, Autopista M-12, Autopista Cartagena-Vera, Autopista AP- 36 y Autopistas A-41, adjudicados el 13 de febrero de 2004, 8 de noviembre de 2002, 6 de febrero de 2004, 13 de febrero de 2004 y 13 de febrero de 2004, respectivamente).

#### 10. Pago de la RPA ya determinada

Una vez determinada la RPA en el expediente de liquidación del contrato de concesión, el Estado dispone de un plazo de tres meses para abonar la cantidad que corresponda. Transcurrido este plazo, la cantidad fijada devengará el interés legal conforme a los artículos 17 y 24 de la Ley General Presupuestaria.

Pues bien, las razones dadas para desestimar las pretensiones deducidas en la ficha anterior, sirven también para rechazar las que se articulan en ésta, ya que una cosa es el efecto *ope legis* que se produce con la resolución judicial de apertura de la fase de liquidación dictada en el procedimiento concursal, que no cabrá desconocer, por supuesto; y otra (recordemos aquí las normas con que quedó vinculada la sociedad concesionaria con la Administración en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 del Real Decreto de adjudicación 1515/1999, transcrito en el repetido fundamento de derecho primero de esta sentencia), el procedimiento administrativo de resolución que imponía el número 1 del artículo 113.1 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, a cuyo tenor: *"1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento en la forma que reglamentariamente se determine"*; procedimiento al que se refiere el art. 157, último párrafo del RGC aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

Abunda en lo que acabamos de decir la lectura del acuerdo de resolución del contrato de concesión que nos ocupa, de fecha 13 de julio de 2018, publicado en el BOE del siguiente día 14. De un lado, porque se dice en él que se adopta *una vez cumplida la tramitación establecida conforme a la legislación aplicable y oído el Consejo de Estado, ... a propuesta del Ministro de Fomento*. Y de otro, mucho más importante aún, porque acuerda en su apartado n.º 2 *Ordenar al Ministerio de Fomento que incaute las fianzas de construcción y explotación depositadas a tales efectos por Accesos de Madrid, Concesionaria Española, S.A., en base a lo establecido, respectivamente, en las cláusulas 25 y 79 del Decreto 215/1973, de 25 de enero, que aprobó el Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión*.

Ahora bien, dicho lo anterior, procede matizar lo siguiente:



Por lo que se refiere al plazo para liquidar la RPA, la Administración justifica, siguiendo el dictamen del Consejo de Estado, la aplicación del plazo de tres meses establecido con carácter general en la legislación de procedimiento administrativo, concretamente en el art. 21.3 de la ley 39/2015, por la falta de una previsión específica en el bloque normativo aplicable de autopistas. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, según se ha indicado y se recoge en el propio acuerdo, en lo no previsto en este bloque normativo entran en juego las normas propias de la legislación de los contratos del Estado. Por lo tanto, no procede acudir directamente a la legislación general sobre procedimiento administrativo, cuando la legislación contractual resuelva la cuestión planteada.

Y éste es el caso, pues de la regulación contenida en el art. 172 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado, en relación con el contrato de obras se desprende que la Administración tiene un plazo de dos meses para aprobar la liquidación (en términos similares se desprende del posterior art. 169 del RGLCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001), por lo que ha de estarse al mismo en atención al régimen de fuentes de la regulación contractual.

Ciertamente y como hemos señalado reiteradamente antes, la determinación de la RPA no responde a la liquidación por cumplimiento del contrato sino, precisamente y por el contrario, al incumplimiento del contrato y liquidación de las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y no amortizadas al momento de su liquidación, atendiendo a los criterios establecidos al efecto que hemos venido examinando, pero sigue siendo una forma de liquidación del contrato y por lo tanto resulta justificado acudir a las previsiones establecidas al efecto en la legislación contractual que completen aquellos aspectos del procedimiento de determinación de la RPA, como son los plazos, que no aparecen específicamente previstos.

Procede, pues: **1º**. Desestimar la pretensión deducida en esta ficha, en el particular en que sostiene que el plazo ha de contarse desde el momento en que se dictó el auto de liquidación. Y **2º**. Aclarar que el plazo al que se refiere no es de tres meses, sino de dos.

#### **DECIMONOVENO. FICHA XV**

##### **I. Planteamiento de la parte recurrente.**

Identifica la cuestión controvertida en estos términos: El acuerdo recurrido indica que la Administración disponía de un plazo de tres meses para resolver la concesión, y de un plazo de otros tres meses para proceder a la determinación de la RPA. Lo que ahora se discute es que el acuerdo recurrido señala que, una vez determinada la RPA, el Estado dispone de un plazo de tres meses para abonar la cantidad que corresponda. Transcurrido este último plazo, la cantidad fijada devengará el interés legal conforme a los artículos 17 y 24 de la LGP.

Y añade: Esta parte sostiene que el plazo del que dispone la Administración para abonar la RPA ya determinada no es de tres meses, sino de sesenta días. Si no se abona en esa fecha, se devengará el interés de la Ley 3/2004 ininterrumpidamente hasta su completo pago, en aquellos casos en que dicha norma es aplicable.

Tras ello, expone las siguientes razones de ilegalidad del criterio que impugna:

Entiende esta parte que el plazo del que dispone la Administración para abonar el importe de la RPA ya determinada es de dos meses contados desde su determinación. Así lo dispone con claridad el artículo 100.4 de la LCAP en la redacción dada al mismo por la disposición final primera de la Ley 3/2004, en aquellos supuestos en que aquel texto es aplicable.

Desde entonces, tal como señala dicho precepto, se devengan los intereses de la Ley 3/2004 hasta su completo pago.

Es de notar que dichos intereses se devengarán sobre el importe de la RPA ya determinado conforme lo señalado en las Fichas XII y XIV.

Ante una previsión específica y aplicable temporalmente como el artículo 100.4 del TRLCAP en la redacción dada por la Ley 3/2004, carece de sentido aplicar, ya sea por analogía, ya sea subsidiariamente, las previsiones de la LGP en lo que se refiere al plazo para pago e intereses.

Y, por ello, solicita de esta Sala que:

**a)** Anule el criterio interpretativo de que el plazo del que dispone la Administración para abonar la RPA ya determinada (principal incluyendo los intereses de la Ley 3/2004, que se han devengado con ocasión del retraso en su determinación) es de tres meses, y que transcurridos los cuales se devengarán los intereses de la LGP, fijado en las págs. 45 y 51 del Acuerdo recurrido.



b) Declare que el criterio interpretativo debe recoger que el plazo del que dispone la Administración para abonar la RPA ya determinada es de sesenta días desde que transcurrió el plazo máximo de determinación, que es de tres meses desde el auto de apertura de la fase de liquidación. Transcurrido dicho plazo, lo que tuvo lugar el 2 de febrero de 2018, se devenga el interés de la Ley 3/2004 ininterrumpidamente hasta su completo pago.

## II. Planteamiento de la Administración demandada.

Nos dice que la demanda critica el acuerdo recurrido en cuanto señala un plazo para el pago de 3 meses desde la liquidación de la RPA, en aplicación del artículo 24 de la Ley General Presupuestaria.

De contrario pretende que el plazo de pago debe ser de 60 días según el artículo 100.4 LCAP, redactado por la Ley 3/2004.

Se equivoca de plano. El artículo 100.4 de la, suponemos, Ley de Contratos 13/1995 no ha sido modificado por la Ley 3/2004. Cuya disposición final 1 lo que modifica es el TR 2/2000, que no se aplica al contrato que nos ocupa.

Aun cuando fuese aplicable el TR 2/2000, su artículo 99.4, modificado, dice:

"La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el apartado 4 del artículo 110, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de sesenta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales."

Pero es que la determinación o cuantificación de la RPA no es ni una certificación de obra ni un documento que acredita la realización de un contrato. Por lo que, a falta de un plazo expreso en la legislación de contratos, en el PCG o el PCAP, habrá de estarse a la norma supletoria de la Ley General Presupuestaria.

Independientemente de la dudosa aplicación de la Ley 3/2004, que se deriva del dictamen del Consejo de Estado, ya que se refiere (artículo 1) a *la fijación de los plazos de pago en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración*, y la RPA no constituye un pago por la entrega de bienes o prestación de servicios, además, para que puedan exigirse intereses de demora se requiere (artículo 6) *que el acreedor haya cumplido sus obligaciones legales y contractuales*. En las concesiones que nos ocupan las concesionarias no han cumplido sus obligaciones -sin prejuzgar la culpabilidad- en cuanto han dado lugar a la resolución del contrato. Quedando fuera del ámbito de aplicación de la Ley (artículo 3.2) *los pagos de indemnizaciones por daños*. Participando la RPA de esta naturaleza, en cuanto compensatoria contractualmente de un posible perjuicio, cual es la resolución anticipada de la concesión que constituye el precio de la obra.

## II. Decisión de la Sala.

En debida consonancia con la respuesta que hemos dado a la ficha anterior, no procede acudir, tampoco en este caso, a la legislación general sobre procedimiento administrativo cuando la legislación contractual resuelve la cuestión planteada ya que, tal y como venimos explicando, y se recoge en el propio acuerdo, en lo no previsto en este bloque normativo constituido por la LA de 1972 y los pliegos, entran en juego las normas propias de la legislación de los contratos del Estado que nos proporcionan la solución.

Resultan, por ello, de aplicación las determinaciones contenidas en el art. 100.4 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece un plazo de dos meses para el pago de la liquidación, así como el interés de demora que en dicho precepto se señala que es el interés legal incrementado en 1,5 puntos.

Como antes dijimos, aunque la determinación de la RPA no responde a la liquidación por cumplimiento del contrato sino, precisamente y por el contrario, al incumplimiento del contrato y liquidación de las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario no amortizadas al momento de su liquidación, ello no obstante, sigue siendo una forma de liquidación del contrato y por lo tanto resulta justificado acudir a las previsiones establecidas en la legislación contractual que completen aquellos aspectos del procedimiento de determinación de la RPA, como son los plazos, que no aparecen específicamente previstos.

No cabe acudir en este caso a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales -a la que también se alude por la parte-, porque su disposición transitoria única ordena en su inciso inicial que, *"Esta Ley será de aplicación a todos los contratos que, incluidos en su ámbito de aplicación, hayan sido celebrados con posterioridad al 8 de agosto de 2002, en cuanto a sus efectos futuros, incluida la aplicación del tipo de interés de demora establecido en su artículo 7..."* y, como sabemos, el contrato de concesión que nos ocupa se adjudicó en el año 1999.



Por todo ello, nuestra decisión, completada con lo que ya hemos decidido en la ficha anterior, es la siguiente: 1º. El plazo del que dispone la Administración para abonar la RPA ya determinada es de dos meses. Y 2º. Transcurrido dicho plazo así contado, se devengará ininterrumpidamente y hasta el completo pago, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos.

#### **VIGÉSIMO. FICHA XVI**

##### **I. Planteamiento de la parte recurrente.**

Identifica la cuestión controvertida en estos términos: El acuerdo recurrido dispone que procede la incautación de la garantía de construcción y la garantía de explotación como consecuencia de la resolución del contrato por concurso de la concesionaria. No obstante, recuerda que esta cuestión está actualmente pendiente de los recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo contra los acuerdos de resolución de los contratos de concesión, por lo que este acuerdo debe entenderse a salvo de lo que se decida en dichos procesos.

Dicho lo anterior, añade que la incautación impide la aplicación de las garantías a la finalidad específica de cada una de ellas, de manera que el concesionario tiene una deuda con el fiador y además mantiene sus obligaciones con la Administración.

Y entiende que ese criterio interpretativo invade las competencias de esta Sala, que está conociendo ya de esta cuestión en los procedimientos a que hace referencia el propio acuerdo recurrido, con el agravante del riesgo de incurrir en pronunciamientos contradictorios.

Tras ello, expone las siguientes razones de ilegalidad del criterio impugnado:

**1.** No cabe la interpretación de una cuestión resuelta definitivamente en vía administrativa y pendiente de recurso contencioso administrativo, por no tener justificación técnica, ni económica, ni jurídica.

Nos remitimos a los planteamientos expuestos por nuestra representada en el Recurso n.º 313/2018 que se está sustanciando actualmente ante la sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, uno de los pleitos a los que hace referencia el Acuerdo recurrido.

**2.** Sin perjuicio de lo anterior, brevemente los argumentos expuestos son:

**a)** La aplicación del principio de jerarquía normativa que prima la aplicación de la LCAP sobre el PGC. De hecho, según la STS de 29 de enero de 2008 (Rec. n.º 11396/2004), con cita en otra STS de 17 de octubre de 2003, señala que el PGC no es una disposición general, sino un acto administrativo.

El propio tenor literal de la cláusula 3 del PCAP determina la aplicación prioritaria del LCAP, y, en consecuencia, de sus normas de desarrollo, sobre el PGC.

Debe recordarse que, al tiempo de adjudicarse la Concesión, gran parte de la regulación del citado PCG había quedado superada por la normativa en materia de contratación pública, y a ello se ha referido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en numerosas ocasiones (por todos, el Informe n.º 55/97, de 23 de diciembre de 1997), concluyendo que:

(i) Las disposiciones del PCG sólo deben aplicarse en tanto no contradigan la regulación en materia de contratación administrativa;

(ii) procede que, a través del PCAP, se ajuste la regulación del PCG a la normativa vigente al tiempo de adjudicarse el contrato, lo que no ha sucedido en nuestro caso; y

(iii) por esta razón, la introducción de previsiones en el PCAP contrarias al PCG no requieren ser informadas favorablemente por la Junta Consultiva.

**b)** En lo que a la garantía de construcción se refiere:

(i) No existe ningún precepto ni legal, ni reglamentario o mención en los PCAP o en el PCG que habilite a la Administración a la incautación de la garantía de construcción.

(ii) De acuerdo con la fecha de puesta en funcionamiento de la Infraestructura, el derecho a retener la garantía de construcción ha prescrito, según la cláusula 17.2 del PCAP. Desde luego, mucho menos se puede incautar.

(iii) El Consejo de Estado y el Ministerio de Economía y Empresa y la propia Intervención General de Estado en el expediente que obra en los autos del recurso se oponen a la incautación de la garantía de construcción. Las tres entidades informaron que las obras se construyeron de manera satisfactoria y que no procede resarcirse de los justiprecios por expropiaciones impagados por las concesionarias, con cargo a esta fianza. Se adjuntan estos informes como DOCUMENTO N.º 22.



(iv) La incautación tiene un carácter punitivo que no procede con ocasión de la resolución de la Concesión, este último argumento también se predica de la garantía de explotación.

**c)** Por lo que atañe a la garantía de explotación:

(i) Conforme a la normativa aplicable, sólo procede la incautación de la fianza de explotación en los casos de quiebra culpable o fraudulenta de la sociedad concesionaria.

(ii) En la actualidad no puede equipararse sin más el concepto de "quiebra" del PCG, con la apertura de la fase de liquidación en un concurso de acreedores. El modo en que ha de interpretarse la cláusula 79 del PCG es conforme Disposición final décimo tercera de la Ley 22/2003.

(iii) El Consejo de Ministros es manifiestamente incompetente para considerar la quiebra como culpable o fraudulenta, correspondiendo dicha competencia exclusivamente al Juez del concurso. Recordemos que el concurso es fortuito, DOCUMENTO Nº 11.

Dicho lo cual, solicita de esta Sala que:

**a)** Anule el criterio interpretativo de que procede la incautación de la garantía de construcción y la garantía de explotación como consecuencia de la resolución del contrato por concurso de la Concesionaria, fijado en la pág. 47 del Acuerdo recurrido.

**b)** Declare que el criterio interpretativo debe recoger que respecto de las garantías de construcción y de explotación ha de estarse a lo que se resuelva en el Recurso n.º 313/2018 que se está sustanciando actualmente ante la sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

**c)** Subsidiariamente a lo anterior, declare que el criterio interpretativo debe recoger que no procede la incautación de las garantías de construcción ni de explotación.

## **II. Planteamiento de la Administración demandada.**

Argumenta que la demanda dice que sobre esta cuestión se sigue el recurso 313/2018 ante la Sección 4ª de la Sala, lo que no es correcto, pues es el núm. 2/315/2018.

Añade que el acto recurrido señala:

"En cualquier caso, esta cuestión está actualmente pendiente de los recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo contra los acuerdos de resolución de los contratos de concesión; por lo que este acuerdo debe entenderse a salvo lo que se decida en dichos procesos."

Por lo cual, dice finalmente, existiendo litispendencia procede la inadmisibilidad del recurso en este extremo, de conformidad con el artículo 69.d) de la Ley Jurisdiccional.

## **III. Decisión de la Sala.**

Digamos ante todo que no procede la declaración de inadmisibilidad del recurso en este extremo, pues la recurrente pretende, precisamente, que ha de estarse a lo que se resuelva en el recurso que está sustanciándose.

Por ello mismo, el único pronunciamiento que procede hacer respecto de esta ficha es, en definitiva, que se trataba de una cuestión sujeta a la correspondiente impugnación y resolución en otro proceso judicial. En concreto, y en lo que hace al caso de autos, a lo decidido en la sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala dictada el 11 de noviembre de 2020, en el recurso contencioso-administrativo n.º 315/2018, en el que, habiéndose pretendido por ACCESOS DE MADRID "(ii) Que declare la ilegalidad del Dispositivo 2º del Acuerdo recurrido, por no ser conforme a derecho la incautación de las fianzas de obra y explotación, ordenando asimismo que ordene a la Administración la devolución de las mismas", recayó el siguiente Fallo:

"(1.º) Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo n.º 315/2018, interpuesto por Accesos de Madrid. Concesionaria Española, S.A. contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de julio de 2018, por el que se resuelve el contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de los tramos: M-40-Arganda del Rey, de la autopista de peaje R-3, de Madrid a Arganda del Rey; M-40-Navalcarnero, de la autopista de peaje R-5, de Madrid a Navalcarnero, y de la M-50 entre la autopista A-6 y la carretera M-409 y anular de su apartado 2 la incautación de la fianza de construcción.

(2.º) No hacer imposición de costas."

## **VIGESIMOPRIMERO. FICHA XVII**

### **I. Planteamiento de la parte recurrente.**

Identifica la cuestión controvertida en estos términos:





El Acuerdo recurrido determina en algunos extremos los medios de prueba que va a considerar para probar determinados hechos (i.e., pagos expropiatorios), y desplaza sobre la Concesionaria la carga de la prueba de extremos muy relevantes, cuando es a la Administración la que, por facilidad, por formar parte de expedientes que es ella la que ha de custodiar, a la que correspondería dicha prueba. Tales cuestiones son las siguientes:

- a) La prueba de los proyectos de obra aprobados pero ejecutados solo en parte.
- b) La existencia e imputabilidad de intereses expropiatorios.
- c) La realidad de los pagos de los justiprecios y los intereses que se hayan podido devengar.
- d) La patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos en los casos en que el justiprecio se materializaría a través de cesión de dichos aprovechamientos.

Tras ello, expone las siguientes razones de ilegalidad:

**1.** La valoración de prueba a los efectos de determinar la RPA no puede constituir un criterio interpretativo, puesto que supone desplazar las previsiones sobre medios de prueba contenidos en la Ley 39/2015 y en la LEC. En consecuencia, no procede incluir estas apreciaciones en el Acuerdo recurrido. En efecto, esta cuestión se rige por las normas generales que regulan la prueba y, por tanto, la Administración no puede interpretar ni limitar a su voluntad los medios que hacen prueba de un determinado hecho. En este sentido, el artículo 77.1 de la Ley 39/2015 dispone que "los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil".

**2.** Los medios de prueba que sean aptos para la acreditación de determinado hecho no pueden circunscribirse a los que se indican en el Acuerdo recurrido, sino que son admisibles todos los previstos en el ordenamiento jurídico. Lo contrario atentaría contra el derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, reconocido en el artículo 24 de la Constitución y en la doctrina del TEDH.

Por esta razón, por ejemplo, en lo que se refiere a la determinación de las obras proyectadas pero ejecutadas sólo en parte, ante discrepancias en la documentación que ha quedado referida, la Administración podría deducir importes atendiendo directamente a documentos elaborados por ella con independencia de lo realmente ejecutado. La ejecución de un importe inferior a la obra proyectada constituye una cuestión de hecho que deberá acreditarse suficientemente por la Administración, caso por caso, conforme a la normativa general sobre prueba.

**3.** Los criterios básicos sobre el reparto de la carga de la prueba previstos en el artículo 217 de la LEC disponen que cada parte ha de soportar la carga de la demostración de los elementos fácticos de la norma en que se basa su pretensión, regla atemperada por el criterio de la mayor facilidad y disponibilidad de una de las partes en la aportación de la prueba concreta.

Es este último inciso el que obvia en todo momento el Acuerdo recurrido, puesto que es la propia Administración, en cuanto Administración expropiante, la que ha tramitado y custodiado todos los expedientes expropiatorios, y debe tener a su disposición todos los hechos cuya prueba ahora se desplaza injustamente hacia la Concesionaria.

Es claro que si la Administración se ha auto-generado un derecho de retención (vid. Ficha tendrá que acreditar que concurren los requisitos para ello).

Pero es que, además, la Administración no puede orillar su responsabilidad en la custodia de los expedientes administrativos y su integridad, y cuya falta de observancia puede generar responsabilidad patrimonial ( artículos 32, 36 y 37 de la Ley 40/2015). Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esa Excm. Sala Tribunal Supremo ("El funcionamiento anormal del Gobierno Vasco por la falta de diligencia administrativa en la custodia y archivo de documentos, actuación negligente que constituye funcionamiento anormal de la Administración [...]", ex. FD 1º de la STS núm. 1590/2017 de 23 octubre -Rec. de Casación núm. 1751/2016-, por todas). Y, desde luego, no puede orillarlos cuando es la Administración expropiante, el Jurado de Expropiación Forzosa depende de ella, y la Abogacía del Estado ha defendido sus intereses durante los procedimientos judiciales.

Por lo demás, la Administración no ha indicado en ningún momento qué información en concreto considera incompleta, y porqué, ni que dato y documentos considera que le faltan.

Sobre esta cuestión, interesa destacar la reciente sentencia de 15 de octubre del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid (Pieza incidente concursal 1450/2019) en la que en una situación muy similar a la que nos ocupa se resuelve la necesidad de que la Administración proporcione toda la información actualizada relativa a los pagos por expropiaciones:



"Resulta de ello, para la recta comprensión de las consecuencias de la falta de adecuación de la lista de acreedores a la exclusión de las contingencias por expropiaciones, consecuencia de la falta de acceso a dicha información, así como la elección del momento temporal para dicha doble armonización, que la ausencia de adaptación de la misma a la realidad de los pagos, sus titulares, conceptos, fincas, importes y perceptores está afectando a la realidad de la masa activa concursal".

Condenándose al Ministerio de Fomento "a facilitar a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL una relación detallada e individualizada por fincas y titulares afectados por las expropiaciones derivadas de la concesión inicialmente concedida a la concursada ACCESOS, con excepción de todos aquellos importes que ha satisfecho en concepto de principal (justiprecio) e intereses de demora desglosando aquellos intereses que sean devengado antes de la declaración de concurso y los posteriores a dicha declaración (y en estos últimos si son legales o por mora procesal), aportando copia de la documentación justificativa de los justiprecios definitivos fijados, de sus pagos e indicando, caso de cesión intervivos o mortis causa, al acreedor como titular legítimo de ese pago acompañando copia de los títulos justificativos de esa subrogación respecto del anterior titular; sin hacer imposición de las costas". Se adjunta copia de dicha resolución judicial como DOCUMENTO N.º 23.

Y, finalmente, solicita de esta Sala que:

- a) Anule el criterio interpretativo relativo a la identificación de los medios de prueba y la carga de su práctica, fijado en las págs. 17, 20, 21, 40, 43, 49 y 50 del Acuerdo recurrido.
- b) Declare que el criterio interpretativo debe recoger que la carga de la prueba y los medios de prueba admisibles se regirán por las normas previstas en la LEC y en la Ley 39/2015, y que en todo caso, corresponde a la Administración la carga de probar los intereses, los pagos, retenciones y la consumación de los convenios en los procedimientos expropiatorios corresponde a la Concesionaria, en cuanto que tiene la obligación de custodiar los expedientes expropiatorios en los que dichos hechos se han documentado.

## II. Planteamiento de la Administración demandada.

Nos dice que lo cierto es que el acuerdo recurrido carece de cualquier indicación general acerca de la carga y medios de prueba. Como no podía ser de otro modo. Y cuando se refiere en asuntos concretos a determinados medios de prueba, en absoluto está excluyendo otros.

En cualquier caso, se trata de una cuestión que debe ser contemplada en cada caso concreto, sin que sea posible efectuar pronunciamientos o valoraciones generales.

Sin perjuicio de lo cual, la demanda plantea los siguientes supuestos singulares, sin crítica de ninguna especie:

1. El Acuerdo recurrido señala que para apreciar la obra proyectada pero no ejecutada, podrá "compararse el presupuesto de ejecución por contrata con el importe de obra ejecutada que figure en el acta de recepción de la obra o en el EDYCOE ("Estado de dimensiones y características de la obra ejecutada") y, si se observara divergencia entre estos documentos, "se estará a la certificación sobre valoración de las obras realmente ejecutadas que emita la Demarcación de Carreteras competente".

Claramente no se está prejuzgando nada.

2. En lo que a la prueba de los intereses se refiere, el Acuerdo recurrido se limita a señalar que le compete la carga de la prueba a la Concesionaria, toda vez que es a la Concesionaria a la que "le incumbiría presentar frente a la Administración expropiante la correspondiente reclamación de responsabilidad por esa demora y aportar la prueba de su derecho junto con la reclamación" en caso de retraso del Jurado de Expropiación.

Claramente la facilidad probatoria y la carga de la prueba es de la concesionaria beneficiaria de la expropiación: si ha pagado los intereses de demora por retraso en la determinación del justiprecio por el Jurado y reclama su devolución, es a ella a quien compete acreditar el pago efectuado y su cuantificación. La razón es más que obvia. La única intervención que tiene la Administración en estos casos es a través del Jurado, que es un órgano absolutamente ajeno a gestión y acreditación de pagos.

3. En cuanto a los pagos del justiprecio e intereses, el Acuerdo recurrido se limita a indicar qué medios de prueba tomará en consideración (cheque, transferencia bancaria, los documentos acreditativos del depósito o consignación en la Caja General de Depósitos. También se considerará justificada la realidad del pago parcial por el concesionario cuando dicho pago parcial hubiera sido reconocido por la Administración al hacerse cargo del pago de la cantidad restante debida al expropiado).

Fuera de los casos citados, corresponde al concesionario la carga de aportar cualquier otro medio de prueba acreditativo del pago.



Claramente el acuerdo recurrido parte de obviedades. Quien paga debe probar que ha pagado. Difícilmente podrá probarlo otro, salvo el receptor del pago -que ciertamente no es la Administración-.

**4.** Y en lo que se refiere a los convenios urbanísticos sustitutivos del justiprecio monetario, el Acuerdo recurrido señala que:

"Incumbe al concesionario la carga de probar que tales convenios se han consumado y, por tanto, se ha extinguido su obligación de abonar el justiprecio (por lo que no puede ya reanudarse el expediente expropiatorio). Mientras no se pruebe esa circunstancia se retendrá provisionalmente el importe estimado (justiprecio más intereses) que pueda reclamarse por estas expropiaciones".

Claramente la Administración concedente ha sido ajena a los convenios urbanísticos, y ni siquiera consta que se le haya dado traslado de su texto -con, en su caso, la aprobación de la Autoridad urbanística-. Por lo que, para relevar al Estado de la posible obligación pendiente de pago de la expropiación, y consiguientemente a la concesionaria de la disminución de la limitación de la RPA, sólo cabe que quien debió pagar -la concesionaria, beneficiaria de la expropiación- acredite que no debió de hacerlo. Resultando sencillamente imposible que la Administración concedente pueda acreditar, o tenerlo por efectuado, algo a lo que es ajena.

Por lo que la pretensión es improcedente.

### III. Decisión de la Sala.

-Debe partir de lo que disponen sobre esa cuestión los sucesivos criterios de interpretación que aprueba el acuerdo recurrido. Veamos:

**a)** En el criterio n.º 2, referido a las inversiones por obras, se dice a este respecto:

*[...] si resultara que el importe de la obra ejecutada fue menor al de la obra proyectada, se sumará solamente el precio de las unidades de obra realmente ejecutadas.*

*Para apreciar esa circunstancia podrá compararse el presupuesto de ejecución por contrata con el importe de obra ejecutada que figure en el acta de recepción de la obra o en el EDYCOE ("Estado de dimensiones y características de la obra ejecutada"; cláusula 66 del Pliego General de Autopistas). Si se observaran divergencias o inexactitudes en estos documentos, se estará a la certificación sobre valoración de las obras realmente ejecutadas que emita la Demarcación de Carreteras competente. Corresponderá en cualquier caso a la Administración acreditar que el importe de la obra ejecutada es menor al de la proyectada.*

Ahí no hay, por tanto, una afirmación sobre los medios de prueba que excluya cualquier otro, sino una referencia a los que de modo lógico pueden tomarse en consideración en el particular a que se refiere ese criterio. Y no hay, desde luego, una sobre la carga de la prueba contraria a lo que defiende la parte recurrente.

**b)** En el criterio n.º 3, referido a las inversiones por expropiaciones, se lee en lo que aquí importa:

*"No se computará como inversión la sustitución del justiprecio por cesión de aprovechamientos urbanísticos salvo que, pese a haberse celebrado un convenio urbanístico, se hayan realizado abonos en concepto de expropiaciones por la sociedad concesionaria y esta los justifique.*

*Respecto de las ocupaciones temporales, solamente se computará el importe de las previstas en los correspondientes proyectos de obras, siempre que, además, esté acreditado que se llevaron a cabo.*

*Se entenderá justificada la realidad del pago cuando esté documentada mediante cheque, transferencia bancaria, los documentos acreditativos del depósito o consignación en la Caja General de Depósitos. También se considerará justificada la realidad del pago parcial por el concesionario cuando dicho pago parcial hubiera sido reconocido por la Administración al hacerse cargo del pago de la cantidad restante debida al expropiado.*

*Fuera de los casos citados, corresponde al concesionario la carga de aportar cualquier otro medio de prueba acreditativo del pago".*

Nada ahí hay que este Tribunal pueda reprochar, pues lo que se prevé no infringe las normas sobre distribución de la carga de la prueba, ni, en concreto, la referida a la mayor disponibilidad y facilidad de cada una de las partes para acreditar los hechos controvertidos. En efecto, si se celebró un convenio urbanístico y pese a ello se realizaron abonos en concepto de expropiación por la sociedad concesionaria, será ésta la que deba justificarlo si así lo alega. Del mismo modo, será ella la que deba acreditar que llevó a cabo la ocupación temporal prevista en el proyecto de obras si ello se negara. Y, por fin, el acuerdo se remite sustancialmente a la documentación propia de las formas de pago que se establecen y permiten en la legislación expropiatoria, dejando a salvo, si de ahí no resulta justificada la realidad del pago, la posibilidad de que el concesionario aporte cualquier otro medio de prueba. Y



c) En el criterio n.º 8, referido al pago de la RPA relativa a las situaciones pendientes, se dice:

*"Incumbe al concesionario la carga de probar que tales convenios se han consumado y, por tanto, se ha extinguido su obligación de abonar el justiprecio (por lo que no puede ya reanudarse el expediente expropiatorio). Mientras no se pruebe esa circunstancia se retendrá provisionalmente el importe estimado (justiprecio más intereses) que pueda reclamarse por estas expropiaciones".*

Lo cual tampoco merece reproche alguno, por la misma razón expresada en la letra anterior.

-Más allá de lo anterior, y fuera del texto de esos criterios de interpretación, el acuerdo recurrido argumenta:

a) Cuando trata del supuesto de duplicidad en el pago, lo siguiente:

*"En los expedientes en que se pudiera haber producido un doble pago del mismo justiprecio por el concesionario solo se computará una de las cantidades abonadas (en principio, la menor); sin perjuicio del derecho del concesionario a probar que, de esas dos cantidades, la mayor era la realmente debida; así como de su derecho a reclamar el supuesto pago indebido de aquel que lo percibió".*

Nada ahí hay, de nuevo, que merezca reproche alguno; ni nada sobre ello se razona en la ficha que analizamos.

b) Cuando trata de la efectividad del pago, añade:

*"... si no está suficientemente justificada la efectividad del pago, no se computará ninguna cantidad; puesto que el pliego exige acreditar el pago, y la prueba de haberlo realizado recae sobre el concesionario (pues incumbe al deudor la carga de probar el pago, según la regla general de nuestro Derecho; artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).*

Otra vez nos encontramos con que nada se razona en contra de lo que ahí se dice, que en sí mismo tampoco merece reproche alguno. Y

c) Al tratar de los intereses de demora por retraso en la determinación del justiprecio por el Jurado de Expropiación, lo que sigue:

*"Se reconoce el derecho del concesionario a que el importe global de la RPA no se minore con los intereses correspondientes al retraso del Jurado de Expropiación en la determinación del justiprecio.*

*-Si bien se reconoce ese derecho, corresponderá, en principio, al concesionario la carga de probarlo; sin perjuicio de las comprobaciones de oficio que pueda realizar también el Estado".*

Ahí, tampoco hay nada que reprochar, pues se trataría de unos intereses abonados por el concesionario, cuyo pago le corresponde acreditar.

Amén de lo dicho hasta aquí, debemos añadir, por último, que, tratándose de determinar el método para calcular la RPA, el Acuerdo recurrido no podía dejar de referirse a los medios de prueba y a la distribución de la carga probatoria en todo aquello que fuera necesario para tener por acreditadas las circunstancias precisas para ese cálculo.

Procede, pues, concluir que, ni los argumentos ni las pretensiones que trae a colación esta última ficha, conducen a la anulación en ese particular del Acuerdo recurrido.

**VIGESIMOSEGUNDO.** *Pronunciamiento sobre costas.*

No ha lugar a la imposición de costas al haberse estimado en parte las pretensiones deducidas en la demanda, de manera que, como determina el art. 139.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

## FALLO

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

1º. Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo n.º 225/2019, interpuesto por la representación procesal de la entidad ACCESOS DE MADRID CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A. contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 26 de abril de 2019. Ello, en los apartados de sus fundamentos jurídicos que se indican a continuación, relacionados con las pretensiones deducidas en la demanda formulada en este recurso, y sin perjuicio de lo decidido por esta Sala en las sentencias que resuelven otros recursos interpuestos contra el mismo acuerdo:



**a)** En relación con el concepto de presupuesto de ejecución por contrata a que se refiere el apartado II.2.a), se estima la demanda porque dicho presupuesto de ejecución por contrata debe incluir el correspondiente beneficio industrial.

**b)** En relación al apartado III.2.c), procede estimar la demanda en el sentido de que el importe correspondiente al 25% abonado por la Administración a los expropiados derivado de la omisión del trámite de información pública en la tramitación de los expedientes expropiatorios, no se computa a efectos de determinar la RPA ni minorar el importe final a abonar al concesionario como RPA. En el caso de que hubiera sido abonado por el concesionario, habrá de computarse como inversión de éste, pero sin sujeción al régimen de amortización ni a los límites de la RPA.

**c)** Respecto del apartado IV.3, procede estimar la pretensión ejercitada en la demanda en el sentido de que, como día inicial de la amortización respecto de las obras ejecutadas con posterioridad al inicio del cobro de peajes (modificaciones, adicionales y obras complementarias), debe tomarse la fecha en que éstas fueron puestas en servicio o se inició el cobro del peaje asociado al nuevo tramo.

**d)** En relación con el apartado VI, procede estimar la demanda en el sentido de que ha de entenderse que la liquidación o valor patrimonial de los bienes e instalaciones ha de tomar en consideración las condiciones de normalidad o estado de conservación y funcionamiento adecuados correspondientes al momento de la liquidación de la RPA, sin que resulte procedente la valoración como "puesta a cero", entendida como valoración referida al inicio de la concesión.

**e)** Respecto del apartado VII del Acuerdo, procede estimar la demanda en el sentido de precisar que en el concepto "indemnizaciones de toda índole" no deben comprenderse las costas procesales satisfechas por la Administración.

**f)** Y, en cuanto a los apartados IX y X del Acuerdo, procede estimar parcialmente la demanda en este sentido:

(i) En los contratos sometidos a la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, para la determinación de la RPA ha de estarse al plazo de dos meses desde que se acordó en el procedimiento administrativo abierto al efecto la resolución del contrato con la consiguiente apertura de la liquidación, y, tras él y para su abono, a otro plazo de dos meses establecido en el art. 100.4 de dicha ley, devengando por demora el interés legal incrementado en 1,5 puntos. Y

(ii) Resulta improcedente el pronunciamiento relativo a la incautación no sólo de la garantía de explotación sino también de la garantía de construcción, debiéndose estar, por el contrario, a lo que resulte de las resoluciones judiciales dictadas al efecto.

**2º.-** Anular y modificar los criterios de interpretación del Acuerdo impugnado afectados por dicha estimación parcial.

**3º.-** Desestimar la demanda en todo lo demás.

**4º.-** Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.