



Roj: STS 2713/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2713
Id Cendoj: 28079130072016100211
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 827/2014
Nº de Resolución: 1299/2016
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE DIAZ DELGADO
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Séptima

Sentencia núm. 1.299/2016

Fecha de sentencia: 02/06/2016

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a) Número del procedimiento: 827/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 04/05/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos

Cebrián Transcrito por: Nota:

Resumen

Contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de Peaje Madrid-Toledo.

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 827/2014

Ponente: Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos

Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Séptima

Sentencia núm. 1299/2016

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. José Díaz Delgado

En Madrid, a 2 de junio de 2016.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo número 2/827/2014, interpuesto por la Autopista Madrid-Toledo, representada por la Procuradora Doña Carolina Pérez Sahuquillo, contra la desestimación presunta del Consejo de Ministros de la solicitud de resolución del contrato de concesión adjudicado por R.D. 281/2004 para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de Peaje Madrid-Toledo.

Ha sido parte recurrida la Administración del Estado. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora D. CAROLINA PÉREZ- SAUQUILLO PELAYO, en representación de AUTOPISTA MADRID- TOLEDO, C.E.A., S.A., se formaliza la demanda por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 9 de diciembre de 2014, en el que tras exponer cuantos hechos y fundamentos jurídicos tuvieron por pertinente, terminó suplicando:

" Que tenga por presentado este escrito y documentos que se acompañan y por formulada demanda en el recurso de referencia y en su virtud, revoque la desestimación presunta de la petición de resolución del el contrato de concesión por la imposibilidad de ejecutar las prestaciones en los términos inicialmente pactados presentada el día 14 de marzo de 2014 y, en su Virtud:

- Declare resuelto el contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de peaje".

SEGUNDO.- Por el Abogado del Estado se contestó a la demanda mediante escrito en el que alegó cuantos hechos y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente y terminó suplicando se *" dicte sentencia declarando inadmisibile o, en su defecto, desestimando este recurso con los demás pronunciamientos legales".*

El Abogado del Estado presentó igualmente su escrito de conclusiones.

Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 23 de septiembre de 2015, la recurrente puso de manifiesto a este Tribunal la aprobación del Real Decreto 698/2015, de 17 de julio por el que se modifican determinados términos de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Madrid- Toledo y la autovía libre de peaje A-40 de Castilla la Mancha, tramo circunvalación de Toledo, para restablecer el equilibrio económico y financiero de dicha concesión como consecuencia de no haberse construido la Autopista Toledo-Ciudad Real- Córdoba.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 27 de abril de

2016, habiendo tenido lugar y habiéndose observado en la tramitación de este recurso los requisitos legalmente establecidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Constituyen la premisa fáctica del presente recurso contencioso-administrativo los siguientes hechos:

1.- Por Orden del Ministerio de Fomento 2267/2003, de 1 de agosto (BOE nº 189, de 8 de agosto de 2003), se aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para el concurso, por procedimiento abierto, del *"Contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de peaje Madrid-Toledo y la Autovía libre de peaje de Castilla - La Mancha, tramo circunvalación Norte de Toledo"*.

2.- Por Real Decreto 281/2004, de 13 de febrero (BOE nº 45, de 21 de febrero de 2004), se adjudicó la concesión administrativa de referencia a la agrupación constituida por Corsán-Corviam, S. A., Comsa, S. A., Azvi, S. A., Construcciones Sánchez Domínguez Sando, S. A., y Banco Espirito Santo, 5.

3.- Las entidades citadas, una vez adjudicado el contrato, procedieron a la constitución de una Sociedad Concesionaria, AUTOPISTA MADRID-TOLEDO, C.E.A., S.A, de acuerdo con el proyecto de estatutos contenido en su oferta.

4.- Según se recoge en el Fundamento Segundo de la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2011 :

"La concesión tiene una vida de treinta y seis años y la autopista (AP41) entró en servicio en diciembre de 2006. Arranca de la R-5 a la altura de Moraleja de Enmedio y discurre al oeste de la A-42, autovía Madrid-Toledo". En adelante, la autopista de peaje Madrid-Toledo", o la "autopista AP-41.

"El Plan Estratégico de Infraestructuras del Transporte 2000-2007, presentado por el Ministro de Fomento en 2000, incluía entre las actuaciones en él previstas la construcción de una autopista desde Toledo a Córdoba, pasando por Ciudad Real. Sometido el proyecto a declaración de impacto ambiental, la resolución de 29 de mayo de 2007 (BQE del 31) de la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático, que la recoge, concluyó que "dicho proyecto es incompatible con el medio ambiente, sobre el que previsiblemente causaría efectos negativos significativos; que las afecciones a los lugares de la Red Natura 2000 serían significativas, entrando en contradicción con los objetivos de conservación, y en consecuencia con el mantenimiento de la coherencia de la Red Natura2000; y que las medidas previstas por el Promotor no son una garantía suficiente de la completa corrección o adecuada compensación de la Red Natura 2000". No consta que se hayan realizado actuaciones posteriores".

"Se preveía que la entrada en servicio de esta autopista Toledo- Ciudad Real-Córdoba se produjera de forma simultánea a la de la AP-41".

5.- En el fundamento de derecho sexto de la sentencia antes citada se sostiene que:

"Entiende la Sala que la entrada en servicio de la nueva autopista tenía un peso fundamental en el planteamiento de la AP-41, pese a no hacerse referencia a ella en las cláusulas del contrato entre ANT y la Administración. Tal silencio era lógico, tal como sostiene la segunda demanda, desde el momento en que las partes habían asumido que aquella fue concebida como la primera parte del nuevo acceso a y desde Andalucía. Por tanto, siendo éste un presupuesto esencial en la concepción de la AP-41, no requiere mucho esfuerzo concluir que su ausencia ha de afectar decisivamente al equilibrio económico y financiero de la concesión ya que no podrá contar con el volumen de tráfico que aportaría la posibilidad de desplazarse por Toledo y Ciudad Real a Córdoba y a la 1V-TV o hacerlo en sentido inverso sin tener que desviarse por Despeñaperros".

6.- El día 18 de diciembre de 2009, la Sociedad Concesionaria solicitó a la Administración por la no ejecución de la autopista Toledo- Córdoba, que continuaría un nuevo corredor de acceso de Madrid a Andalucía y desde Andalucía un reequilibrio económico. Frente al silencio de la Administración se interpuso el correspondiente recurso contencioso- administrativo tramitado con el número 566/2008.

7.- Por Sentencia de 16 de mayo de 2011 , el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso contencioso- administrativo y, anuló la desestimación por silencio de la solicitud que presentó el 18 de diciembre de 2009 y reconoció el derecho de la Sociedad Concesionaria "a que se restablezca el equilibrio económico y financiero de su concesión como consecuencia de no haberse construido la Autopista Toledo-Ciudad Real- Córdoba a cuyos efectos deberá incoarse expediente en el que se determinen los términos de dicho restablecimiento".

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

"Compensación.

A partir de la entrada en vigor de este real decreto, el Ministerio de Fomento abonará anualmente al concesionario de la autopista Madrid- Toledo el importe (compensación) que represente el ingreso dejado de percibir el año anterior por la no construcción de la prolongación de la autopista hacia Córdoba, hasta el fin del periodo concesional, salvo que durante dicho periodo se construya esta prolongación, momento a partir del cual quedará interrumpido el abono. Dicho abono se efectuará dentro de los seis primeros meses del año siguiente a la anualidad que sea objeto de compensación.

La citada compensación corresponderá al peaje abonado por los usuarios que previsiblemente hubiesen utilizado la autopista Madrid- Toledo como consecuencia de dicha prolongación hasta Córdoba, minorado con el importe estimado de los gastos de conservación correspondientes a los recorridos no efectuados. El primer abono a efectuar será el correspondiente al año 2015.

El volumen de tráfico a considerar para la compensación se determinará en función del tráfico real que anualmente utiliza la autovía A-4 entre Madrid y Córdoba y del que utiliza la autopista de peaje AP-41 entre Madrid y Toledo. Los datos de tráfico reales deberán ser proporcionados por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento y estarán desagregados por grupos y tipos tarifarios. En cada ejercicio se aplicarán a dichos datos las tarifas vigentes.

Se ha considerado que el tráfico ficticio que hubiera utilizado la autopista de peaje Madrid-Toledo-Córdoba sería un 12,68 por 100 del real que anualmente utiliza el mismo corredor por la autovía A-4. Por tanto, deduciendo de ese tráfico el que realmente utilice cada año la autopista Madrid-Toledo, se obtendría el volumen de tráfico adicional que hubiera utilizado esta autopista de haberse construido la prolongación hasta Córdoba, siendo el importe anual de compensación el montante del peaje que ese tráfico hubiese abonado, detrayendo del mismo el importe de los gastos que dicho tráfico hubiese producido a la sociedad concesionaria. Estos gastos se cuantifican en un 0,5 por 100 del importe de compensación (...)

Artículo 3. Partida presupuestaria.

Los importes resultantes de la aplicación de lo establecido en el presente real decreto se abonarán con cargo a la partida presupuestaria 17.20.441M.476 «Para compensar a Autopista Madrid-Toledo en cumplimiento de sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Mayo de 2011», estableciéndose como importes máximos anuales las dotaciones de dicha partida presupuestaria o de la que en el futuro pudiera sustituirla, que se relacionan a continuación:

Año

2016

2017

2018

2019

2020

2021

2022

2023

Importe

(euros)

3.075.606,4

5

3.150.214,7

0

3.224.704,0

5

3.312.300,4

5

3.404.175,8

2

3.503.761,8

0

3.591.170,4

0

3.693.266,9



2024
2025
2026
2027
2028
2029
2030
2031
2032
2033
2034
2035
2036
2037
2038
2039
2040
2041
2042
2043
2044
2045
2
3.791.070,8
1
3.911.355,0
7
4.010.807,7
5
4.126.164,5
3
4.245.019,0
7
4.383.890,9
1
4.499.667,5
8
4.630.783,5
1

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ

4.771.447,9

9

4.920.973,4

4

5.055.317,1

3

5.200.935,8

7

5.353.192,0

5

5.528.621,0

5

5.675.185,1

3

5.841.382,9

7

6.014.730,1

8

6.209.008,2

2

6.381.072,4

5

6.565.416,6

0

6.757.233,8

8

6.979.478,5

4

El recurrente sostiene como primer argumento que las medidas de reequilibrio económico-financiero de la concesión han producido una modificación sustancial del contrato por alteración de uno de los elementos esenciales del mismo (el precio), modificación esencial que - de acuerdo con la normativa de la Unión Europea- exigiría la resolución del contrato primitivo y la celebración de un nuevo contrato.

SEGUNDO.- Sostiene la recurrente que la concesión únicamente puede ser reequilibrada mediante pagos al concesionario con cargo a los presupuestos del estado.

Y anticipa en su demanda que aunque el reequilibrio de la concesión no se ha aprobado definitivamente, el Proyecto de Real Decreto que, en ejecución de Sentencia, aprobaría el restablecimiento del equilibrio económico y financiero de dicha concesión (páginas 41 y siguientes del expediente administrativo) como consecuencia de no haberse construido la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba, contempla como fórmula de reequilibrio el abono de unos pagos anuales a la sociedad concesionaria para toda la vida de la concesión. Cantidades referidas en el anterior fundamento jurídico., a las que habría que añadir las compensaciones ya abonadas correspondientes a años anteriores, que han sido pagadas en virtud de lo ordenado por diversos Autos del Tribunal Supremo que ha ordenado estos pagos con carácter de liquidación provisional del reequilibrio que se habrá de aprobar.

Así, en cumplimiento del Auto de 8 de febrero de 2012, se abonó

a la Sociedad Concesionaria la cantidad de 4.163.790,05 € como compensación correspondiente a las anualidades 2009 y 2010. El año siguiente, en cumplimiento del Auto de 15 de abril de 2013, se abonó la cantidad de 4.741.000,00, luego ampliada en 131.714,10 €, como compensación correspondiente a las anualidades de 2011 y 2012.

Por último, con fecha 18 de junio de 2014, se ha abonado la cantidad de 2.903.298,99 € en concepto de compensación correspondiente al año 2013, de acuerdo con lo ordenado en el Auto de 6 de marzo de 2014.

Sin embargo para la recurrente, este reequilibrio consistente en que el Estado abone una cantidad anualmente a la Sociedad Concesionaria, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, la correspondiente a los peajes que hubiera abonado un "tráfico ficticio" (el que utilizaría la Autopista Madrid-Toledo de haberse ejecutado en su integridad el nuevo corredor) calculado como un porcentaje del tráfico existente en la autovía de uso libre A-4. Que sería el 12,68 por 100 del tráfico real que anualmente utiliza el mismo corredor por la A4, considera que el cálculo es inferior al real y que el tráfico captado es superior al que afirma la Administración, y es insuficiente pues, entre otras circunstancias, no tiene en cuenta el tráfico que actualmente Utiliza la A-5 y la Autovía de la Plata.

Conviene dejar sentado que si el montante del equilibrio es o no ajustado, no es el objeto de este recurso, sino que en su caso debería ser el correspondiente a la impugnación del Decreto antes transcrito, a través del cauce que fuere procedente.

Para la recurrente, ninguna otra medida de reequilibrio sería posible. Ampliar el plazo no serviría de nada porque la Sociedad Concesionaria está en situación de concurso y los ingresos tarifarios no permiten su viabilidad pues no cubren siquiera los gastos de explotación del servicio, con lo que mucho antes de que pudiera disfrutar de esa ampliación habría entrado en liquidación. Tampoco valdría de nada un incremento de los peajes, puesto que su efecto notorio sería una mayor reducción del tráfico. Lo mismo podría decirse de una disminución de las obligaciones que pesan sobre la Sociedad Concesionaria, pues afectaría necesariamente a la calidad de la vía y, consiguientemente, a la seguridad del tráfico. De este modo, considera que el Ministerio de Fomento acierta al proponer la única solución posible de reequilibrio, al configurarlo como unos pagos anuales a la Sociedad Concesionaria, pues la concesión, para subsistir, necesita de esos ingresos adicionales.

Por ello la recurrente solicitó el día 14 de marzo de 2014 la resolución del contrato, por dos motivos, consistentes en la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados debido a decisiones de la propia Administración, y el incumplimiento por parte de la Administración de sus obligaciones contractuales esenciales.

La Administración no contestó a esta solicitud por lo que interpuso el presente recurso contencioso administrativo frente a su desestimación presunta.

TERCERO.- Como reconoce la recurrente, el PCAP no preveía la posibilidad de obtención de subvenciones a fondo perdido. Se establecía, por el contrario, la posibilidad de obtención de préstamos participativos, estableciendo la cláusula 33 del PCAP, pero la recurrente, en su oferta no solicitó ninguna cantidad en concepto de préstamo participativo, por lo que el Contrato de concesión tuvo como esencial la existencia de una obra susceptible de explotación económica, de modo que la concesión hubiera sido económicamente viable a través del cobro de las tarifas a abonar por los usuarios y de la explotación de zonas comerciales.

Es decir, para la recurrente este contrato se sustentó en la existencia de estudios y análisis que permitían garantizar de forma prospectiva la viabilidad económica de la concesión sobre la base de las previsiones de la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia, concebida como un primer tramo del nuevo corredor de acceso a y desde Andalucía. En coherencia, los ingresos de la concesionaria habrían de provenir exclusivamente de los usuarios sin que se previese ninguna aportación o apoyo financiero proveniente del Estado. Sostiene el recurrente que debe decidirse si el diseño contractual al que se ha dado lugar, derivado de la concurrencia de dos elementos, la caída de tráfico y los pagos que ha de realizar la Administración, constituye un diseño que puede mantenerse en el tiempo o si, por implicar una modificación contractual sustancial, si debe dar lugar a la resolución del contrato y, en su caso, a una nueva licitación, de acuerdo con las exigencias del Derecho europeo. Para esta parte la desaparición de ese "elemento esencial" en la concepción de la concesión (su función como primer tramo del nuevo corredor de acceso a y desde Andalucía), y el consiguiente desequilibrio económico y financiero en la misma, son de tales dimensiones que conlleva la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, pues las prestaciones

a satisfacer por las partes en ningún caso van a poder ser las inicialmente establecidas en el Contrato de concesión, ya que el impacto en el tráfico que ha tenido la decisión de no construir la Autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba supone que la infraestructura no puede ser viable económicamente, de una manera estable, en las condiciones establecidas en la documentación contractual, esto es, a través de los ingresos derivados del cobro de tarifas a los usuarios y a través de la explotación de las zonas comerciales.

Estaríamos ante un sistema mixto de ingresos de mercado y subvenciones estatales, alterándose la naturaleza de la contraprestación a la que tiene derecho el concesionario, en tanto no se ejecute la autopista Toledo-Córdoba, respecto de la que no existe la más mínima previsión de que vaya a ejecutarse en algún momento.

CUARTO.- Sostiene el Abogado del Estado la inadmisión de esa pretensión por ir contra el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos y demás principios conexos de nuestro ordenamiento., ya que la actora solicitó el restablecimiento económico-financiero de la concesión. Para la demandada, con ese comportamiento, la parte demandante no está ajustando su actuación a los principios de buena fe y de no ir contra sus propios actos, pues ha prefabricado la causa de resolución que invoca solicitando previamente el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, lo que debería conducir a la inadmisión de su pretensión por aplicación de lo dispuesto en el art. 11 de la LOPJ y demás preceptos concordantes.

Ciertamente la causa alegada para la resolución, alteración sustancial de los elementos del contrato de concesión, al no realizarse la autovía Toledo-Ciudad Real-Córdoba, ya existía cuando el recurrente solicita el reequilibrio económico producido por dicha situación, por lo que si la recurrente optó por no solicitar la resolución de la concesión y si el reequilibrio económico, no parece que la petición de resolución, cuando se le ha concedido al final el reequilibrio económico, aun cuando pueda disentir de la cuantía del mismo, sea consecuente con sus actos anteriores.

QUINTO.- Sostiene el Abogado del Estado que la recurrente carece de legitimación, por lo que el recurso debería declararse inadmisibile.

Por una parte, es principio general de nuestro ordenamiento jurídico que las causas de resolución o nulidad de los contratos no pueden ser invocadas por la parte a la que sea imputable la causa en que se basa la resolución o nulidad, y en el presente caso, la modificación sustancial del contrato que invoca la parte demandante como causa de resolución fue conseguida por ella mediante una sentencia favorable de reequilibrio económico de la concesión. Por tanto, no puede ahora la parte demandante invocar la resolución del contrato con base en una causa que fue prefabricada por ella.

Por otra parte, sostiene que la parte demandante se erige respecto a esta cuestión en paladín de la libre concurrencia y de terceros licitadores puesto que, en definitiva, postula que se decrete la resolución del contrato primitivo y se celebre uno nuevo porque en la primitiva licitación no se tuvieron en cuenta las medidas que ha traído consigo el restablecimiento económico de la concesión. Sin embargo, la parte actora carece de legitimación para actuar genéricamente en defensa de la libre concurrencia y de posibles terceros licitadores.

Sostiene el Abogado del Estado que frente al principio tradicional del contrato civil conocido como *pacta sunt servanda* aparece en los contratos administrativos el denominado *ius variandi* o poder de modificación unilateral del contrato por la Administración. Es decir, es la Administración quien tiene la potestad de modificar el objeto del contrato de forma obligatoria para el contratista.

Por el contrario, con las medidas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato no se trata de modificar el contrato sino, como su propio nombre indica, de mantener el mismo en las condiciones económicas en que había sido celebrado. Por tanto, las medidas que se adoptan para restablecer el equilibrio económico del contrato no pueden calificarse de *modificaciones del contrato en sentido técnico*, no hay novación propia ni impropia del contrato primitivo, sino, simplemente, la adopción de unas medidas que restablezcan los derechos y obligaciones de las partes al momento de celebración inicial del contrato.

Por tanto, cuando la Administración adopta medidas de restablecimiento de una concesión no está ejercitando su potestad conocida como *ius variandi*, no está ejerciendo su facultad de modificar unilateralmente el contrato mediante una novación impropia del mismo sino que está cumpliendo una obligación que le ha sido impuesta legal o jurisprudencialmente, la de mantener el contrato inicial y por ello revisar aquellas cláusulas de contenido económico que sea necesario para que el contrato primitivo pueda seguir desarrollándose con el mismo equilibrio económico existente en el momento de su celebración.

En consecuencia, sostiene la Administración del Estado que si las medidas de restablecimiento económico de la concesión no pueden ser reputadas modificaciones del contrato en sentido técnico (ni

sustanciales ni menores) no puede sostenerse que las medidas de restablecimiento económico adoptadas respecto a la concesión de la que es titular la demandante hayan producido una modificación sustancial del contrato que exija la resolución del mismo y la celebración de uno nuevo.

Pues bien esta Sala comparte el criterio de la Abogacía del Estado, aquí no nos encontramos ante una modificación de la concesión, sino ante un reequilibrio económico producido como consecuencia de la no realización de una obra distinta, la Autovía Toledo a Córdoba, pero la autovía de Madrid a Toledo de la que es concesionaria la recurrente no ha sido alterada en sus términos sustanciales, como sostiene la recurrente. Y es posible que, de no haberse producido la reciente crisis económica, pese a la no ejecución de la obra prevista que uniría por Autovía las Ciudades de Toledo y Córdoba, la explotación de la concesionaria recurrente fuera rentable.

SEXTO.- Según la recurrente, el carácter sustancial de la modificación operada por el contrato resulta de forma evidente de la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, cita, entre otras, la Sentencia de 19 de junio de 2008, Caso Presstext Nachrichtenagentur contra Austria, que establecía lo siguiente:

34. Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 (LCEur 1992, 2431) cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000 [TJCE 2000, 236], Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. 1-8377, apartados 44 y 46).

35. La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada".

Entre estos elementos que afectan a las características sustanciales de un contrato, se encuentra, obviamente, el precio. Así, la STJCE de 29 abril 2004 (Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA), afirma que constituye una alteración sustancial *"modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago"*. O, como se afirma en esta STJUE de 19 de junio de 2008 (Caso Presstext) Citada, *"Es evidente que el precio constituye una condición importante de un contrato público"*.

Sin embargo compartimos el criterio de la Administración que no es necesario, como sostiene la recurrente proteger al principio de libre concurrencia y a terceros posibles licitadores, fundamento de las resoluciones del TJUE citadas sobre este tema- porque los términos en que se celebró el contrato primitivo permanecen inalterados en su esencia; se había producido un desequilibrio en los derechos y obligaciones existentes en el momento de celebración del contrato pero el mismo ha sido (y, en su caso, continuará siendo) restaurado a través de las medidas de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión. Por ello, tampoco procede plantear cuestión prejudicial al respecto ante el TJUE. En efecto, lo que ha ocurrido es un hecho posterior a la formalización del contrato, relacionado con el mismo pero ajeno a su contenido, un *"factum principii"*, siquiera temporal, que ha ocasionado unos perjuicios a la recurrente que han sido compensados mediante el reequilibrio económico solicitado por la misma, sin alteración de las condiciones del contrato.

SÉPTIMO.- La recurrente sostiene que procede la resolución del contrato prevista en el art. 167.d) del TRLCAP, a consecuencia de la decisión de la Administración de no llevar a cabo el corredor Madrid- Toledo-Ciudad Real-Córdoba, ya que la explotación del servicio deviene imposible por lo cual concurre la causa de resolución prevista en el art. 167.d) del TRLCAP de 2000.

Entiende la recurrida que la parte actora solicitó y obtuvo judicialmente el restablecimiento económico-financiero de la concesión en virtud de sentencia de ese Alto Tribunal de 16 de mayo de 2011 dictada en el recurso núm. 566/2008, seguida de varios Autos en fase de ejecución, y que solicitar el restablecimiento económico-financiero de la concesión supone optar por una alternativa contraria a la resolución del contrato por lo cual la demandante va contra sus propios actos y contra los demás principios conexos señalados anteriormente al pedir ahora la resolución del contrato a pesar de haberle sido concedido el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión.

Y por otra parte sostiene que no existe imposibilidad de continuar con la explicación, como lo prueba la mencionada STS de 16 de mayo de 2011 de la cual resulta la posibilidad de continuar explotando el servicio si bien, a consecuencia de no haberse construido la autopista hasta Córdoba, se hacía necesario el restablecimiento económico y financiero de la concesión. Recordemos lo que señaló el FD 6º de esa sentencia:

«Distinta es la conclusión a la que se llega respecto de la falta de construcción de la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba.

La previsión de la misma no se ha discutido. Tampoco que en la documentación presentada por la Administración se contemplara la AP-41 como el primer tramo del nuevo corredor a Andalucía ni que las previsiones de la oferta presentada por AMT contaban con el tráfico de dicho corredor. La única cuestión a resolver a este respecto es la de si su inclusión en el Plan Estratégico de Infraestructuras para el Transporte 2000-2007 y las actuaciones sucesivas del Ministerio de Fomento anteriores a la convocatoria del concurso para la adjudicación de la concesión de la AP-41 relatadas en la segunda demanda conducen a excluir que la falta de construcción de la autopista a Córdoba desde Toledo sea un hecho extraordinario e imprevisible del que no debe responder el concesionario o, si, por el contrario, se trata de un acontecimiento incluido en el riesgo y ventura al que debe hacer frente AMT, como sostiene el Abogado del Estado.

Entiende la Sala que la entrada en servicio de la nueva autopista tenía un peso fundamental en el planteamiento de la AP-41, pese a no hacerse referencia a ella en las cláusulas del contrato entre AMT y la Administración. Tal silencio era lógico, tal como sostiene la segunda demanda, desde el momento en que las partes habían asumido que aquella fue concebida como la primera parte del nuevo acceso a y desde Andalucía. Por tanto, siendo éste un presupuesto esencial en la concepción de la AP-41, no requiere mucho esfuerzo concluir que su ausencia ha de afectar decisivamente al equilibrio económico y financiero de la concesión ya que no podrá contar con el volumen de tráfico que aportaría la posibilidad de desplazarse por Toledo y Ciudad Real a Córdoba y a la N-IV o hacerlo en sentido inverso sin tener que desviarse por Despeñaperros.

La complejidad del procedimiento establecido en la Ley 25/1988 EDL 1988/12663 para la construcción de las autopistas a la que se refiere el Abogado del Estado no es óbice a lo que acabamos de decir ya que no desvirtúa el hecho de que el propio Ministerio de Fomento previó y puso en marcha las actuaciones precisas para llevar a la práctica la nueva autopista, incluyendo el sometimiento del proyecto a la declaración de impacto ambiental. Esta fue, como se ha dicho, negativa, sin embargo, en nada afecta tal circunstancia a que se tratara de una infraestructura cuya realización no podía no ser previsible en 2003 que es cuando se convoca el concurso de la AP-41. Y, si el Abogado del Estado nos dice ahora que, a pesar de la declaración de impacto ambiental negativa, no debe descartarse su construcción dentro del período de vida de la concesión, mucho menos debía descartarlo AMT en el momento de la presentación de su oferta que, como se ha reiterado, contemplada el tráfico que aportaría la autopista no construida.

Entendemos, pues, que el proyecto del que hablamos era, en el momento de presentación de las ofertas para la adjudicación de la AP-41 algo más que un evento hipotético y futuro, que es la condición que le atribuye la segunda contestación a la demanda, y que su ausencia altera el equilibrio económico y financiero de la concesión por lo que procede su restablecimiento».

En consecuencia, esta Sala entiende con la Administración demandada que no existe una imposibilidad de continuación del servicio, como lo prueban los propios actos de la recurrente, al solicitar el reequilibrio económico producido, sin perjuicio de que la recurrente pueda estar disconforme con la solución dada al reequilibrio económico garantizado por la Administración.

OCTAVO.- Que en consecuencia procede la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo con expresa imposición de las costas procesales hasta la cuantía máxima de 8000 euros, siguiendo la práctica habitual en este tipo de asuntos y en virtud de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

En atención a cuanto se ha expuesto,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : No ha lugar al recurso contencioso-administrativo número 2/827/2014, interpuesto por la Autopista Madrid-Toledo, representada por la Procuradora Doña Carolina Pérez Sahuquillo, contra la desestimación presunta del Consejo de Ministros de la solicitud de resolución del contrato de concesión adjudicado por R.D.



281/2004 para la construcción, conservación con condena en las costas procesales, en los términos del último fundamento jurídico.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia, certifico

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ