



Roj: **STS 2212/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2212**

Id Cendoj: **28079130042018100268**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **12/06/2018**

Nº de Recurso: **1059/2016**

Nº de Resolución: **992/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 992/2018

Fecha de sentencia: 12/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1059/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/06/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MMC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1059/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 992/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez, presidente

D. Segundo Menendez Perez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Maria del Pilar Teso Gamella



D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo

D. Jose Luis Requero Ibañez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 12 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo nº 1059/2016 interpuesto por LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el día 18 de diciembre de 2015 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 295/2014 por la que se estima en parte el recurso contencioso administrativo promovido por la representación procesal de Autopista del Sureste, Concesionaria Española de Autopistas, S.A., contra la resolución del Secretario de Estado Infraestructuras, Transporte y Vivienda de 8 de abril de 2014, por la que se declaró la improcedencia de autorización de apertura, ni consignación y posterior abono a Autopista del Sureste, Concesionaria Española de Autopistas, S.A., correspondiente al ejercicio 2014, al no figurar en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho año ninguna partida para atender a los mismos.

Ha sido parte recurrida la entidad AUTOPISTA DEL SURESTE, CONCESIONARIA ESPAÑOLA DE AUTOPISTAS, S.A. (AUSUR), representado por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Cermeño Roco y defendido por Letrado don Alfred Quiles Peiró.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso 295/2014, seguido en la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el día 18 de diciembre de 2015 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «PRIMERO.- Estimar en parte el recurso contencioso administrativo promovido por la representación procesal de Autopista del Sureste, Concesionaria Española de Autopistas, S.A. , contra la Resolución del Secretario de Estado Infraestructuras, Transporte y Vivienda de 8 de abril de 2014, resolución que anulamos en parte por no ser conforme a Derecho.

SEGUNDO.- Declarar el derecho de Autopista del Sureste, Concesionaria Española de Autopistas, S.A., a que por la Administración demandada se aperture, tramite y resuelva el procedimiento adecuado, a fin de fijar el saldo de la cuenta correspondiente al ejercicio 2014.

TERCERO.- Desestimar las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente.

CUARTO.- Sin costas.»

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunció recurso de casación la Administración General del Estado, que la Sala de instancia tuvo por preparado acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- La recurrente formalizó el recurso anunciado que lo articula en cuatro motivos alegados al amparo del artículo 88.1.c) -los tres primeros- y 88.1.d) -el cuarto- de la Ley Jurisdiccional , suplicando que se dicte sentencia que «casando la sentencia de instancia y sustituyéndola por otra en la cual se confirme íntegramente la resolución administrativa impugnada».

CUARTO.- Evacuando el traslado conferido, la representación de la parte recurrida se opuso efectuando las alegaciones que estimó ajustadas a su derecho y terminó solicitando el dictado de una sentencia que « por la que se acuerde la inadmisión y/o desestimación de los motivos formulados en dicho recurso, todo ello con expresa imposición de costas a la parte recurrente por la temeridad y mala fe de sus pretensiones».

QUINTO.- Mediante providencia de 21 de marzo de 2018 se designó nuevo magistrado ponente y señaló para votación y fallo el día 5 de junio de 2018.

SEXTO.- En la fecha acordada han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el 6 de junio siguiente se pasó a la firma la sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso la sentencia dictada el día 18 de diciembre de 2015 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 295/2014 , por la que se estimaba en parte el recurso contencioso administrativo promovido por la representación procesal de



Autopista del Sureste, Concesionaria Española de Autopistas, S.A. (AUSUR), contra la resolución del Secretario de Estado Infraestructuras, Transporte y Vivienda de 8 de abril de 2014, por la que se declaró la improcedencia de autorización de apertura, ni consignación y posterior abono a Autopista del Sureste, Concesionaria Española de Autopistas, S.A., correspondiente al ejercicio 2014.

El proceso de instancia lo inició la mencionada sociedad mercantil mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido contra la anterior resolución administrativa y, en la demanda luego formalizada, reclamó que se anulara y dejara sin efecto dicha resolución y se condenara a la Administración demandada a abonarle el importe correspondiente a la cuenta de compensación de 2014 con los correspondientes intereses moratorios.

La sentencia ahora impugnada estimó parcialmente el anterior recurso jurisdiccional, pues tras la anulación de la resolución impugnada se limitó en su fallo a acceder a la pretensión de la demanda al exclusivo efecto de "Declarar el derecho de la parte recurrente a que por la Administración demandada se apertura, tramite y resuelva el procedimiento adecuado, a fin de fijar, anualmente, el saldo de la cuenta.", ello tras argumentar en el penúltimo inciso de su fundamento de derecho segundo que «Expuesto lo anterior, consideramos que la Sala no puede realizar declaración alguna atinente al abono del saldo de la cuenta o a la concesión del préstamo participativo, su materialización, pues el límite presupuestario opera como condicionante de dichas declaraciones. No obstante ello, a juicio de la Sala, existe una clara previsión legal que es punto de partida y requisito esencial para lo anterior, pues se prevé que se apertura con carácter anual la cuenta de compensación, cuyo saldo debe ser aprobado por la Administración y, sólo una vez ello sea realidad, se abre el cauce para el abono o la concesión del préstamo.

"Dentro del ámbito del presente recurso, la Sala no puede condenar al pago de cantidad alguna... pues los límites presupuestarios operan a modo de barrera infranqueable para realizar dicha declaración. Por el contrario, sí es propio de este recurso que la Sala pueda dar contenido a las previsiones legales, declarando el derecho que asiste a las concesionarias a fin de que la Administración, con el carácter anual que está previsto aperture la cuenta, siga el procedimiento previsto para ello y fije el saldo de la misma.».

Esta sentencia ha sido recurrida en casación por la Administración General del Estado, que invoca cuatro motivos casacionales: A) los tres primeros se articulan por la letra c) del artículo 88.1 de la ley jurisdiccional 29/1998: el primero, por anunciar un voto particular que luego no se incorpora a la sentencia mayoritaria; el segundo y tercero, respectivamente, por considerar vulnerados los preceptos reguladores de la sentencia al incurrir ésta tanto en incongruencia extra petita como en incongruencia interna; B) el cuatro se articula por la vía de la letra d) del artículo 88.1 de la ley jurisdiccional, por infracción del criterio fijado por esta Sala en sentencia dictada el día 28 de abril de 2015 al resolver el recurso de casación 295/2013.

SEGUNDO .- Comenzaremos nuestra exposición analizando y rechazando los motivos de casación que se articulan por la letra c) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, ello por lo siguiente:

1º) El primero de ellos, donde se denuncia infracción del artículo 260.2 de la ley Orgánica del Poder Judicial por cuanto la sentencia anuncia la incorporación de un voto particular por el Magistrado Sr. Fernández Rodera y, sin embargo no está unido. Nuestra decisión responde al hecho de que, pese a la mención que se hace a dicho voto particular en el antecedente de hecho séptimo, resulta evidente que en el encabezamiento de la sentencia no está incluido el citado magistrado en la composición del Tribunal que dicta la resolución judicial. En todo caso, esa discordancia no afecta al sentido decisorio de la mayoría que es el que se somete a revisión y la parte debió denunciarla por la vía del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a efectos de su aclaración y, en su caso rectificación.

2º) El segundo, a través del que se denuncia vulneración del artículo 33 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, porque no existe la incongruencia por exceso en la respuesta dada ante la pretensión ejercitada pues la Sala acertadamente razona que "sí es propio de este recurso que la Sala pueda dar contenido a las previsiones legales, declarando el derecho que asiste a las concesionarias a fin de que la administración, con el carácter anual que está previsto aperture la cuenta, siga el procedimiento previsto para ello y fije el saldo de la misma". Con ello no está concediendo algo que contradiga su argumentación ni algo que va más allá de lo solicitado, sino algo previo a la petición que rechaza por la inexistencia de presupuesto, de manera que el hecho de que la parte no haya formulado expresamente esta petición en la demanda rectora del proceso, no es óbice a su estimación, pues entendemos que la petición de abono del saldo de la cuenta de compensación lleva implícita la previa fijación del saldo de la cuenta

3º) Y no existe tampoco la incongruencia interna, que se denuncia en el tercer motivo, porque la sentencia no contiene un fallo contradictorio con su argumentación si se repara en que del contenido de la resolución administrativa impugnada no se desprende, como mantiene la Administración al oponer este motivo de inadmisión, que la respuesta administrativa dada lo hubiera sido una vez tramitado el procedimiento administrativo para fijar el saldo de la cuenta de compensación. Antes al contrario, lo que se deduce de ella es



que la falta de consignación presupuestaria determinó directamente la respuesta negativa sin esa actividad administrativa que impone la sentencia.

TERCERO .- En cuanto al motivo casacional invocado por la vía de la letra d), por infracción de lo ya resuelto por esta sala en sentencia de 28 de abril de 2015 (recurso casación 295/2013), nuestra respuesta ha de seguir el criterio ya sentado por la Sala y sección en numerosas sentencias puesto que aunque la citada Sentencia de 28 de abril de 2015 no constituye jurisprudencia a invocar por la vía del artículo 88.1,d) por ser posterior a la fecha de la sentencia impugnada, no es menos cierto que, como se ha dicho en otras sentencias como las de 12 de mayo de 2017 (recurso de casación 2577/2015) y de 19 de junio de 2017 (recurso de casación 2496/2015), tal realidad no impide sea tomada en consideración por esta Sala en aras a los principios de seguridad jurídica y unidad de doctrina al constituir la doctrina interpretativa sobre la materia, además de que luego su criterio ha sido seguido en otras posteriores.

Así, la sentencia de 8 de julio de 2016 (recurso de casación 1712/2015) desarrolla los siguientes argumentos, que reproducidos para estimar el motivo aducido:

«OCTAVO.- La principal cuestión planteada en los motivos de ambos recursos de casación, coincidente en lo sustancial con la suscitada en el recurso de casación número 3846/2014 decidido por la reciente sentencia de esta Sala y Sección de 8 de junio de 2016, es esta: si la DT 8ª de la Ley 43/2010 reconoce en favor de las entidades concesionarias incluidas dentro de su ámbito, como sostiene la recurrente AUTOPISTA MADRID-LEVANTE CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A., un derecho al reequilibrio financiero, mediante esa específica medida de la cuenta de compensación que regula, que no puede quedar obstaculizado en un determinado año por el hecho de que en la Ley de Presupuestos Generales del Estado correspondiente a dicho ejercicio anual haya sido omitida una previsión presupuestaria destinada a financiar ese específico concepto.

O dicho de otra forma, siguiendo el planteamiento de dicha recurrente, si la eventual falta de disponibilidad presupuestaria que pueda darse en un determinado ejercicio anual no priva del derecho al reequilibrio a través de la cuenta de compensación y tan sólo significa el aplazamiento del pago del importe correspondiente a ese derecho hasta tanto exista consignación presupuestaria.

De la solución que se adopte sobre la anterior cuestión depende el éxito de los motivos de uno y otro recurso de casación.

NOVENO.- Debe reiterarse lo que ya esta Sala y Sección razonó en su sentencia de 28 de abril de 2015 (Recurso núm. 295/2013): que es esa DT 8ª de la Ley 43/2010 la que, al configurar la medida que significa la cuenta de compensación, la condiciona expresamente a la partida presupuestaria establecida al efecto cada año; y es el propio legislador, en ejercicio de la amplísima libertad de determinación normativa que le corresponde, el que ha decidido para el ejercicio anual que aquí es objeto de polémica no establecer una partida presupuestaria destinada a esa medida por el concepto de que se viene hablando.

La literalidad de esa DT 8ª de la Ley 43/2010, tanto en su versión inicial como en la modificada por la Ley 17/2013, por lo que se refiere a la cantidad a consignar anualmente a la cuenta de compensación, es que "estará(n) sujeta(s) al límite de (las) disponibilidades presupuestarias cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para este (estos) concepto(s)". Tal dicción literal ya pone de manifiesto, en su directa lectura, que lo sometido a la disponibilidad presupuestaria es el nacimiento mismo del derecho inherente a esa medida de reequilibrio que es la cuenta, y no su pago como intenta sostener la sociedad recurrente; y, por otra parte, es coherente, con ese carácter tasado y excepcional que en nuestro ordenamiento sobre contratación pública tienen los supuestos de restablecimiento del equilibrio del contrato.

Lo cual hace aquí inaplicable esa jurisprudencia, invocada por la sentencia recurrida, que separa el nacimiento del derecho sustantivo de la previsión financiera respecto del mismo contenida en la Ley de Presupuestos, pues aquí es la propia ley directamente reguladora del nacimiento del derecho sustantivo de que se viene hablando la que, al configurarlo, establece la disponibilidad presupuestaria como ineludible presupuesto para su nacimiento.

Y la conclusión ha de ser, pues, que sí es correcta esa hermenéutica literal que rechaza la sentencia recurrida.

Siendo de recordar lo que al respecto ya razonó esa anterior sentencia de 28 de abril de 2014 de esta Sala y Sección (Recurso núm. 295/2013) que ha sido mencionada:

"Desde el plano de la legalidad es evidente que estamos ante un mecanismo compensatorio que trata de equilibrar el contenido económico financiero del contrato concesional, concedido "ex lege", pero precisamente es la propia ley que crea la compensación, la que establece también de forma clara e inequívoca en la D.A. 8ª letra C que "Dichas cantidades estarán sujetas al límite de disponibilidades presupuestarias fijadas cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para estos conceptos". Pues bien el derecho se ha



establecido condicionado a la existencia de partida presupuestaria establecida al efecto cada año, y hasta su agotamiento, por lo que se decidió por el legislador, posiblemente por la notoria crisis económica reciente, la falta de previsión de la partida para atender esta compensación para el año 2012.

Admitiendo la claridad de la ley en cuanto al condicionamiento de la concesión a las disponibilidades presupuestarias establecidas anualmente, es indiferente determinar si como sostiene la recurrente la DA de la ley 43/2010, ha establecido un derecho al equilibrio y no una simple medida graciable, pues el establecimiento estaba condicionado a una serie de presupuestos y condiciones, entre ellas precisamente la habilitación presupuestaria en la Ley de Presupuestos. No dándose esta condición, poca importancia tiene especular que si se dieron, los términos de la ley al utilizar el término imperativo "otorgará", conviertan la concesión en un acto debido para la Administración.

(...) Tampoco puede admitirse como sostiene la recurrente una interpretación del precepto conforme con la Constitución, en el sentido de considerar, con cita de sentencias de esta Sala, que sostiene que los derechos nacen fuera de la ley de Presupuestos, en la medida en que esta constituye un acto de previsión económico-financiera, por lo que el derecho al reequilibrio económico financiero no puede quedar supeditado a que exista o no previsión presupuestaria, (sentencia de 10 de junio de 1988), sin perjuicio de que esta circunstancia de lugar a créditos extraordinarios o suplementos de crédito, de conformidad con las previsiones del artículo 55 de la ley 47/2003, General Presupuestaria . Aquí no nos encontramos ante un derecho que carece de cobertura presupuestaria, sino que el derecho, tal como se configura en la ley no existe, precisamente por estar condicionado en su creación legal a la existencia de esta cobertura. Todo ello sin perjuicio de que la recurrente solicite el reequilibrio de su contrato y en su caso pueda obtenerlo por distinto título del alegado en el presente recurso". ».

CUARTO .- La estimación del tercer motivo del recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado conlleva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95.2 d), que la sentencia debe casarse y dictarse otra resolviendo las cuestiones suscitadas en el proceso.

Pues bien, recuperada así la competencia por esta Sala para resolver el recurso contencioso administrativo en los términos que resultan del debate, daremos respuesta negativa a las pretensiones de la concesionaria siguiendo las razones expuestas en la ya citada sentencia de esta Sala y sección de 8 de julio de 2016 (recurso de casación 172/2015), cuando decíamos:

«DÉCIMO.- La acogida del recurso de casación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO determina la anulación de la sentencia recurrida y que este Tribunal Supremo enjuicie directamente la controversia que fue suscitada en el proceso de instancia; y, realizando en este enjuiciamiento, ya debe decirse que no siendo de acoger ese derecho incondicional al reequilibrio que fue preconizado por ... a partir de la tantas veces mencionada DT 8ª de la Ley 43/2010 , los motivos de impugnación que fueron aducidos en su demanda formalizada en la instancia carecen igualmente de justificación.

No cabe hablar de infracción de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima porque, siendo clara esa DT 8ª de la Ley 43/2010 en la necesidad de la existencia disponibilidad presupuestaria para el nacimiento a favor de la concesionaria del derecho a consignar cantidades para su abono en la cuenta de compensación, no cabe apreciar un proceder del poder público que haya generado fundadamente la expectativa de que ese abono se haría en los casos de déficit de ingresos de todos los ejercicios anuales aunque la correspondiente Ley anual de Presupuestos no hubiese establecido disponibilidad presupuestaria o financiera con esa finalidad; y, en consecuencia, tampoco puede aceptarse la existencia de frustración de una confianza inherente a una legítima expectativa.

Y es igualmente infundada la vulneración de la garantía constitucional del derecho de propiedad y de la prohibición de medidas confiscatorias que ha sido invocada con base en lo establecido en el artículo 33 de la Constitución ; y lo es porque, no siendo de aceptar por todo lo ya razonado que haya nacido para la recurrente el derecho al reequilibrio financiero por ella pretendido, no es de apreciar la privación en contra de sus intereses de ningún contenido patrimonial que legalmente le corresponda.

De nuevo ha de traerse a colación lo que esa anterior sentencia de 28 de abril de 2014 de esta Sala y Sección (Recurso núm. 295/2013) declaró:

"(...) Desde el plano de la conformidad de la Disposición Adicional 8ª, tantas veces citada con la Constitución no se ofrecen a la Sala suficientes argumentos para plantear cuestión de inconstitucionalidad, pues es evidente que el principio de confianza legítima no se vulnera, ya que antes de la creación "ex lege" de la cuenta de compensación no existía un derecho a la misma, por lo que la recurrente no puede alegar que ha sido sorprendida en sus previsiones por la existencia de ésta, y tras su creación, se hace con el condicionamiento



antes expresado, por lo que razonablemente podía esperarse que no existiera previsión presupuestaria, salvo en el caso del año 2011, donde expresamente se determinaba la cuantía máxima que se destinaba a tal fin.

Y por ello mismo tampoco se aprecia la existencia de vulneración del principio de seguridad jurídica, puesto que la norma era clara desde su publicación, ni tampoco el de interdicción de la arbitrariedad, puesto que el derecho a la utilización de la cuenta durante el ejercicio de 2012, estaba condicionado como hemos dicho, y en consecuencia no se adquirió por la recurrente".

UNDÉCIMO.- Todo lo antes razonado conduce, pues, a declarar no haber lugar al recurso de casación de ... y a declarar haber lugar al recurso de casación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO; y, como consecuencia de esto último, a anular la sentencia recurrida y a desestimar el recurso contencioso-administrativo que fue interpuesto en el proceso de instancia.».

QUINTO . En cuanto a las costas, son de apreciar la clase de dudas que enuncia el artículo 139.1 de la LJCA para no hacer una especial imposición de las causadas en la instancia y cada parte litigante soportará las suyas en las que corresponden a esta casación por aplicación de lo establecido en el apartado 2 del mismo precepto procesal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- HABER LUGAR al recurso de casación nº 1059/2016 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO contra la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2015 por la Sección octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 295/2014 , ANULÁNDOLA.

2.- DESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº 295/2014 interpuesto en el proceso de instancia por Autopista del Sureste, Concesionaria Española de Autopistas, S.A. contra resolución dictada el día 8 de abril de 2014 por el Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda.

3.- NO HACER especial imposición de las costas causadas en el proceso de instancia y declarar que cada parte abone las suyas en las correspondientes a este recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.