



Roj: **STS 2437/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2437**

Id Cendoj: **28079130042018100296**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **25/06/2018**

Nº de Recurso: **3191/2015**

Nº de Resolución: **1068/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SEGUNDO MENENDEZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.068/2018

Fecha de sentencia: 25/06/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3191/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez

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

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

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3191/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1068/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menendez Perez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo



D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 25 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto ha visto el recurso de casación nº 3191/2015, interpuesto por la mercantil Ciralsa, S.A., Concesionaria del Estado, representada por la procuradora de los tribunales doña Náyade López Torres y asistida por el letrado D. Víctor del Hierro Sebastián, y por la Administración General del Estado, con la representación que le es propia, contra sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 9 de abril de 2015, y recaída en el recurso nº 260/2013, contra la resolución dictada por el Ministerio de Fomento el día 7 de marzo de 2013.

Se han personado en este recurso como partes recurridas la mercantil Ciralsa, S.A., Concesionaria del Estado, representada por la procuradora de los tribunales doña Náyade López Torres y asistida por el letrado D. Víctor del Hierro Sebastián, y por la Administración General del Estado, con la representación que le es propia

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo nº 260/2013 la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 9 de abril de 2015, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

« **FALLAMOS** : Que debemos ESTIMAR EN PARTE y ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de CIRAL S.A. contra la Resolución dictada por el Ministro de Fomento por el día 7 de marzo de 2013 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, declarando el derecho de la parte recurrente a que por la Administración demandada se aperture, tramite y resuelva el procedimiento adecuado a fin de fijar, anualmente el saldo de la cuenta con desestimación de las restantes pretensiones, y sin efectuar condena al pago de las costas»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia ha preparado recurso de casación la representación procesal de la Administración General del Estado, interponiéndolo en base a los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de las sentencias o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte, al incurrir la sentencia en incongruencia extra petita (arts. 24 de la Constitución, 33.1. de la LJCA, etc.)

Segundo.- Bajo el mismo amparo procesal al contener la sentencia recurrida un fallo contradictorio con su argumento por cuanto ese fallo debió ser de desestimación total del recurso.

Tercero.- Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al infringir el criterio fijado por la Sala Tercera en la sentencia dictada el día 28 de abril de 2015 al resolver el recurso de casación nº 295/2013.

Y termina suplicando a la Sala que «...dicte en su día sentencia casando la sentencia de instancia y sustituyéndola por otra en la cual se confirme íntegramente la resolución administrativa impugnada».

TERCERO.- También, la representación procesal de Ciralsa, S.A., Concesionaria del Estado ha preparado recurso de casación, interponiéndolo en base a los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de las sentencias o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte, al vulnerar los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, 11.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, 33.1 y 67.1 de la LJCA y 209.3 y 218.1 y 2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y, por ende, el artículo 24.2 de la Constitución, así como la jurisprudencia que acota tal vicio.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 88.1 de la LJCA, al vulnerar la sentencia de instancia la Disposición Adicional 8ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, en relación con los artículos 24 y siguiente de la Ley de Autopistas y las cláusulas 101 y siguientes del PCG, la cláusula 8 del PCAP, así como la jurisprudencia que los interpreta.



Tercero.- Bajo el mismo amparo procesal, al infringir la Sentencia de instancia la Disposición Adicional 31ª del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con el art. 47 bis de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, con la Disposición Adicional 8ª de la Ley 43/2010, los artículos 24 y siguientes de la Ley de Autopistas y las Cláusulas 65, 101 y siguientes del PCG, así como el apartado b) del número 1 del artículo 62 de la LRJAP.

Cuarto.- Bajo el mismo amparo procesal, al infringir la sentencia recurrida el artículo 47 bis de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y los artículos 24 y siguientes de la Ley de Autopistas y las cláusulas 65, 101 y siguientes del PCG, el apartado e) del número 1 del artículo 62 de la LRJAP y los artículos 9.3 y 24 de la Constitución.

Quinto.- Bajo el mismo amparo procesal que los anteriores, al no haber previsto la Sentencia de instancia las formas o medios de compensación vulnerando los artículos 24 y siguientes de la Ley de Autopistas y las cláusulas 101 y siguientes PCG.

Y termina suplicando a la Sala «...dictar en su día Sentencia por la que case y deje sin efecto la Sentencia recurrida y, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.2.d) de la LJCA, resuelva en términos plenamente coincidentes con el Suplico del escrito de demanda del citado recurso contencioso-administrativo, con todo lo demás que proceda en Derecho».

CUARTO.- La representación procesal de la Administración General del Estado se opuso al recurso de casación interpuesto por la mercantil Ciralsa, S.A., Concesionaria del Estado y suplica en su escrito a la Sala que «...dicte sentencia declarando inadmisibles o, en su defecto, desestimando los motivos 1º, 4º, y 5º del escrito de interposición y desestimando los restantes con los demás pronunciamientos legales».

QUINTO.- La representación procesal de la mercantil Ciralsa, S.A., Concesionaria del Estado también se opuso al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado y suplican en su escrito a la Sala que «...dicte sentencia declarando inadmisibles o, en su defecto desestimando los motivos 1º y 3º alegados por el Abogado del Estado en su Escrito de interposición, y el 2º sea estimado en los términos establecidos por esta parte, con el resto de pronunciamientos y, en su día, dicte sentencia conforme a los Escritos formulados por esta parte».

SEXTO.- Mediante providencia de fecha 16 de febrero de 2018 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 29 de mayo del mismo año y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez.

SÉPTIMO.- Por necesidades del servicio se inició la deliberación y fallo del presente recurso el 30 de mayo. Y el 19 de junio se pasó la sentencia a firma de los magistrados de Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Administración General del Estado y la mercantil "Ciralsa", S.A., interponen sendos recursos de casación contra la sentencia de fecha 9 de abril de 2015, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso núm. 260/2013.

Dicha sentencia identifica al inicio de su fundamento de derecho primero la resolución administrativa objeto de impugnación: la dictada por el Ministro de Fomento el día 7 de marzo de 2013. Y transcribe acto seguido su parte dispositiva, del siguiente tenor:

" En relación con la cuenta de compensación prevista en la disposición adicional octava de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, se acordó que no procedía consignación ni abono alguno a "CIRALSA S.A.", correspondiente al ejercicio 2012, al no haber en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho año ninguna partida para atender la misma ."

Más tarde, en el párrafo penúltimo de ese mismo fundamento de derecho da cuenta de cuál es el razonamiento jurídico de la citada resolución administrativa, leyéndose ahí:

«[...] la ley de presupuestos para 2012 no previó ninguna partida para atender dicha cuenta de compensación, por lo que respecto a ese ejercicio, no procede aprobación ni abono posterior alguno puesto que falta uno de los requisitos establecidos en la Ley para que tal consignación pueda realizarse. La mencionada disposición adicional octava no reconoce a las sociedades concesionarias que en ella se citan un derecho incondicionado a practicar la consignación anual en la cuenta de compensación; sino un derecho sujeto a ciertos límites y uno de ellos depende de la dotación asignada por el legislador a dicha partida presupuestaria ».



E inmediatamente después, en el último párrafo de ese fundamento, afirma que en la ley de Presupuestos para 2012 no figura partida alguna.

SEGUNDO .- Su parte dispositiva o fallo es del siguiente tenor:

«Que debemos ESTIMAR EN PARTE y ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de CIRAL S.A. contra la Resolución dictada por el Ministro de Fomento el día 7 de marzo de 2013 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, declarando el derecho de la parte recurrente a que por la Administración demandada se aperture, tramite y resuelva el procedimiento adecuado a fin de fijar, anualmente, el saldo de la cuenta, con desestimación de las restantes pretensiones, y sin efectuar condena al pago de las costas».

TERCERO .- Dicho en apretadísima síntesis, las razones jurídicas que condujeron a la Sala de instancia a ese pronunciamiento, basadas en un análisis exhaustivo de las normas, de la jurisprudencia y de la doctrina del Tribunal Constitucional, son, en suma, las tres siguientes:

-Entender que el mero hecho de que las leyes de presupuestos no incluyan una partida presupuestaria para los conceptos "cuenta de compensación" y "préstamo participativo" pueda dejar sin efecto -aun temporalmente- la medida de compensación establecida en la norma legal, es tanto como admitir la derogación o suspensión de vigencia tácita de dicha norma, impidiendo el ejercicio de un derecho que como tal se reconoce a las concesionarias mencionadas en la ley, y ello mediante la simple omisión de la partida correspondiente por voluntad del Gobierno que elabora esos presupuestos que el Parlamento aprueba, bien por razones económicas, políticas o de cualquier índole.

-Los términos imperativos en que se redacta la norma tampoco permiten entender que el límite de las disponibilidades presupuestarias fijadas para cada año en las LPGE opere como condición de la apertura anual de la cuenta de compensación y consignación de las cantidades correspondientes, en los términos expuestos, sino como el límite o condición de la entrega efectiva a las concesionarias de las cantidades que, en su caso, resultaren a abonar o de la materialización de los préstamos participativos.

-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 aperture 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.

CUARTO .- La Administración General del Estado formula en su recurso de casación tres motivos:

-Los dos primeros al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA , por considerar, respectivamente, que la sentencia recurrida, al declarar el derecho de la actora a que la Administración aperture, tramite y resuelva el procedimiento adecuado a fin de fijar, anualmente, el saldo de la cuenta, incluye un pronunciamiento que no ha sido pedido por ninguna de las partes, sin que, además, la Sala hubiera hecho uso de la facultad prevista en el art. 33.2 de la LJCA , por lo cual incurre en incongruencia extra petita (arts. 24 de la Constitución , 33.1 de la LJCA , etc.); e incurre, también, en incongruencia interna, pues resulta contradictorio que considere correcta la desestimación de la petición por inexistencia de crédito presupuestario y, después, estime el recurso ordenando algo que ya había cumplido la Administración, como es la tramitación del procedimiento para fijar si había derecho o no a la apertura de la cuenta de compensación correspondiente al ejercicio reclamado.

-Y, el tercero, al amparo del art. 88.1.d), por infracción del criterio fijado por esta Sala en la sentencia dictada el día 28 de abril de 2015 al resolver el recurso de casación núm. 295/2013 , que transcribe en parte, añadiendo después que la apertura de la cuenta de compensación (y lo mismo en el caso de los préstamos participativos) se encuentra sujeta a una verdadera condición suspensiva ("las disponibilidades presupuestarias fijadas cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para este concepto") de forma que el nacimiento del derecho (no meramente su exigibilidad) depende de que se cumpla el acontecimiento que constituye la condición (art. 1114 del Código Civil).

QUINTO .- Por su parte, la mercantil "Cirsalsa, S.A., formula en su recurso de casación los cinco motivos siguientes:

-El primero al amparo del art. 88.1.c) de la LJCA , por considerar que la sentencia incurre en incongruencia omisiva y en falta de motivación, con vulneración de los artículos 24.1 y 2 y 120.3 de la CE , 11.3 de la LOPJ , 33.1 y 67.1 de la LJCA y 209.3 y 218.1 y 2 de la LEC . Ello, en suma, por no haber dado respuesta a las alegaciones



efectuadas y causas de invalidez invocadas en los fundamentos de derecho primero, segundo y tercero de la demanda.

-El segundo al amparo del art. 88.1.d) de la LJCA, por vulnerar la sentencia de instancia la Disposición Adicional 8ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, en relación con los artículos 24 y siguientes de la Ley de Autopistas y las cláusulas 101 y siguientes del PCG, la cláusula 8 del PCAP, así como la jurisprudencia que los interpreta, pues, en suma, a "Ciralsa" le debió ser reconocido el derecho a ser compensada por el importe correspondiente a la cuenta de compensación del ejercicio 2012, instando a la Administración a su pago o medida compensatoria equivalente.

-El tercero, con igual amparo, al infringir la sentencia la Disposición Adicional 31ª del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con el art. 47 bis de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, con la Disposición Adicional 8ª de la Ley 43/2010, y los artículos 24 y siguientes de la Ley de Autopistas y las Cláusulas 65, 101 y siguientes del PCG, así como el apartado b) del número 1 del artículo 62 de la LRJAP, pues al haber quedado alterado el equilibrio económico de la concesión, la resolución debió ser adoptada por el Consejo de Ministros.

-El cuarto, con ese mismo amparo, por infringir la sentencia el art. 47 bis de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y los artículos 24 y siguientes de la Ley de Autopistas y las cláusulas 65, 101 y siguientes del PCG, el apartado e) del número 1 del artículo 62 de la LRJAP y los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, pues, en suma, la falta de dotación presupuestaria debió llevar aparejada la aplicación de aquel art. 47 bis, compensando de manera equivalente o reprogramando el beneficio de la cuenta de compensación.-

Y, el quinto, con igual amparo, por no haber previsto la sentencia las formas o medios de compensación, vulnerando los artículos 24 y siguientes de la Ley de Autopistas y las cláusulas 101 y siguientes del PCG.

SEXTO .- En el recurso de casación núm. 51/2016, en que también eran recurrentes las dos partes que lo son aquí; en que era igual la cuestión jurídica de fondo; y en que asimismo lo eran los motivos de casación formulados por una y otra, hemos rechazado en la sentencia del pasado día 19 de junio de 2018 todos esos motivos, con la sola excepción del tercero de los formulados por la Administración General del Estado, respecto del cual nuestra jurisprudencia (reflejada entre otras en las sentencias de 28 de abril de 2015, 8 de junio y 8 de julio de 2016 y 28 de abril de 2018 -y las que ésta cita-, dictadas respectivamente en los recursos 295/2013, 3846/2014, 1712/2015 y 3195/2015) afirma, en suma, que lo sometido a la disponibilidad presupuestaria es el nacimiento mismo del derecho inherente a esas medidas de reequilibrio que son la cuenta y el préstamo participativo contempladas, ambas, en la redacción vigente de la Disposición Adicional octava de la Ley 43/2010, de 30 diciembre, y no su pago, pues aquí es la propia ley directamente reguladora del nacimiento de tales derechos sustantivos la que, al configurarlos, establece la disponibilidad presupuestaria como ineludible presupuesto para su nacimiento.

Por tanto, sin necesidad de reproducir unos razonamientos que ya son conocidos por las partes, incluido el que justifica la no imposición de costas, y por imperativo del principio de igualdad en la aplicación de la ley, debemos llegar aquí al mismo pronunciamiento alcanzado en aquel recurso.

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 de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil CIRALSA, S.A. contra la sentencia dictada el 9 de abril de 2015 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 260/2013.

HA LUGAR, en cambio, al recurso de casación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO contra esa misma sentencia, que casamos y dejamos sin efecto con la consecuencia que se declara a continuación.

DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo nº 260/2013 interpuesto en la instancia por la representación procesal de CIRALSA, S.A. contra resolución dictada el día 7 de marzo de 2013 por el Ministro de Fomento.

NO HACEMOS especial imposición de las costas causadas en la instancia y declaramos que cada parte abone las suyas en cuanto a las de 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 Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ