



Roj: **STS 310/2022 - ECLI:ES:TS:2022:310**

Id Cendoj: **28079130052022100022**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **28/01/2022**

Nº de Recurso: **232/2019**

Nº de Resolución: **83/2022**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **OCTAVIO JUAN HERRERO PINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 83/2022

Fecha de sentencia: 28/01/2022

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

Número del procedimiento: 232/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

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

Transcrito por: MSP

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 232/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 83/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D^a. Ángeles Huet De Sande



En Madrid, a 28 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo n.º 232/2019, interpuesto por la entidad AUTOPISTA MADRID SUR, CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A., representada por el procurador D. Juan Pedro Marcos Moreno y defendida por el letrado D. Ernesto García-Trevijano Garnica, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de abril de 2019, de interpretación de determinados contratos de concesión de autopistas, resueltos por concurso y en expediente de liquidación, en cuanto al método para calcular la "Responsabilidad de la Administración". Ha sido parte demandada el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración del Estado; Bankia, S.A. representada por el procurador D. Miguel Alperi Muñoz y defendida por la letrada D.ª Rocío González Bermejo; y Titulación de Activos, Sociedad Gestora de Fondos de Titulación, S.A. representada por la procuradora D.ª Adela Cano Lantero y defendida por el letrado D. José Luis Zamarro Parra.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la entidad AUTOPISTA MADRID SUR, CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A., se interpone recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de abril de 2019, de interpretación de determinados contratos de concesión de autopistas, resueltos por concurso de acreedores en estado de liquidación, en cuanto al método para calcular la "Responsabilidad de la Administración".

En dicho Acuerdo, examinando la normativa aplicable, el procedimiento establecido y con incorporación de la observaciones del Consejo de Estado, se establece los siguientes criterios de interpretación:

"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 41.ª 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 41.ª 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 por 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 41.ª 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 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 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."

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo y reclamado el expediente administrativo se procedió a formalizar la demanda, en la que se solicita que:

"1. Que se condene a la Administración demandada a atender la normativa y al orden de prelación expresamente pactado por las partes en la Cláusula 11 del PCAP, el artículo 13 del RD de Adjudicación y en la Cláusula 8.9 del Contrato a los efectos de la determinación de la RPA.

En concreto, la Administración debe aplicar (i) en primer lugar, la Ley 8/1972; (ii) en segundo lugar, el TRLCAP 2000 y (iii) en tercer lugar, el PCAP. En último lugar, y sólo cuando no contradiga la regulación referida, podrá la Administración aplicar el PCG de 1973.

2. Que se anule el apartado 2 del Acuerdo de Interpretación del Acuerdo Impugnado y, en su lugar, se condene a la Administración demandada, a efectos del cálculo de la inversión no amortizada, a computar el importe de todas y cada una de las obras ejecutadas por el Concesionario que hayan sido consentidas, recibidas y aprovechadas por la Administración en el marco del Contrato, para lo que la Administración demandada debe:

2.1. estar al coste total de la inversión por obras, lo que debe incluir también el beneficio industrial abonado por el contratista al ejecutor de las obras;

2.2. determinar caso por caso, cuando proceda, a través del correspondiente procedimiento administrativo contradictorio, la obra realmente ejecutada por el Concesionario;



2.3. computar todas y cada una de las obras efectivamente ejecutadas por el Concesionario en el marco del Contrato por orden de la Administración o aceptadas (expresa o tácitamente) por ésta y recibidas por la Administración con motivo de la reversión.

2.4. respecto de las obras adicionales reconocidas en el RD 907/2011, computar el importe del saldo por obras adicionales aprobado y verificado por la Administración en el último ejercicio antes del auto de apertura de la fase de liquidación (sin sujeción a límite alguno), sin que quepa en ningún caso que amortizar tales obras; y

2.5. respecto del resto de obras ejecutadas y no previstas en el proyecto inicial ni en el RD 907/2011, computar (sin sujeción a límite alguno) tanto el importe de la inversión por las obras como los importes derivados de haber sufragado tales obras sin compensación.

Este importe se computará, además, sin deducir la amortización de estas obras.

3. Que se anule el apartado 3 del Acuerdo de Interpretación del Acuerdo Impugnado y, en su lugar, se condene a la Administración demandada a aplicar los siguientes criterios en relación con el cómputo del valor patrimonial de la inversión por expropiaciones de terrenos a los efectos del cálculo del importe de RPA:

3.1. De manera principal, todos los justiprecios abonados tanto por el Concesionario como por la Administración demandada deberán computarse como valor patrimonial de las inversiones en expropiaciones a efectos del cálculo de la RPA, pero sin que proceda restar del importe final a abonar a la Concesionaria en concepto de la RPA un importe equivalente a los justiprecios abonados directamente por la Administración a los expropiados, debiendo el crédito que la Administración tiene por tal concepto frente a la Concesionaria dársele el trato que corresponda en el seno del concurso conforme a la legislación concursal; subsidiariamente, el importe de los justiprecios abonados por la Administración a los expropiados no deberá tenerse en cuenta ni en la base del cálculo de la RPA ni tampoco debe minorar el importe final a abonar a la Concesionaria en concepto de RPA.

3.2. Respecto los intereses de demora devengados como consecuencia del retraso en el pago de los expropiados de los justiprecios:

3.2.1. Si el devengo de los intereses es imputable a la Administración demandada y, además, han sido abonados por ésta a los expropiados, estos intereses no deben computarse a efectos del valor patrimonial de la inversión por expropiaciones, ni tampoco minorarse del importe global de la RPA.

3.2.2. Si el devengo de los intereses es imputable a la Administración demandada pero han sido abonados por el Concesionario a los expropiados, dicho importe debe abonarse íntegramente al Concesionario sin amortizar y sin sujeción a límite alguno.

Estos importes deberán actualizarse, además, mediante la aplicación del interés del dinero desde que fueron abonados por el Concesionario y hasta su efectivo cobro de la Administración.

3.2.3. Si el devengo de los intereses es imputable al Concesionario y, además, han sido abonados por éste a los expropiados, estos intereses no deberán computarse a efectos de inversión para hallar la RPA.

3.2.4. Si el devengo de los intereses es imputable al Concesionario pero han sido abonados por la Administración a los expropiados, la Administración ostentará un crédito frente a la Sociedad Concesionaria por dicho importe cuyo cobro deberá ventilarse en el marco del procedimiento de liquidación concursal seguido ante los Juzgados de lo Mercantil, pero no minorará la RPA.

3.3. El importe correspondiente a las costas procesales devengadas con motivo de la expropiación de los terrenos, deberán computarse a efectos del cálculo de la RPA, sin que aplique a estos importes régimen de amortización.

3.4. De manera principal, como valor patrimonial de las inversiones en expropiaciones a efectos del cálculo de la RPA, se solicita

3.4.1. 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 a estos importes;

3.4.2. Que se computen en la base para el cálculo de la RPA todas las cantidades que hayan sido abonadas por la Administración 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 a estos importes y sin que proceda resta 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 (el crédito que la



- Administración tiene por tal concepto frente a la Concesionaria deberá dársele el trato que corresponda en el seno del concurso, conforme a la legislación concursal).
- Subsidiariamente, se solicita que se declare que el aludido importe correspondiente al 25% abonado por la Administración a los expropiados derivado de la omisión por la Administración del trámite de información pública en la tramitación de los expedientes expropiatorios, ni se compute a efectos de hallar la RPA, ni consecuentemente minore el importe final a abonar al Concesionario en concepto de RPA.
- 3.5. Deberán computarse como valor patrimonial de las inversiones en expropiaciones a efectos del cálculo de la RPA la sustitución del justiprecio por cesión de aprovechamientos urbanísticos.
- 3.6. Deberán computarse como valor patrimonial de las inversiones en expropiaciones a efectos del cálculo de la RPA los importes correspondientes a todas las ocupaciones temporales necesarias para la ejecución de la infraestructura, con independencia de que se encontrasen o no previstas inicialmente en los proyectos aprobados por la Administración.
4. Que se condene a la Administración demandada a formar, recabar y completar de oficio toda la documentación que sea necesaria para cumplir con la obligación de cuantificar la RPA, y como consecuencia de lo anterior:
- 4.1. La Administración se abstendrá de exigir a la Sociedad Concesionaria la aportación de documentos elaborados por cualquier órgano de la Administración Pública o que obren o debieran obrar en su poder, o debieran formar parte del correspondiente expediente administrativo.
- 4.2. La efectividad del pago de cualquier cantidad o importe por parte de la Sociedad Concesionaria podrá acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.
5. Que se anule parcialmente el apartado 4 del Acuerdo de interpretación del Acuerdo Impugnado y, en su lugar, se condene a la Administración a adoptar los siguientes criterios respecto la amortización de las inversiones:
- 5.1. El criterio de amortización de las inversiones tanto en obras como en expropiaciones será el método de amortización por uso según PEF.
- 5.2. En relación con la fecha de inicio de la amortización, deberá aplicarse los dos siguientes criterios:
- 5.2.1. Respecto de las inversiones previstas en los proyectos iniciales, debe atenderse a la fecha en la que el Concesionario inició el cobro de peajes en la autopista, como expresamente se reconoce ya en el Acuerdo Impugnado.
- 5.2.2. 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.
- 5.3. En relación con el *dies ad quem* de la amortización, deberá aplicarse el siguiente criterio:
- 5.3.1. Con carácter principal, se solicita que se fije como *dies ad quem* para la amortización la fecha en la que se dictó el Auto que declaró la apertura de la fase de liquidación en el concurso de la Concesionaria.
- 5.3.2. Subsidiariamente, el *dies ad quem* de la amortización será la fecha en la que adquirió firmeza el citado Auto de apertura de la fase de liquidación.
6. Que se anule el apartado 5 del Acuerdo de Interpretación del Acuerdo Impugnado y, en su lugar, se condene a la Administración a adoptar los siguientes criterios:
- 6.1. Con carácter principal, no aplicará el límite de RPA previsto en la oferta de la Concesionaria ni en el RD de Adjudicación.
- 6.2. Con carácter subsidiario, el límite de RPA no aplicará en relación con:
- 6.2.1. el importe que exceda del 175% de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta en concepto de expropiaciones,
- 6.2.2. todas aquellas obras ejecutadas no previstas en el Proyecto original, haya sido o no aprobada formalmente por la Administración contratante, siempre que hayan sido ejecutadas con su conocimiento y finalmente recibidas con ocasión de la reversión.
- 6.3. Además, debe estarse al límite previsto en el RD de Adjudicación que establece un importe máximo de RPA sin distinguir entre obras y expropiaciones. Es decir se trata de un límite único.



7. Que se anule apartado 6 del Acuerdo de Interpretación del Acuerdo Impugnado y en su lugar se declare la improcedencia de descontar del "valor patrimonial" de las inversiones el importe para de la denominada en el Acuerdo Impugnado "puesta a cero" de la autopista.

8. Que con carácter principal, se anule el apartado 7 del Acuerdo de Interpretación del Acuerdo Impugnado y, en su lugar, se declare la improcedencia de minorar el importe de RPA con los justiprecios, intereses y costas abonados por el Estado en concepto de expropiaciones, cuyo cobro por la Administración debe ventilarse por los cauces del procedimiento de liquidación concursal de la Sociedad Concesionaria seguido ante los Juzgados de lo Mercantil.

Subsidiariamente, para el supuesto de que no se estimase la pretensión principal anterior, se solicita a la Sala que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad de acuerdo con lo previsto en el artículo 35 de la LOTC, en los términos contemplados en el Otrosí Digo Cuarto de esta demanda.

9. Que se anule el apartado 8 del Acuerdo de Interpretación del Acuerdo Impugnado y, en su lugar, se condene a la Administración a efectuar una liquidación definitiva de la RPA en el plazo legalmente establecido, sin que proceda retenciones provisionales.

10. Que se anulen los apartados 9 y 10 del Acuerdo de Interpretación del Acuerdo Impugnado, ex artículo 48 de la LPAC, y en su lugar, se declare la procedencia de atender a los siguientes criterios:

10.1. La Administración contaba con un plazo de 2 meses desde el auto de apertura de la fase de liquidación de la Sociedad Concesionaria para la determinación de la RPA, según lo dispuesto en el TRLCAP en su redacción vigente al tiempo de adjudicarse el Contrato.

10.2. La Administración contaba con un plazo de 30 días desde la fecha en la que debió determinar la RPA para proceder a su abono, transcurridos los cuales comienzan a devengarse los intereses de demora mediante la aplicación:

10.2.1. Con carácter principal el tipo previsto en el artículo 7.2 de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad.

10.2.2. Con carácter subsidiario, para el supuesto de que se entendiese que no resulta de aplicación el interés de demora previsto en la Ley 3/2004, deberá aplicarse el interés legal más 1,5%, conforme a lo previsto en el TRLCAP.

11. Que se anule el apartado 11 del Acuerdo de Interpretación del Acuerdo Impugnado (incautación garantías) y en su lugar se acuerde estar a lo que resulte del procedimiento ordinario 360/2018 seguido antes esta Sala del Tribunal Supremo."

En el cuarto Otrosí se solicita que: "Para el supuesto de que por esta Sala se rechace la interpretación que se realiza en el Fundamento de Derecho Séptimo del presente escrito, se plantee la cuestión de inconstitucionalidad sobre la Disposición Transitoria Segunda del RDL 1/2014 en relación con la aplicación retroactiva del artículo 17.2 de la Ley de Autopistas, conforme a lo señalado en el apartado VII.4 del Fundamento de Derecho Séptimo. El planteamiento se fundamentará en los términos que la Sala considere procedentes y que esta parte entiende que debería incluir la vulneración de los artículos 9.3, 14 y 33 de la Constitución, en los términos y con el alcance señalados en esta demanda."

TERCERO.- Dado traslado para contestación, que se formaliza solo por el Abogado del Estado, rechaza los distintos motivos de impugnación formulados en la demanda y solicita que se desestime íntegramente la misma y se confirme el acuerdo recurrido.

CUARTO.- Por auto de 17 de septiembre de 2020 se recibió el pleito a prueba, con el resultado que se refleja en las actuaciones, continuando con el trámite de conclusiones en el que ambas partes presentaron los correspondientes escritos, manteniendo y justificando las pretensiones de la demanda y la contestación.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló la sesión del pasado día 5 de octubre 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 entidad demandante se refiere en los hechos de la demanda señalando, en síntesis, que: mediante el Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre, se adjudicó el contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-4, de Madrid a Ocaña, tramo



M-50-Ocaña; la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-IV hasta la carretera N-II; del eje sureste, tramo M-40-M-50, y de la prolongación de la conexión de la carretera N-II con el distribuidor este, y actuaciones de mejora en la M-50, tramo M-409- N-IV a una agrupación de empresas, concesión que según el artículo 13 del citado Real Decreto 3540/2000 se rige, por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, para la Construcción Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), por las prescripciones del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aprobado orden del Ministerio de Fomento de 11 de abril de 2000 -con las modificaciones recogidas en el Real Decreto 528/2004, de 6 de abril y en el Real Decreto 907/2011, de 24 de junio - (PCAP) y, en último lugar, por el Pliego de Cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero (PCG) en lo que no resulte válidamente modificado por el propio PCAP. Estableciéndose el mismo orden de prelación en la Cláusula 11 del PCAP, si bien en lugar de referirse al TRLCAP se refería a la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contrato de las Administraciones Públicas (LCAP), norma vigente al tiempo de aprobarse este Pliego.

Que con fecha 27 de febrero de 2001, de conformidad con lo dispuesto en artículo 2 del RD de Adjudicación, se constituyó, mediante escritura pública, la Sociedad Concesionaria Autopista Madrid Sur; que mediante escritura publica de 28 de marzo de 2001 suscribió con el Ministerio de Fomento el documento de formalización del contrato de Concesión.

Que mediante Auto de 4 de octubre de 2012, el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid declaró en concurso de acreedores a la Sociedad Concesionaria, de carácter voluntario, tramitándose como concurso ordinario, y el 10 de mayo de 2017, el mismo Juzgado declaró en liquidación concursal a la Sociedad Concesionaria, acordándose el cese de los administradores de la Sociedad Concesionaria y su sustitución por la Administración Concursal. Por Auto de fecha 7 de febrero de 2018, el Juzgado confirmó, tras la conformidad del Ministerio Fiscal con el informe de la administración concursal, la calificación del concurso como fortuito, acordándose el archivo de la correspondiente sección de calificación del concurso.

Que el día 5 de diciembre de 2017, se remitió a AMS Oficio de la misma fecha, de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Naciones de Peaje, por el que se acordaba el inicio del expediente de resolución de la Concesión como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación concursal de AMS, a la vez que se le concedía trámite de audiencia en relación con la "propuesta de resolución del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-4, de Madrid a Ocaña, Tramo M-50-Ocaña; la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la Carretera N-IV hasta la carretera N-II; del eje sureste, tramo M-40-M-50, y de la prolongación de la conexión de la carretera N-II con el distribuidor este, y actuaciones de mejora en la M-50, tramo M-409-N-IV".

El 16 de febrero de 2018, el Consejo de Ministros adoptó el acuerdo por el que se tomaba razón de la incoación del expediente de resolución del Contrato y se autorizaba a la Delegación del Gobierno a dictar medidas provisionales para garantizar la continuidad en la prestación del servicio, medidas entre las que se preveía la asunción de la gestión y explotación de la infraestructura a través de la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, SME, S.A. (SEITTSA).

El 19 de febrero de 2018, la Delegación del Gobierno dictó Resolución por la que se adoptaban medidas provisionales para garantizar la correcta prestación del servicio, fijándose la fecha en la que el Ministerio de Fomento, a través de SEITTSA, asumiría la explotación y la gestión de la infraestructura.

El día 20 de febrero de 2018, se firmó el Acta de entrega de la infraestructura a SEITTSA, quien a partir de dicha fecha asumió la gestión y explotación del servicio.

Con fecha 9 de marzo de 2018, se notificó a AMS la Resolución de la Delegación del Gobierno de esa misma fecha por la que se declaró caducado el procedimiento de resolución del Contrato -por haber transcurrido el plazo máximo de tramitación de tres meses- y, simultáneamente, se incoaba uno nuevo con conservación de las actuaciones realizadas en el procedimiento caducado. Así mismo, se otorgaba a la Sociedad Concesionaria un nuevo plazo de audiencia en relación con una nueva Propuesta Resolución pero de idéntico contenido a la ya notificada en su día.

Con fecha 13 de julio de 2018, el Consejo de Ministros dictó acuerdo sobre la resolución del Contrato, en el que se dispuso lo siguiente:

1. Resolver el Contrato de conformidad con lo dispuesto en los artículos 111.b) y 112.2 del TRLCAP, es decir, por imperativo legal tras la apertura de la fase de liquidación del concurso de acreedores.
2. Ordenar al Ministerio de Fomento que incaute las fianzas de construcción y explotación depositadas a tales efectos por Autopista Madrid Sur, en base a lo establecido, respectivamente, en las cláusulas 25 y 79 del PCG de 1973.



3. Ordenar al Ministerio de Fomento que tramite el expediente de liquidación del Contrato, con la debida cuantificación del valor de la responsabilidad patrimonial de la Administración.
4. Autorizar al Ministerio de Fomento para que adopte las medidas provisionales que procedan para garantizar la correcta prestación del servicio.
5. Ordenar al Ministerio de Fomento que proceda a ingresar en el Tesoro Público, con cargo a la fianza de construcción incautada, la inversión correspondiente a la parte del 1% cultural que no ha sido ejecutada, en cumplimiento del artículo 59 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Con fecha 31 de julio de 2018, mi representada interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de julio de 2018 única y exclusivamente en cuanto ordena incautar la garantía de explotación y ejecutar la garantía de construcción prestadas por la Sociedad Concesionaria, que actualmente se encuentra en tramitación ante esta misma Sala bajo el número de procedimiento ordinario 360/2018.

Con fecha 15 de noviembre de 2018 se le remitió la "Propuesta del Ministerio de Fomento sobre interpretación de determinados contratos de concesión de autopistas, en cuanto al método para calcular la "Responsabilidad Patrimonial de la Administración" (RPA), en la que se establecían los criterios conforme a los cuales la Administración demandada calcularía la denominada responsabilidad patrimonial a abonar al contratista como consecuencia del rescate de la Concesión.

El día 12 de diciembre de 2018, atendiendo al traslado conferido, se formuló escrito de alegaciones en el que mostraba su disconformidad con los criterios propuestos por la Administración demandada para el cálculo de la RPA.

El 8 de marzo de 2019 se elaboró por parte de la Abogacía del Estado informe sobre la Propuesta de Criterios en el que informaba "favorablemente, por estimarla ajustada a Derecho" la Propuesta de Criterios.

Con fecha 11 de abril de 2019, el Consejo de Estado emitió dictamen en relación con la Propuesta de Criterios de la Administración, mostrando varias discrepancias.

El 7 de mayo de 2019, se le remitió el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de abril 2019 relativo a la "interpretación de determinados contratos de concesión de autopistas, en cuanto al método para calcular la "Responsabilidad Patrimonial de la Administración" impugnado en este recurso contencioso-administrativo.

Tras esta relación de hechos, la parte demandante formula, correlativamente, en defensa de las pretensiones ejercitadas en la demanda que antes se han relacionado, las siguientes alegaciones o fundamentos de carácter sustantivo, que se examinan sucesivamente:

Primer fundamento de derecho. Planteamiento de la demandante.

Se cuestiona, en primer lugar, el orden de prelación de las normas aplicables establecido en el acuerdo impugnado, la Ley 8/1972, de 10 de mayo, para la Construcción Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión; 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; Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aprobados por Orden del Ministerio de Fomento 2266/2003, de 1 de agosto (PCAP). Frente a ello, entiende la recurrente que en el PCAP (Cláusulas 11), en el RD de Adjudicación (artículo 13) y en el Contrato (Cláusula 8.9) se establecieron las "reglas del juego" en cuanto al régimen jurídico aplicable al Contrato, de las que no puede apartarse unilateralmente la Administración, máxime si se tiene en cuenta que ha sido precisamente la Administración la que estableció dichas "reglas del juego", con un concreto orden de prelación en los siguientes términos:

- a. primero aplica la Ley 8/1972;
- b. en segundo lugar aplica el TRLCAP 2000 [cuyo reglamento de desarrollo es el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP 2001)
- c. en tercer lugar, el propio PCAP;
- d. y solo en último lugar el PCG de 1973.

Por tanto, el PCG de 1973 solo podrá aplicarse en lo que no contradiga a la regulación contenida en la Ley 8/1972, el TRLCAP (su reglamento de desarrollo) y el PCAP, y así se razona y solicita en la demanda, señalando, frente al Acuerdo impugnado, que atendiendo a la literalidad de las citadas Cláusulas, no es procedente apelar a un supuesto "grupo normativo" especial del que formaría parte el PCG de 1973 y, como tal, de aplicación prevalente frente a la normativa de contratación pública.



Planteamiento de la Administración demandada

El Abogado del Estado se refiere al art. 13 del Real Decreto de concesión, según el cual: "La sociedad concesionaria queda vinculada frente a la Administración General del Estado en los términos contenidos en la solución base mejorada (BM 2) de su propuesta, en toda su integridad. 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 autopistas en régimen de concesión; la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio); las prescripciones del pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por Orden del Ministerio de Fomento, de 11 de abril de 2000, con las modificaciones recogidas en la Orden del mismo Ministerio de 5 de junio de 2000; las del pliego de cláusulas generales, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, en lo que no resulte válidamente modificado por el 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." Se refiere ampliamente a los antecedentes normativos y examina el régimen jurídico aplicable, manteniendo, frente al planteamiento de la recurrente, que las normas que cita o que necesariamente incorpora el acuerdo recurrido son las mismas que las que enumera el RD de concesión en su artículo 13, sin olvidar que la Ley 8/1972, de autopistas en concesión, en su artículo 2.1 dispone (en la redacción anterior a la dada por la Ley 13/2003): "Las concesiones a que se refiere el artículo anterior se regirán por lo dispuesto en esta Ley y, supletoriamente, por la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas." Precisa al efecto, que la licitación de la concesión que nos ocupa se convocó con la publicación del PCAP, que lo fue en el B.O.E. de 14 de abril de 2000, por lo que no es de aplicación el Texto Refundido de Contratos 2/2000, sino la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995, de 18 de mayo, si bien el contenido del artículo 170.1 de esta Ley es idéntico al del 169.1 del Texto Refundido 2/2000, estando sujeto el tipo de contratos que nos ocupa a la modificación de la Ley 13/1995 llevada a cabo por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre. Lo que hace indiferente referirse a un texto u otro.

Decisión de la Sala.

Esta cuestión de determinación de la normativa aplicable y orden de prelación, ha sido resuelta por esta Sala en sentencia de 28 de mayo de 2020 (rec. 360/2018), en recurso planteado por la misma parte frente al acuerdo de resolución del contrato, en relación con la incautación de las garantías de explotación y construcción.

En dicha sentencia se indica que la concesión se otorgó conforme a la Ley 8/1972, que de acuerdo con su artículo 2, las concesiones de autopistas se rigen por sus preceptos y, supletoriamente, por la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas; se examina la normativa aplicable al contrato, como el art. 13 del Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre, así como la cláusula 11 de las particulares, la cláusula 1 y 109 de las generales y el art. 32.4 de la Ley 8/1972, llegando a la conclusión de que el "conjunto de preceptos, de la Ley 8/1972 y de los pliegos por los que se rige el contrato, coherentes con ella, resulta una regulación específica y suficientemente precisa de la suerte que han de correr las garantías en caso de quiebra del concesionario, hoy concurso de acreedores. No hace falta recordar, por otra parte, que según jurisprudencia consolidada, los pliegos son la ley de concesión y vinculan a las partes: al concesionario y a la Administración", y frente al criterio de la demandante de aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas en lugar de seguir las previsiones del pliego de cláusulas generales, criticando el parecer del Consejo de Estado sobre el que llama grupo normativo especial de autopistas, en el que gozan de preferencia las disposiciones del subgrupo formado por la Ley 8/1972 y los pliegos frente al subgrupo de legislación de contratos públicos, entiende la Sala que esta construcción no es incoherente si se tiene en cuenta que simplemente significa dar preferencia a la regulación especial y completa en materia de autopistas por la que se rige la concesión sobre la general en materia de contratos de las Administraciones Públicas o del Sector Público y supone, además, en la medida en que estamos ante una relación que no ha perdido su dimensión contractual, estar a lo convenido y aceptado por las partes. Concluye la sentencia declarando que: "desde estas premisas se entiende que, en contra de lo sostenido con insistencia por la recurrente, no haya en la enumeración de fuentes que destaca la demanda una prelación jerárquica, tal como explica de manera convincente el dictamen del Consejo de Estado, y es, desde luego, coherente con la lógica contractual que se esté a lo dispuesto por la Ley 8/1972 y por los pliegos de cláusulas administrativas particulares y generales. En otras palabras, a la Ley específica y a lo convenido por las partes. No se trata, pues, de una elaboración caprichosa sino, en último extremo, de someter la concesión a las prescripciones legales especiales con las que los pliegos, conformes a ellas y consentidos por la recurrente, integran una regulación completa en el extremo controvertido."

En el mismo sentido la sentencia de 10 de junio de 2020 (rec. 340/2018).

En consecuencia y de acuerdo con dicho criterio, que aquí asumimos, debe desestimarse este motivo de impugnación.

**SEGUNDO.- Planteamiento de la demandante.**

En segundo lugar, se cuestiona el criterio del acuerdo impugnado para calcular "el valor patrimonial" de las "inversiones" por obras, según el cual se computará el presupuesto de ejecución por contrata (PEC), IVA excluido, cifra que se tomará de la resolución administrativa que apruebe cada uno de los proyectos constructivos presentados por el concesionario. Entiende la recurrente que el referido criterio de cálculo resulta improcedente y ello toda vez que el valor patrimonial de las inversiones debe comprender, no sólo las obras previstas en el proyecto o documentos contractuales aprobados por la Administración, sino también todas aquellas obras ejecutadas que, sin estar previstas en el Proyecto, hayan sido acordadas (aun sin mediar orden formal), consentidas, aprovechadas o incorporadas por la Administración al servicio público. Lo contrario supondría un enriquecimiento injusto de la Administración contratante en perjuicio de la Sociedad Concesionaria, que habría soportado más inversión de la que posteriormente se le compensa por vía de la RPA. Invoca al efecto la doctrina del Tribunal Supremo referida a los contratos de obra, que entiende de aplicación analógica, 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.

En particular cuestiona que según se dispone en el apartado 2.a) del Fundamento Jurídico II del Acuerdo Impugnado, se entiende por presupuesto de ejecución por contrata "el presupuesto de ejecución material más los gastos generales cifrado en el porcentaje correspondiente".

De este modo, se excluye del cálculo -improcedentemente a nuestro juicio- de la inversión en obras 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 RLCAP de 2001.

Pues bien -sigue diciendo la parte- este planteamiento supone tratar a la Sociedad Concesionaria como si fuera un mero contratista ejecutor de las obras, obviando improcedentemente con ello la naturaleza y características del Contrato que nos ocupa (es decir, la del contrato de concesión de obra pública) y de la finalidad de la denominada Responsabilidad Patrimonial Administración a abonar a la Sociedad Concesionaria como consecuencia de la extinción anticipada de la Concesión.

En efecto, para la Sociedad Concesionaria, que ha sido la obligada a soportar los costes de construcción de las instalaciones, la inversión total de la obra se corresponde con el importe total que tuvo que abonar a la constructora con la que subcontrató la ejecución de la infraestructura. Es decir, para la Sociedad Concesionaria el coste total de la obra, incluido el beneficio industrial (cualquiera que fuera su desglose interno), fue un gasto que tuvo que soportar. La circunstancia de que la constructora (a no confundir con la Sociedad Concesionaria), en el importe cobrado, haya incluido -como legalmente es procedente- su beneficio industrial, no altera la anterior conclusión: todo el coste de construcción es gasto soportado por la Sociedad Concesionaria. En definitiva, se ha de estar al coste total de la inversión, sin que sea procedente realizar un desglose interesado con el objetivo de intentar reducir el importe de la RPA a la que la Sociedad Concesionaria tiene derecho.

En relación con los proyectos aprobados y no ejecutados -dice la parte- se establece que se sumará solamente el precio de las unidades de obra realmente ejecutadas", añadiendo que "corresponderá en cualquier caso a la Administración acreditar que el importe de la obra es menor al de la proyectada" y que para apreciar esta circunstancia (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".

Cuestiona la recurrente el criterio para resolver las discrepancias, la Administración podría deducir importes atendiendo directamente a documentos elaborados por ella (certificación sobre la valoración de las obras) con independencia de lo realmente ejecutado o de lo ya reconocido por la propia Administración.

Entiende que 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, a través del correspondiente procedimiento administrativo y en el marco del cual habrá de oírse al contratista, sin que sea válido solventar la existencia de supuestas discrepancias acudiendo de manera predeterminada a un solo documento elaborado por la propia Administración.

En cuanto al cómputo de modificaciones de proyectos aprobados y obras complementarias (letra c) se dispone que "se computará el importe de las modificaciones y obras complementarias cuyo proyecto hubiera sido aprobado por la Administración", discrepando la recurrente en cuanto entiende que la Administración



demandada tiene la obligación de tener en cuenta a efectos de la liquidación del Contrato (y en los términos señalados en el apartado II.2.4 siguiente), el conjunto de unidades efectivamente ejecutadas por el contratista que revierten a la Administración y, por tanto, son de su interés. Y, a estos efectos, resulta neutro que la Administración demandada haya aprobado o no el proyecto de estas obras o incluso que medie orden formal, pues, como es evidente, el derecho que asiste al contratista al cobro de estas obras no puede quedar perjudicado por la circunstancia de que la Administración demandada decida o no atender a las formalidades que le son legalmente exigibles.

En cuanto a la liquidación de las "Obras adicionales" de la DA-41 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre y otras obras complementarias o aprobadas en virtud de modificados, se dispone que "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".

Se cuestiona por la parte señalando, en primer lugar, que las obras adicionales y los requisitos contenidos en la Ley 26/2009 se refieren única y exclusivamente a las medidas de restablecimiento del equilibrio económico previstas en la citada disposición. Por ello, conforme se ha señalado, a efectos del cómputo de la inversión por obras (o "valor patrimonial", como se califica en el Acuerdo impugnado) deberán tenerse en cuenta, no sólo las obras adicionales previstas la Ley 26/2009, sino todas aquellas obras ejecutadas que, aun no previstas en la citada DA-41, hayan sido acordadas, consentidas, aprovechadas o incorporadas por la Administración al servicio público, como es el caso de las obras ejecutadas al amparo del RD 907/2011 por el que se modificó el proyecto de la Concesión.

Añade que tampoco resulta procedente extender al procedimiento de cálculo de la RPA la renuncia a entablar acciones judiciales contenida en la DA-41, que se refiere al ejercicio de acciones judiciales relativas al reequilibrio económico-financiero de la Concesión, y en nada afecta a la realidad de las obras ejecutadas, ni a las reglas del cómputo del importe de liquidación de la Concesión como consecuencia de su reversión.

Rechaza, igualmente, el modo en el que la Administración demandada pretende computar el "valor patrimonial" de la inversión por obras adicionales (o por modificados), esto es, dándole el mismo tratamiento que al conjunto de las obras previstas en el proyecto original (es decir, amortizadas), lo que resulta improcedente teniendo en cuenta que se aprobó el RD 907/2011 por el que se modificó el Contrato y se reconoció a la Sociedad Concesionaria el derecho a ser compensado por un importe que comprendería tanto las obras adicionales que se habían ejecutado, como la compensación debida por el tiempo transcurrido desde que se había reclamado el restablecimiento hasta la entrada en vigor del RD 907/2011, precisamente como compensación por haber financiado tales obras adicionales sin haberle sido abonada cantidad alguna por ello, y en lugar de su pago, la Administración estableció peajes adicionales finalistas, de manera que tales peajes compensarían a AMS durante la vigencia del Contrato hasta alcanzar el importe correspondiente. Entiende que al liquidar el Contrato no es procedente computar el importe de estas obras -el "valor patrimonial de las obras"- como si fueran obras inicialmente consideradas en el proyecto original o inicial, es decir, mediante el cálculo de su inversión menos el importe amortizado. Y ello toda vez que, como se despende del RD 907/2011, mi representada tiene derecho a la íntegra compensación (sin aplicar amortización alguna) por la ejecución de aquellas obras que son consecuencia de una modificación unilateral del Contrato por parte de la Administración demanda. Por ello, en la liquidación del Contrato debe incluirse el importe del saldo completo pendiente de abono en el último ejercicio antes del auto de apertura de la fase de liquidación, sin que quepa en ningún caso que tales obras se amorticen, puesto que el saldo debido por la Administración demanda ya se minoró mediante los ingresos adicionales que se han recibido por la Concesionara en virtud de los peajes adicionales. Conclusión a la que se llega también desde una perspectiva económica, invocando el dictamen emitido el día 5 de noviembre de 2019 por los Catedráticos de Contabilidad D. Luis Pablo y D. Jesús Manuel , Expertos Forenses en Contabilidad y Finanzas.

Concluye la parte este apartado alegando que en atención a todo lo expuesto solicita que se anule el apartado 2 del Acuerdo de Interpretación ("inversiones por obras") del Acuerdo Impugnado -ex artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, "LPAC")-, y en su lugar se declare la procedencia de que todas las obras ejecutadas por el contratista que hayan sido consentidas, recibidas y aprovechadas por la Administración para la prestación del servicio público sean computadas como inversión en obras a los efectos del cálculo del importe resultante de la liquidación del Contrato.

Por tanto, la Administración demandada deberá:

(i) estar al coste total de la inversión por obras, lo que debe incluir necesariamente el beneficio industrial abonado por el contratista al ejecutor de las obras, sin que la Administración pueda realizar desgloses interesados con el fin de reducir artificiosamente el importe de la RPA;



- (ii) determinar caso por caso, a través del correspondiente procedimiento administrativo contradictorio, la obra realmente ejecutada por el contratista;
- (iii) computar a efectos de la liquidación del Contrato todas y cada una de las obras efectivamente ejecutadas por el contratista en el marco del Contrato por orden de la Administración (o ejecutadas con el consentimiento, expreso o tácito, de la Administración y recibidas por ésta) que no hayan sido compensadas al concesionario mediante su pago directo;
- (iv) respecto de las obras adicionales reconocidas en el RD 907/2011, se computará el importe del saldo por obras adicionales aprobado y verificado por la Administración en el último ejercicio antes del auto de apertura de la fase de liquidación (sin sujeción a límite alguno), sin que quepa en ningún caso amortizar tales obras; y
- (v) respecto del resto de obras ejecutadas y no previstas en el proyecto inicial, ni en el en el RD 907/2011, deberá computarse en (sin sujeción a límites alguno) tanto el importe de la inversión por las obras como los importes derivados de haber sufragado tales obras sin compensación. Tales importes se computarán además sin deducir la amortización.

Planteamiento de la Administración demandada.

La Administración demandada señala, en cuanto a los conceptos que integran la RPA y frente a la pretensión de la demanda de que se tengan en cuenta: "todas aquellas obras ejecutadas que, sin estar previstas en el Proyecto, hayan sido acordadas (aun sin mediar orden formal), consentidas, aprovechadas o incorporadas por la Administración al servicio público" y no solamente las obras incluidas en los proyectos aprobados por la Administración, porque caso contrario se produciría un enriquecimiento sin causa para la concedente, que la jurisprudencia invocada, se refiere al contrato de obra por precio y en atención a las circunstancias de cada caso, pero aquí no estamos en presencia de un contrato de obras, sino de un contrato de concesión administrativa de obra, cuyo precio ya ha sido satisfecho por la Administración concedente, mediante el otorgamiento de la concesión de la explotación de la obra, a riesgo y ventura de la concesionaria. La naturaleza de la RPA es puramente contractual y exigible en los estrictos términos del contrato. La RPA en los casos no imputables a la Administración tiene una doble finalidad: se trata de una medida de fomento para evitar el sistema de incautación de la Ley de 26 de febrero de 1953, y se trata de una compensación por la explotación pendiente de la concesión. Pero en ningún caso constituye una retribución.

No es retributiva la RPA porque no constituye un factor determinante de adjudicación del contrato concesional, ni siquiera indirecto: la cantidad ofertada como límite de la RPA por los licitadores (cláusula 10 PCAP) es un criterio de adjudicación que no llega (170 puntos sobre 1120 totales) al 15,2%. Por ello para examinar la RPA debe ponerse en relación al contenido de la explotación de la concesión. Porque no puede obtenerse por RPA lo que no es retribuible en el régimen ordinario de la concesión.

Así no podrán compensarse por RPA aquellas obras que no son susceptibles de incidir en el régimen económico financiero de la concesión. Es decir, no pueden compensarse las obras que no dan lugar a la modificación de las tarifas, el plazo u otras condiciones de la concesión. Caso contrario se desvirtúa el significado y contenido de la concesión.

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.

En tal sentido examina la normativa sobre el equilibrio económico financiero y las actuaciones que inciden y suponen una modificación del régimen económico financiero, incluyendo la regulación específica de la DA 41 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, concluyendo que no es admisible, como señala el acuerdo recurrido, que se incluyan obras ajenas a las en él previstas.

En cuanto a la prueba de la obra ejecutada en las ejecuciones parciales de proyectos, el Abogado del Estado no entiende la queja ya que el acuerdo establece que: "Corresponderá en cualquier caso a la Administración acreditar que el importe de la obra ejecutada es menor al de la proyectada."

Decisión de la Sala.

La resolución de esta controversia y las demás que se plantean en este recurso, viene determinada por la concepción y alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración 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 del concurso y apertura de la liquidación de la concesionaria, acuerdo en el que, entre otras cuestiones, se dispone la liquidación del contrato, con la debida cuantificación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Se trata de la extinción de la concesión por una causa de resolución legalmente establecida (art. 32.4 Ley 8/72, arts. 111.b) y 112.2 TRLCAP, 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 los efectos del mismo, 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 la correcta prestación del servicio, 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 responsabilidad patrimonial de la Administración, 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. 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 expropiaciones a las que quedará limitada convencionalmente la responsabilidad patrimonial de la Administración. Este carácter convencional y consiguiente respeto a lo pactado incide directamente en la determinación de la RPA, que viene delimitada tanto en cuanto a los conceptos que han de valorarse como el importe máximo que viene dado por lo expresamente pactado. Así, se establece con carácter general en la cláusula 107.e) del PCG y resulta de los Pliegos de CAP, en este caso la cláusula 35, que excluye la aplicación de la anterior pero establece una regulación similar, según la cual: "La extinción de la concesión se atenderá a 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, 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 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 que: "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 que: "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 pliego de 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 lo tanto ha de estarse, sin que pueda prosperar en contrario la invocación de criterios o jurisprudencia establecida a otros efectos, como es la retribución o pago 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 el Abogado 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 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).

Seguir el criterio de la parte recurrente supondría 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, y no a la inversa.

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.

En consecuencia, no puede compartirse el argumento fundamental de este apartado de la demanda y ha de desestimarse su pretensión de que a efectos del cálculo de la inversión no amortizada se compute el importe de todas y cada una de las obras ejecutadas por el concesionario que hayan sido consentidas, recibidas y aprovechadas por la Administración. Y por estas mismas razones ha de desestimarse la pretensión señalada en el punto 2.3 del suplico de la demanda.

Por lo que se refiere a la pretensión de que para calcular la inversión en obras se esté al total de la inversión, incluido el beneficio industrial abonado por el contratista al ejecutor de la obra, el Acuerdo impugnado justifica la consideración al efecto del presupuesto por contrata, 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 acaba de exponer 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 o 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, estimándose solo en este aspecto, la pretensión de la demandante.

No puede compartirse, sin embargo, la pretensión de la actora (punto 2.2 del suplico) de que la obra del proyecto aprobado realmente ejecutada, como cuestión de hecho, ha de determinarse caso por caso en un procedimiento administrativo contradictorio, pues la realización de la obra está sujeta al correspondiente seguimiento, control e incluso retribución parcial en el mismo procedimiento contractual, por lo que ha de entenderse conforme a Derecho que se esté a la acreditación que resulte de las actuaciones, además de que atribuya la carga de la prueba a la Administración que alega que la obra ejecutable es menor. En todo caso, queda a salvo la posibilidad de la parte de impugnar las declaraciones efectuadas al respecto por la Administración.

Otra ha de ser la respuesta a la pretensión articulada en el punto 2.4 del suplico de la demanda respecto de las obras adicionales reconocidas en el Real Decreto 907/2011, que se dicta en aplicación de la disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de PGE para el año 2010, en virtud de la cual se venían



a reconocer por la Administración obras adicionales al margen de las previstas en los proyectos iniciales ya ejecutadas al tiempo de la entrada en vigor de la Ley.

El Acuerdo impugnado señala que la identidad de razón entre las obras adicionales amparadas en esa Ley especial y la modificación justifica su cómputo como tales, sin ninguna precisión en consideración a su régimen específico, que incluía la adopción de las medidas necesarias para restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión alterado por la ejecución de las mencionadas obras adicionales, que consistían preferentemente en un aumento de tarifas o del plazo concesional.

A tal efecto, en el preámbulo del Real Decreto 907/2011 se indicaba que: "teniendo en cuenta los extremos mencionados y que el plazo concesional es de 65 años desde la fecha de adjudicación (finalización de la concesión en el año 2065), la medida de reequilibrio que puede aplicarse es un moderado aumento de tarifas durante un periodo del plazo concesional, para compensar los mencionados sobrecostes de obras adicionales (92.525.380,37 euros) y el importe de los intereses por el retraso en el pago para restablecer el equilibrio económico financiero por ese concepto, que asciende a 18.209.385,04 euros.

Tal planteamiento se plasma en el siguiente articulado:

Artículo 1. Modificación de la concesión por incremento de tarifas.

Se modifica la concesión otorgada por la Administración General del Estado mediante Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre, por el que se adjudica la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-4, de Madrid a Ocaña, tramo M-50-Ocaña; la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-IV hasta la carretera N-II; del eje sureste, tramo M-40-M-50, y de la prolongación de la conexión de la carretera N-II con el distribuidor este, y actuaciones de mejora en la M-50, tramo M-409-N-IV, estableciendo un incremento escalonado de tarifas extraordinario del 1,95 por 100 anual acumulativo, hasta compensar el importe de los sobrecostes de las obras adicionales reconocidas. Este incremento anual de tarifas se aplicará con las revisiones ordinarias y simultáneamente con la de estas últimas.

La aplicación del incremento escalonado extraordinario de tarifas se efectuará a partir del año 2012 hasta el año en que quede totalmente compensado el importe de 110.734.765,41 euros, que comprende los sobrecostes de obras adicionales reconocidas propiamente dichos (92.525.380,37 euros) y los intereses devengados (18.209.385,04 euros) desde el 28 de noviembre de 2007, fecha en que la sociedad concesionaria solicitó el restablecimiento del equilibrio económico-financiero hasta que se inicia la compensación. El importe a compensar se incrementará anualmente a partir de 1 de enero de 2012 en la cantidad que resulte de aplicar un tipo de interés del 6,5 por 100 sobre los saldos pendientes de compensación.

Artículo 2. Determinación de la compensación.

Los ingresos adicionales que obtenga Madrid Sur por el aumento extraordinario de tarifas se aplicarán exclusivamente a compensar el importe de las obras adicionales reconocidas y los intereses devengados desde la solicitud de compensación, según la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

Como quiera que el incremento extraordinario de tarifas va encaminado a proveer fondos exclusivamente para un fin específico, una vez alcanzada la citada compensación, quedará eliminado efecto en la tarifa aplicada, es decir, las tarifas a partir de ese momento serán las establecidas en el Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre, con la actualización que corresponda.

Antes del 31 de enero de cada año, la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en base a las cuentas provisionales de la sociedad concesionaria, determinará los ingresos adicionales generados por el aumento extraordinario de tarifas que establece esta modificación concesional. La forma de calcular estos ingresos adicionales será por diferencia entre los ingresos de peaje realmente obtenidos y aquellos que hubiera tenido la sociedad concesionaria si no se hubiesen incrementado las tarifas en los porcentajes establecidos en el artículo 1, teniéndose en cuenta en estos cálculos una elasticidad tráfico-tarifa del 7 por 100.

En los primeros diez días naturales del mes de julio de cada año, en base a las cuentas censuradas, la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje procederá a la determinación definitiva de los ingresos adicionales generados por la modificación concesional.

Artículo 3. Seguimiento y control.

Habida cuenta que la medida de incremento extraordinario de tarifas va encaminada a proveer fondos exclusivamente para compensar los sobrecostes por obras adicionales y que esa compensación se aplicará anualmente, deberá procederse a un seguimiento y control de dicha circunstancia. En este sentido,



corresponderá a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje el citado seguimiento y control.

Se faculta a dicha Delegación del Gobierno para que, a la vista de la evolución de los ingresos obtenidos por la sociedad concesionaria, si la compensación se completa antes de la finalización del plazo concesional, pueda establecer con antelación suficiente una fecha final de la aplicación del incremento extraordinario de tarifas."

Este régimen específico de compensación de los sobrecostes de obras adicionales reconocidas (92.525.380,37 euros) y los intereses devengados (18.209.385,04 euros), supone un incremento finalista de las tarifas, que se aplica exclusivamente a tal fin, articulándose un sistema de cálculo separado de su importe y de control y seguimiento periódico y previéndose la eliminación de ese incremento extraordinario de tarifas una vez se haya alcanzado la compensación, momento en el que se volverá a las tarifas establecidas en el Real Decreto de adjudicación 3540/2000, con la actualización que corresponda.

En estas circunstancias, no le falta la razón a la actora cuando entiende que en la liquidación del contrato debe incluirse el importe del saldo completo pendiente de abono en el último ejercicio antes del auto de apertura de la fase de liquidación, sin que quepa en ningún caso que tales obras se amorticen, puesto que el saldo debido por la Administración demanda ya se minorra mediante los ingresos adicionales que se han recibido por la Concesionara en virtud de los peajes adicionales, y es en este sentido y con este alcance que procede estimar esta pretensión del apartado 2.4 de la demanda, es decir, en el sentido de que las obras adicionales reconocidas en el RD 907/2011 han de computarse por el importe del saldo aprobado y verificado al efecto por la Administración en el último ejercicio antes del auto de apertura de la fase de liquidación, sin reducción por amortización.

Por lo demás debe mantenerse el criterio del Acuerdo impugnado que considera necesario para el cómputo como obras adicionales, que hayan sido reconocidas mediante la correspondiente resolución expresa y, que carecería de amparo legal reconocer al concesionario, con ocasión de la liquidación de la RPA, otro tipo de obras adicionales.

En consecuencia y por las razones que se han indicado al desestimar el argumento que encabeza este apartado de la demanda, tampoco puede prosperar la pretensión que se ejercita en el apartado 2.5 de la demanda, de extender el cómputo al resto de las obras ejecutadas y no previstas en el proyecto ni en el RD 907/2011.

TERCERO.- Planteamiento de la demandante.

El fundamento tercero de la demanda se refiere al importe por expropiación de terrenos, a cuyo efecto el acuerdo impugnado establece como regla general que, 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.

Ante la posible contradicción en algunas previsiones del acuerdo, precisa la recurrente que no procede no sumar el importe de los justiprecios abonados por la Administración a efectos del cálculo de la RPA y sí restar dicho importe de la cantidad finalmente a abonar por RPA, pues se le estaría restando improcedentemente a la Concesionaria una cantidad equivalente al importe de los citados justiprecios. Y procedería incrementar la base para el cálculo de la RPA en el referido importe de los justiprecios abonados por la Administración a los expropiados fundamentalmente por las siguientes razones:

(i) Las previsiones contractuales aplicables al cálculo de la RPA no distinguen según quien haya abonado el justiprecio a los expropiados. En efecto, la cláusula 35.2.a) del PCAP es muy precisa al establecer que deberá atenderse a la "expropiación de terrenos valorada en lo efectivamente pagado a los expropiados en su momento", sin distinguir en función del sujeto pagador. Así, debe estarse a la literalidad de lo expresamente pactado por las partes en el PCAP (artículo 1.281 del Código Civil), y por tanto, a efectos del cómputo de la RPA, deberá incluirse también los justiprecios abonados a los expropiados por la Administración.

(ii) Cuando la Administración abona los justiprecios, ésta adquiere *ope legis* un crédito contra la Concesionaria que, de este modo, asume una posición deudora respecto de la Administración demandada por el correspondiente importe del justiprecio. Por tanto, en último término, los justiprecios abonados por la Administración constituyen también una inversión para el contratista que, en lo no amortizado, deberá formar parte del cálculo de la RPA.

(iii) La anterior conclusión queda corroborada por el hecho de que en el Acuerdo de 26 de abril de 2019 se pretende minorar de la RPA el importe de los justiprecios abonados por la Administración a los expropiados, precisamente con el argumento de que se trata de importes debidos por el contratista a la Administración demandada. En otras palabras, son importes debidos por la Concesionaria y que, por tanto, deben computarse como inversión. Todo ello sin perjuicio de que resulta improcedente que la Administración demandada



pretenda cobrar estas cantidades minorando la RPA en una suerte de pago por compensación que elude el procedimiento concursal de la Concesionaria.

Subsidiariamente, mantiene si no se aceptara la anterior interpretación, el importe de los justiprecios abonados por la Administración a los expropiados no deberá tenerse en cuenta ni en la base del cálculo de la RPA ni tampoco deben minorar el importe final a abonar a la Concesionaria en concepto de RPA.

En relación con los intereses de demora derivados del retraso en el pago de las expropiaciones de terrenos, en el apartado 3 del Acuerdo de Interpretación ("expropiación de terrenos") del Acuerdo Impugnado se adopta el siguiente criterio:

"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 éste en plazo los importes debidos de los justiprecios", añadiendo que "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".

Frente a ello, entiende la recurrente que:

(i) Cuando el devengo de los intereses moratorios es imputable a la Administración (ya sea a la Administración General del Estado o al Jurado de Expropiación, como órgano administrativo que es), 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 tratan 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), esta 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.

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

i. Si los intereses han sido abonados por el Concesionario a los expropiados, estos intereses no deberán computarse a efectos de inversión. Es decir, a efectos del cálculo de la RPA, los intereses imputables al Contratista y abonados por ésta, son neutros.

ii. Si los intereses se han satisfechos por la Administración a los expropiados (cuando correspondía asumirlos al Concesionario), la Administración ostentará un crédito frente a la Sociedad 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 de la Sociedad Concesionaria.

En cuanto a las costas procesales, el acuerdo impugnado establece que "las costas procesales ocasionadas en la expropiación, al no estar relacionadas directamente con el valor patrimonial de la finca expropiada", no son computables, sin embargo, la recurrente sostiene que fue la actuación de los Jurados de Expropiación (órganos que, en todo caso, forman parte de la Administración), la que originó los procedimientos contencioso-administrativos interpuestos por los expropiados contra sus resoluciones y lo que obligó a la Concesionaria a defenderse de la actuación de dichos Jurados ante los Tribunales, dando lugar a las costas procesales.

En lo que se refiere al 25% por omisión del trámite de información pública, el acuerdo establece que "se computarán como inversión las cantidades que, en su caso, hubieran abonado el concesionario por el 25% derivado de la omisión del trámite de información pública" y 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, de 10 de mayo".

Frente a ello y ante las posibles contradicciones al respecto, razona y solicita que en el cómputo de la RPA deben incluirse también las cantidades abonados por la Administración por este concepto (25%), conforme expresamente se señala en el apartado "B) RPA por expropiaciones" del Anexo del Acuerdo Impugnado, pero sin restar del importe final a abonar a la Concesionaria en concepto de la RPA un importe equivalente a la



referida cantidad correspondiente al 25%, pues al crédito que la Administración tiene por tal concepto frente a la Concesionaria deberá dársele el trato que corresponda en el seno del concurso, conforme a la legislación. Subsidiariamente, si no se aceptara la anterior interpretación, se solicita que se declare que el aludido importe correspondiente al 25% abonado por la Administración al expropiado derivado de la omisión del trámite de información pública en la tramitación de los expedientes expropiatorios, ni debe computarse a efectos de hallar la RPA, ni consecuentemente deberá minorarse del importe final a abonar al Concesionario en concepto de RPA.

Por lo que se refiere a las sustituciones del justiprecio por cesión de aprovechamientos urbanísticos, el Acuerdo impugnado señala que "no se computará como inversión la sustitución del justiprecio por cesión de aprovechamientos urbanísticos salvo que, pese a haberse celebrado un convenio urbanístico, se haya realizado abonos en concepto de expropiaciones por la sociedad concesionaria y ésta los justifique".

Se opone a ello la recurrente por las siguientes razones:

(i) Respecto al cómputo como inversión de los justiprecios fijado en las actas de mutuo acuerdo, en las resoluciones de los Jurados de Expropiación o en las resoluciones judiciales, no se toman en consideración los posibles intereses que, habiendo sido abonados por la Concesionaria, han sido generados por retrasos imputables a la Administración.

(ii) En relación con la no inclusión de los justiprecios abonados mediante la cesión de aprovechamientos urbanísticos, debe ponerse de manifiesto lo siguiente:

No se distingue aquellos supuestos en los que el expropiado no haya recibido el aprovechamiento urbanístico como consecuencia de la falta de aprobación de los correspondientes instrumentos urbanísticos, de aquellos otros casos en los que efectivamente sí se ha llegado a ceder dicho aprovechamiento.

Así mismo, se obvia que esta cesión de aprovechamiento urbanístico supondría un "pago en especie" del justiprecio expropiatorio (que como tal debe formar parte de la RPA), reconocido tanto por ley, como por doctrina administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La forma en la que se haya abonado el justiprecio es indiferente a efectos de reconocer el coste asumido por el Concesionario.

Por tanto, deben incluirse en el cálculo de la RPA las sustituciones del justiprecio por cesión de aprovechamiento urbanístico

Respecto de la ocupación temporal, el Acuerdo establece que "solamente se computará el importe de las previstas en los correspondientes proyectos de obras, siempre que, además, esté acreditado que se llevaron a cabo".

Discrepa la recurrente según la cual, deben computarse como inversión todas las ocupaciones temporales que hayan sido necesarias en el desarrollo de las obras aun cuando no estuvieran previstas inicialmente en el Proyecto aprobado por la Administración.

Por lo que se refiere a la prueba de la efectividad del pago, el Acuerdo establece que "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, corresponderá al concesionario la carga de aportar cualquier otro medio de prueba acreditativo del pago".

Entiende la recurrente que es una cuestión no regulada en el contrato y por lo tanto no está sujeta a la interpretación de la Administración; que son de aplicación las reglas generales sobre la prueba y que corresponde a la Administración formar, recabar y completar de oficio toda la documentación que sea necesaria para cumplir con la referida obligación de cuantificar la RPA y, en consecuencia:

La Administración deberá abstenerse de exigir a la Sociedad Concesionaria la aportación de documentos elaborados por cualquier órgano de la Administración Pública o que obren o debieran obrar en su poder.

El incumplimiento de la Administración demandada de su obligación de conformar el expediente no podrá perjudicar de ningún modo a la Sociedad Concesionaria. En particular, no podrán tenerse como no acreditados aquellos extremos que deberían obrar en el expediente administrativo si la Administración hubiera obrado correctamente.

La efectividad del pago de cualquier cantidad o importe por parte de la Sociedad Concesionaria podrá acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho conforme a lo establecido en el artículo 77.1 de la LPAC.



Planteamiento de la Administración demandada.

Frente a ello, el Abogado del Estado alega, en relación con el justiprecio abonado por la Administración por incumplimiento del concesionario, que: no habiéndose alterado la limitación de la RPA por expropiaciones establecida en el artículo 11 del RD de otorgamiento de la concesión -sin que siquiera lo hubiera instado en ningún momento la demandante- es obvio que la RPA por expropiaciones tiene tal límite.

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 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 40.13.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..."

Razona, en contra de lo sostenido en la demanda, que no existe la duplicidad en la reducción que se alega y señala que, cuestión distinta 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 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.

En cuanto a la imputación de los intereses de demora, mantiene que el criterio sustentado por el acuerdo recurrido está dotado de toda lógica: quién sea el causante de la demora, el concesionario o la concedente- Administración, debe correr con los perjuicios derivados de la demora.

Sostiene, en relación las costas procesales, que tienen un régimen específico, establecido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, que la hace recaer sobre los litigantes y en función de la mala fe o temeridad, antes, o del vencimiento. Lo que no hace posible el traslado de su importe a terceros ajenos a la concreta posición procesal de la parte litigante.

Sobre el incremento del justiprecio en un 25% por ocupación sin procedimiento, se remite a los argumentos del dictamen del Consejo de Estado.

En cuanto a las cesiones de aprovechamientos urbanísticos y la pretensión de la demanda que se incluyan en la RPA el importe de los aprovechamientos urbanísticos que se dicen cedidos al expropiado, se alega que en estos 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. No existiendo un pago ni directo ni por permuta, siendo un requisito necesario y lógico para que se incluyan los justiprecios en la RPA, como señala la cláusula 35.2.a) PCAP como contenido de la RPA.

En todo caso el Acuerdo deja a salvo el supuesto en que, pese a haberse celebrado un convenio urbanístico, se hayan realizado abonos en concepto de expropiaciones por la sociedad concesionaria y esta los justifique.

En cuanto la prueba, señala que 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.

En cuanto a las indemnizaciones por ocupación temporal, se invoca la cláusula 51 del Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, deduciendo 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.

Sobre la prueba del pago entiende que cada parte tiene que probar lo que alega.

Decisión de la Sala

El planteamiento que de manera principal se efectúa en este apartado de la demanda no puede acogerse, pues no tiene en cuenta el alcance de RPA, que se ha examinado en el anterior fundamento de derecho, 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 necesarios para la 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, 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 otra parte, 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 se justifica el cómputo, a efectos de RPA, de una inversión por justiprecio que no se ha realizado por el concesionario ni 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 consecuencia, procede desestimar la pretensión que de manera principal se ejercita en el punto 3.1 del suplico de la demanda.

El planteamiento de la parte en relación con los intereses toma en consideración, únicamente, la circunstancia de que el devengo de los intereses 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.

Planteamiento 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.

No procede acoger, tampoco, la pretensión a que se refiere el punto 3.3 de la demanda, sobre las costas procesales devengadas con motivo de la expropiación de los terrenos, por la razón expresada en el Acuerdo impugnado, de falta de relación directa con el valor patrimonial de la finca expropiada, además de que 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.

La misma respuesta desestimatoria ha de darse a las pretensiones ejercitadas en los puntos 3.4 y 3.4.1 del suplico de la demanda, en relación con el concepto del 25% derivado de la omisión por la Administración del trámite de información pública, concepto que 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.

La consecuencia 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 en cuanto es 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 en cuanto no es un concepto debido por el concesionario, a salvo que, no obstante, haya sido satisfecho por este.

Esto supone la estimación parcial del punto 3.4.2 de la demanda, en cuanto a la pretensión subsidiaria, en el sentido de que el importe correspondiente al 25% abonado por la Administración a los expropiados derivado de la omisión por la Administración del trámite de información pública en la tramitación de los expedientes expropiatorios, no se computa a efectos de determinar la RPA ni, consecuentemente, minora el importe final a abonar al concesionario como RPA.

No puede acogerse la pretensión a que se refiere el punto 3.5 de la demanda, de cómputo como valor patrimonial de las inversiones en expropiaciones para el cálculo de la RPA la sustitución del justiprecio como cesión de aprovechamientos urbanísticos, pues, como en otros casos que acabamos de examinar, una cuestión es que esa cesión de aprovechamientos tenga un valor patrimonial, que evidentemente es la razón por la que el expropiado los 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 cuanto a los supuestos que los correspondientes convenios no lleguen a tener efecto, el propio Acuerdo impugnado establece que, si no obstante, el concesionario hubiera realizado algún abono en relación con tales expropiaciones, se reconocerán estas cantidades, a lo que habrá de estarse igualmente si el incumplimiento de lo convenido llegara a suponer para el concesionario el abono de cantidades al respecto.

Tampoco se comparte el planteamiento de la parte respecto de las ocupaciones temporales, pues como 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.

Finalmente, tampoco pueden prosperar las pretensiones que se ejercitan en los puntos 4, 4.1 y 4.2 del suplico de la demanda, en cuanto se cuestionan las previsiones del Acuerdo impugnado sobre efectividad del pago y documentación de los expedientes expropiatorios, ya que el Acuerdo se remite sustancialmente a la documentación propia de las formas de pago que se establecen y permiten en la legislación expropiatoria y a la conformación de los expedientes expropiatorios con la documentación propia de los mismos, que se lleva a cabo por la Administración, de manera que las prevenciones de la parte sobre la condena a la Administración a completar toda la documentación, que se abstenga de exigir a la concesionaria aportación de documentos que obren o puedan obrar en poder de la Administración, o que la efectividad del pago de cualquier cantidad por la concesionaria podrá acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, carecen de fundamento como impugnación de tales previsiones del Acuerdo, que no ponen en cuestión ni contradicen las apreciaciones de la parte.

CUARTO.- Planteamiento de la demandante.

El cuarto apartado de la demanda, en correspondencia con el Acuerdo impugnado, se refiere a la amortización, que "se aplicará, en todas las concesiones y para todas las inversiones (obras y expropiaciones) el criterio de amortización lineal [...]", criterio del que discrepa la recurrente en cuanto se aplica por igual para la inversión en expropiaciones y la inversión en obras, invocando, frente a la cláusula 35 las cláusulas 17 y 18 del PCAP, que refieren la amortización al PEF. Y en el mismo sentido el art. 13.a de la Ley 8/1972 y el contenido de la Memoria a que se refiere la cláusula 5.11.c) del PCAP. Rechaza los argumentos de la Administración sobre el tráfico real al final de la vida útil y que la amortización lineal es coherente con la normativa contable de autopistas. Añade que la normativa de contratación pública ha previsto tradicionalmente (durante más de 12 años) la amortización conforme a lo previsto en el PEF, lo que demuestra que la "preferencia del legislador" no ha sido la amortización lineal, como infundadamente defiende la Administración, sino la prevista en el PEF. Se refiere al criterio del informe pericial y concluye que el método de amortización lineal que se establece en el Acuerdo Impugnado es improcedente y debe anularse ex artículo 48 de la LPAC, al infringir las Cláusulas 35, 17 y 5.11.c) del PCAP, debiendo aplicarse en su lugar el método de amortización que se pactó en el PCAP, esto es, el método de amortización por uso conforme a lo previsto expresamente en el PEF.

Por lo que se refiere al día inicial de la amortización, el acuerdo lo establece en la fecha en el que la concesionaria inicio el cobro de peajes en la autopista, añadiendo 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".

Frente a ello la recurrente entiende que han de aplicarse los siguientes criterios:

i. Respecto las inversiones previstas en los proyectos iniciales, deberá tomarse como fecha inicial para el cómputo de la amortización la fecha en el que la Concesionaria inicio el cobro de peajes en la autopista, tal y como se indica en el Acuerdo Impugnado.

ii. Ahora bien, respecto de las obras ejecutadas con posterioridad al inicio del cobro de peajes (modificaciones, obras complementarias y adicionales), debe tomarse como fecha inicial para el cálculo de la amortización la fecha en que éstas fueron puestas en servicio.

Cuestiona también la recurrente la fijación del día final de la amortización en la fecha en que SEITT comenzó a explotar la autopista, entendiéndose que lo procedente es que la fecha de finalización de la amortización coincida con la fecha de apertura de la fase de liquidación concursal, que determina la extinción *ope legis* del contrato (arts.112.2 y 265.2 del TRLCAP) y extinguido el Contrato automáticamente como consecuencia de la entrada en liquidación de la Sociedad Concesionaria, no puede seguir amortizándose las inversiones que forman parte del importe de la RPA que debe abonar por la Administración como consecuencia, precisamente, de la extinción anticipada de la Concesión.

Concluye que debe declararse la invalidez del apartado 4 del Acuerdo de Interpretación Impugnado en cuanto establece como fecha final de amortización aquella en que SEITTSA comenzó la explotación de la autopista y a percibir los peajes correspondientes y, en su lugar, debe declararse la procedencia de fijar como *dies ad quem* de la amortización la fecha del Auto de apertura de la fase de liquidación concursal de la Sociedad Concesionaria (10 de mayo de 2017).

Subsidiariamente, para el caso de que no se estime el criterio anterior, el *dies ad quem* de la amortización será la fecha en la que adquirió firmeza el citado auto de apertura de la fase de liquidación.

Planteamiento de la Administración demandada.

Frente a este planteamiento de la recurrente sobre la amortización de obras y expropiaciones, el Abogado del Estado entiende, en contra de lo sostenido en la demanda, que la cláusula 35.2 del PCAP se refiere a la reducción de 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 debe ser considerado.

Criterio que es el mismo que el que establecía el artículo 170.1 de la Ley de Contratos 13/1995 y 169.1 RD Legislativo 2/2000.

Sobre los momentos inicial y final para el cómputo de las inversiones amortizadas no hay discrepancia si consta fecha puesta en servicio y si no habrá de estarse a una fecha cierta.

Que fecha final ha de ser la que la Administración se hace cargo de la obra y no la de apertura de la fase de liquidación del concurso, pues 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.

Decisión de la Sala.

Así planteada la controversia en relación con la amortización, las partes interpretan de manera diferente las escasas referencias que al respecto se hacen en la legislación de contratos y los correspondientes pliegos de condiciones particulares, invocando la Administración lo dispuesto en los arts. 170.1 de la Ley 13/1995 y el art. 169.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, en el sentido de que en los supuestos de resolución la Administración abonará el precio de las obras e instalaciones, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión, previsión que también se recoge en la cláusula 35 del PCAP, señalando que del valor patrimonial de las inversiones por obras y expropiaciones se deducirá la cuota de amortización que en función del número de años corresponda. Frente a ello la parte recurrente invoca las cláusulas 17, 18 y 5.11.c) del PCAP en cuanto remiten al correspondiente plan económico financiero y lo que en el mismo se establezca a efectos de amortización.

Pues bien, entiende la Sala que la interpretación que se propone en al 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 sobrecostos 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 restar 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 aplicable a 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 del PEF de cada una de las concesiones 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".

Por todo ello no pueden acogerse las pretensiones ejercitadas en los puntos 5 y 5.1 del suplico de la demanda.

Se cuestiona por la recurrente la determinación del día inicial para la amortización, manteniendo su conformidad con 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 punto 5.2.2 de 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.

No pueden acogerse, sin embargo, las pretensiones que se ejercitan en los puntos 5.3, 5.3.1 y 5.3.2 del suplico de la demanda, 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.112.2 y 265.2 del TRLCAP) y extinguido el Contrato automáticamente como consecuencia de la entrada en liquidación de la Sociedad Concesionaria, no puede seguir amortizándose las inversiones que forman parte del importe de la RPA que se debe abonar por la Administración como consecuencia, precisamente, de la extinción anticipada de la Concesión, 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.

QUINTO.- Planteamiento de la demandante.

El quinto apartado de la demanda se refiere al techo de la RPA y sus limitaciones, a cuyo efecto el acuerdo dispone que el valor patrimonial de la inversión se tomará como referencia para calcular el importe que corresponde al concesionario en concepto de RPA "siempre sin superar los límites máximos de responsabilidad patrimonial", estableciendo que "para las obras y expropiaciones se aplicarán "los límites" de RPA que, respectivamente, están fijados para cada uno esos conceptos en los Reales Decretos de adjudicación 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".

Cuestiona dicho límite la recurrente alegando que ha sido la Administración la que ha provocado que la Sociedad Concesionaria entrara en concurso al no dotarla presupuestariamente con los fondos necesarios para materializar los instrumentos legalmente previstos para reequilibrar económicamente la Concesión; que aun cuando hipotéticamente se aplicase el límite de la RPA, este techo en ningún caso se aplicaría (i) en lo que exceda del 175% de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta en concepto de expropiaciones y (ii) respecto de todas las obras no previstas en el Proyecto original que hayan sido ejecutadas atendiendo a las órdenes (incluso tácitas) de la Administración demandada y fueran o no aprobadas formalmente por ésta, aunque sí recibidas con motivo de la reversión. iii. En el RD de Adjudicación se establece un importe máximo de RPA (sin perjuicio, se insiste, de que consideremos que no aplica límite alguno), sin distinguir entre obras y expropiaciones.



Concluye este apartado solicitando: que se anule el apartado 5 del Acuerdo de Interpretación del Acuerdo Impugnado ("límites de la RPA por expropiaciones y por obras") y, en su lugar, se declare la conformidad a derecho del criterio siguiente:

i. Con carácter principal, no es aplicable en el presente caso el límite de RPA previsto en la oferta de la Concesionaria ni en el RD de Adjudicación.

ii. Con carácter subsidiario, para el caso de que se entendiese aplicable el límite de RPA, éste en ningún caso resulta aplicable sobre:

- el importe que exceda del 175% de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta en concepto de expropiaciones, ni

- todas aquellas obras no previstas en el Proyecto original que hayan sido ejecutadas con conocimiento de la Administración (fueran o no aprobadas formalmente por ésta) y recibidas con motivo de la reversión.

Además, debe estarse al límite previsto en el RD de Adjudicación que establece un importe máximo de RPA sin distinguir entre obras y expropiaciones. Es decir se trata de un límite único.

Planteamiento de la Administración demandada.

Se opone a ello la Administración demandada, señalando al efecto que se habrá de acudir a la oferta, como hace el acuerdo recurrido, para desglosar el límite de la RPA que corresponde a cada concepto, en cuanto el RD de adjudicación se remite a ella.

Decisión de la Sala.

Los motivos de impugnación que se alegan por la parte recurrente en este apartado de la demanda no pueden prosperar por las siguientes razones:

En primer lugar, en contra de lo que se sostiene por la recurrente, la interpretación de la cláusula 35.2 del PCAP, en relación con las cláusulas 107, 108 y 109, no permite concluir que los límites máximos de la responsabilidad patrimonial establecidos en el Real Decreto de adjudicación por incumplimiento de la concesionaria, en este caso por entrar en concurso, dejen de ser operativos trasladando e imputando a la Administración la causa de tal incumplimiento.

Las referidas cláusulas, cuyo contenido ya se ha indicado antes, regulan la resolución del contrato por incumplimiento del concesionario, incumplimiento que en el caso del concurso se plasma en las correspondientes y previas resoluciones judiciales, que determinan el acuerdo de resolución y su liquidación en los términos establecidos en las mismas y concretamente la RPA. No cabe examinar en este procedimiento las circunstancias que llevaron a la declaración de concurso, valoradas en su caso al adoptar dicha declaración judicial. Y tampoco cabe efectuar declaración alguna sobre la responsabilidad respecto de las causas que determinaron la declaración en concurso, que es lo que pretende la recurrente como fundamento de su pretensión, atribuyéndola a la Administración.

Cuestión distinta es que tales circunstancias, en cuanto formen parte e incidan en el desarrollo del procedimiento contractual, hayan de valorarse en los términos que resulten en cada caso de la regulación aplicable.

En este sentido y como ya señalamos antes, el carácter convencional y consiguiente respeto a lo pactado incide directamente en la determinación de la RPA, que viene delimitada tanto en cuanto a los conceptos que han de valorarse como el importe máximo que viene dado por lo expresamente pactado. Así, se establece con carácter general en la cláusula 107.e) del PCG y resulta de los Pliegos de CAP, en este caso la cláusula 35, que excluye la aplicación de la anterior pero establece una regulación similar, según la cual: "La extinción de la concesión se atenderá a 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, 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 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 que: "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."

A esta limitación convencional se refiere la cláusula 8 del PCG en sus apartados q) y r) que, entre los extremos que deben figurar necesariamente en las proposiciones a presentar por los concursantes, incluye:

"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."

Ha de estarse, por exigencia contractual a estas limitaciones establecidas en los correspondientes contratos, que se recogen en las ofertas del concesionario y en los Reales Decretos de adjudicación, sin que frente a ello puedan prosperar las alegaciones que se efectúan por la parte para modificar tales límites.

En primer lugar, de las propias cláusulas antes transcritas resulta que tales límites no son inalterables sino que pueden incrementarse por los aumentos de las modificaciones de proyectos y obras complementarias, pero siempre que hayan sido aprobados por la Administración, incluidas las obras adicionales reconocidas al amparo de la DA 41ª de la Ley 26/2009, exigencia convencional a la que ha de estarse y que es congruente con el objeto de 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 responden a las obras aprobadas o reconocidas a tal efecto. No puede acogerse, por lo tanto, la pretensión de la recurrente de que se tomen en consideración todas las obras ejecutadas no previstas en el proyecto original, hayan sido o no aprobadas por la Administración.

Se pretende por la parte que el límite de RPA no se aplique en relación con el importe que exceda del 175% de las cantidades previstas en la oferta en concepto de expropiaciones, planteamiento que apoya en el reconocimiento que al respecto se hace en la DA 41ª de la Ley 26/2009, como requisito para obtener el préstamo participativo a que se refiere.

A tal efecto, aunque en la regulación que venimos examinando de la RPA solo se hace referencia al incremento por obras ejecutadas no previstas en el proyecto original, aprobadas por la Administración, no carece de razón que dicho incremento pueda plantearse en relación con la inversión en expropiación, cuando la Administración reconozca que la misma excede manifiestamente y más allá del riesgo y ventura asumido por el concesionario, como sucede en este caso, en el que la DA 41ª de Ley 26/2009 viene a reconocer como tal el importe de las expropiaciones que exceda del 175% de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta, pero, para que este exceso tenga su reflejo en los límites de la RPA es preciso, como ocurre con el incremento por obras, que las mismas se hayan ejecutado, en este caso, que ese importe se haya hecho efectivo por el concesionario, circunstancia que ni siquiera se alega por la parte en este caso, más bien, al contrario, las alegaciones sobre el incumplimiento de la previsiones de dicha Ley sobre los préstamos participativos, al que se imputa la entrada en concurso de la concesionaria, dan a entender que no se llevó a efecto tal inversión, por lo que no cabe su cómputo a efectos de la determinación de la RPA y sus límites.

Finalmente, la consideración de dos límites de la RPA, por obras y por expropiaciones, es una consecuencia y responde a las exigencias convencionales establecidas en las cláusulas antes indicadas, que prevén la



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; sin que frente a ello pueda prosperar la alegación de la parte de que, en su caso, en la adjudicación se hace referencia a un solo límite, pues ello no impide, como se recoge en el Acuerdo impugnado, acudir a la correspondiente oferta en la que, cumpliendo las exigencias previstas al efecto, aparecen separados ambos límites.

SEXTO.- Planteamiento de la demandante.

El apartado sexto de la demanda se refiere al valor patrimonial y coste de reposición, alegando la improcedencia del término "puesta a cero" de la autopista a que se refiere el acuerdo cuando dispone que: el "valor patrimonial" de las inversiones -que la Administración tomará como referencia para el cálculo de las RPA- será igual al importe de las obras y expropiaciones no amortizadas (hasta el límite respectivo) menos el importe de las inversiones necesarias para la "puesta a cero" de cada autopistas o coste de reposición. conservación y funcionamiento adecuados".

La recurrente, considerando de preferente aplicación el TRLCAP e invocando su art. 164, alega que no emplea el término de "perfecta entrega", "puesta a cero" o expresiones similares bajo las que la Administración pretende exigir a la Sociedad Concesionaria la entrega de la autopista como si se tratara de una obra nueva, limitándose a exigir que las obras se entreguen en buen estado de conservación y uso, lo que evidentemente tiene en cuenta el deterioro lógico asociado al paso del tiempo. Invoca igualmente el criterio económico reflejado en el informe pericial y concluye, que en definitiva, el concepto de "puesta a cero" carece de fundamento económico y jurídico, es contrario a los términos pactados por las partes y a la normativa aplicable a la Concesión y obedece a una clara voluntad de la Administración demandada de reducir el importe de RPA al que tiene derecho.

Planteamiento de la Administración demandada.

Frente a ello, la representación de la Administración acude a la cláusula 80 del PCG y el art. 27.1 de la Ley 8/1972, así como el artículo 170.1 (luego 169.1 del TR 2/2000) de la Ley de Contratos de 1995, vigente a la sazón, y entiende 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.

Decisión de la Sala.

El Acuerdo impugnado 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 condiciones de normalidad para la prestación del servicio" o "en el estado de conservación y funcionamiento adecuado" (art. 164 TRLCAP), 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 la pretensión articulada en el punto 7 de la demanda.

SÉPTIMO.- Planteamiento de la demandante.

El apartado séptimo de la demanda se refiere a la minoración de la RPA por expropiaciones pagadas por la Administración del Estado, disponiendo el acuerdo que el "importe global de RPA" será minorado con las "indemnizaciones de toda índole (justiprecio, intereses y costas) que, ante el impago por el concesionario, ha tenido que asumir el Estado" y "en particular, minoraran el importe de la RPA siempre que hubieran sido abonadas por el Estado en virtud de resolución judicial", las siguientes cantidades:

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

Entiende la recurrente que el art. 17.2 de la Ley 8/72 se introdujo por el art. 6 del Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas y que entró en vigor el 26 de enero de 2014, es decir, con posterioridad a que se dictara el Auto de 4 de octubre de 2012 por el que se declaró en concurso de acreedores a la Sociedad Concesionaria. Y sin desconocer el régimen de aplicación establecido en la Disposición Transitoria Segunda del mismo, argumenta sobre el alcance de retroactividad y entiende que no dice nada sobre la aplicación retroactiva a los concursos de acreedores que ya se hubieran iniciado cuando entró en vigor la nueva redacción del citado artículo 17.2 de la Ley de Autopistas.

Añade que la aplicación del artículo 17.2 al presente supuesto supone una alteración del régimen legal aplicable a un procedimiento concursal en tramitación, además en beneficio de un acreedor (la propia Administración) y en perjuicio del resto de acreedores; que la DT2ª del RDL 1/2014 debe interpretarse de conformidad con la Constitución, alegando que una interpretación que ampare la aplicación retroactiva del artículo 17.2 de la Ley de Autopistas, vulneraría el principio de irretroactividad en relación con (i) el derecho fundamental a la igualdad (artículo 14 de la Constitución) y (ii) el derecho a la propiedad (artículo 33 de la Constitución), por las razones que expone sobre el privilegio para los créditos de la Administración frente a los demás acreedores del concurso y el alcance del derecho a la propiedad privada, concluyendo que: una interpretación de la DT2ª RDL 1/2014 en sus propios términos y acorde con el principio de propiedad privada consagrado en la Constitución, impide también aplicar retroactivamente el artículo 17.2 de la Ley de Autopistas en los términos pretendidos en el Acuerdo Impugnado, pues lo contrario supondría una conducta claramente confiscatoria de la Administración demandada vedada por el artículo 33.3 de la Constitución.

Subsidiariamente, solicita el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la DT2ª del RDL 1/2014 y la aplicación retroactiva del artículo 17.2 de la Ley de Autopistas.

Planteamiento de la Administración demandada.

Frente a ello, la representación de la Administración demandada se remite a lo ya alegado con anterioridad en relación a la determinación de la RPA por expropiaciones.

Decisión de la Sala.

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 ejerce, 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 art. 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 incumplimiento.

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.

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 mas 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 de 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.

Por otra parte, en cuanto al importe de los intereses, en el Acuerdo se indica que no minorarán el importe de la RPA, aunque hubieran sido abonados por el Estado, los intereses expropiatorios por retraso del Jurado, lo que es plenamente congruente con el criterio general a que nos remitimos en el tercer fundamento de derecho sobre determinación de la inversión por expropiaciones, de la misma manera que resulta congruente con el criterio general el criterio establecido en el Acuerdo, que, partiendo de que no son computables los intereses por demora en el pago del justiprecio imputable al concesionario, entiende que desde el momento que se notifica al Estado la resolución judicial que el impone la obligación del pago de lo debido por el concesionario, le serán imputables los intereses por retraso en ese pago, que por lo tanto no minorarán el importe de la RPA. Finalmente y en congruencia con lo resuelto al respecto en el tercer fundamento de derecho, ha de entenderse que el importe correspondiente al 25% abonado por la Administración a los expropiados derivado de la omisión por la Administración del trámite de información pública en la tramitación de los expedientes expropiatorios, no se computa a efectos de determinar la RPA ni, consecuentemente, minorará el importe final a abonar al concesionario como RPA, modificándose en este concreto aspecto la interpretación que se establece en el Acuerdo impugnado.

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 la 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.

En consecuencia, no pueden compartirse las alegaciones sobre la infracción del principio de irretroactividad de las normas desfavorables que se formulan por la recurrente, que parten del presupuesto de que la modificación del art. 17.2 supone la innovación del ordenamiento jurídico y la introducción de nuevas reglas de valoración de la RPA mas gravosas, presupuesto que, por las razones expuestas, no 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 13 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.

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 refieren a este apartado de la demanda, sin perjuicio de precisar que el concepto "indemnizaciones de toda índole" a que se refiere el Acuerdo en su apartado VII no debe comprender las costas, y reiterar lo ya señalado en el fundamento de derecho tercero en el sentido de que el importe correspondiente al 25% abonado por la Administración a los expropiados derivado de la omisión por la Administración del trámite de información pública en la tramitación de los expedientes expropiatorios, no se computa a efectos de determinar la RPA ni, consecuentemente, minora el importe final a abonar al concesionario como RPA.

OCTAVO.- Planteamiento de la demandante.

En el apartado octavo de la demanda se cuestiona la liquidación de las situaciones pendientes, que justifica la retención provisional del importe de la RPA, disponiendo al efecto el Acuerdo impugnado lo siguiente:

1. Se dictará una primera resolución de determinación de la RPA, a cuenta de la resolución definitiva, donde se determinará (i) la cantidad a pagar ya reconocida y (ii) la cantidad que se retiene provisionalmente hasta la liquidación de las situaciones pendientes.

2. La liquidación de las situaciones pendientes se realizará en dos fases:

(i) en los seis meses siguientes a la primera resolución de determinación de la RPA, mediante una nueva resolución complementaria; y

(ii) en los seis meses siguientes a la fecha de la resolución complementaria, mediante una resolución definitiva.

Entiende la recurrente que este criterio es contrario a Derecho, exponiendo las razones por las que la Administración demandada 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 practicarse por la Administración lo que se consigue es asegurar que los créditos que en un futuro pueda ostentar la Administración contra la Sociedad Concesionaria se cobren al margen del procedimiento de liquidación concursal en tramitación. Concluye que debe anularse el criterio recogido en el apartado 8 del Acuerdo de Interpretación ex artículo 48 de la LPAC 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.

Planteamiento de la Administración demandada.

Por su parte, la representación de la Administración, en contra de lo sostenido en la demanda, señala que 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, y que las determinaciones del Acuerdo impugnado tienen su fundamento en el artículo 1169, párrafo segundo, del Código Civil, según el cual: "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."

Planteamiento del Acuerdo y Decisión de la Sala.

El planteamiento de la parte recurrente en relación con este apartado del Acuerdo impugnado 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 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.

NOVENO.- Planteamiento de la demandante.



El apartado noveno de la demanda se refiere al momento en que surge la obligación de determinar la RPA, su pago y el devengo de intereses, y frente a los plazos señalados en el Acuerdo impugnado, la recurrente razona que: la Concesión se extinguió por ministerio de la ley al dictarse el Auto de apertura de la fase de liquidación concursal de la Sociedad Concesionaria; que a contar desde el Auto de entrada en fase de liquidación concursal, la Administración contaba con un plazo máximo de 2 meses para liquidar la Concesión, entendiéndose aplicable al efecto el art. 169 del RGLCAP 2001, que establece el plazo de 2 meses para liquidar el contrato de obras.

Discrepa, igualmente, la parte recurrente, del plazo señalado en el acuerdo para el pago de la RPA (tres meses) y el tipo de intereses de demora (interés legal LGP), considerando que debe aplicarse el vigente al momento de la liquidación en aplicación de la Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad (art. 7.2) en materia de contratos. Subsidiariamente, para el caso de que se entendiera que el régimen anterior no resulta de aplicación *ratione temporis* a la concesión que nos ocupa, deberá aplicarse el tipo de interés legal más 1,5%, como así se recoge en el artículo 110.4 del TRLCAP.

En ambos casos, los intereses se devengarán a partir de los 30 días siguientes a la fecha en la que expiró el plazo con el que contaba la Administración para determinar la RPA, que es el plazo con el que cuenta la Administración para abonar su importe. Es decir, desde el Auto de entrada en fase de liquidación concursal, la Administración contaba con 2 meses para determinar la RPA y, transcurrido un plazo adicional de 30 días desde esta última fecha, comienzan a devengarse los intereses de demora.

Decisión de la controversia.

Pues bien, por lo que se refiere al plazo para liquidar la RPA, frente a los dos meses que se postula por el mismo al amparo del art. 169 del RGLCAP de 2001, 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 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 al principio 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 resuelve la cuestión planteada.

Y este el caso, según se alega por la recurrente, pues el art. 169 del RGLCAP establece, en relación con la liquidación del contrato de obras, el plazo de dos meses para aprobar la liquidación, por lo que ha de estarse al mismo en atención al régimen de fuentes de la regulación contractual. En congruencia con ello, ha de entenderse aplicable el plazo establecido en el art. 99 del TRLCAP 2/2000, para el pago de la liquidación, que es de dos meses e igualmente el interés de demora señalado en el mismo, es decir, el interés legal incrementado en 1,5 puntos.

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.

Por otra parte y como se establece en el propio Acuerdo, ha de tenerse en cuenta la publicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad, cuya disposición transitoria única establece su aplicación a todos los contratos que, incluidos en su ámbito de aplicación, hayan sido celebrados con posterioridad al 8 de agosto de 2002 y que, en lo que aquí interesa, modifica el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en los siguientes términos:

Uno. El apartado 4 del artículo 99 queda redactado como sigue:

"4. 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."



En consecuencia, respecto de los contratos celebrados con posterioridad al 8 de agosto de 2002, serán de aplicación los plazos y devengo de intereses en los términos establecidos en esta Ley 3/2004.

Por lo demás, la regulación de esta Ley pone de manifiesto, igualmente, la sujeción a la normativa contractual a la generalidad de las operaciones de liquidación y abono de las prestaciones de las partes, en cuanto respondan y sean consecuencia de las previsiones del contrato, como es el caso de la liquidación de la RPA, estableciendo el art. 3, que, "esta Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas".

Por todo ello ha de entenderse más adecuada a Derecho la interpretación que se acaba de indicar en relación con el los plazos para determinar y abonar la RPA y el tipo de los intereses de demora a que se refieren los apartados IX y X del acuerdo impugnado, estimándose parcialmente las pretensiones ejercitadas al efecto por la recurrente en el punto 10 de la demanda, en el sentido de que, respecto de los contratos celebrados antes del 8 de agosto de 2002, para la liquidación de la RPA ha de estarse al plazo de dos meses desde la apertura de la liquidación, de acuerdo con el RGLCAP y, tras él y para su abono, a otro plazo de dos meses establecido en el art. 99.4 del TRLCAP, devengado por demora los intereses legales establecidos en la ley de presupuestos más 1,5 puntos. Y respecto de los contratos celebrados con posterioridad al 8 de agosto se mantiene el plazo de dos meses para la determinación de la RPA y se establece el de sesenta días para su abono, debiéndose estar al devengo de intereses en los términos que resultan de la Ley 3/2004.

DÉCIMO.- Planteamiento de la demandante.

El apartado décimo se refiere a las garantías y su incautación, disponiendo el Acuerdo impugnado que "procede incautar no solo la garantía de explotación, sino también la garantía de construcción, por ello, ambas deben ser integradas en el Tesoro", alegando la recurrente que, como reconoce el propio Acuerdo de 26 de abril de 2019, la procedencia o no de la incautación y aplicación de la garantía de construcción no debe ser debatida aquí, toda vez que se encuentra " *sub iudice*", ya que el Acuerdo de incautación 13 de julio de 2018 ha sido recurrido y se encuentra suspendida cautelarmente por el Tribunal Supremo la incautación de las garantías (procedimiento ordinario núm. 360/2018), por lo que se trata de una cuestión que procede debatirse en el correspondiente procedimiento judicial y no en sede de liquidación de la RPA.

Planteamiento de la Administración demandada.

En el mismo sentido se pronuncia la representación de la Administración demandada, señalando que se trata de una cuestión sobre la que tanto el acuerdo recurrido como la demanda indican que está pendiente de otro recurso ante la Sala, por lo que no ha lugar a pronunciarse sobre ello.

Decisión.

Ha de acogerse el planteamiento de ambas partes en cuanto la incautación de la garantía de construcción es una cuestión ajena a la determinación de la RPA y, como tal está sujeta a la correspondiente impugnación y resolución en otro proceso judicial, por lo que no procede hacer un pronunciamiento al respecto.

UNDÉCIMO.- Estimación parcial del recurso.

Por todo lo expuesto procede estimar parcialmente el recurso en las siguientes pretensiones de la demanda:

En relación con el concepto de presupuesto de ejecución de contrata a que se refiere el apartado II.2.a), habrá de entenderse que el presupuesto de ejecución por contrata incluye el correspondiente beneficio industrial.

En relación con las obras adicionales a que se refiere el apartado II. 2.d), se estima la pretensión de la parte en el sentido de que las obras adicionales reconocidas en el RD 907/2011 han de computarse por el importe del saldo aprobado y verificado al efecto por la Administración en el último ejercicio antes del auto de apertura de la fase de liquidación, sin reducción por amortización.

En relación al apartado III.2.c) del Acuerdo, procede estimar la demanda en cuanto a la pretensión subsidiaria, en el sentido de que el importe correspondiente al 25% abonado por la Administración a los expropiados derivado de la omisión por la Administración del trámite de información pública en la tramitación de los expedientes expropiatorios, no se computa a efectos de determinar la RPA ni, consecuentemente, minora el importe final a abonar al concesionario como RPA.

En caso de que hubiera sido abonado por el concesionario, habrá de computarse como inversión de este, pero sin sujeción al régimen de amortización ni a los límites de la RPA.



Respecto del apartado IV.3 del Acuerdo, 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.

En relación con el apartado VI del Acuerdo, 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.

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 y, reiterar, que el importe correspondiente al 25% abonado por la Administración a los expropiados derivado de la omisión por la Administración del trámite de información pública en la tramitación de los expedientes expropiatorios, no se computa a efectos de determinar la RPA ni, consecuentemente, minora el importe final a abonar al concesionario como RPA.

Y, en cuanto a los apartados IX y X del Acuerdo, procede estimar parcialmente la demanda, en el sentido de: i) respecto de los contratos celebrados antes del 8 de agosto de 2002, 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, de acuerdo con el RGLCAP y, tras el y para su abono, a otro plazo de dos meses establecido en el art. 99.4 del TRLCAP, devengando por demora los intereses legales establecidos en la ley de presupuestos mas 1,5 puntos. ii) respecto de los contratos celebrados después del 8 de agosto de 2002, 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, al plazo de sesenta días establecido en el art. 99.4 reformado del TRLCAP, devengando por demora los intereses en los términos que resultan de la Ley 3/2004. iii) Resulta improcedente el pronunciamiento relativo a la incautación no solo 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.

Se desestima la demanda en relación a las demás pretensiones ejercitadas en la misma.

DUODÉCIMO.- No ha lugar a la imposición de costas, al haberse estimado parcialmente 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. Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo n.º 232/2019, interpuesto por la representación procesal de la entidad AUTOPISTA MADRID SUR, CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A., contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 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 de contrata a que se refiere el apartado II.2.a), habrá de entenderse que el presupuesto de ejecución por contrata incluye el correspondiente beneficio industrial.

b) En relación con las obras adicionales a que se refiere el apartado II. 2.d), se estima la pretensión de la parte en el sentido de que las obras adicionales reconocidas en el RD 907/2011 han de computarse por el importe del saldo aprobado y verificado al efecto por la Administración en el último ejercicio antes del auto de apertura de la fase de liquidación, sin reducción por amortización.

c) En relación al apartado III.2.c) del Acuerdo, procede estimar la demanda en cuanto a la pretensión subsidiaria, en el sentido de que el importe correspondiente al 25% abonado por la Administración a los expropiados derivado de la omisión por la Administración del trámite de información pública en la tramitación de los expedientes expropiatorios, no se computa a efectos de determinar la RPA ni, consecuentemente, minora el importe final a abonar al concesionario como RPA.

En caso de que hubiera sido abonado por el concesionario, habrá de computarse como inversión de este, pero sin sujeción al régimen de amortización ni a los límites de la RPA.



d) Respecto del apartado IV.3 del Acuerdo, 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.

e) En relación con el apartado VI del Acuerdo, 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.

f) 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 y, reiterar, que el importe correspondiente al 25% abonado por la Administración a los expropiados derivado de la omisión por la Administración del trámite de información pública en la tramitación de los expedientes expropiatorios, no se computa a efectos de determinar la RPA ni, consecuentemente, minora el importe final a abonar al concesionario como RPA.

g) Y, en cuanto a los apartados IX y X del Acuerdo, procede estimar parcialmente la demanda, en el sentido de: i) respecto de los contratos celebrados antes del 8 de agosto de 2002, 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, de acuerdo con el RGLCAP y, tras el y para su abono, a otro plazo de dos meses establecido en el art. 99.4 del TRLCAP, devengando por demora los intereses legales establecidos en la ley de presupuestos mas 1,5 puntos. ii) respecto de los contratos celebrados después del 8 de agosto de 2002, 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, al plazo de sesenta días establecido en el art. 99.4 reformado del TRLCAP, devengando por demora los intereses en los términos que resultan de la Ley 3/2004. iii) Resulta improcedente el pronunciamiento relativo a la incautación no solo 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.