

Roj: STS 952/2014
Id Cendoj: 28079130072014100064
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 486/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CELSA PICO LORENZO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso ordinario núm. 486/11 interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de Autopista Madrid Sur Concesionaria Española, S.A. contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de fecha 18 de enero de 2011 relativa al reequilibrio económico 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 de Madrid M-50, subtramo desde la Carretera Nacional IV hasta la Carretera Nacional II, del eje sureste, tramo M-40-M-50 y de la prolongación de la conexión de la Carretera Nacional II con el distribuidor este y actuaciones de mejora en la M-50. Tramo: M-409-N-IV". Contrato que fue adjudicado mediante Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de Autopista Madrid Sur Concesionaria Española, S.A., se interpuso recurso contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de fecha 18 de enero de 2011 relativa al reequilibrio económico del contrato adjudicado mediante Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre aprobado por Consejo de Ministros. Admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se formaliza demanda mediante escrito en fecha 30 de marzo de 2012, interesando se dicte sentencia por la que estimando el recurso, se condene a la Administración demandada a reequilibrar la Concesión como consecuencia de la drástica reducción del tráfico en los términos concretados en el apartado V.2 del fundamento de derecho quinto de la demanda y en el caso de que no se aceptaran total o parcialmente los criterios de reequilibrio del citado apartado V.2, solicita que su concreción se traslade a la fase de ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado se opuso a la demanda con su escrito en el que, después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala que se desestime el recurso.

TERCERO.- Conclusas las actuaciones, por providencia de 27 de septiembre de 2013 se señaló para votación y fallo el 4 de diciembre de 2013, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto. No se ha observado el plazo que la Ley de la Jurisdicción fija para dictar sentencia, debido a la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal y las deficiencias técnicas del sistema informático.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Autopista Madrid Sur Concesionaria Española, S.A. interpone recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de fecha 18 de enero de 2011 relativa al reequilibrio económico 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 de Madrid M-50, subtramo desde la Carretera Nacional IV hasta la Carretera Nacional II, del eje

sureste, tramo M-40-M-50 y de la prolongación de la conexión de la Carretera Nacional II con el distribuidor este y actuaciones de mejora en la M-50. Tramo: M-409-N-IV". Contrato que fue adjudicado mediante Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre.

Interesa el reequilibrio de la concesión como consecuencia de la drástica reducción del tráfico en los términos concretados en el apartado V.2 del fundamento de derecho quinto de la demanda y en el caso de que no se aceptaran total o parcialmente los criterios de reequilibrio del citado apartado V.2, solicita que su concreción se traslade a la fase de ejecución de sentencia.

Alega que

1. Mediante el Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre (en adelante, el "RD 3540/00"), se adjudicó a la agrupación constituida por «Cintra, Concesiones de Infraestructuras de Transporte, S.A.» «Burovistas, Concesionaria Española, S.A.», «Empresa Nacional de Autopistas, S.A.», «Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha y Monte de Piedad» y «Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera» (en lo sucesivo, las "Sociedades Adjudicatarias") la "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 Nacional IV hasta la Carretera Nacional II; del eje sureste, tramo M-40-M-50 y de la prolongación de la conexión de la Carretera Nacional II con el distribuidor este y actuaciones de mejora en la M-50. Tramo: M- 409-N-IV" (en adelante, indistintamente, la "Concesión" o el "Contrato"), atendiendo a los términos contenidos en la "solución base mejorada 2 (BM 2)" de su oferta.

La Concesión se rige sustancialmente por 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 adelante, TRLCAP), la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre Construcción, Conservación y Explotación de autopistas en régimen de concesión (en lo sucesivo, Ley 8/72), el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la Concesión aprobado por la Orden de fecha 11 de abril de 2000 (en adelante, PCAP); y el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales aprobado por el Decreto 215/1973, de 25 de enero en lo que no resulte válidamente modificado por el PCAP (en lo sucesivo, PCAG).

2. Las Sociedades Adjudicatarias constituyeron la compañía AUTOPISTA MADRID SUR CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A. (en adelante, la "Sociedad Concesionaria"), y en 28 de junio de 2001 constituyeron a su vez la entidad INVERSORA DE AUTOPISTAS DEL SUR, S.L. (en adelante, indistintamente, el "Accionista" o "IAS") mediante la aportación no dineraria de la totalidad del capital social de la Sociedad Concesionaria. La aludida aportación fue comunicada a la Administración contratante con fecha 3 de julio de 2001.

A raíz de lo anterior, IAS se convirtió en el Accionista único de la Sociedad Concesionaria, manteniéndose en IAS las mismas participaciones que los promotores tenían en origen (Cintra Concesiones de Infraestructuras de Transporte S.A. un 45%; Europistas Concesionaria Española S.A. un 25%; Montes de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera, un 10%; Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha un 10%; y Empresa Nacional de Autopista S.A. un 10%).

La financiación de la Concesión se estructuró a través de IAS (entidad constituida a tal fin) mediante la aportación de recursos propios y la obtención de financiación ajena por dicho Accionista con la finalidad exclusiva de cumplir la Concesión.

3. Con fecha 20 de diciembre de 2002, se celebró la Junta General Extraordinaria de la Sociedad Concesionaria, en la que se acordó llevar a cabo una ampliación del capital social por importe de 18.700.040 euros y su suscripción por parte de la Accionista.

Anticipa que la operación resultó imprescindible a raíz de las múltiples incidencias que acontecieron durante la fase inicial de ejecución del Contrato, como por ejemplo con la tramitación de las expropiaciones necesarias para la construcción de la infraestructura de referencia, dado que en la oferta se preveía expropiar terrenos inicialmente por valor de 72 millones de euros y, sin embargo, al final su valor ha sido de 402 millones de euros.

Mediante el Real Decreto 528/2004 se modificó el RD 3540/00 de adjudicación de la Concesión en aspectos relativos a la autorización de apertura de tramos, fecha límite de terminación de las obras y modificación de tarifas. En el Preámbulo se establece que durante la aludida fase inicial de ejecución del Contrato, además de las incidencias relacionadas con las expropiaciones, acontecieron otras circunstancias especiales (p. ej. hallazgo del yacimiento arqueológico «Mina Casa Montero») que también afectaron al ritmo

y condiciones normales de ejecución de las obras, obligando a la apertura parcial de los distintos tramos hasta completar su apertura total.

4. A raíz de las circunstancias descritas, la Sociedad Concesionaria, con fecha 24 de enero de 2008, solicitó el reequilibrio económico de la Concesión por los sobrecostes derivados de la ejecución de obras adicionales a las inicialmente previstas (en adelante, "Reclamación por obras adicionales") y, con fecha 12 de diciembre de 2008, presentó otra solicitud adicional e independiente de reequilibrio, en esta ocasión a raíz de los sobrecostes por expropiaciones (en lo sucesivo, "Reclamación por sobrecostes de expropiaciones").

A continuación tuvo lugar la publicación de la Ley 26/2009, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (en adelante, LPGE para 2010) en cuya Disposición Adicional 41ª (en lo sucesivo, DA41) se contemplan diversos mecanismos para tratar de materializar el "reequilibrio económico financiero de las concesiones de autopistas de peaje", entre las que se encuentra la Concesión a la recurrente.

Por un lado, en la DA41 se habilita un mecanismo para financiar mediante préstamos participativos del Estado los sobrecostes expropiatorios que excedan del 175% de las cantidades previstas por la Concesionaria en su oferta. Y, por otro lado, se reconoció el derecho al reequilibrio por las obras adicionales ya ejecutadas al tiempo de la entrada en vigor de la aludida LPGE para 2010.

5. Desde la puesta en servicio de la infraestructura (año 2004), se ha producido una drástica e inesperada reducción del tráfico de vehículos respecto a lo previsto en el momento de la licitación tanto por la Administración contratante (previsiones contempladas en el estudio de tráfico que formaba parte del Anteproyecto AO-M-10210.A) como por la Sociedad Concesionaria (previsiones reflejadas en la oferta que resultó adjudicataria de la Concesión). Dicha desviación ha impactado decisivamente sobre la economía del Contrato, hasta el punto de no poder garantizarse la continuidad del servicio. Afirma es un hecho notorio al reflejarse con reiteración en la prensa y haber sido reconocido -como expondrá más adelante- por la propia Administración (Ministerio de Fomento).

Por ello, con fecha 18 de enero de 2011 solicitó por escrito a la Administración contratante que reconociera expresamente el derecho al restablecimiento económico de la Concesión sustancialmente por la aludida reducción del tráfico de la infraestructura. Dicha solicitud es independiente (i) de las dos solicitudes de reequilibrio relativas a sobrecostes por obras adicionales y expropiaciones y (ii) del mecanismo de compensación parcial y transitoria ("durante tres años" a contar desde el 1 de enero de 2011) configurado en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal (en adelante, Ley 43/10) a favor de aquellas concesionarias de autopistas de peaje con niveles de tráfico muy inferiores a los inicialmente previstos.

6. En el Boletín Oficial del Estado núm. 155 de fecha 30 de junio de 2011, se publicó el Real Decreto 907/2011, de 24 de junio, con el objetivo de reequilibrar económicamente la Concesión por los sobrecostes derivados de las obras adicionales que se han mencionado con anterioridad, de conformidad con DA41 de la LPGE para 2010.

Con posterioridad, la Sociedad Concesionaria solicitó a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje (en adelante, la "Delegación del Gobierno en las SCANP") : (i) el reconocimiento del derecho de la Concesionaria a la utilización del mecanismo de suscripción de préstamos participativos contemplado en la DA41 de la LPGE para 2010 para compensar los sobrecostes por expropiaciones y, de forma simultánea, (ii) la aprobación de la solicitud del primer préstamo participativo.

7. Tras el tiempo transcurrido sin que la Administración contratante resolviera expresamente sobre la solicitud de reequilibrio de fecha 18 de enero de 2011 solicitó a la Administración la adopción urgente de medidas que permitiesen la viabilidad económico- financiera del Proyecto y, por tanto, de la propia Concesión.

A raíz de la petición, la Administración, mediante la carta fechada 21 de julio de 2011, informó a la Sociedad Concesionaria de que "(...) para resolver los problemas de viabilidad económico financiera de algunas sociedades concesionarias de autopistas de peaje dependientes de la Administración General del Estado, entre las que se encuentra Autopista Madrid Sur Concesionaria Española, S.A., le comunico que tales medidas están analizadas formando parte de un plan global que está prácticamente concluido. Las actuaciones previstas tienen los siguientes objetivos: - Ser una solución estructural que permita dar continuidad al modelo concesional español y que siga siendo un referente a nivel internacional teniendo en cuenta las particularidades de cada una de estas concesiones (...) - Ofrecer a las entidades financieras argumentos para refinanciar la deuda a lo largo de la vida de la concesión (...)".

En 2 de agosto de 2011, contestó a la carta de la Administración y solicitó que agilizara "los trámites necesarios para que en el menor plazo posible se comience la tramitación e implantación de la solución estructural ahora en estudio ". La Administración, mediante su carta fechada el 3 de agosto de 2011, comunicó que "(...) la semana pasada se mantuvo una reunión al más alto nivel entre este Ministerio y el Ministerio de Economía y Hacienda en la que se informó de la naturaleza de la solución y en la que los responsables de dicho Ministerio la valoraron positivamente. A partir de ese momento se están dando los pasos necesarios para su instrumentalización, conscientes de la necesidad, y de la voluntad de este Ministerio y el de Economía y Hacienda, de que se materialice en el menor plazo posible (...)". Como anexo 4 acompaña copia de las cartas de la Administración fechadas el 21 de julio y el 3 de agosto de 2011, así como de la contestación de mi representada de fecha 2 de agosto de 2011.

8. Ante la ausencia (i) de contestación expresa por parte de la Administración contratante a la reclamación de reequilibrio sustancialmente por el descenso de tráfico que se presentó el 18 de enero de 2011 y (ii) de la implantación de la "solución estructural" prometida en las comunicaciones oficiales mencionadas en el Antecedente Séptimo anterior, la Sociedad Concesionaria interpuso el presente recurso contencioso-administrativo, cuya demanda ahora se formaliza.

SEGUNDO.- Afirma que consta acreditado en el expediente que la Administración, con motivo de la licitación, realizó una serie de estimaciones para determinar la viabilidad técnica y económica de la Concesión, datos que puso oportunamente a disposición de los licitadores para que pudieran formular sus ofertas.

En la cláusula 3 del PCAP se alude a diversos anteproyectos aprobados por el Ministerio de Fomento que fueron facilitados en su día a los licitadores. La información contenida en este sentido en los citados anteproyectos y estudios facilitados entonces por la Administración, se asimilan a la figura del "estudio de viabilidad" introducida posteriormente por la Ley 13/2003 .

La información que contiene dicho documento constituye un requisito previo necesario para poder licitar una Concesión de este tipo. El artículo 6 de la Ley 8/72 (vigente en el momento de la licitación que nos ocupa) establecía que las concesiones de gestión de autopistas debían ir precedidas de la aprobación por parte de la Administración tanto del anteproyecto correspondiente (con su información aneja) como del oportuno PCAP, de forma similar a como posteriormente se recogió en el artículo 112 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, la LCSP) y actualmente en el artículo 128 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

El estudio de viabilidad constituye una actuación preparatoria que pretende evitar que la ausencia de viabilidad se "descubra" una vez comenzado el proceso de contratación, o cuando el contrato ya se está ejecutando.

Subraya que el anteproyecto no es únicamente un documento financiero en el que se analicen, por ejemplo, costes y financiación. Aduce que, los documentos que deben acompañarse al mismo, de acuerdo con lo que se preveía en el artículo 61 del Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento General de Contratos del Estado, ponen de manifiesto que su alcance y contenido se extiende a la planificación global de la actuación de la Administración competente.

Defiende resulta incuestionable la relevancia de dicho instrumento pues de él depende la viabilidad del proyecto. La propia cláusula 3 del PCAP resalta la imperiosa necesidad de que los licitadores respetasen el anteproyecto facilitado por la Administración contratante. Así, la cláusula señala lo siguiente: (...) A partir del día siguiente a la publicación de este pliego en el «Boletín Oficial del Estado», los posibles licitadores tendrán a su disposición, para su libre examen, la siguiente documentación: 1. El anteproyecto, de clave AO-M-10210.A, aprobado definitivamente por el Ministerio de Fomento, junto con las prescripciones impuestas en la aprobación definitiva del mismo, las cuales serán de obligado e inexcusable cumplimiento para el concesionario en la redacción de los proyectos correspondientes (...).

Destaca el contenido del Anejo nº 25 del anteproyecto de clave AO-M-10210.A que fue aprobado por el Ministerio de Fomento, donde se contenía el Estudio de Tráfico que sirvió de base para la elaboración de la oferta mencionada. Concretamente, en su página 110 se indica lo siguiente: *"Como puede observarse todas las hipótesis empleadas resultan ser muy positivas, tanto desde el punto de vista de rentabilidad del proyecto (con tasas del 11,2 % al 13,14%), como del accionista (tasas del 12,53% al 15,23%)"* .

Sostiene que la Administración, en cualquiera de las hipótesis barajadas, preveía que la Concesión fuera rentable. Y por ello, el contenido del anteproyecto tuvo una gran influencia al formular la oferta por las Sociedades Adjudicatarias.

Aduce que en el PCAP no se contempla expresamente la obligación de los licitadores de contrastar la documentación facilitada por la Administración contratante, sino únicamente la obligación de realizar un análisis del tráfico en el corredor y en la R-4 (cláusula 5.11), tomando como punto de partida y referencia primordial los cálculos, previsiones y demás estimaciones realizadas previamente por la propia Administración contratante.

En conexión con lo anterior, manifiesta que no nos encontramos en un supuesto en el que se hayan incumplido sustancialmente sólo las previsiones contenidas en la oferta que resultó adjudicataria de la Concesión, sino también las previsiones y cálculos de la propia Administración, lo que revela la singularidad de este caso y, en consecuencia, la imposibilidad de admitir la interpretación extremadamente rigurosa del principio de riesgo y ventura que se contiene en el Informe de la AE.

Señala que la Administración, presentó como rentable en "todas las hipótesis empleadas" (con tasas de rentabilidad del proyecto del 11,27% al 13,14%, y del accionista del 12,53% al 15,23%) un proyecto que en realidad no era viable.

Arguye que, en la parte final del apartado 1 del Informe de la AE se indica que "la concesionaria no manifestó en su oferta haberse basado en aquél estudio de tráfico (elaborado por la Administración), sino en el suyo propio". Declara que, lo cierto es que en las páginas 7 y 8 del estudio de tráfico incluido en la oferta (obrante en el expediente administrativo) sí se hizo referencia a que el estudio de tráfico de la Administración constituyó la referencia para la realización de los oportunos análisis complementarios. Concretamente, indicó lo siguiente:

"(...) Se ha emprendido un estudio de demanda apoyado en trabajos previos y en un exhaustivo análisis del tráfico en la Comunidad de Madrid. Entre los trabajos previos que cabe citar se encuentran los siguientes (...) Estudios de tráfico del anteproyecto de las Radial 4 Este estudio introduce el elemento peaje en sus estimaciones de tráfico y se apoya en asignaciones de los Estudios informativos realizados al efecto (...).

En la misma línea trae a colación, las páginas 15 y 16 de la oferta (obran en el expediente administrativo) puesto que en las mismas se contienen múltiples referencias al anteproyecto (o estudio de viabilidad) elaborado por la Administración contratante, tal y como se expone a continuación:

"(...) La Alternativa Base reproduce exactamente la estructura de peaje expuesto en el Anteproyecto con modificaciones de tarifas y longitudes asignadas (...) Aranjuez aporta tráfico la enlace de la M-416, tráfico siempre inferior a la captación prevista en el anteproyecto unos 14.000 v/d (...).

Concluye que, las Sociedades Adjudicatarias elaboraron su oferta atendiendo al contenido del citado anteproyecto, y la realidad es que, la Administración licitó un proyecto inviable.

TERCERO.- En relación con la drástica e inesperada disminución del tráfico de la R-4 aduce que el tráfico de vehículos de la R-4, desde el inicio de la fase de explotación y tomando como referencia los valores hasta 2010, se ha mantenido en un sustancialmente por debajo de las previsiones de la propia Administración (anteproyecto) y de mi representada (oferta), llegando incluso en el año 2011 a una reducción de 71,1% respecto del anteproyecto y un 72% respecto de la oferta, según se contiene en el cuadro siguiente.

A su entender el desfase extraordinario entre los tráficos previstos por la Administración y la Sociedad Concesionaria y los reales se aprecia con absoluta claridad a lo largo del Informe de fecha 10 de noviembre de 2011 elaborado por el Equipo de Técnicos en Transporte y Territorio, S.A.U. (en adelante, el "Informe de ETT") que acompaña como anexo núm. 7, y que transcribe parcialmente.

Alega no se trata de un descenso puntual o coyuntural, sino que sin solución de continuidad desde la puesta en explotación de la infraestructura, y además con una reducción sostenida muy considerable.

Aduce que, en la página 7 del Informe de ETT se indica que R-4 tiene un nivel de tráfico sensiblemente inferior a las expectativas tomadas en consideración a partir del Anteproyecto facilitado por la Administración concedente a los licitadores y es muy improbable que llegue a alcanzar en el futuro las IMD previstas en 1999 (...) Con el punto de partida de la situación real, y a partir de la información actualmente disponible, las previsiones de tráfico futuras que aparecen reflejadas en el capítulo 4 de este informe llevan a niveles muy inferiores a los previstos en el Anteproyecto y en la Oferta. Con respecto a ésta, la diferencia de tráfico prevista será del -42,4%.

Invoca la STS de 1 de julio de 1992 referente al desbordamiento de las previsiones realizadas en origen (al alza o a la baja) como causa imprevisible y sobrevenida que provoca el nacimiento del derecho al reequilibrio económico de la concesión administrativa.

En el caso de la R-4, insiste en que no nos encontramos ante una desviación que pudiera considerarse normal de mercado y que entre dentro del "alea" que debe soportar el contratista bajo el principio de riesgo y ventura, sino anormal y razonablemente inesperada.

Por ello, considera que resulta aplicable la denominada doctrina del riesgo imprevisible, lo que debe conducir a reconocer el derecho de la Sociedad Concesionaria al reequilibrio económico-financiero de la Concesión, todo ello en los términos y con el alcance que se pretenden en esta demanda.

CUARTO.- Para reclamar el derecho de la Concesionaria al reequilibrio de la concesión con base en la doctrina del riesgo imprevisible reconoce que los contratos administrativos se ejecutan a riesgo y ventura del contratista. Ahora bien, existen excepciones a este principio, cuando, por ejemplo, sobrevienen situaciones extraordinarias razonablemente imprevisibles que provocan un efecto que más allá de lo que cabría considerar con rigor como el riesgo del negocio, situaciones que generan un verdadero derecho al reequilibrio económico del contrato, conforme al artículo 242.b) del TRLCAP aplicable en este caso *ratione temporis* y a través, en cuanto ahora interesa, de la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible.

Invoca que en este sentido se ha pronunciado de forma constante tanto la doctrina como la jurisprudencia. A modo de ejemplo señalan el Dictamen del Consejo de Estado núm. 99/1998, de 14 de mayo, cuyos términos reproduce.

También sobre la necesidad e importancia de mantener el equilibrio económico de las concesiones administrativas ha sido reconocida en numerosas ocasiones por la jurisprudencia. Cita la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de septiembre de 2004, que dice resume la doctrina del Tribunal Supremo en los términos que expone.

Tras lo expuesto señala que son tres los requisitos que han de concurrir para aplicar la doctrina del riesgo imprevisible:

- 1.- La aparición de una alteración de circunstancias que resulte imprevisible y extraordinaria.

Defiende que en el caso de la R-4, la desviación sustancial entre el nivel de tráfico estimado por la Administración ab initio (anteproyecto) y el nivel de tráfico real soportado por la infraestructura desde su puesta en servicio, constituye una circunstancia extraordinaria y razonablemente imprevisible tanto para dicha Administración como para la Sociedad Concesionaria a la que represento.

En primer lugar, su carácter extraordinario está era de toda duda razonable, pues no de otra manera podría calificarse que el aludido nivel de tráfico, desde el inicio de la explotación y tomando como referencia los valores disponibles hasta 2010, se haya mantenido sustancialmente por debajo de las previsiones de la propia Administración (anteproyecto) y de mi representada (oferta), llegando incluso en el año 2011 a una reducción del 71,1% respecto del anteproyecto y un 72 % respecto de la oferta.

Y, en segundo lugar, respecto al carácter imprevisible de la desviación de tráfico tampoco cabe la menor duda, pues la Administración en ninguna hipótesis valoró esta situación, ni nada mínimamente cercano a ella, tal y como se acredita a lo largo del Informe de ETT. La previsión razonable consistía en suponer que la infraestructura serviría para descongestionar el tráfico que soporta la A-4 y el resto de vías que se encuentran en las inmediaciones para acceder y salir de Madrid; para eso esencialmente se construyó. De hecho, en la Memoria del Anteproyecto se señala (página 25) que "(...) el mejor nivel de servicio de la autopista, hará que los futuros incrementos de tráfico se realicen, principalmente por la nueva vía (...)". A ello se añade que la Administración expresó con especial contundencia en su estudio de tráfico que "(...) todas las hipótesis empleadas resultan ser muy positivas, tanto desde el punto de vista de rentabilidad del proyecto (con tasas del 11,27% al 13,14%), como del accionista (tasas del 12,53% al 15,23%) (...)".

A su entender la conjunción de las circunstancias descritas justifica el restablecimiento del equilibrio económico de la Concesión sin necesidad ni siquiera de tener en cuenta los sobrecostos por expropiaciones, por obras adicionales, los relacionados con la financiación y refinanciaciones realmente obtenidas por el Accionista, etc. Como ya ha señalado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reiteradamente ha mantenido que la imprevisibilidad contempla sucesos sobrevenidos con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico existente en el momento del contrato, pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación. Ello implica, por tanto, aplicar los principios de equidad (artículo

3.2 Código Civil) y de buena fe (artículo 7.1 Código Civil), entre otros, por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes, pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura que rige en este ámbito de la contratación pública (SSTs de 18 y 25 de abril de 2008 , recursos de casación números 5033 y 5038 de 2006 , respectivamente).

2.- Insuficiencia de los mecanismos previstos en el propio contrato para su revisión.

Sostiene que ningún mecanismo se prevé en el Contrato para dar solución a situaciones como la actualmente existente. Alega que prueba de ello es que la propia Administración, en las cartas que remitió a la Sociedad Concesionaria a la que represento (fechadas el 21 de julio y 3 de agosto de 2011) y en trance de solucionar la situación económico-financiera de la Concesión, no hace referencia a la cláusula de revisión de precios de dicha Concesión o mecanismo similar, sino a la creación novo de un "plan global" en el que se contengan diversas "medidas" compensatorias lo que se analizó, por ejemplo, a finales del mes de julio de 2011 en la "reunión al más alto nivel entre este Ministerio (de Fomento) y el Ministerio de Economía y Hacienda".

A mayor abundamiento, destaca que la propia Disposición Adicional de la Ley 43/10 establece una cuenta de compensación precisamente porque en el Contrato no existen mecanismos para materializar el reequilibrio. Y como se ha destacado y se volverá sobre ello más adelante, dicha cuenta de compensación constituye una medida meramente transitoria (durante tres años, a contar desde el 1 de enero de 2011) y limitada, por lo que no se trata de la solución definitiva al problema del tráfico de la R-4.

3.- La alteración de circunstancias debe tener una incidencia sustancial sobre la economía del contrato.

Defiende que el cuadro antes transcrito de tráficos reales desde el año 2004 hasta el año 2010, junto con el Informe de EET, revelan que en el caso de la R-4 se han rebasado -en términos de los pronunciamientos judiciales ya analizados- los "límites razonables de aleatoriedad", puesto que la aludida disminución de tráfico sobre el esperado por la propia Administración (anteproyecto), ha impactado directa y sustancialmente sobre la retribución a la que tiene derecho la Sociedad Concesionaria.

Mantiene que, los ingresos que la Sociedad Concesionaria obtiene por la explotación de la infraestructura dependen exclusivamente de su utilización por los usuarios, al tratarse de un sistema de peaje abonado por dichos usuarios. La sustancial reducción del tráfico ha afectado en el volumen de ingresos que obtiene, lo que hace absolutamente insostenible la Concesión, teniendo en cuenta (i) las fechas en las que nos encontramos, (ii) las circunstancias concurrentes y (iii) las expectativas de que dicha tendencia a la baja va a mantenerse en el tiempo. En este sentido, destaca la página 7 del Informe de ETT, donde se indica que " previsiones de tráfico futuras que aparecen reflejadas en el capítulo 4 de este informe llevan a niveles muy inferiores a los previstos en el Anteproyecto y en la Oferta. Con respecto a ésta, la diferencia de tráfico prevista será del - 42,4% .

Llegados a este punto trae a colación el informe económico-financiero de fecha 15 de noviembre de 2011, elaborado por la firma Price Waterhouse Coopers (se acompaña como anexo 8), en el que se analiza el impacto que se ha ocasionado y sigue ocasionando la situación de desequilibrio descrita sobre determinadas variables económicas y financieras de la Concesión, con la consiguiente repercusión en mi representada y su Accionista (en lo sucesivo, el "Informe de PWC").

Destaca que la propia Administración no es ajena a la delicada situación financiera, en la que los Bancos se niegan expresamente a refinanciar hasta que dicha Administración no apruebe las medidas oportunas para reequilibrar la Concesión por la drástica reducción del tráfico. Alega que en la censura previa de la Delegación del Gobierno en las SCANP a la propuesta de liquidación del ejercicio económico 2010 presentada por la recurrente (se acompaña copia como anexo 9) se reflejó la contingencia siguiente:

"(...) Adicionalmente, cabe señalar, de acuerdo a lo indicado en la nota 10.a de la memoria adjunta, que la financiación del proyecto concesional ha sido asumida íntegramente por el accionista único de la sociedad, quien mantiene suscritos determinados préstamos con vencimiento el 27 de julio de 2011, sin que, a fecha actual, se haya acordado una refinanciación del mismo a largo plazo con las entidades financieras involucradas.

Considerando los aspectos anteriores, la capacidad de la sociedad para realizar sus activos y liquidar sus pasivos por los importes y según la clasificación con que figuran en las cuentas anuales adjuntas, que han sido preparadas asumiendo que tal actividad continuará está sujeta, fundamentalmente, a los resultados de la negociación del reequilibrio con la Administración y a la formalización de la refinanciación del proyecto a largo plazo que permitan garantizar la viabilidad financiera de la sociedad (...)"

Partiendo de las consideraciones expuestas y con apoyo fundamentalmente en el Informe de PWC y en la censura de cuentas de 2010 realizada por la Delegación del Gobierno en las SCANP, considera que también está fuera de toda duda razonable el impacto crítico que la situación descrita tiene para la economía de la Concesión, concurriendo también el tercer requisito exigido por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado para aplicar la doctrina del riesgo imprevisible, con el consiguiente derecho del concesionario al reequilibrio del Contrato.

QUINTO.- En relación con la transformación sobrevenida del tramo de la A-4 que discurre en paralelo a la R-4 alega que, en el Estudio de Tráfico elaborado por la Administración (contenido en el Anteproyecto de la R-4) se preveía que los futuros incrementos del tráfico del corredor de la 44 serían absorbidos por la Concesión que gestiona mi representada (la R-4), lo que no se ha cumplido. Por ejemplo, en la página 96 del aludido Estudio de Tráfico (Anejo nº 25 del anteproyecto de clave AO-M- 10210.A, que obra en el expediente administrativo) se indica lo siguiente:

"(..) La puesta en funcionamiento de la nueva vía (R-4) originará en el corredor afectado un efecto inducción del tráfico motivado por el aumento de la capacidad viaria y la correspondiente mejora del nivel de servicio (..) Suponiendo que el año de puesta en funcionamiento de la nueva vía es el año 2003, la tasa de crecimiento esperable en el corredor desde el año 1996 al 2003, seguirá las tendencias actuales de crecimiento, en torno al 4% y, a partir del año 2003, la tasa de crecimiento de la autopista de peaje será superior a la correspondiente a la media del corredor ya que el mejor nivel de servicio de la autopista, hará que los futuros incrementos del tráfico se realicen, principalmente, por la nueva vía (R -4) (....).

Sin embargo, la realidad es que las previsiones del Anteproyecto respecto a la derivación del tráfico futuro del corredor de la A-4 hacia la R-4 no se han cumplido. En efecto, la Intensidad Media Diaria (IMD) - por ejemplo, durante los años 2009 y 2010- ha aumentado un 3,7% en el corredor de la A-4, mientras que en la R-4 ha disminuido sorprendentemente un 9,1%, tal y como se desprende de la información contenida en la página 12 del Informe de ETT (anexo 7).

IMB 2009 2010 Variación

R-4 8.835 8.096 -9,1 %

Corredor 77.522 80.403 + 3,7 %

En conexión con lo anterior, el Informe de ETT (p. ej. página 17) pone de manifiesto que "al comparar los tráfico previstos (Anteproyecto de la Administración) y real se constata una deferencia muy acusada desde el inicio (...) El resultado en términos de cuota de captación es que al comparar la IMD que el Anteproyecto preveía en la R-4 con la prevista para el corredor, predecía una cuota de captación esperada del 21.1% del corredor, mucho más alta que la real (10.1% en 2010 (...)).

El aludido escenario no previsto en modo alguno por la Administración, ha venido propiciado de manera sustancial por el hecho de que la propia Administración, en torno a 2007 y en el marco del denominado "Plan de Acondicionamiento de Autovías de Primera Generación", adjudicara una concesión administrativa para la remodelación y mejora de la A-4, concretamente en la modalidad de peaje en sombra.

Tras prolija exposición concluye que todo ello constituye una situación sobrevenida que no pudo tomarse en consideración cuando se formuló la oferta (nada se decía, por lo demás, ni en el anteproyecto de la R-4, ni en la cláusula 28 del PCAP, ni en el "Plan de Infraestructuras 2000-2007", sobre la configuración actual de la A-4, con un concesionario que se le retribuye mediante un sistema de peaje en sombra).

SEXTO.- Sobre la materialización del reequilibrio económico-financiero de la concesión razona que el Tribunal Supremo admite la utilización de cualquier vía admitida en Derecho que permita finalmente alcanzar la restauración del equilibrio perdido. El artículo 248 del TRLCAP (tras la modificación introducida por la Ley 13/2003, referido al contrato de concesión de obras públicas) configura de manera amplia las vías de compensación para alcanzar el equilibrio económico del contrato (el restablecimiento del equilibrio "se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan", y añade que podrán consistir en la modificación de las tarifas, la ampliación o reducción del plazo concesional y, en general, "en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato"). En un sentido similar se expresa el artículo 241 de la LCSP y el artículo 258 del vigente TRLCSP. Será en un momento posterior, en el incidente de ejecución de sentencia o en el marco del correspondiente expediente contradictorio que se incoe a tal fin, en donde habrá de concretarse el alcance final e instrumentos que permitan alcanzar el reequilibrio cuyo reconocimiento ahora se solicita.

En conexión con lo anterior cita la doctrina del riesgo imprevisible, con el consiguiente reequilibrio económico de la concesión administrativa STS de 13 de noviembre de 1980) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1986 .

Pide el reconocimiento expreso del derecho al reequilibrio de la Concesión por la desmesurada e inesperada disminución del tráfico de la R-4. A tal efecto, solicita que se condene a la Administración a reequilibrar la Concesión con sujeción a lo siguiente:

Se solicita que se reconozca el derecho al reequilibrio con efectos desde la puesta en funcionamiento de la infraestructura (año 2004), puesto que la drástica e inesperada reducción del tráfico se ha producido desde un principio, y deberá abarcar toda la vida de la Concesión, atendiendo a la proyección que se contempla en el informe de ETT (anexo 7). Ello sin perjuicio de que eventuales mejoras futuras en el tráfico se reflejen en el sistema de reequilibrio que se solicita.

A su vez, se solicita que se reconozca el derecho a que el reequilibrio se materialice mediante un mecanismo que permita alcanzar una cobertura en parte similar a la medida ya adoptada -para un periodo limitado a tres años- a través de la Disposición Adicional 8 de la Ley 43/10 , con el siguiente concreto alcance: que se compense a la Sociedad Concesionaria por la diferencia entre los ingresos de peaje que se hubieran producido de haberse alcanzado el 80 por 100 del tráfico previsto en el plan económico financiero presentado en la oferta de licitación y los ingresos de peaje derivados del tráfico real.

Congruentemente con ello, la compensación que haya percibido por aplicación de la Disposición Adicional 8 de la Ley 43/10 , deberá tenerse en cuenta para minorar en lo que corresponda, durante el periodo que se aplique dicha Disposición Adicional, la compensación que se solicita en esta demanda.

Finalmente esgrime que si la Sala no aceptara el instrumento concreto de reequilibrio que se solicita en el apartado anterior solicita igualmente que se condene a la Administración a reequilibrar la Concesión, tal y como se especifica en el suplico de esta demanda.

SEPTIMO.- El Abogado del Estado antes de ofrecer sus argumentos jurídicos de oposición a la pretensión destaca del expediente administrativo las razones ofrecidas por el informe de la Abogacía del Estado que obra en aquél y en el que se recuerda que en la contratación administrativa concurrencial las ofertas son hechas por los licitadores bajo se exclusivo criterio y responsabilidad, tal y como resulta, no sólo de un principio elemental de la contratación, sino también de los pliegos de condiciones generales, de los particulares aplicables al caso y de la propia oferta de la recurrente.

Alega que, la oferta de la concesionaria incluía el preceptivo estudio de tráfico elaborado por ella misma y su Plan Económico Financiero justificaba la "viabilidad de su propuesta" resaltando la calidad y la fiabilidad de sus propios estudios de tráfico.

Según la propia expresión de la concesionaria, el estudio de tráfico que presenta "... permite estimar exactamente los tráficos e ingresos esperados a partir de las hipótesis reales que determinan la captación de vehículos."

Defiende que la oferta de la recurrente, no sólo no se justifica en la estimación preliminar de la Administración, sino que, al contrario, se basó en su propio estudio de tráfico, que por exigencia del pliego debía contrastar el avanzado por la Administración.

Entrando en los aspectos jurídicos objeta en primer lugar la competencia de este Tribunal esgrimiendo compete a la Audiencia Nacional.

Al examinar el fondo subraya un incorrecto planteamiento de la recurrente: el de que cabe atribuir a la Administración los errores que la concesionaria haya podido cometer en sus previsiones para la determinación de su oferta y el de que, aunque así fuera y se considerara que su posible error ha sido inducido -lo que carece de toda justificación objetiva-, la Administración sería responsable de la oferta misma y de sus consecuencias.

Invoca que la concesionaria de la R-4, sostiene que su oferta se elaboró "como era obligado.., atendiendo al contenido de los referidos documentos e información facilitada por la Administración (y la concesionaria cita a estos efectos las previsiones de tráfico e ingresos del Anejo 25 del anteproyecto de la Administración). Llega a decir el concesionario que "las estimaciones hechas por la Administración.., constituían uno de los pilares esenciales a tomar en consideración en trance de formular ofertas".

Razona que tales consideraciones sobre el valor de los documentos preparatorios elaborados por la Administración no sólo no se ajustan a la ley ni al pliego que rige la concesión, sino no se corresponden con lo manifestado por el licitador al tiempo de formular su oferta.

Insiste en que en la contratación administrativa, es el contratista el que libremente formula su oferta. Al convocar la licitación la Administración sólo realiza una invitación a presentar ofertas y son los licitadores los que voluntariamente deciden formularlas o no e incluir en sus ofertas las propuestas que estimen oportunas, a los efectos que sean, en su caso, aceptadas por la Administración. En definitiva, el contrato se perfecciona sobre la oferta que libremente formula el contratista, tal y como ha destacado reiteradamente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (por todos, informe 24/1982, de 1 de julio de 1982).

Señala que el riesgo de las desviaciones de tráfico que hayan podido producirse pesa sobre la concesionaria, cuyas previsiones son las únicas relevantes en cuanto son las que condicionaron la oferta. Es más, las condiciones, tanto generales como particulares de la licitación, exigían que el estudio previo de la Administración sobre tráficos fuera expresa y obligatoriamente contrastado obligatoriamente por los oferentes.

En concreto, según la cláusula 8 del Pliego de cláusulas administrativas generales para autopistas de peaje (Decreto 215/1973, de 25 de enero), es el licitador el que debe elaborar su propio plan económico financiero, con sus propias "previsiones de resultados económicos". Tales previsiones pueden o no cumplirse, lo que es inherente al riesgo y ventura que caracteriza al contrato de concesión; particularmente en cuanto al llamado "riesgo de demanda".

En coherencia con ello, el pliego de cláusulas administrativas particulares obligaba al licitador a elaborar, por sí mismo, un "análisis del tráfico previsto en el corredor y la autopista, a través del cálculo de generación y asignación del mismo", con base en el cual, es el licitador el que libremente oferta la "estrategia de tarifas adoptada" (cláusula 11 del pliego).

Pero además, los argumentos de la concesionaria se contradicen con lo manifestado por su propia oferta.

Como ya ha destacado, la oferta de la concesionaria incluía el preceptivo estudio de tráfico elaborado por ella misma y que, en función de sus propias previsiones le sirvió para formular su propuesta económica. De hecho, en el Plan Económico Financiero presentado por la concesionaria ésta justificaba la "viabilidad de su propuesta" (uno de los criterios de adjudicación) <resaltando la calidad y la fiabilidad de sus propios estudios de tráfico. En concreto, decía:

"Como se ha indicado anteriormente, el estudio de demanda se ha apoyado en un modelo de asignación construido bajo la herramienta Emme/2. Siendo ésta la parte central del análisis, el estudio incluye otras fases no menos importantes a efectos de justificar los resultados obtenidos. Se indica a continuación una síntesis de las mismas, estando plenamente expuestas en los capítulos correspondientes de la Memoria y los Anejos a la misma [...]

El oferente lleva trabajando desde hace tres años con un modelo de simulación de la red de carreteras de la CAM. Trabajos de campo como el coche flotante, realizado para recorridos en la N-II y en la M-40, reconocimiento de secciones transversales y la incorporación a esta red de las últimas actuaciones viarias, permiten garantizar la idoneidad y actualidad de los tramos viarios que han servido como base para el modelo de asignación [...]

El modelo de captación tiene por objeto modificar los resultados obtenidos en las asignaciones de Emme/2, ante cambios en el marco tarifario (nueva hipótesis de tarifas), longitudes de peaje asignadas, valor del tiempo, parámetros de actualización, reparto en el porcentaje de las distintas clases de pesados o cambios de las curvas de elasticidad. En definitiva, el modelo de captación es el que permite estimar exactamente los tráficos e ingresos esperados a partir de las hipótesis reales que determinan la captación de vehículos".

Es decir, el pliego no obligaba a la concesionaria a basar su oferta en el estudio de tráfico elaborado por la Administración (al contrario, le obligaba a contrastarlo y a realizar otro) y la concesionaria no manifestó en su oferta haberse basado en aquél estudio de tráfico, sino en el suyo propio que, según ella misma afirmaba, permite estimar exactamente los tráficos e ingresos esperados a partir de las hipótesis reales que determinan la captación de vehículos.

En definitiva, no es el proyecto lo que afecta a la viabilidad, pues el licitador puede hacer las correcciones económicas que juzgue precisa, sin su oferta, por lo que las consecuencias que pueda tener la desviación de

ingresos sobre los cálculos que la concesionaria realizó bajo su exclusiva responsabilidad, y el riesgo pesa sobre la propia oferente.

En lo que se refiere a la disminución de tráfico que la recurrente atribuye a la realización de obras en carreteras próximas a la autopista de la concesión, concretamente la remodelación y mejora de la A-4, en el denominado <Plan de acondicionamiento de autovías de primera generación>" remite a las motivaciones del Dictamen 512/2006, de 30 de marzo de 2006, del Consejo de Estado en el que se dice lo siguiente:

"Por otra parte, el contenido de la cláusula octava merece también alguna observación. Aunque nada cabe objetar a la renuncia formulada por el concesionario a eventuales indemnizaciones, debe rechazarse el punto de partida de la referida cláusula que da por supuesto que el desdoblamiento de la C-II y de la CN-340 generan derecho de indemnización en el concesionario por eventuales disminuciones de tráfico en la autopista de que es titular. La Administración puede construir y ampliar la capacidad de las carreteras que discurran paralelamente a las autopistas en régimen de concesión, sin que dicha construcción o modificación de sus características comporten por sí mismas el nacimiento de un derecho a percibir indemnización alguna en el concesionario, incluso aunque afecte a su volumen de tráfico. Sólo en los casos singularísimos de la alteración grave de las circunstancias existentes y siempre que el equilibrio económico del contrato quedara desbaratado entrarían en juego los mecanismos singulares previstos por el ordenamiento jurídico para restablecer el citado equilibrio".

También reproduce en parte la STS de 16 de mayo de 2011, a propósito de la reclamación por la concesionaria de una autopista del reequilibrio económico supuestamente alterado por el desdoblamiento de una carretera preexistente.

De acuerdo con estos criterios cabe mantener que para apreciar si por la realización de obras en carreteras próximas a una autopista de peaje debe restablecerse el equilibrio económico, deben recibir distinto tratamiento la construcción de una carretera nueva y la mejora de una carretera ya existente, como aquí sería el caso, así como que la mejora de una carretera que ya existía al tiempo de otorgarse la concesión (como la A-4), aunque afecte al volumen de tráfico de la autopista de peaje, no genera el derecho de la concesionaria a ser compensada; puesto que no es un hecho imprevisible y puesto que en ninguna cláusula del contrato de concesión está el derecho del concesionario a que esas infraestructuras preexistentes deban permanecer obsoletas hasta que termine la concesión. Al contrario, el pliego de cláusulas administrativas particulares imponía a los licitadores esta obligación "se estudiará la adecuación necesaria de las infraestructuras viarias y de servicio existentes o en construcción para compatibilizarlas con las autopistas M-50 y R-4.

OCTAVO.- Para resolver la pretensión debemos examinar, al igual que se hizo en la STS de 16 de mayo de 2011, recurso 566/2008, de esta Sala y Sección, si como sostiene la recurrente y rechaza el Abogado del Estado invocando expresamente tal sentencia, las circunstancias sobrevenidas a la concesión de las que se ha hecho mención producen en su equilibrio económico un impacto del que deba responder la Administración.

Resulta ajeno a este pleito la controversia derivada del llamado reequilibrio financiero por los sobrecostos de las expropiaciones plasmada en la DA 41ª 26/2009 LPGE para 2010 y DA 8ª de la Ley 43/2010, así como en el RD 907/2011, de 24 de junio por el que se modifican determinados términos de 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, según lo establecido en la disposición adicional cuagragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

Antes de examinar la eventual incidencia de la transformación del tramo de la A-4 que transcurre en paralelo a la R-4 debe examinarse la cuestión de que los tráfico reales no se han ajustado a los previstos en fase de concurso.

Ninguna duda existe, tal como destaca el Abogado del Estado, de que independientemente de los estudios realizados por la Administración también incumbe realizarlo a las partes que se presentan al concurso.

Y aquí como subraya el Abogado del Estado, además de los cálculos realizados por la administración en sus documentos preparatorios la finalmente concesionaria, ahora recurrente, también realizó los suyos propios afirmando incluso que su estudio de tráfico *"permite estimar exactamente los tráfico e ingresos esperados a partir de las hipótesis reales que determinan la captación de vehículos"*.

El planteamiento que realiza la demandante parece pretender presentar el contrato aquí concernido, concesión de servicios públicos, como si fuera un contrato de los denominados en el ámbito civil como de adhesión a lo redactado por la administración adhiriéndose sin más el licitador/futuro contratista prestando su consentimiento a una relación bilateral que usualmente no se reputa equilibrada.

El anterior esbozo no resulta certero. Así tiene razón el Abogado del Estado cuando invoca el contenido de la cláusula 8 del Pliego de cláusulas administrativas generales para autopistas de peaje, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero. No está de más recordar que entre los múltiples extremos que deben comprender las proposiciones a presentar por los concursantes" t) Plan económico-financiero de la futura Sociedad, que será dividido, a efectos de su presentación en dos partes:

1. Previsiones de resultados económicos, acompañadas de la comprobación de la viabilidad económica del proyecto, calculo del rendimiento de la inversión y fundamentación del nivel de tarifas propuesto para alcanzar el equilibrio económico durante el periodo concesional.

En este programa se especificarán los ingresos y gastos de explotación, financieros y amortizaciones.

2. Previsiones financieras, cuya finalidad consiste en verificar la coherencia y compatibilidad entre las disponibilidades monetarias y la aplicación de estos medios de financiación.

*En este programa se considerarán como disponibilidades monetarias las aportaciones de capital, el volumen de préstamos con el periodo de financiación máximo previsto en la **cláusula 46**, los fondos procedentes de amortizaciones y saldo de resultados y como gastos las inversiones y amortizaciones financieras. La presentación formal de ambos programas se hará siguiendo los modelos que se inserten en los correspondientes pliegos particulares".*

Pero además la cláusula 5.11 a) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para el concurso por procedimiento abierto de la 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 nacional II: del eje sureste, tramo M-40-M-50 y de la prolongación de la conexión de la conexión de la N-II con el distribuidor este y actuaciones de mejora en la M-50. Tramo: M-409- N-IV dice:

"11. Se acompañará, asimismo, una Memoria explicativa de los valores adoptados para las variables fundamentales que intervienen en el plan económico-financiero y las hipótesis realizadas para su evolución a lo largo del periodo concesional ofertado. Dicha Memoria incluirá:

a) Estudios de tráfico y del nivel y estrategia de tarifas adoptada:

i) Análisis del tráfico previsto en el corredor y la autopista, a través del cálculo de generación y asignación del mismo".

NOVENO.- Si ambas partes contratantes erraron de forma amplia en sus cálculos por no prever factores que podían afectar a los mismos (la paralización/disminución del desarrollo urbanístico en el entorno atendido, la crisis económica que reduce la movilidad, las actuaciones de infraestructura puestas de relieve por el perito Sr. Gabino también redactor del ETT abril 2000 presentado al concurso) no puede ahora la concesionaria imputar tal error a la administración.

No se vislumbra, ni tampoco se ha aducido que el pliego no respondiera al principio de transparencia en el sentido declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a que "todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma" (111, STJusticia de 29 de abril de 2004, asunto 496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA).

Debe subrayarse que una característica propia del contrato de concesión es el "riesgo y ventura del contratista".

El art. 98 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio mantiene el tradicional principio de la contratación pública sobre que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista sin perjuicio de lo establecido en el art. 144 para el de obras, que aquí no es el caso.

Ninguna duda existe acerca de que el riesgo y ventura se refiere, como dijo la STS de 31 de marzo de 1987 reiterando jurisprudencia anterior, a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes lo que elimina lo que provenga de su propio actuar. Es consustancial a la contratación pública que el riesgo corre a cargo del contratista. Mas también que debe diferenciarse de elementos extraños al contrato que pueden afectar a su curso normal dando lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión como mecanismo capaz de asegurar el fin público de la obra o servicio en circunstancias normales.

Por ello se ha considerado que debe estarse al principio de riesgo y ventura cuando el incremento de costes deriva de la aplicación de un Convenio Colectivo conocido por los licitadores en la fecha de presentación de sus proposiciones (STS 18 de diciembre de 2000, rec. casación 5223/1996).

Sin embargo se ha aceptado el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión cuando ha habido un incremento considerable e imprevisible del número de usuarios del servicio de recogida de basuras (con el incremento consiguiente de la recaudación derivada de las tarifas satisfechas por los usuarios) superando las previsiones normales que da lugar a un desequilibrio económico en la concesión atendiendo a la justicia distributiva (STS 1 de julio de 1992 rec. apelación 2701/1990). La anterior doctrina esgrimida por la demandante no resulta aquí aplicable dadas las circunstancias.

También se ha reputado riesgo imprevisible sobrevenido para restablecer el equilibrio económico financiero de una concesión la declaración judicial fijando doctrina legal en recurso de casación en interés de la Ley sobre la improcedencia de la aplicación de bonificación del 95% de la base imponible de Impuesto de Bienes Muebles que venía aplicando una administración autonómica (STS 15 de octubre 2012, rec. casación 1554/2011).

Atendido al desarrollo de la licitación, más arriba expuesta, ninguna duda ofrece que la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible sino consecuencia del riesgo y ventura contractual que la licitadora debió examinar y examinó al participar en el concurso.

No conviene olvidar que en el Pliego de cláusulas administrativas que ha de regir el contrato de concesión de obras públicas en cuestión al referirse al Plan económico- financiero y concretamente a la Memoria explicativa a incluir por los licitadores dice que la Memoria contendrá como mínimo: a. 1.1. Estudios de tráfico y de la estrategia de tarifas adoptada:

"Análisis del tráfico previsto a través del cálculo de generación y asignación del mismo. Los licitadores deben considerar el estudio de tráfico de la Documentación Base como informativo, realizando sus propios análisis y en el caso que asuman el resultado de dicho estudio deberán declarar expresamente que lo han analizado y que lo asumen sin que puedan derivar ningún tipo de responsabilidades a la Administración concedente".

Añade el punto 37.1 sobre Asunción de riesgos que el concesionario asume *"el riesgo y ventura de la evolución del tráfico, sin que pueda reclamarse de la Administración compensación alguna por el hecho de que la evolución real de tráfico difiera de lo previsto en las previsiones de tráfico aportadas por la Administración contratante o el concesionario".*

Y resultan ciertas las aseveraciones efectuadas por el Abogado del Estado respecto al estudio de demanda de tráfico efectuado por la demandante en los distintos horizontes temporales que discurren entre el año 2002 de puesta en servicio hasta el fin de la concesión obrante en los autos.

DÉCIMO.- Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción.

Actualmente llevamos años en crisis económica pero en época no muy lejana, década de los 1990 hubo otra crisis económica mundial que también afectó a España provocando reducción de la actividad económica y de consumo. Por ello los estudios de viabilidad de una autopista han de preveer no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que pueden provocar la disminución del consumo.

Cierto que la STS de 13 de noviembre de 1980 reitera jurisprudencia anterior, STS de 6 de junio de 1975 y 11 de febrero de 1978 , al hilo del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, afirmando que *"el mantenimiento del equilibrio financiero es un modo de salvar la empresa para salvar el servicio, es decir para determinar la continuación de su prestación".*

Sin embargo el anterior pronunciamiento no constituyó la razón de decidir de la sentencia que pueda ser aquí extrapolable. Allí se desestima un recurso de apelación de una empresaria concesionaria del servicio de recogida de basuras y saneamiento frente a una sentencia de instancia que confirmó el acto administrativo de revisión del canon de prestación de servicio. Se analiza una de las cláusulas contractuales para concluir que *"el contratista asume todos los riesgos y los considera calculados en el importe del canon"* que pretendía elevarse a consecuencia de la elevación salarial y de cuotas de la seguridad social. Pero, además, se recalca que el contrato estaba rescindido por petición anterior a la de revisión de precios.

Y en cuanto al reequilibrio económico tampoco resulta aplicable la esgrimida STS de 20 de diciembre de 1986 .

Es verdad que declara que *"cuando no se sostiene la honesta equivalencia entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige, para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión"* . Mas tal aserto ha de incardinarse en el resto de los pronunciamientos también referidos a un contrato local. Se insiste en la prevalencia de la continuidad del servicio, en tal caso de transporte urbano, mas lo relevante es que al tratarse del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales atiende a la revisión de las tarifas. Situación que complementa con la fijación de una indemnización correspondiente al período durante el cual se ha vivido con una tarifa sustancialmente baja así como con la aplicación de una compensación por la sustitución de trolebuses por autobuses aplicación concreta de la cláusula de progreso- que provocó exceso de personal.

Lo relevante es que sobre todas las declaraciones planea *"el desequilibrio consecuencia de una deficiente fijación de las tarifas"* (Considerando Octavo, c). algo que si puede ser imputable a la administración lo que aquí no es el caso. Y, a mayor abundamiento, el pliego contempla en su punto 37.10 la cláusula de progreso que podrá dar lugar a una compensación cuando su aplicación pueda suponer una modificación sustancial del equilibrio económico-financiero de la concesión.

UNDÉCIMO.- Tiene razón el Abogado del Estado al exponer que no hay un acontecimiento extraordinario que rompa la ecuación financiera.

Tal conclusión no es enervada por la prueba pericial practicada aunque la desviación del tráfico alcance ahora el 78% respecto a las previsiones iniciales.

Como se dijo en el FJ cuarto de la STS de 25 de abril de 2008, recurso de casación 5038/2008 , *" Es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación."*

Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad (art. 3.2 C.Civil) y de buena fe (art. 7.1 C.Civil) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública."

Habrà de atenderse al caso concreto ponderando las circunstancias concurrentes."

Tiene razón el Abogado del Estado cuando manifiesta que el informe de Price Waterhouse-Coopers en que sustenta la reclamación económica no es capaz de discriminar entre las causas que analiza.

Así en el informe escrito combina evolución negativa en el volumen de tráficos respecto al previsto en el momento de la licitación, el incremento de los costes de las expropiaciones respecto a las previstas en la oferta y el incremento de la financiación finalmente obtenida (página 38). Aspecto éste último sobre el que insiste el Sr. Silvio en la ratificación a preguntas del representante de la Administración. Sus asertos contables pueden proceder de una firma conocida, reputada prestigiosa por la demandante, pero no infalible (STS Sala Civil 3 de octubre de 2012 , rec. casación 558/2012).

Y otro tanto cabe concluir del aportado informe ETT al analizar la diferencia con tráficos previstos en el Anteproyecto. Se hace mención a *"la mejora no prevista en otras vía del área"*, *"la no construcción de ejes que podrían canalizar el tráfico hacia la R-4 (página 18), la velocidad prevista (página 20)"*.

Ya en el acto de ratificación Don. Gabino (justamente el firmante de la síntesis y conclusiones y revisión general del informe presentado al concurso), vuelve a entremezclar crisis económica que reduce la movilidad, variaciones en las previsiones de desarrollos urbanísticos del sur de Madrid y actuaciones de infraestructura no previstos inicialmente, como la mejora de la A-4.

Dado que deben atenderse a las circunstancias concurrentes no resulta extrapolable lo acordado por la administración mediante su RO 457/2006, de 7 de abril por el que se modifican determinados términos de la concesión de Autopistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima unipersonal.

La recurrente afirma que la citada disposición atiende a que la mejora de una infraestructura puede afectar al equilibrio económico de una concesión administrativa preexistente.

Es cierto que en el preámbulo se dice que *"el convenio también contempla la eventual incidencia de los proyectos de duplicación de la carretera nacional I y de la carretera nacional 340 sobre el equilibrio económico financiero de la concesión de ACESA y establece para los usuarios habituales del itinerario Barcelona-*

acceso de Mollet de la autopista C-33 condiciones análogas a las actualmente vigentes establecidas por la Generalidad de Cataluña".

Pero a continuación se dice que *"para el restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión, alterado como consecuencia de las actuaciones y obligaciones asumidas por ACESA en virtud del convenio se consideran los márgenes de explotación diferenciales que pudieran derivarse de la nueva configuración de la concesión"*. Todo lo cual se plasma en la cláusula octava mientras la novena recoge la liquidación de la compensación económica.

Es decir se procede al reequilibrio como consecuencia de la asunción de nuevas actuaciones y obligaciones de ACESA situación aquí inexistente.

No se dan pues circunstancia alguna que obligue a condenar a la administración mediante el pretendido reequilibrio económico derivada de la reducción del tráfico ni tampoco a la pretensión subsidiaria de reequilibrar la concesión.

DUODÉCIMO.- La segunda cuestión relevante es la pretendida disminución de tráfico en razón de la remodelación y mejora de la A-4.

Procede aquí tomar en consideración lo vertido en el FJ Quinto de la STS de 16 de mayo de 2011 , más arriba mencionada e invocada por el Abogado del Estado.

Se dijo que *" La carretera M-407 existía con anterioridad a la licitación de la concesión y era conocido que estaba prevista su mejora por constar así en los planes publicados con anterioridad. Por otro lado, no debe considerarse algo fuera de lo común que las Administraciones competentes procuren mejorar las infraestructuras del transporte y, en particular, las carreteras. Es su responsabilidad hacerlo para aumentar las condiciones de seguridad y agilidad en beneficio de los ciudadanos. Tampoco debe considerarse fuera de lo previsible que esa mejora consista en desdoblamiento de las calzadas conforme se incrementa el tráfico pues se viene haciendo desde hace años en distintas vías o tramos de vías. Por otro lado, hay coincidencia en que la decisión de transformar la M-407 en autovía se tomó por la Comunidad de Madrid a causa o después del período de información pública de su Estudio Informativo de abril y mayo de 2001. Y, si bien la presentación pública del proyecto correspondiente se produjo en enero de 2004, unas semanas más tarde del vencimiento del plazo de presentación de ofertas para la adjudicación de la concesión, parece difícil que empresas que operan en el sector no tuvieran noticia de ello."*

Se añadió por esta Sala y Sección que *" no nos parece que tal desdoblamiento sea un hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista. De lo contrario, se estaría coartando la responsabilidad de las Administraciones competentes de mejorar las infraestructuras existentes, en especial cuando, como ocurre en este caso, ha sido otra Administración la que, atendiendo a los intereses públicos relacionados con la red de carreteras autonómicas ha decidido llevar a cabo el desdoblamiento de la M-407, es decir de 11,6 km."*

Lo acabado de exponer es extrapolable al supuesto de autos. La concesión de una autopista de peaje no puede ser una traba para que la administración mejore, amplíe o construya una nueva carretera es decir desarrolle las infraestructuras de transporte.

En tal sentido no solo se ha pronunciado la sentencia precitada sino también la STS de 20 de junio de 2011, recurso 62/2009 desestimando la pretensión impugnatoria de una concesionaria de la construcción, conservación y explotación de determinados tramos de autopista de un Real Decreto modificando los términos de la concesión al incluir un enlace sin peaje.

Y también la STS de 19 de diciembre de 2011, recurso 159/2010 considera que forma parte del riesgo y ventura del contrato la puesta en servicio de una nueva autopista de peaje que comunica con otra autopista conexas dos ciudades que carecían de vínculo por autopista.

El esgrimido artículo 248 del Real Decreto Legislativo 2/2000 , no extiende la responsabilidad de la Administración concedente por supuestos como el que aquí examinamos. Dice así:

"Artículo 248. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta ley.

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1.e) y 233.1.d) de esta ley.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 263, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación".

Ninguno de tales supuestos aquí acontece como ya hemos visto.

DÉCIMO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción, a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil, la cantidad de 6000 euros.

Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

1º Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por Autopista Madrid Sur Concesionaria Española, S.A. contra la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de fecha 18 de enero de 2011 relativa al reequilibrio económico 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 de Madrid M-50, subtramo desde la Carretera Nacional IV hasta la Carretera Nacional II, del eje sureste, tramo M-40-M-50 y de la prolongación de la conexión de la Carretera Nacional II con el distribuidor este y actuaciones de mejora en la M-50. Tramo: M-409-N-IV". Contrato que fue adjudicado mediante Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre.

2º En cuanto a las costas estése al ultimo fundamento.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos
PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí la Secretaria, certifico.