

Tribunal Superior de Justicia

TSJ de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia num. 221/2016 de 20 julio

JUR\2016\187553



Contratación administrativa. Concesiones.

Jurisdicción:Contencioso-Administrativa
Recurso contencioso-administrativo 124/2015
Ponente:Ilmo. Sr. D. Gustavo Lescure Ceñal

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2015/0003732

Recurso nº 124/2.015

Ponente Sr. Lescure Ceñal

Recurrente: "Euroglosa 45 Concesionaria de la Comunidad de Madrid, S.A." (Proc. D. Felipe Juanas Blanco)

Demandada: Comunidad de Madrid (Letrado)

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA**

SENTENCIA NÚM. 221.

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. Gustavo Lescure Ceñal

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D^a. Pilar Maldonado Muñoz

D^a. Margarita Pazos Pita

En Madrid, a veinte de Julio

del año dos mil dieciséis.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 124/15 formulado por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco en nombre y representación de "EUROGLOSA 45 CONCESIONARIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, S.A.", contra desestimación presunta de la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda de la Comunidad de Madrid respecto de solicitud de restablecimiento de equilibrio económico-financiero de concesión de obra pública; habiendo sido parte demandada la COMUNIDAD DE MADRID representada por su Letrado. La cuantía del recurso se ha fijado en 47.425.000 €.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución reseñada, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron respectivamente la estimación del acto objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.

SEGUNDO

Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 20 de Julio de 2.016.

Siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. Gustavo Lescure Ceñal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Por la mercantil "Euroglosa 45 Concesionaria de la Comunidad de Madrid, S.A." se

impugna la desestimación presunta de la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda de la Comunidad de Madrid respecto de la solicitud de 03/11/2.014 de restablecimiento de equilibrio económico-financiero de la concesión de obra pública para la redacción del proyecto, construcción, conservación y gestión del servicio público de la nueva carretera M-45, tramo N-V a N-IV, cuyo contrato fue adjudicado a la recurrente en fecha 24/09/1.998 por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.

La mercantil recurrente solicita que con anulación de la resolución presunta impugnada se reconozca su derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión de referencia en la suma de 47.425.000 €, que habrá de ser incrementada en un 8'31% anual adicional hasta la fecha en que se produzca el reequilibrio de la concesión, y se condene a la Administración a abonarle mediante subvención directa la cuantía a la que ascienda dicho reequilibrio, con los intereses que corresponda.

Las cantidades individuales reclamadas se resumen en los siguientes términos:

«- Reequilibrio de la concesión por mayores costes en expropiaciones aprobado y no ejecutado (no abonado a la concesionaria) por importe de 3.797.159,23 € (esta cantidad, tal como se desprende del modelo de 2009 adjuntado como documento nº 1 [copia del modelo de reequilibrio económico-financiero de la concesión relativo al acta de 05/10/2.009] ya estaba ajustada al TIR del proyecto).

- Reequilibrio de la concesión por mayores costes en expropiaciones notificados a la concesionaria con posterioridad al 30/11/2.007 y abonados por ésta (12 reclamaciones + reclamación acumulada), con importe de 20.291.736,82 €.

- Reequilibrio de la concesión por mayores costes en expropiaciones notificados a la concesionaria con posterioridad al 30/11/2.007 y abonados por ésta (finca nº 532, titularidad en su día de "Rodamco Inversiones, S.L."), con importe de 7.143.060,64 €.

- Reequilibrio de la concesión por mayores costes en expropiaciones notificados a la concesionaria con posterioridad al 30/11/2.007 pero no abonados por ésta, con importe de 123.496 €.

- Reequilibrio de la concesión por mayores costes en expropiaciones derivados de los intereses correspondientes al contrato de crédito suscrito entre "OHL Concesiones, S.A." y la recurrente, con importe de 4.679.092 €.

Tras la aplicación del TIR del proyecto (8'31%) en el sentido en el que se prevé en la cláusula adicional del contrato de concesión, la cuantificación del reequilibrio de la misma asciende a una cantidad total de 47.425.000 € (según modelo de reequilibrio

económico-financiero adjuntado como documento nº 31); cantidad que debe ser abonada por la Administración concedente a la mercantil concesionaria a través de una subvención directa a cargo del presupuesto para el año 2015 o, subsidiariamente, mediante alguna de las fórmulas previstas en el contrato de concesión o en la normativa de aplicación».

En la demanda se desarrollan argumentos, que se dan ahora por reproducidos, con relación al derecho de la concesionaria al restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión por mayores costes en expropiaciones, y al método de cálculo de su importe, con remisión a sentencias de esta misma Sección sobre supuestos idénticos a los del presente recurso, alegándose que sus razonamientos y fallos estimatorios de las correspondientes pretensiones actoras han de considerarse ahora igualmente aplicables por motivos de seguridad jurídica y de uniformidad en la interpretación de los contratos.

SEGUNDO

Por la Comunidad de Madrid se contesta a la demanda oponiendo en primer término de un lado la concurrencia de desviación procesal por divergencia entre lo pedido en vía administrativa y lo demandado en sede judicial, sobre la base de que la cantidad de la reclamación ante la Administración fue por un total de 36.545.000 €, sin que se pueda aludir a la provisionalidad de las cantidades entonces reclamadas pues ello supondría obviar el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa; y de otro lado la eventual prescripción de la reclamación de la cantidad de 3.797.159,23 € que deriva del acta de 05/10/2.009, cuya deuda habría prescrito el 05/10/2.013 por el transcurso del plazo legal de cuatro años con anterioridad a la solicitud de 03/11/2.014 de cuya denegación presunta trae causa el presente recurso, sin que conste ni se aporte la reclamación que al respecto de dice presentada el 01/10/2.013, aunque sí otra de 01/08/2.014 a cuya fecha también se habría consumado el mismo plazo prescriptivo.

Y con relación al resto de las pretensiones actoras la demandada Comunidad de Madrid insta la desestimación del recurso por argumentos que se dan asimismo por reproducidos.

TERCERO

Las dos primeras cuestiones planteadas por la Administración deben ser rechazadas por las razones que a continuación se exponen.

En orden a la determinación de la concurrencia o no de desviación procesal en el recurso contencioso que nos ocupa, debemos partir de las consideraciones que a

continuación se exponen.

Como se declara en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 2.004, la acción contencioso-administrativa aparece desdoblada en un acto de interposición, limitado a la indicación del acto que se recurre, y la demanda, en la que han de formularse los fundamentos fácticos y jurídicos de dicha impugnación. Se trata, pues, de un acto complejo, escindido en dos trámites por la razón práctica de tener a la vista el expediente para formular la demanda, pero con identidad objetiva y subjetiva, por lo que debe darse entre ambos una estrecha correlación, consistente en que la demanda no puede referir la impugnación a actos o disposiciones no mencionadas en el escrito de interposición. Por consiguiente, la fijación del acto objeto del recurso se hace en el escrito de interposición y ninguna norma procesal permite cambiar el objeto del proceso en la demanda; así vino considerándolo una reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias, entre otras, de 16 de Febrero de 1.976, 4 de Octubre de 1.979, 4 de Febrero de 1.983, 16 de Octubre de 1.984, 2 de Octubre de 1.990, 6 de Febrero de 1.991) expresiva de que queda fuera del proceso toda consideración sobre el acto que no fue impugnado en el escrito de interposición, lo que obliga sólo a tener en cuenta la pretensión del escrito inicial o de interposición del recurso, so pena de incurrir en desviación procesal. Pero ello solo quiere decir, a tenor de lo expuesto, que ha de quedar fuera del recurso contencioso-administrativo interpuesto cualquier pretensión que no se refiriera al acto impugnado. Pero no que también quede amparado en esa desviación procesal y su consecuencia de inadmisibilidad, aquel acto concreto que sí lo fue y respecto del que se argumentó suficientemente.

Sobre la desviación procesal señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 2.003, que el carácter revisor de las funciones que ejerce el orden jurisdiccional contencioso-administrativo determina la imposibilidad de alterar el objeto del proceso en relación con el que fue decidido por el acto administrativo impugnado. El art. 56 de la Ley de la Jurisdicción permite que en la demanda y en la contestación puedan alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración. El precepto se limita a admitir que se hagan valer nuevos motivos de impugnación del acto administrativo impugnado, pero no a permitir que se altere la naturaleza y esencia de dicho acto, que es el que constituye el objeto de la pretensión del recurrente. En el mismo sentido depone la STS de 15 de Junio de 1.992 cuando afirma que el planteamiento ex novo en la demanda implica una clara desviación procesal y una desvirtuación, por exceso, del carácter revisor de esta Jurisdicción, cuya finalidad básica inicial es "revisar", volver a conocer, los mismos problemas que hayan sido planteados ya ante los órganos de gestión o de especial control o resolución de la Administración, con objeto de

determinar si ésta se ha atemperado en su actuación al ordenamiento jurídico y ha constreñido o no derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados afectados.

Si las sentencias reseñadas se centran en la desviación procesal que puede concurrir por la divergencia que existe entre lo reclamado en vía administrativa y lo reclamado en vía jurisdiccional, también la Jurisprudencia se pronuncia sobre la desviación procesal en que se puede incurrir por apartarse la demanda de los actos impugnados en el escrito de interposición del recurso. A este respecto la STS de 18 de Marzo de 2.002 señala, con remisión a las Sentencias de 13 de Marzo y 9 de Junio de 1.999, que la LJCA exige que en el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo se cite el acto o la disposición que se impugne, y que se solicite que se tenga por interpuesto el recurso. Ello es así porque en este escrito inicial recae sobre el actor la carga procesal de individualizar el acto objeto de impugnación delimitando, al mismo tiempo, el objeto del recurso, de forma que éste no puede alterarse ya en el escrito de demanda, salvo en los casos de ampliación del recurso. Debe existir, como señala jurisprudencia constante, una concordancia obligada entre los escritos de interposición y el de demanda. El escrito de interposición del recurso, al concretar los actos administrativos referidos a la materia litigiosa, expresa el objeto preciso sobre el que ha de proyectarse la función revisora de este orden de jurisdicción contencioso-administrativa, ya que marca los límites del contenido sustancial del proceso (Sentencias de 22 de Enero de 1.994, 2 de Marzo de 1.993, 30 de Marzo de 1.992 y 11 de Septiembre de 1.991, entre otras muchas). Si se alteran los actos impugnados en el momento procesal ulterior de la demanda se incurre en desviación procesal.

Sobre la base de estas afirmaciones, es necesario poner de relieve que, en efecto, en función de la naturaleza esencialmente revisora atribuida a la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa respecto de los actos administrativos (arts. 1 y 25 de su Ley Reguladora 29/1.998), está vedado a la misma el conocimiento de cuestiones no planteadas ni propuestas a la Administración, que en consecuencia no se ha pronunciado sobre las mismas. Tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 30 de Noviembre de 1.983, 1 de Febrero de 1.991 y 12 de Noviembre de 1.996), no admite el proceso contencioso-administrativo la desviación procesal producida al pretenderse en vía jurisdiccional cuestiones nuevas, sobre las que la Administración no tuvo ocasión de pronunciarse, no procediendo en consecuencia hacer pronunciamiento alguno sobre las mismas, al ser peticiones que no fueron objeto de la resolución administrativa impugnada, sin que sea óbice a ello lo dispuesto en los artículos 33.1 y 56.1 de la Ley Jurisdiccional, ya que si tales normas permiten nuevas alegaciones o motivos nuevos, en modo alguno autorizan que

puedan modificarse, alterarse o adicionarse a las peticiones instadas en vía administrativa otras nuevas en esta vía jurisdiccional no formuladas ni cuestionadas ante la Administración, de manera que no es admisible que se produzca una discordancia objetiva entre lo pedido en vía administrativa y lo interesado en vía jurisdiccional.

Tal doctrina jurisprudencial ha sido reiterada por el Tribunal Supremo en [Sentencia de 9 de Marzo de 2.012 \(RJ 2012, 5391\)](#) (recurso de casación nº 5375/2.008), de cuyo fundamento jurídico cuarto transcribimos lo siguiente:

« (...) Hemos de recordar (por todas, nuestra sentencia de 30 de octubre de 2009, recurso de casación 4805/2005) que según jurisprudencia reiterada, el carácter revisor de esta Jurisdicción impide que puedan plantearse ante ella cuestiones nuevas, es decir, pretensiones que no hayan sido previamente planteadas en vía administrativa. Ciertamente, la Ley de esta Jurisdicción supuso una superación de viejas concepciones según las cuales no se podía atacar un acto administrativo sino en virtud de argumentos que ya hubieran sido articulados en vía administrativa, pero sin que ello suponga la posibilidad de plantear cuestiones no suscitadas en vía administrativa. Por eso, se afirma la existencia de desviación procesal cuando la petición de la parte demandante en vía administrativa no coincide con la postulada ante el órgano jurisdiccional.

Y tal es el caso que nos ocupa.

De los propios argumentos manejados por la parte recurrente fluye con evidencia que esta reconoce que en vía administrativa no planteó ninguna petición indemnizatoria en concepto de responsabilidad patrimonial como la que ahora sostiene y por las razones que expone. Al contrario, parte de esta realidad, si bien, aun así, afirma que el artículo 31 de la Ley Jurisdiccional permite deducir pretensiones de esta índole en el recurso contencioso-administrativo junto con la de anulación del acto impugnado; pero estas alegaciones no pueden compartirse. El art. 31.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 no habilita la articulación procesal de pretensiones indemnizatorias no ligadas a la anulación del acto administrativo impugnado, y planteadas, por ende, de forma independiente de la anulatoria esgrimida con carácter principal en la misma demanda. Al contrario, la pretensión indemnizatoria que ese precepto contempla es la de carácter accesorio, que se anuda a la principal y para el caso de que esta sea estimada. Así se refleja en el artículo 71.1 de la misma Ley, que prevé el reconocimiento y restablecimiento en sentencia de una situación jurídica individualizada justamente cuando la sentencia es estimatoria de la pretensión principal de anulación del acto administrativo impugnado en el proceso (...) ».

Pues bien, en el caso a que remite el presente recurso contencioso no se deduce una falta de coincidencia sustancial entre las pretensiones articuladas en vía administrativa y en sede procesal, sin que resulte relevante la distinta cuantificación total de las mismas (36.545.000 € y 47.425.000 €, respectivamente), porque tal divergencia cuantitativa no altera sustancialmente el fundamento de la pretensión, que en ambas fases, administrativa y jurisdiccional, remite al restablecimiento económico-financiero del contrato de concesión de referencia, siendo admisible que cuando se formuló la reclamación ante la Administración algunas cantidades aún eran provisionales dada las circunstancias específicas de los conceptos a que remitían, según se expone en la demanda, y en cualquier caso no puede obviarse que la Administración no dictó resolución expresa sobre la solicitud ante ella formulada, siendo objeto del presente recurso su desestimación presunta, de manera que su invocación al carácter revisor de esta jurisdicción carece de la virtualidad pretendida, al no recaer sobre ningún pronunciamiento expreso administrativo, y sin que, como ha quedado dicho, se aprecie una modificación relevante en la demanda respecto del fundamento de la reclamación administrativa.

Y con relación a la prescripción del derecho al cobro de la suma de 3.797.159,23 € que deriva del acta de 05/10/2.009, consta acreditado que por el concepto a que remite la mercantil recurrente presentó solicitud de pago en fecha 02/08/2.010, respecto del que la Comunidad de Madrid, en su escrito de conclusiones, niega efecto interruptivo “toda vez que pretende el pago de una cantidad distinta inferior a la derivada del acta de octubre de 2009”, cuyo motivo debe ser rechazado por el mismo criterio aplicado con relación a la desestimación de la desviación procesal por razones cuantitativas, sin necesidad de mayores argumentaciones.

CUARTO

Solventadas las anteriores cuestiones, el recurso debe ser resuelto sobre la base de los criterios establecidos por esta Sección en [Sentencias de 20 de Febrero \(RJCA 2014, 426\)](#) y [6 de Junio de 2.014 \(RJCA 2014, 776\)](#) (recursos contenciosos núms. 1103/2.012 y 1147/2.011) con relación a solicitudes de otras mercantiles (“Autopista Trados 45, S.A.” y “Concesiones de Madrid, S.A.”) respecto de restablecimientos de equilibrios económicos-financieros de contratos de concesiones de obras públicas para la redacción del proyecto, construcción, conservación y gestión del servicio público de la nueva carretera M-45, en tramos N-II – Eje O’Donnell y Eje O’Donnell – N-IV”, esto es mismo contrato del caso que ahora nos ocupa respecto del tramo N-V a N-IV, siendo el fundamento de todas las reclamaciones los sobrecostes producidos como consecuencia de las expropiaciones ejecutadas al efecto, y coincidiendo los pliegos contractuales en todos los contratos.

Es de advertir que ambas sentencias han sido confirmadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en [Sentencias de 2 de Julio de 2.015 \(RJ 2015, 4309\)](#) y [28 de Abril de 2.016 \(RJ 2016, 2423\)](#) que desestiman los recursos de casación núms. 1265/14 y 2758/14 interpuestos por la Comunidad de Madrid.

Se transcriben a continuación los razonamientos sustanciales de nuestra [Sentencia de 6 de Junio de 2.014 \(RJCA 2014, 776\)](#) (fundamentos jurídicos sexto y siguientes):

« **SEXTO** .- Esta Sala y Sección se ha pronunciado recientemente en un asunto prácticamente igual al presente (mismas estipulaciones contractuales, mismo pliego) en la [Sentencia dictada en fecha 20 de Febrero de 2014 \(RJCA 2014, 426\)](#), en el Recurso nº 1103/2012, por lo que se está en el caso de aplicar la doctrina sentada en dicho recurso, por razones de seguridad jurídica y de uniformidad en la aplicación e interpretación del contrato, Sentencia en la que hemos entendido que, conforme al contrato de concesión suscrito, la recurrente, que viene obligada a satisfacer las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales para la ejecución del proyecto, tiene derecho a mantener el equilibrio económico financiero cuando la inversión en expropiaciones fuera superior a la fijada como máxima en el Pliego de Condiciones Particulares Técnicas y Económicas, mediante la tramitación de los correspondientes reequilibrios, sin poder aceptarse las alegaciones de la Administración demandada de que no ha existido ruptura del equilibrio económico financiero, alegando que la concesionaria ha disfrutado de una serie de ventajas económicas que desbordan las previsiones contractuales y que no solo han neutralizado los costes derivados de las expropiaciones, sino que han llegado a desequilibrar el contrato a su favor, ya que ello no es la cuestión planteada en este recurso, que versa, única y exclusivamente, sobre si se ha superado el coste máximo previsto para las expropiaciones, y si la respuesta es afirmativa, la Administración viene obligada según lo establecido en la cláusula sexta anteriormente transcrita, por contrato, a restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión, con independencia de que la concesionaria haya podido o no obtener ventajas económicas a lo largo de la duración del contrato.

A mayor abundamiento, en el caso presente, se ha practicado a instancias de la actora prueba pericial en el procedimiento a cargo de (...) miembros de KPMG Forensic (KPMG Asesores S.L.), cuyo informe ha sido ratificado a presencia judicial y de las partes, prueba que no ha sido cuestionada ni desvirtuada por la demandada, y que ha puesto de manifiesto que el tráfico de la concesión ha sido inferior al previsto por la Administración al tiempo de adjudicación de la concesión, y que la incidencia económica del mayor tráfico respecto del previsto en el año 2002 por el informe de

Atlas Capital (informe emitido a instancias de la CAM en el año 2002 para el restablecimiento del equilibrio económico financiero realizado en tal año) ascendería a 2.302.011 euros corrientes y no a la cantidad de casi 50.000.000 de euros que alega la Administración que además parte de los tráficos previstos en el informe Atlas de 2002 y no del previsto por la Administración al tiempo de adjudicación de la concesión, existiendo un límite máximo para la retribución del concesionario y teniendo en cuenta las mayores obligaciones de mantenimiento ligadas a la evaluación del tráfico, siendo así además que el tráfico hay que medirlo a lo largo de toda la vida de la concesión, siendo así que en la actualidad los ingresos son ya menores que los previstos en 2002 y la previsión es que esta tendencia se acentúe en los próximos años y que el informe de Atlas Capital en relación al tráfico es irrelevante porque en el año 2002 no se realizó reequilibrio alguno realizado con el tráfico; reequilibrio por incremento o disminución del tráfico que además, como hemos razonado con anterioridad, carecía de cláusula de reajuste específica del equilibrio económico financiero del contrato a diferencia de lo que ocurría en relación al coste de las expropiaciones en que la superación del coste máximo previsto para las expropiaciones, obligaba a la Administración a restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión.

Según la prueba pericial, los gastos equiparables en conservación y mantenimiento en que realmente ha incurrido la Sociedad son superiores en 7.181.534 euros corrientes a los gastos de conservación y mantenimiento que habían sido presupuestados en el informe Atlas del 2002 y la diferencia entre la inversión (obras de construcción y expropiaciones en que ha incurrido la Sociedad a efectos de construir la infraestructura necesaria para el funcionamiento de la concesión) registrada en las cuentas anuales e informe de auditoría de la recurrente y las inversiones que se desprenden del informe Atlas del 2002 ascienden a 49.807 miles de euros corrientes, por lo que según dicho informe no sería cierta la falta de inversión en conservación alegada por la Administración, debiendo de insistirse por lo demás, como ya se hizo con anterioridad, que tanto la inversión en infraestructuras de conservación y mantenimiento como los gastos de conservación y mantenimiento carecen de garantía contractual expresa procediendo el reequilibrio - al igual que ocurriría con los tráficos- únicamente en los supuestos generales de reequilibrio previstos en la LCAP: fuerza mayor o riesgo imprevisible que determinen en cualquier sentido la ruptura de la economía de la concesión, a diferencia de la inversión en expropiaciones que cuando superara la fijada como máxima en el Pliego de Condiciones Particulares Técnicas y Económicas ya daba lugar por contrato al derecho del concesionario al reequilibrio.

El informe pericial rechaza asimismo la alegación de la demandada de que la

concesionaria se ha beneficiado de los retrasos producidos en el pago de las expropiaciones ya que en el Acuerdo de 2002 se le reconocieron unas cantidades máximas por expropiaciones en aquella fecha que ha abonado mucho después, por cuanto que, según los peritos, en el Modelo de la Concesión utilizado por la recurrente para el cálculo del reequilibrio se han incorporado los pagos con motivo de las expropiaciones en el ejercicio en el que en la práctica la Sociedad los ha desembolsado, siguiendo en todo caso, la metodología de cálculo de la TIR de Proyecto que lo es teniendo en consideración el momento temporal en que el flujo se ha desembolsado.

SEPTIMO .- Sentado lo anterior, de la abundantísima prueba documental aportada por la recurrente y de la prueba pericial realizada por los peritos de KPMG resulta acreditada la mayor inversión en expropiaciones realizada por la recurrente sobre la inicialmente prevista (5.557.640,07 euros) y sobre la reconocida y compensada por la Administración en el año 2002 (20.864.333,14 euros), habiendo en concreto la concesionaria afrontado el pago de la cantidad de 75.900.088 euros corrientes con motivo de las expropiaciones desde su inicio hasta el año 2011, de las que, deducida la cantidad de 26.421.973 euros que fue tenida en consideración en el año 2002, resulta que se ha afrontado el pago de 49.478.115 euros corrientes que no han sido tenidos en consideración por la Administración (47.552.957,11 euros correspondientes a las cantidades abonadas por la concesionaria en exceso de lo pactado y de lo ya compensado por la Administración hasta la solicitud de reequilibrio 21 inclusive, 913.334,82 euros correspondientes a la solicitud de reequilibrio nº 22 y 1.011.823,78 euros por los hechos descritos en la solicitud de reequilibrio nº 23).

Dichas cantidades incluyen tanto principal como intereses de demora abonados a los expropiados por el pago de justiprecios y Sentencias, así como intereses, comisiones y gastos del préstamo solicitado por la recurrente a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Dexia Sabadell SA por importe de 40.000.000 de euros para hacer frente al pago de las expropiaciones; todas las cantidades, como decimos, se encuentran perfectamente documentadas y abonadas y entendemos con el recurrente que todas ellas han de considerarse como coste de las expropiaciones, debiendo de tenerse en cuenta que tanto la Cláusula Sexta como la Adicional Cuarta apartado cuarto del contrato no se refieren exclusivamente a los importes de los justiprecios sino en general a los costes de las expropiaciones forzosas y a las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto.

Tal como dijimos en la Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 20 de Febrero de 2014 anteriormente mencionada, procede el abono de la totalidad de los intereses de

demora de los justiprecios y no solo los intereses generados hasta la notificación a la concesionaria de las resoluciones o las sentencias dictadas (que es lo que sostiene la Comunidad de Madrid), ya que, como se ha puesto de relieve en este recurso al igual que en aquél, en múltiples ocasiones la concesionaria ha reclamado a la Administración que procediera a realizar nuevos reequilibrios económico financieros de la concesión, ya que los recursos aprobados no alcanzaban para cubrir el total de los pagos, sin que la Administración diera respuesta a la mayoría de dichos escritos llevando a cabo el reequilibrio solicitado, al que venía obligada por el contrato. Por tanto, los intereses de demora del justiprecio no son debidos a la dejadez de la concesionaria sino a la actitud de la Comunidad de Madrid que no cumplió con los compromisos asumidos, procediendo al reequilibrio económico financiero de la concesión, cuando le fue solicitado, por lo que es lógico que sea dicha Administración la que deba de abonar la totalidad de los intereses de demora en el pago del justiprecio a los expropiados, y no solo hasta la notificación a la concesionaria de las resoluciones o las sentencias dictadas, a lo que debemos de añadir que es la Administración (actuando con personalidad jurídica única) la que convoca a las partes para el acto de pago del justiprecio y que no se ha acreditado que la concesionaria dejara de pagar en la fecha indicada por la Administración conforme a la normativa reguladora en materia de expropiación forzosa (art. 48.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa); el mismo razonamiento es aplicable en relación al justiprecio de la finca nº 24 (50%) fijado en el procedimiento de retasación por lo que procede tener en cuenta la cantidad realmente pagada por la expropiación del 50% de la finca 24 objeto de retasación, esto es 2.471.678,10 euros y no los 1.362.102,28 euros que solicita la Administración y también por el mismo razonamiento la Administración debe de resarcir a la recurrente por los mayores gastos de financiación incurridos por la obtención de nuevos préstamos, en concreto por los gastos, intereses y comisiones abonados por la recurrente a terceros para obtener la financiación requerida para hacer frente al pago de las expropiaciones y cubrir la falta de Tesorería causada por el incumplimiento contractual de la Administración, tales gastos y la ampliación del crédito que ya tenía concedido están perfectamente acreditados y documentados en la documentación aportada por la recurrente con la demanda y en la obrante en el expediente administrativo, siendo oportunamente comunicados a la Administración, que no cuestiona su realidad o efectiva producción, siendo lo que opone que el Pliego no prevé el derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por este tipo de gastos de financiación, a lo que hemos de responder que aunque el contrato no se refiere expresamente a ellos, se refiere en general a los costes de las expropiaciones forzosas y a las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto, siendo en este caso gastos necesarios en que la concesionaria tuvo que

incurrir para hacer frente a los pagos derivados de las expropiaciones, que en otro caso no habría podido pagar al no cumplir la Administración su obligación contractual de reequilibrar la concesión y en los que tampoco habría tenido que incurrir de haber cumplido la Administración con su obligación de reequilibrar la concesión a tiempo. Por lo demás, la recurrente en las reiteradas reclamaciones que dirigió a la Administración, de las que no obtuvo respuesta alguna, acompañó la póliza suscrita con las entidades financieras Caja Madrid y Dexia Sabadell en cuyo expositivo XIII se expresaba que el crédito se solicitaba " *como consecuencia de los sobrecostes derivados de los procedimientos expropiatorios no previstos inicialmente*", así como los recibos y documentos que acreditaban el importe de las comisiones intereses y cantidades abonadas.

Pues bien, acreditada la mayor inversión en expropiaciones por parte de la recurrente que la fijada como máxima en el Pliego de Condiciones Particulares Técnicas y Económicas, el concesionario tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión, derecho que además la Administración le ha reconocido en múltiples ocasiones sin haberlo llevado a efecto, tal como hemos expuesto en el fundamento de derecho quinto.

OCTAVO .- Conforme a lo dispuesto en las cláusulas sexta y apartado cuarto de la cláusula adicional del contrato, el mantenimiento del equilibrio económico financiero, a que ha dado lugar el mayor coste de las expropiaciones debe de hacerse efectivo en los términos previstos en las cláusulas 5.2 del Pliego de Condiciones Particulares Técnicas y Económicas y 5.2.K.2 del PCAP, aplicando para calcular el valor actual neto (VAN) la T.I.R. del proyecto, compensándose los excesos de hasta un 7% inclusive respecto de la inversión inicial (volumen de obra ofertada más coste de las expropiaciones) mediante el aumento o disminución del plazo y el resto de excesos o disminuciones mediante cualquier otro procedimiento distinto a concertar entre las partes, de entre los previstos en los pliegos y en la legislación vigente (tales como incremento de tarifas, compensación económica...).

Es cuestión admitida por las partes - y refrendada por el informe pericial- que la TIR del proyecto establecida entre la recurrente como concesionaria y la Comunidad de Madrid fue del 10,05 % , así resulta del informe Atlas realizado en el año 2002 que se utilizó para calcular el reequilibrio de la concesión con fecha 14 de junio de 2002, a la que se remiten asimismo los Decretos y actas suscritas entre las partes a que nos hemos referido en el fundamento de derecho quinto, todas las cuales establecían que el restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión derivado del coste real de las expropiaciones se realizaría sobre la base del último modelo aprobado por Consejo de Gobierno el 25 de julio de 2002, y así lo acepta la

Comunidad de Madrid en el escrito de contestación a la demanda (folio 13) que cuando solicita se tenga en cuenta lo que se dice cobrado de más por el concesionario al haber sido superiores los flujos de tráfico a los inicialmente previstos solicita que lo cobrado cada año - al haber sido remunerado a la TIR del proyecto- se transforme en euros constantes del año 2012 para ser comparados con la cantidad reclamada por el recurrente usando la TIR del proyecto que reconoce es del 10,05%; de hecho la Administración demandada no se ha opuesto en el escrito de contestación a la demanda a la aplicación de la TIR solicitada por el recurrente para el cálculo del valor actual neto (VAN) de lo reclamado.

Por ello, el mayor coste de las expropiaciones soportado por la concesionaria, que hemos dicho ha sido de 49.478.115 euros corrientes, debe de ser incrementado a medida que pase el tiempo (al existir un lapso temporal entre el momento en que se ha soportado tal mayor coste y el momento en que el coste es abonado por la Administración) de forma que no se altere la TIR del proyecto que es en la que descansa el verdadero equilibrio económico financiero de la concesión, por lo que procede incrementar las cantidades abonadas por la concesionaria tomando en consideración la fecha en la que dichas cantidades fueron originariamente desembolsadas por ésta y aplicando desde entonces la TIR del proyecto (10,05%).

La recurrente ha aportado con la demanda los documentos explicativos de cómo ha calculado la cantidad de 17.820.148,58 euros que reclama para compensar el desequilibrio económico de la concesión causado por tal desajuste temporal para conseguir el mantenimiento de la TIR del proyecto así como un Modelo de Concesión por él elaborado, Modelo de Concesión y operaciones de cálculo y metodología que han sido verificadas como correctas por el informe pericial, a excepción de una pequeña diferencia entre las expropiaciones reales y las que fueron tenidas en cuenta por el recurrente en el Modelo de Concesión, habiendo sido superiores las expropiaciones reales en 64.051 euros, resultando por tanto del informe pericial una cantidad ligeramente superior a la reclamada por el recurrente, entendiéndose los peritos que la compensación que debería recibir la recurrente en un escenario de equivalencia de la TIR del proyecto referida en el informe Atlas del año 2002 asciende a 67.546.885 euros a fecha 31 de diciembre de 2012, cuya diferencia con la de 67.298.264,29 euros calculada por el recurrente se debe tanto a que el modelo de concesión no incorporaba expropiaciones por valor de 64.051 euros, como a haber aplicado la TIR con un mayor número de decimales (10,05418%), concluyendo el informe pericial que la compensación que debería recibir la Sociedad en un escenario de equivalencia de la TIR de Proyecto referida en el informe Atlas del 2002 asciende a 67.546.885 euros a fecha 31 de diciembre de 2012, sin embargo siendo dicha cantidad superior a la fijada por el recurrente debemos de partir de esta última que,

como dijimos, es de 67.298.264,29 euros, cantidad en que debe de fijarse el desequilibrio económico y financiero de la concesión hasta el 31 de diciembre de 2012.

En consecuencia, procede declarar el derecho de la recurrente a obtener el reequilibrio económico y financiero de la concesión por razón del mayor coste de las expropiaciones fijando el desequilibrio económico y financiero de la concesión en la cuantía de 67.298.264,29 euros a fecha 31 de diciembre de 2012, cantidad que habrá de ser incrementada en un 10,05% anual adicional hasta la fecha en que se produzca el restablecimiento del equilibrio económico y financiero de la concesión para mantener la TIR del Proyecto.

NOVENO .- En cuanto a la forma de realizar el reequilibrio, el recurrente solicita lo sea mediante compensación económica en metálico, lo que sin embargo no es más que una de las formas de compensación previstas en el contrato - y quizás la más gravosa para la Administración como ésta sostiene-, admitiendo el contrato otros procedimientos de compensación, a concertar entre las partes, de entre los previstos en los pliegos y en la legislación vigente, por lo que la Sala va a limitarse a declarar el derecho del recurrente a obtener el reequilibrio económico y financiero de la concesión por razón del mayor coste de las expropiaciones en la cuantía establecida con anterioridad, si bien tal reequilibrio podrá realizarse mediante cualquier forma de compensación, a concertar entre las partes, de entre las previstas en los pliegos y en la legislación vigente.

La recurrente solicita en el suplico de la demanda que el abono en metálico se realice con "*los intereses que corresponda*", pretensión que no puede ser atendida, toda vez que la Sala carece de elementos para pronunciarse sobre ella al no aclararse en la demanda qué intereses son los que se solicitan siendo carga del recurrente alegar y acreditar los hechos y los fundamentos de derecho en que fundamenta sus pretensiones.

A la vista de lo razonado procede estimar en parte el presente recurso contencioso administrativo, reconociendo el derecho de la actora a obtener el reequilibrio económico y financiero de la concesión por razón del mayor coste de las expropiaciones , fijando la cuantía del desequilibrio económico y financiero de la concesión en la cantidad de 67.298.264,29 euros a fecha 31 de diciembre de 2012, cantidad que habrá de ser incrementada en un 10,05% anual adicional hasta la fecha en que se produzca el restablecimiento del equilibrio económico y financiero de la concesión para mantener la TIR del Proyecto, condenando a la demandada a compensar tal desequilibrio lo que podrá realizarse mediante cualquier forma de compensación, a concertar entre las partes, de entre las previstas en los pliegos y en

la legislación vigente».

Como ha quedado antedicho esta [Sentencia de 6 de Junio de 2.014 \(RJCA 2014, 776\)](#) ha sido confirmada en casación por la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de [28 de Abril de 2.016 \(RJ 2016, 2423\)](#), que tras reproducir sus fundamentos jurídicos, razona:

*“**TERCERO.**- (...) En consecuencia de lo antes transcrito de la sentencia recurrida se desprende claramente que la sentencia opta por la tesis de que el restablecimiento del equilibrio económico financiero como consecuencia del sobre coste de las expropiaciones forzosas, no es sino la aplicación estricta de las cláusulas del contrato, que preveían un reequilibrio económico concreto por este concepto, por lo que se rechazan implícitamente los argumentos de la recurrente de que no se ha pronunciado sobre la existencia o no de un desequilibrio económico global de la concesión, pues no se ha solicitado éste, sino el restablecimiento del desequilibrio autónomo previsto contractualmente para el caso de un sobre coste del justiprecio de las expropiaciones, como por otra parte se desprende de actos propios de la Administración que admitían dicha tesis. Por ello no existe incongruencia omisiva, sino rechazo de la tesis mantenida por la Administración y debe rechazarse el motivo de casación.*

*“**CUARTO.**- De la misma manera y por idénticos motivos ha de decaer el segundo motivo relativo a la falta de motivación, pues es evidente, de la transcripción anterior de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, que la sentencia está suficientemente motivada, aun cuando la recurrente no comparta la tesis en que se fundamenta, la autonomía de la previsión de reequilibrio económico, contractualmente establecida, como consecuencia del sobreprecio de la expropiación de los terrenos necesarios para la concesión. El motivo en consecuencia ha de ser desestimado.*

*“**QUINTO.**- Igualmente han de desestimarse los motivos tercero y cuarto, relativos al principio de que el riesgo es a cargo del contratista o del supuesto enriquecimiento injusto de la recurrente, pues el equilibrio concedido obedece precisamente al cumplimiento de uno de los compromisos contractuales libremente asumidos por las partes, y que suponía un presupuesto del contrato, sin que estemos hablando de un reequilibrio económico que tenga que ver con el resultado global de la concesión, o con el riesgo asumido por el contratista acerca de un posible beneficio del contrato, que además solo podrá conocerse al final del mismo. Los motivos en consecuencia han de ser igualmente desestimados”.*

Pues bien, los expuestos criterios devienen perfectamente aplicables al caso a que

remite el presente enjuiciamiento, dada la coincidencia sustancial del contenido de los pliegos contractuales y del fundamento de las pretensiones actoras en todos los recursos relacionados, habiéndose aportado en el presente informe pericial por la misma entidad especializada (“KPMG Asesores, S.L.”) que dictaminó en el recurso contencioso nº 1147/2.011, cuyo dictamen ha sido ratificado en sede procesal, que no ha sido cuestionado ni desvirtuado por la Administración demandada en su escrito de conclusiones, y en el que se explican, con la misma metodología que en aquel recurso precedente, el origen y justificación de la suma de 47.425.000 € a fecha de 31/12/2.015 como importe correspondiente al reequilibrio económico-financiero del contrato de concesión a que remite, de manera que lo que procede es dictar análogo fallo estimatorio parcial que en nuestra Sentencia de 6 de Junio de 2.014 atendiendo a los términos del presente recurso, esto es reconociendo el derecho de la hoy actora a obtener el reequilibrio económico y financiero de la concesión por razón del mayor coste de las expropiaciones, fijando la cuantía del desequilibrio económico y financiero de la concesión en la cantidad de 47.425.000 € a fecha de 31/12/2.015, cantidad que habrá de ser incrementada en un 8’31% anual adicional hasta la fecha en que se produzca el restablecimiento del equilibrio económico y financiero de la concesión para mantener la TIR del Proyecto, condenando a la Administración demandada a compensar tal desequilibrio, lo que podrá realizarse mediante cualquier forma de compensación, a concertar entre las partes, de entre las previstas en los pliegos y en la legislación vigente, con rechazo de la pretensión actora sobre “los intereses que corresponda” por las mismas razones contenidas en la Sentencia de 6 de Junio de 2.014.

QUINTO

Tratándose de estimación parcial del recurso no procede imposición de costas procesales de conformidad con lo previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa según redacción dada por la Ley 37/2.011, de 10 de Octubre, de Medidas de Agilización Procesal.

VISTOS los preceptos legales citados, y los demás de concordante y general aplicación.

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS EN PARTE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO de “Euroglosa 45 Concesionaria de la Comunidad de Madrid, S.A.”, y anulando la resolución administrativa reseñada en el encabezamiento de esta sentencia, declaramos el derecho de la recurrente a obtener el reequilibrio económico y financiero de la concesión de obra pública para la redacción del proyecto,

construcción, conservación y gestión del servicio público de la nueva carretera M-45, tramo N-V a N-IV, por razón del mayor coste de las expropiaciones, fijando la cuantía del desequilibrio económico y financiero de la concesión en 47.425.000 € a fecha de 31/12/2.015, cantidad que habrá de ser incrementada en un 8'31 % anual adicional hasta la fecha en que se produzca el restablecimiento del equilibrio económico y financiero de la concesión para mantener la TIR del Proyecto, condenando a la Administración demandada a compensar tal desequilibrio mediante cualquier forma de compensación, a concertar entre las partes, de entre las previstas en los pliegos y en la legislación vigente, sin pronunciamiento acerca de las costas procesales. Contra esta sentencia cabe recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. ... Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.