

## **El TS rechaza otorgar compensaciones a las concesionarias de autopistas de peaje por el impacto del tráfico durante el estado de alarma declarado por la Covid-19**

**Con desestimación del recurso interpuesto se confirma el Acuerdo del Consejo de Ministros que denegó la solicitud de la entidad actora de reequilibrio económico del contrato de concesión del tramo de la autopista de peaje AP-7 de la que era concesionaria por los efectos de la Covid-19.**

Declara la Sala que, en contra de lo pretendido por la recurrente, no es de aplicación el art. 34.4 del RD-Ley 8/2020, que dispone que el reequilibrio en todo caso corresponderá a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados respecto a los previstos en la ejecución del contrato de obra o servicios, durante la situación creada por la Covid-19. A juicio del Tribunal ha de estarse al art. 25 del RD-Ley 26/2020, que, respecto a las concesiones, solo reconoce el derecho al reequilibrio del contrato concesional cuando, entre otros requisitos, se cumple el referido a que el margen bruto de explotación haya sido negativo.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección 3.ª**

#### **Sentencia 1038/2022, de 19 de julio de 2022**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 55/2021

Ponente Excmo. Sr. JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

En Madrid, a 19 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo numero 55/2021, interpuesto por la procuradora de los Tribunales Pilar Cermeño Roco, en nombre y representación de la entidad AUSUR - AUTOPISTA DEL SURESTE - CONCESIONARIA ESPAÑOLA DE AUTOPISTAS, S.A., bajo la dirección letrada de Borja Enrique Fernández Burgueño, contra la desestimación presunta por el Consejo de Ministros de la solicitud de reequilibrio económico por los efectos del COVID-19 del Contrato de Concesión Administrativa de Construcción, Conservación y Explotación de la autopista de peaje Alicante-Cartagena: Tramo desde la autovía A-7 (Alicante Murcia) hasta Cartagena.

Ha sido parte demandada el Abogado del Estado en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales Pilar Cermeño Roco interpuso con fecha 16 de febrero de 2021, recurso contencioso- administrativo que se registro con el numero 55/2021, contra la desestimación presunta del Consejo de Ministros de la solicitud de reequilibrio económico de la concesionaria por los efectos del COVID-19. del "Contrato de Concesión Administrativa de Construcción, Conservación y Explotación de la autopista de peaje Alicante-Cartagena: Tramo Desde la autovía A-7 (Alicante Murcia) hasta Cartagena".

SEGUNDO.- En su escrito de demanda de fecha 26 de abril de 2021 alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

“se dicte Sentencia por la que se estime el presente recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la Solicitud de Reequilibrio y, de acuerdo con ella:

I. Petición principal: que se acuda al artículo 34.4 del RD-ley 8/2020 tanto para computar el perjuicio económico por los Efectos del COVID-19 como para calcular la correspondiente ampliación de plazo, entendiendo que los apartados 2, 3 y 4 del artículo 25 del RD-ley 26/2020 no aplican por ser inconstitucionales, y, en su virtud:

1) se reconozca el derecho de la Concesionaria a un reequilibrio por los daños derivados de los Efectos del COVID-19 durante el Estado de Alarma más un mes, que ascienden a 3.049.838 Euros en 2020 y se acuerde ampliar el plazo del Contrato de Concesión en 235 días.

2) Subsidiariamente, se reconozca el derecho de la Concesionaria a un reequilibrio por los daños derivados de los Efectos del COVID-19 durante el Estado de Alarma, que ascienden a 2.424.423 Euros en 2020 y se acuerde ampliar el plazo del Contrato de Concesión en 187 días.

II. Petición subsidiaria: que se acuda al artículo 34.4 del RD-ley 8/2020 para computar el perjuicio económico por los Efectos del COVID-19, pero al apartado 4 del artículo 25 del RD-ley 26/2020 para calcular la correspondiente ampliación de plazo, entendiendo que solo los apartados 2 y 3 del artículo 25 del RD-ley 26/2020 no aplican por ser inconstitucionales, y, en su virtud:

1) se reconozca el derecho de la Concesionaria a un reequilibrio por

los daños derivados de los Efectos del COVID-19 durante el Estado de Alarma más un mes, que ascienden a 3.049.838 Euros en 2020 y se acuerde ampliar el plazo del Contrato de Concesión en 93 días.

2) Subsidiariamente, se reconozca el derecho de la Concesionaria a un reequilibrio por los daños derivados de los Efectos del COVID-19 durante el Estado de Alarma, que ascienden a 2.424.423 Euros en 2020 y se acuerde ampliar el plazo del Contrato de Concesión en 74 días.

Y todo ello con expresa condena en costas a la Administración demandada. ““

TERCERO.- El Abogado del estado contestó a la demanda por escrito de fecha 1 de junio de 2021 en que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

“tenga por hechas las alegaciones anteriores y por cumplimentado el trámite concedido debiendo desestimar la demanda íntegramente con expresa imposición de costas al recurrente, teniendo por despachado el traslado concedido.”“

CUARTO.- El Letrado de la Administración de Justicia dictó Decreto el 2 de junio de 2021, por el que acuerda fijar la cuantía del presente recurso contencioso-administrativo en indeterminada.

QUINTO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto el 24 de junio de 2021, cuya parte dispositiva dice literalmente:

“1) Recibir el recurso a prueba.

2) Admitir las propuestas por las partes.

3) Practicar las propuestas por la demandante, para lo que, respecto de la documental A y documental B, se tiene por incorporada y reproducida. Respecto de la C Pericial, se tiene por aportado el dictamen pericial de fecha 21 de abril de 2021, elaborado por D. Braulio, Socio Director de Silva & Asociados, Asesores Financieros, S.A., titulado "AUSUR, Autopista del Sureste, Concesionaria Española de

Autopistas, S.A.: Informe pericial sobre la solicitud de reequilibrio de la concesión por los efectos del COVID-19 durante el estado de alarma más un mes" (DOCUMENTO 6).

En cuanto a la intervención del Sr. Braulio y debido a las restricciones de acceso al Tribunal, se citará al mismo para que se ratifique en Secretaría, con trámite escrito de aclaraciones posterior a las partes.

4) Practicar la propuesta por la Administración, para lo que se tiene por aportado el dictamen técnico firmado por D. Cipriano. En cuanto a su intervención y debido a las restricciones de acceso al Tribunal, se citará al mismo para que se ratifique en Secretaría, con trámite escrito de aclaraciones posterior a las partes. ""

SEXO.- La representación procesal de la parte recurrente, presento escrito de conclusiones el 24 de septiembre de 2021 en que tras efectuar las manifestaciones que estimo pertinentes, lo concluyó con el siguiente suplico:

""que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, previos los trámites oportunos, y de acuerdo con cuanto se ha expuesto en el mismo, dicte Sentencia por la que se estime el recurso interpuesto por mi mandante. Todo ello condenando al pago de costas a la Administración demandada. ""

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 27 de septiembre de 2021, se tiene por evacuado el trámite de conclusiones conferido a la parte recurrente, dando traslado del mismo a la parte demanda, otorgándole el plazo de diez días para que presente las suyas

El Sr. Abogado del Estado presento escrito de conclusiones el 7 de octubre de 2021, en el que tras alegar cuanto estimo pertinente lo concluyó con el siguiente suplico:

""tenga por hechas las anteriores manifestaciones, por cumplimentado el trámite de conclusiones concedido y, en su momento, dicte Sentencia desestimando íntegramente las pretensiones del recurrente y confirmando la actuación impugnada, con expresa imposición de costas al recurrente.""

OCTAVO.- Por providencia de 27 de abril de 2022, se designa Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señala para la votación y fallo de este recurso el día 12 de julio de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso contencioso-administrativo: El asunto litigioso relativo a la impugnación de la desestimación presunta por el Consejo de Ministros de la solicitud de reequilibrio económico de la concesión formulada por Ausur -Autopista del Sureste- Concesionaria Española de Autopistas S.A.

El recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Ausur -Autopista del Sureste- Concesionaria Española de Autopistas S.A. contra la desestimación por el Consejo de Ministros de la solicitud de reequilibrio económico del contrato de concesión por los daños derivados del Covid-19, tiene como objeto la pretensión, de que se reconozca que tiene derecho a que se aplique el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, tanto para computar el perjuicio económico ocasionado como para calcular la correspondiente ampliación del plazo de concesión, entendiéndose que los apartados 2, 3 y 4 del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020 no se aplican por ser inconstitucionales, y, conforme a este pronunciamiento, se reconozca el derecho a percibir 3.049.838 euros en 2020 y se acuerda ampliar el plazo de contrato de concesión en 235 días.

Esta pretensión, que se formula con carácter principal, se fundamenta, en primer termino, en la alegación de que son inconstitucionales los apartados 2, 3, 4 del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-

19 en los ámbitos de transportes y vivienda, por vulneración de los artículos 9.3, 14, 33 y 86.1 de la Constitución, por lo que se solicita que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional a los efectos de que declare la invalidez de dichos apartados.

Se aduce, al respecto, que el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020 vulnera el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, en cuanto establece una situación discriminatoria e injusta para las sociedades concesionarias de autopistas y autovías adjudicadas por la Administración General del Estado respecto de otras concesiones y contratos públicos. Se argumenta que no concurre ningún elemento diferenciador de relevancia jurídica que justifique, dicho trato diferenciado el distinto tratamiento que se revela irrazonable y arbitrario, en relación con el régimen de reequilibrio económico compensatorio reconocido a las autopistas adjudicadas por las Comunidades Autónomas, que pueden acudir al régimen específico previsto en el apartado 4 del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020.

El trato discriminatorio también se alega frente a otras concesiones de obras y de servicios de entidades pertenecientes al Sector Público, así como frente a las concesiones de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera y frente a otros contratos públicos.

En relación con la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución, se afirma que el apartado 3 del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020 contraviene los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales e interdicción de la arbitrariedad recoge de los preceptos constitucionales.

Se arguye que la vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales es clara, en la medida que el Real Decreto-ley 26/2020 *negó de facto* el derecho de las concesionarias de autopistas y autovías del Estado a obtener un reequilibrio (reconocido tanto por la normativa general y el Contrato de Concesión como, posteriormente, por el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020) con efectos retroactivos desde el 14 de marzo de 2020, a pesar de que fue publicado el 7 de julio de 2020, una vez que el periodo de vigencia del estado de alarma ya había finalizado.

Se señala que, aun cuando el reconocimiento del derecho de la Concesionaria "*haya revestido singular forma de ley*" (a través de la normativa general y, más tarde, por el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020), ello no habilita al Gobierno a anular posteriormente dicho derecho a través de un nuevo Real Decreto-ley con efectos retroactivos y sin ningún tipo de limitación. Para ello, según exige el Tribunal Constitucional, hubiera sido necesario, al menos, la previa constatación de una infracción del ordenamiento jurídico susceptible de causar este efecto, en un procedimiento contradictorio con audiencia de la interesada, tal como se indica en la sentencia del Tribunal Constitucional 45/2018, de 26 abril.

En cuanto a la vulneración del principio de seguridad jurídica, se expone que este principio constitucional reclama que las normas se promulguen persiguiendo la claridad y no la confusión normativa. Se cuestiona la legalidad del régimen creado por el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020 por haber creado una gran confusión normativa estableciendo un régimen con efectos retroactivos vestido como una suerte de mecanismo de compensación por los efectos del COVID-19, que, en realidad, persigue la denegación de facto de cualquier solicitud de reequilibrio que pudieran presentar estas concesionarias en relación con el Periodo Objeto de Indemnización.

Se aduce que las sociedades concesionarias de autopistas tenían, hasta la aprobación del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, seguridad jurídica sobre el régimen aplicable para articular las solicitudes de reequilibrio por los Efectos del COVID-19, tanto por la normativa general y el clausulado de sus contratos, como por el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, que reconoció expresamente este derecho durante el Periodo Objeto de Indemnización. En su opinión, el artículo 25 del Real

Decreto-ley 26/2020 subvierte de forma sorpresiva y con efectos retroactivos el régimen jurídico sobre el cual las concesionarias había depositado su confianza legítima, vulnerando así el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la CE.

En relación con la vulneración del artículo 33 de la Constitución, se alega que el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020 infringe este precepto que consagra el derecho a la propiedad que prohíbe que nadie sea privado, total o parcialmente, de sus derechos sin compensación y al margen de las garantías constitucionales que gobiernan las actuaciones del Estado con contenido expropiatorio.

Se argumenta que en el presente caso estamos ante lo que el Tribunal Constitucional califica como una "expropiación legislativa" del derecho de la Concesionaria a obtener una compensación por los Efectos del COVID-19 que se encontraba reconocido, por un lado, por la normativa general y por el Contrato de Concesión y, por otro lado, por el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020.

Se subraya que no estamos ante una mera expectativa abstracta, sino ante un verdadero derecho subjetivo efectivo y actual, consolidado, e integrado, desde su nacimiento en el patrimonio de la Sociedad.

Según su criterio, este derecho nació, primero, con la formalización del Contrato de Concesión a la luz de la normativa general vigente en ese momento (este marco legal devino *lex contractus*), que se ha mantenido inalterada en su esencia desde entonces (toda la normativa posterior ha reconocido el derecho al reequilibrio de la concesionarias basado en supuestos de *factum principios*, fuerza mayor y riesgo imprevisible), y luego con la aprobación del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, que reconoció el derecho al reequilibrio de la Concesionaria por los Efectos del COVID-19 durante el Periodo Objeto de Indemnización.

Se argumenta que en el presente caso no concurren los requisitos constitucionales para que los requisitos constitucionales para que, a través de una norma con rango de ley, se pueda ejercer la potestad expropiatoria son tres: 1) un fin de utilidad pública o interés social, o causa *expropiandi*; 2) el derecho del expropiado a la correspondiente indemnización, y 3) la realización de la expropiación de conformidad con lo dispuesto en las Leyes.

La vulneración del artículo 86.1 de la Constitución se sustenta en el alegato de que no concurre el presupuesto habilitado de extraordinario y vigente necesidad, por lo que el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020 debe correr la misma suerte que los Reales Decretos-ley 4/2000 y 5/2002 que fueron anulados por el Tribunal Constitucional en las sentencias 68/2007 y 137/2011.

Tras la exposición de este desarrollo argumental sobre la inconstitucionalidad de los apartados 2, 3, y 4 del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, se alega que para colmar las lagunas que dejan los vicios de inconstitucionalidad de la citada disposición, una vez decretada su desaparición del ordenamiento jurídico, el marco legal que debe aplicarse para el restablecimiento del reequilibrio por los efectos del Covid-19 vuelve a ser el apartado 4 del artículo 34 del Real Decreto- ley 8/2020, como lo era antes de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de dicha norma inconstitucional.

Y a partir de este pronunciamiento de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, se argumenta que debe reconocerse el derecho a ser compensado por la pérdida de ingresos en los términos del apartado 4 del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, por el periodo comprendido por el Estado de Alarma más un mes, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final décima del citado Real Decreto-ley 8/2020.

SEGUNDO.- Sobre el marco jurídico aplicable que resulta relevante para resolver el recurso contencioso-administrativo.

Antes de abordar las cuestiones jurídicas planteadas por la parte demandante, procede reseñar las normas jurídicas que resultan aplicables para resolver el presente recurso contencioso-administrativo:

A) El Derecho estatal.

El artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, tras la redacción introducida por el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019. bajo el epígrafe "Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19", en su apartado 4 dispone:

“4. En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo.”

La disposición final décima del Real Decreto-ley 8/2020, e 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, bajo el epígrafe "Vigencia", establece:

“Las medidas previstas en el presente real decreto ley mantendrán su vigencia durante el plazo de un mes desde su entrada en vigor, sin perjuicio de que, previa evaluación de la situación, se pueda prorrogar su duración por el Gobierno mediante real decreto-ley. No obstante lo anterior, aquellas medidas previstas en este real decreto-ley que tienen plazo determinado de duración se sujetarán al mismo”

El artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, bajo el epígrafe "Condiciones de reequilibrio económico de los contratos de concesión para paliar las consecuencias del COVID-19.", dispone:

“1. Este artículo regirá para los contratos de concesión comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; siempre que hayan sido adjudicados por el Estado y que se trate de:

- a) Concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje.
- b) Concesiones para la conservación y explotación de las autovías de primera generación.
- c) Concesiones de áreas de servicio de la Red de Carreteras del Estado.

2. En las concesiones a que se refiere el apartado anterior, la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado para combatirlo solo darán derecho al reequilibrio del contrato cuando se cumplan los requisitos establecidos en este artículo. En ningún caso ese derecho podrá fundarse en las normas generales sobre daños por fuerza mayor o sobre restablecimiento del equilibrio económico que, en su caso, pudieran ser aplicables al contrato.

3. A los efectos del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se apreciará imposibilidad de ejecución del contrato, total o parcial, cuando el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido positivo.

Cuando el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido negativo, se compensará al concesionario la menor de las siguientes cantidades:

a) El importe necesario para que el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma llegue a cero.

b) La diferencia entre el margen bruto de explotación durante el periodo de vigencia del estado de alarma y dicho margen durante el mismo periodo del año anterior.

A estos efectos, se entiende por margen bruto de explotación la diferencia entre ingresos generados y gastos ocasionados, sin incluir amortizaciones ni provisiones, debidamente acreditados, por las actividades de explotación de la concesión. No se considerarán los ingresos y los gastos de inversión o financiación, las moratorias o condonaciones pactadas por el concesionario, ni los salarios de los trabajadores incluidos en Expedientes de Regulación Temporal de Empleo.

4. El reequilibrio consistirá en la ampliación del plazo de duración de la concesión, para lo cual se considerará un crecimiento anual acumulativo de los ingresos del 2%, con respecto a los de 2019. Asimismo, a efectos de actualización monetaria, la tasa de descuento será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a 10 años de los primeros 6 meses de 2020, o en su defecto de los últimos seis meses disponibles, publicados por el Banco de España, incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos.

En ningún caso la ampliación del plazo podrá exceder la duración de la vigencia del estado de alarma.

5. Para que pueda reconocerse el derecho al reequilibrio será necesario que la solicitud, dirigida al órgano de contratación, se presente antes de noviembre de 2020.”“

TERCERO.- Sobre el examen de los motivos de impugnación formulados contra la desestimación presunta por el del Consejo de Ministros de la solicitud de reequilibrio económico del contrato de concesión por la situación creada por los efectos del COVID-19, en relación con la petición de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de los apartados 2, 3 y 4 del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio.

A los efectos de delimitar con precisión el alcance de las pretensiones deducidas en el presente recurso contencioso-administrativo, cabe poner de relieve, en primer termino, que la parte demandante ha desistido de ampliar el objeto de este recurso contencioso-administrativo, en los términos del artículo 36 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, al Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de junio de 2022, por el que se resuelven determinadas solicitudes de reequilibrio que, por razón del COVID-19, presentaron las sociedades concesionarias de autopistas nacionales de peaje, que desestima expresamente la reclamación formulada, el 29 de octubre de 2020, ante el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana por Ausur -Autopista del Sureste -Concesionaria Española de Autopistas S.A. con base en la consideración jurídica de que la Administración no disponía de los tránsitos producidos (matrices origen-destino) relacionadas con sus correspondientes ingresos, ni justificaciones de los gastos

incurridos por la sociedad concesionaria y teniendo en cuenta que la propia sociedad concesionaria afirma que el margen bruto de expropiación asciende a 287.944.80 euros (mayor que cero).

La constatación de esta conducta procesal permite inferir que el verdadero objeto de este proceso es que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo -tal como se formula en el primer otrosí de la demanda- plantease una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al amparo del artículo 163 de la Constitución, el artículo 5.2 de la ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, acerca de la inconstitucionalidad de los apartados 2, 3 y 4 del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, por infracción de los artículos 9.3, 14, 33 y 86.1 de la Constitución, porque solo -según se argumenta- con la desaparición de estas previsiones del ordenamiento jurídico existe base jurídica para sustentar su pretensión de reequilibrio económico del contrato concesional, en la medida que vuelve a regir el marco general establecido en el apartado 4 del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

A tal efecto, resulta necesario subrayar que la entidad demandante, como argumento central de la pretensión formulada con carácter principal, que su reclamación de reequilibrio económico del contrato de concesión del tramo de la autopista de peaje AP-7 de la que es concesionaria por los perjuicios derivados de las restricciones de movilidad asociadas a las medidas adoptadas en relación con el COVID 19, tendría amparo en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, que dispone que el reequilibrio en todo caso corresponderá a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados respecto a los previstos en la ejecución del contrato de obra o de servicios. durante el periodo de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19, y, sin embargo, no tendrá encaje legal si se aplicara el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, que, respecto a las concesiones, solo reconoce el derecho al reequilibrio del contrato concesional cuando, entre otros requisitos, se cumple el referido a que el margen bruto de explotación haya sido negativo, pues, a los efectos del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, se prevé que no se apreciará imposibilidad de ejecución del contrato, total o parcial, cuando el margen bruto de explotación durante el periodo de vigencia del estado de alarma haya sido positivo.

Delimitada en estos estrictos términos la controversia jurídica suscitada en este proceso con carácter preferente, debemos examinar si resulta necesario -tal como propugna la entidad demandante- plantear una cuestión de inconstitucionalidad, en relación con lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 del Real Decreto-ley 26/2020, por vulnerar los artículos 9.3, 14, 33 y 86.1 de la Constitución, o si tal pretensión resulta improcedente, como sostiene la Abogacía del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, lo que debemos resolver a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional formulada en relación con la interpretación del artículo 163 de la Constitución, que exige, para que sea procedente el planteamiento de la cuestión que existan dudas razonables, en términos de lógica jurídica, sobre la constitucionalidad de una norma con rango de ley aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo por resultar contraria a la Constitución.

En lo que respecta a la inconstitucionalidad del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, por ser contrario al artículo 14 de la Constitución, esta Sala no aprecia que concurra el presupuesto de que la normativa cuestionada, que regula específicamente el reequilibrio de los contratos de concesión, entre los que se incluyen las concesiones para la construcción, conservación y expropiación de autopistas de peaje, sea discriminatoria por dispensar un tratamiento diferenciado y desigual ante situaciones fácticas o jurídicas sustancialmente idénticas carente de justificación objetiva.

En efecto, en el caso que enjuicamos, desde la perspectiva de aplicación del canon constitucional de igualdad ante la ley, siguiendo los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional en la sentencia



149/2017, no estimamos que concurra el presupuesto de la existencia de un término de comparación válido que permita apreciar que el legislador de urgencia haya incurrido en un trato desigual arbitrario, pues entre el régimen jurídico referido al reequilibrio del contrato para paliar los efectos COVID-19 aplicable a las concesionarias de autopistas de peaje adjudicadas por el Estado frente a los regímenes aplicables a las concesiones de autopistas adjudicadas por las Comunidades Autónomas, respecto de otras concesiones de obras y servicios de entidades pertenecientes al Sector Público, concesiones de transporte de viajeros por carretera y frente a otros contratos públicos, dada la diversidad de regímenes jurídicos reguladores de las distintas modalidades de contratación pública que se invocan, y la disparidad de realidades económicas subyacentes en el desarrollo empresarial de los distintos concesiones de contratos, que evidencia la distinta afectación económica según sea el objeto y la naturaleza del contrato administrativo, lo que determina que consideremos que no sea procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

La entidad demandante sostiene que a las autopistas autonómicas no se les aplica el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, y pueden por ello acudir al régimen específico previsto en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, entendiéndose que, en este caso, tendrá derecho a una compensación íntegra, lo que no se corresponde con el contenido de dicha disposición, tal como aduce la Abogacía del Estado. Resulta, además, relevante, para negar la existencia de un trato diferenciado arbitrario, poner de relieve que no se proporciona ningún supuesto fáctico ni ningún dato normativo que indique que las concesionarias de autopistas autonómicas sean beneficiarias de un derecho al reequilibrio económico de la concesión desligado del presupuesto de imposibilidad total o parcial de la ejecución del contrato.

Este mismo criterio cabe aplicar respecto de los contratos de obras y de servicios de entidades pertenecientes al Sector Público y otros contratos públicos, pues no cabe eludir tanto la regulación específica de esta tipología de contratos públicos, que ofrecen características singulares respecto a las condiciones y plazo de duración del contrato, como a la distinta realidad económica concurrente en la explotación de una cafetería, que no es equiparable con la explotación de una autopista, tal como aduce la Abogacía del Estado.

En relación con las concesiones de servicios de transporte regular de viajeros por carretera, no cabe ignorar las diferencias sustanciales de los efectos que el COVID-19 ha producido en este sector, en el que se adoptaron medidas consistentes en la reducción temporal de servicios, respecto de los ocasionados en el sector de la explotación de autopistas de peaje, en que se siguió prestando el servicio sin interrupción al permanecer abiertas al tráfico de vehículos.

En lo que concierne a la pretensión de que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, respecto de la inconstitucionalidad del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, por vulneración del artículo 9.3 de la Constitución, en el extremo que garantiza el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, en la medida que -según se aduce-, dicha disposición supone la negación de facto del derecho de las concesionarias de autopistas y autovías del Estado a obtener un reequilibrio económico reconocido por la normativa general, el Contrato de Concesión, así como por el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, con efectos retroactivos desde el 14 de marzo de 2020, esta Sala considera que la disposición controvertida en ningún caso puede entenderse que afecte a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en el Título Primero de la Constitución, en los términos del invocado artículo 9.3 del Texto Constitucional, siguiendo los criterios expuestos en las sentencias constitucionales 49/2015 y 51/2018, pues dicha normativa no impone ningún requisito adicional a situaciones jurídicas ya agotadas, por lo que estimamos que no resulta procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucional solicitado.

Debe, asimismo, significarse que dicha disposición tiene como objetivo clarificar el alcance del término "imposibilidad de ejecución del contrato", a que alude el artículo-34.4 del Real Decreto-ley 8/2020,

que constituye el presupuesto para que las concesionarias sean compensadas por la pérdida de ingresos derivada del COVID-19, y que se identifica con los supuestos en que el margen bruto de explotación sea negativo.

Y entendemos que esta delimitación conceptual referida al margen bruto de explotación como requisito esencial para el reconocimiento del derecho al reequilibrio económico, introducida en el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, no se revela contraria a los principios que rigen la contratación pública, y particularmente las concesiones de autopistas, de inmutabilidad, que comporta que el contrato de concesión debe cumplirse de acuerdo con sus cláusulas, de riesgo y ventura, que determina que la frustración de las expectativas económicas asumidas por el concesionario no le autoriza para librarse de sus obligaciones, y de equivalencia, que supone que el contrato de concesión debe mantener el equilibrio económico en los términos en que fue considerado en el momento de su adjudicación, que, sin embargo, no autoriza a mantener el criterio de que cualquier alteración que se produzca en la ejecución de las prestaciones da derecho a restablecerlo, tal como se desprende de la doctrina del Consejo de Estado y de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Tampoco apreciamos que el alegato de la entidad, relativo a la inconstitucionalidad del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020 por vulnerar el principio de seguridad jurídica tenga la sustantividad necesaria para que sea procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Consideramos que no resuelta convincente la tesis que se desarrolla con argumentos genéricos respecto de que dicho precepto provoca confusión entre los destinatarios de la norma, en la medida que vigente de forma sorpresiva con efectos retroactivos en el régimen jurídico sobre el cual las concesionarias habían depositado su confianza legítima, vulnerando así mismo la interdicción de arbitrariedad, ya que no se corresponde dicho reproche con el contenido de dicha disposición.

Por tanto, en las circunstancias analizadas, no se aprecia una situación de confianza legítima que permita fundamentar que la limitación establecida al reconocimiento del derecho al reequilibrio económico, vinculada a que el margen bruto de explotación sea negativo, adoptada por el legislador de urgencia mediante la aprobación del Real Decreto-ley 26/2020, vulnera el referido principio de confianza legítima, y, por ende, el principio de seguridad jurídica.

Respecto del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, basado en el argumento de que el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020 vulnera el artículo 33 de la Constitución, debemos referir que la defensa letrada de la parte demandante parte de la premisa de que el citado precepto es contrario al derecho de propiedad, en cuanto "su intención perniciosa es la de despojar el derecho legítimo de la concesionaria por los efectos del COVID-19", lo que entendemos constituye un planteamiento erróneo, dexcontextualizado del fin legítimo perseguido por dicha legislación especial, que fue regular una situación imprevista derivada de la extensión de una pandemia que tuvo un alcance global, que afectó gravemente a la vida colectiva, y que impactó negativamente en el regular desarrollo de las actividades económicas, estableciendo un régimen compensatorio resiliente específico aplicable a aquellas concesionarias de autopistas y autovías de peaje que tuvieron pérdida de ingresos, que impidiese la ruptura o desbaratamiento sustancial de la economía de la concesión, y que les permitiera continuar con la explotación de la concesión.

A la luz de la doctrina establecida en la sentencia constitucional 45/2018, entendemos que en la regulación cuestionada no puede encuadrarse en la noción de ley singular de contenido expropiatorio. Consideramos que carece de rigor jurídico la tesis de que se le ha expropiado un derecho consolidado, pues sostenemos que ese presunto derecho no nace ni del pliego que rige la concesión (Orden de 14 de noviembre de 1978), ni del artículo 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, ni de lo establecido, como hemos expuesto, en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020.

En lo que concierne a la vulneración del artículo 86.1 de la Constitución, sustentado en el argumento de que no concurre el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad que habilita al Gobierno a dictar disposiciones legislativas provisionales que toman la forma de Decretos-leyes, esta Sala mantiene el criterio de que tampoco resulta procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, pues, como se infiere del propio Preámbulo del Real Decreto-ley 26/2020, la disposición trata de la adopción de medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 con el objetivo de regular los mecanismos procedimentales que permitan minimizar los perjuicios económicos sufridos por determinados operadores económicos, tal como exigía la Comisión Europea, que apelaba a los Estados miembros de la Unión Europea a dar una respuesta inminente para mitigar el impacto económico ocasionado por la pandemia del coronavirus.

En suma, en la medida que hemos realizado un juicio positivo de la constitucionalidad del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, que nos exime de plantear cuestión de inconstitucionalidad, debemos descartar que la solicitud de reequilibrio económico pueda estimarse con base en la aplicación del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, ya que ello supondrá inaplicar el citado artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, y, por tanto, eludir el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha disposición para que le sea reconocido el derecho al reequilibrio económico, en contravención de lo dispuesto con el artículo 117 de la Constitución.

Debe, por tanto, rechazarse la petición subsidiaria formulada referida a que se acuda al artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, entendiéndose que solo los apartados 2 y 3 del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020 no se aplican por ser inconstitucionales, que se desglosa en dos pretensiones diferenciadas, porque se apoya en una selección unilateral de las normas jurídicas que resultan aplicables al caso, que no se ajusta a las reglas de vigencia y aplicación de las normas jurídicas establecidas en el Código Civil.

En consecuencia con lo razonado, procede desestimar el recurso interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Ausur -Autopista del Sureste- Concesionaria Española de Autopistas S.A. contra la desestimación presunta por el Consejo de Ministros de la solicitud de reequilibrio económico del contrato de concesión por los efectos del Covid-19.

CUARTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo a la parte demandante.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cuatro mil euros, más IVA si procede, a la parte demandante.

## FALLO

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

Primero.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de AUSUR -Autopista del Sureste- Concesionaria Española de Autopistas, S.A. contra la desestimación presunta por el Consejo de Ministros de la solicitud de reequilibrio económico del contrato de concesión por los efectos del Covid-19, por ser conforme a derecho.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo a la parte demandante, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

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

Así se acuerda y firma.