



Roj: **STS 5638/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5638**

Id Cendoj: **28079130032023100233**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/12/2023**

Nº de Recurso: **99/2022**

Nº de Resolución: **1719/2023**

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1.719/2023**

Fecha de sentencia: 18/12/2023

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

Número del procedimiento: 99/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/11/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 99/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

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

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1719/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde



En Madrid, a 18 de diciembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo número 99/2022, interpuesto por Autopista Concesionaria Astur Leonesa, S.A., representada por la procuradora de los tribunales doña Alicia Casado Deleito, bajo la dirección letrada de don José María Fernández-Daza de Alvear, contra la desestimación presunta de la solicitud dirigida al Consejo de Ministros reclamando la compensación de los daños sufridos por dicha sociedad desde el 14 de marzo de 2020 hasta septiembre de 2020 como consecuencia de las medidas adoptadas por las distintas autoridades para intentar mitigar los efectos perjudiciales del Covid 19, y que se concretaron, entre otras, en una limitación intensa de la libertad de circulación de los ciudadanos y una práctica paralización de la actividad económica, lo que redujo drásticamente el tráfico y, por lo tanto, los ingresos de la sociedad concesionaria.

Ampliado a la resolución expresa dictada por el Consejo de Ministros de 14 de junio de 2022 por la que se desestimaron las solicitudes de reequilibrio presentadas por varias concesionarias de autopistas, entre ellas "AUCALSA".

Ha intervenido como parte demandada la Administración General del Estado y representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Doña Alicia Casado Deleito, actuando en nombre y representación de la sociedad "Autopista Concesionaria Astur Leonesa SA" (en adelante "AUCALSA") interpone recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la solicitud dirigida al Consejo de Ministros reclamando la compensación de los daños sufridos por dicha sociedad desde el 14 de marzo de 2020 hasta septiembre de 2020 como consecuencia de las medidas adoptadas por las distintas autoridades para intentar mitigar los efectos perjudiciales del Covid 19, y que se concretaron, entre otras, en una limitación intensa de la libertad de circulación de los ciudadanos y una práctica paralización de la actividad económica, lo que redujo drásticamente el tráfico y, por lo tanto, los ingresos de la sociedad concesionaria.

Recurso que posteriormente se amplió a la resolución expresa dictada por el Consejo de Ministros de 14 de junio de 2022 por la que se desestimaron las solicitudes de reequilibrio presentadas por varias concesionarias de autopistas, entre ellas "AUCALSA".

La reclamación se fundamenta en la normativa concesional general aplicable a la Sociedad Concesionaria y en la doctrina jurisprudencial relativa a la obligación de la Administración concedente de indemnizar los daños que el concesionario sufre en supuestos de acaecimiento de unos hechos que puedan calificarse de riesgo imprevisible o de *factum principis*.

La controversia sigue en torno a la normativa aplicable en cada periodo y el cumplimiento de los requisitos para obtener la compensación.

a) La de la Sociedad Concesionaria, que considera aplicable la normativa concesional, en concreto la determinada por la fecha de adjudicación de la Concesión, especificada en el propio Contrato de Concesión (la adjudicación de la Concesión a través del Decreto 2417/1975, de 22 de agosto).

b) La de la Administración, por el contrario, distingue: (i) para el periodo de vigencia del primer estado de alarma (por cierto con vicios de inconstitucionalidad como bien ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en sus sentencias SSTC 148/2021, de 14 de julio y 183/2021, de 27 de octubre), se afana en considerar aplicable y excluyente de cualquier otra, la contenida en el RD ley 8/2020 y en el RD Ley 26/2020, con cita de la disposición final décima del RD ley 8/2020 que declara la vigencia de "las medidas previstas en el presente real decreto-ley [...] hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma [...]" y (ii) para después de dicho periodo, reconoce la aplicabilidad de la legislación general, pero se considera que, aun siendo aplicable esa legislación general, no ampara el reequilibrio solicitado al negar que concurren los elementos que permitirían estimar las pretensiones.

La entidad recurrente no comparte el criterio administrativo de que la disposición final décima pueda ser utilizada para distinguir esos dos periodos. Considera que se trata de una norma sentada para todos los temas regulados en el RD ley 8/2020, no solo para lo relativo a las concesiones de autopistas, y que no autoriza para establecer dos regímenes jurídicos distintos respecto del derecho de la Sociedad Concesionaria a percibir una compensación por los daños sufridos. Por otra parte, los periodos distinguidos no guardan coherencia con la vigencia atribuida en la disposición final décima del RD ley 8/2020 a sus propias medidas, dado que dicha vigencia llega hasta un mes después del fin del periodo de alarma.



El RD Ley 8/2020 dedicó su artículo 34.4 a los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios. Pero su contenido se vio modificado por sucesivas normas tales como el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo o la Ley 14/2021, de 11 de octubre.

De la lectura del precepto se extraen las siguientes consideraciones:

- Alude genéricamente a los contratos públicos de concesión de obras, categoría en que es cierto que debe entenderse incluido el Contrato de Concesión.
- Incluye dichos contratos, independientemente de cuál sea la Administración concedente, ya sea la estatal, la autonómica o la local. - Contempla la situación de hecho creada "por el COVID-19" y las medidas adoptadas por las distintas Administraciones, no solo la Administración concedente.
- Reconoce un derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, como literalmente indica, entendiéndose por tal sencillamente un derecho a la compensación por los daños sufridos, y tiene relevancia que en la descripción de los daños a compensar incluye explícitamente la pérdida de ingresos y el incremento de costes soportados, entre los que incluye los gastos salariales adicionales.
- Deja abierta la medida a adoptar para compensar los daños ("modificación de cláusulas de contenido económico").
- Exige que concurra la imposibilidad de la ejecución del contrato, lo cual se indica que habrá de ser reconocido por el órgano de contratación, que es precisamente también el órgano competente para adoptar las medidas de compensación.
- El contenido del precepto comentado es compatible y hasta complementario con lo que se dispone en la normativa concesional general.

Con posterioridad se dictó el RD Ley 26/2020. El artículo 25 de este RD Ley 26/2020, constituye una modificación sustancial del artículo 34.4 recién citado, pero no lo deroga.

A la vista de tales normas no puede sostenerse que la aplicación del RD ley 8/2020 y del RD Ley 26/2020, se produce con exclusión de la aplicación de la normativa concesional "contractualizada", por diversas razones:

(i) Nada se dice en el RD ley 8/2020 en tal sentido. Cuando se dictó ese RD ley 26/2020 ya habría surgido en favor de la Sociedad Concesionaria el derecho a la compensación de los daños sufridos, tanto al amparo de la normativa concesional como incluso del RD ley 8/2020.

(ii) Ni el RD ley 8/2020 ni el RD ley 26/2020 contienen una regulación exhaustiva de ese derecho a la compensación o al reequilibrio, de manera que ni estaba en la mente de la Administración autora de los Real Decretos-leyes que se excluyese la aplicación de la normativa concesional, ni tal exclusión es materialmente posible por la necesidad de cubrir las lagunas que los mismos presentan en su aplicación.

(iii) La Administración demandada olvida un aspecto esencial del régimen concesional. La relación concesional es una relación a largo plazo nacida de un contrato. Los concesionarios se obligan a ejecutar la obra pública, a abrirla al público usuario y a mantenerla abierta al público y en buen estado durante el periodo concesional. A cambio, tiene un derecho exclusivo de aprovechamiento del dominio público, esto es, un derecho a recibir una compensación por el uso de la infraestructura por terceros ya sea directamente del usuario mismo (peaje al sol) ya sea de la Administración (en el peaje en sombra) y otros derechos a ser compensada en las situaciones que la jurisprudencia ha determinado, entra ellas en ciertos supuestos de pérdida de ingresos. Al ser parte del haz de derechos que nacen del Contrato de Concesión, la privación del mismo exige una indemnización por importe equivalente a lo que supone el derecho del que se privó a la Sociedad Concesionaria. En consecuencia, la exclusión de la aplicación de la normativa concesional general no es aceptable por vulnerar los derechos de la Sociedad Concesionaria sin la debida compensación. Denunciamos, si es esa la posición de la Administración demandada, la vulneración de preceptos constitucionales, entre ellos del artículo 33 de la Constitución.

Por otra parte, la aplicación de lo dispuesto en tales leyes conllevaría un trato discriminatorio, a saber: (a) en primer lugar, al diferenciar sin razón alguna que lo justifique, el régimen de las concesiones de la Administración General del Estado, del régimen de las concesiones autonómicas y de las locales, a las que no sería de aplicación el RD Ley 26/2020; (b) pero tampoco se justifica el trato desigual que se impone en las concesiones estatales por el hecho de que unos daños se produzcan durante la vigencia del estado de alarma (y un mes después) y otros después de ese periodo, cuando de hecho se han decretado posteriormente otros estados de alarma; no se cita, ni la hay, razón alguna para imponer requisitos distintos en uno y otro caso, para poder reclamar una compensación de la Administración concedente.

En suma, entiende que con los Reales Decretos- leyes el Legislador ha traspasado unos límites que constitucionalmente no podía traspasar. La parte recurrente pretende que los Reales Decretos- leyes RD ley



8/2020 y en el RD Ley 26/2020 sean declarados inconstitucionales, y a tal efecto invoca la vulneración del artículo 9 (principio de seguridad), el artículo 14 (al tratar de forma desigual a unas sociedades concesionarias a las que se les se está haciendo soportar un daño similar), el artículo 33 (privación sin causa y sin indemnización de un derecho reconocido contractualmente) o el artículo 24 (derecho a la tutela judicial efectiva, al incidir sobre una relación contractual a través de un Real Decreto ley contra el que el particular no puede solicitar el auxilio judicial, salvo que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad), entre otros preceptos constitucionales con ellos relacionados.

La sociedad recurrente aduce diferentes fundamentos para avalar su pretensión resarcitoria:

1º En primer lugar considera que la normativa a tener en cuenta es la concesional aplicable al contrato de concesión, que no puede ser dejada de lado por la Administración o por el legislador sin compensación de la pérdida que la modificación pueda suponer para la Sociedad Concesionaria.

El régimen jurídico de la concesión adjudicada por Decreto 2417/1975, de 22 de agosto, se dictó por el Ministerio de Obras Públicas la Orden de 13 de diciembre de 1974, por la que se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares ("PCP") al que había de ajustarse la misma.

La concesión se rige por la Ley 8/1972, de 10 de mayo ("LA"), relativa a la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión por las prescripciones del pliego de cláusulas particulares y por el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero. Y con carácter supletorio por la ley de contratos del Estado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril.

Los principios de riesgo y ventura y de mantenimiento del equilibrio económico financiero en la normativa concesional. La sociedad concesionaria adquirió el derecho a percibir de los usuarios el importe de los peajes, no siendo aceptable una intervención administrativa que reduzca la posibilidad de uso de la autopista o lo que es lo mismo de los ingresos de la sociedad concesionaria.

La jurisprudencia recaída bajo la vigencia de la Ley 8/1972 ha venido haciendo jugar en el contrato de concesión, como complementarios, los denominados principios de riesgo y ventura y de mantenimiento del equilibrio económico financiero, como parte esencial de la relación contractual sobre la que se construye la concesión.

Así pues, el derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la ecuación financiera que subyace bajo el contrato es un derecho, que en el marco normativo que nos ocupa, nace, según la jurisprudencia, del propio contrato, más allá de lo dispuesto de forma expresa por la Ley 8/1972, y no puede verse eliminado por lo que la propia Administración concedente o normas legales posteriores puedan establecer.

Pero lo más relevante en un caso como el que nos ocupa es que la jurisprudencia ha resaltado que ese derecho a la compensación de los daños va más allá de los supuestos de *ius variandi*, abarcando el denominado "*hecho del príncipe*" o *actum principis* y la doctrina de la imprevisión o desequilibrio producido por circunstancias excepcionales e imprevisibles ajenas a la intervención administrativa (así: SSTS de 23 de noviembre de 1981; de 2 de diciembre de 1985; o 9 de marzo de 1999).

Se impone a la Administración concedente la obligación de compensar al concesionario los daños que éste sufra por el *factum principis*, entendiéndose por tal, aquellas decisiones de la Administración, al margen de la relación concesional, que, aunque no lo persigan directamente, alteran las condiciones de ejecución del contrato, haciéndolo más gravoso para el concesionario y produciendo por tanto unos daños que deben ser compensados. Y también por razón de acontecimientos imprevistos, inevitables y gravemente perjudiciales para el concesionario.

Pues bien, la crisis sanitaria provocada por la pandemia y las medidas adoptadas por las autoridades administrativas en sus distintos niveles es una circunstancia imprevisible y extraordinaria que hace nacer la obligación de compensar los daños.

Desde marzo de 2020 se produjeron fuertes restricciones a la libre circulación de personas y vehículos. Y las autoridades han dictado resoluciones o recomendaciones sobre otras cuestiones que también han repercutido sobre los desplazamientos. Entre otros campos, en el laboral, han mostrado una preferencia por el trabajo a distancia en las empresas, y en todo momento fomentado y durante un largo periodo impuesto, en la Administración. Obviamente, todo ello ha afectado y afecta al tráfico por carretera y al uso de la Autopista. Y el problema se ha agravado porque los rebrotes de la enfermedad exigieron nuevas restricciones a la movilidad, tras el fin del primer estado de alarma decretado. La sociedad recurrente enumera la lista de medidas adoptadas por las Administraciones tanto durante el primer estado de alarma como después del mismo y como consecuencia de estas acciones se produjo una acusadísima reducción del tráfico que circuló



por la Autopista y consecuentemente una gravísima reducción de los ingresos percibidos por la Sociedad Concesionaria. Esas reducciones afectaron a todo tipo de vehículos y a todo el recorrido de la Autopista, sin que pueda ser discutida la relación de causalidad entre los hechos y acciones descritos y los daños sufridos.

Y a los efectos de cuantificar estos daños describe tres escenarios: a) un primer escenario en el que se considera que el tráfico mensual en 2020 debería haber sido al menos similar al tráfico registrado en la Autopista en el mismo periodo mes a mes en 2019; b) un segundo escenario la Administración está obligada a hacer un cálculo del tráfico previsto para el ejercicio en cuestión y así ponderar el impacto a reconocer a la variación del IPC, tomamos para fijar cuál habría sido el tráfico en 2020 de no haberse tomado las medidas antes descritas; b) un tercer escenario al atender al tráfico que cabía esperar que se hubiera registrado en 2020, estimado para cada tramo y tipo de vehículo, a través de un modelo estadístico, un modelo autorregresivo integrado de promedio móvil ("ARIMA").

La parte acompaña un informe pericial en el que se concluye:

1) una pérdida de ingresos estimada en el período marzo-septiembre 2020 en los escenarios (i), (ii) y (iii) antes descritos, respectivamente, de 8.607.191,31€, de 9.445.016,26 € y de 9.925.774,44 €, sin IVA;

2) ateniéndose al estricto periodo de vigencia del primer estado de alarma en todo el territorio nacional, de 14 de marzo a 20 de junio de 2020, la cifra sería de 6.877.578,93€ en el escenario (i), de 7.204.855,83 € en el escenario (ii) y de 7.796.083,47€ en el escenario (iii);

3) en el Informe Pericial se expresa también cuál es la pérdida relativa de ingresos en los dos periodos, en el Periodo Amplio es de 32,26 %, de 34,32% y de 35,45% para los escenarios (i), (ii) y (iii) respectivamente, y en el Periodo Reducido de 65,99%, de 67,02% y de 68,74%, para esos mismos escenarios respectivamente.

Así pues, siguiente el informe pericial la pérdida de ingresos sufridas durante el periodo comprendido entre marzo-septiembre 2020 (lo que la parte recurrente denomina como "periodo amplio") se cifra en 9.925.774,44 €. Y en el caso de atenerse al periodo referido a 14 de marzo a 20 de junio de 2020 (lo que la parte denomina "periodo reducido") la pérdida ascendería a 7.796.083, 47 € sin que procede añadir ninguna cantidad por incremento de costes ni tampoco deducir ninguna por ahorro de costes.

El recurso razona sobre la concurrencia de los elementos configuradores del riesgo imprevisible y del "factum principis" generadores de un derecho a la compensación de los daños sufridos en favor de la sociedad concesionaria. La crisis de la pandemia es la circunstancia imprevisible y extraordinaria que determina el nacimiento de la obligación de la Administración de compensar daños. Las medidas adoptadas por las autoridades son sin embargo las directamente determinantes de la reducción de la movilidad de los ciudadanos y del tráfico de la Autopista y las que vienen a fundamentar la solicitud.

Así:

a) nos encontramos, en el origen, ante una alteración de circunstancias que resulta imprevisible y extraordinaria (la presencia en España del virus que provocó la pandemia) lo que motivó la declaración de un estado de alarma, que no se había dado en España con esa amplitud.

b) en el contrato de concesión no se encuentran mecanismos reparadores. Las fórmulas ordinarias de revisión de tarifas y peajes resultan de todo punto insuficientes para compensar a la Sociedad Concesionaria por los cuantiosos daños sufridos. Las medidas de compensación han de adoptarse al margen de las previsiones contractuales.

c) las circunstancias contempladas han incidido en la economía de la concesión. La aparición en España de la pandemia y de las medidas adoptadas para combatirla, hicieron disminuir de forma dramática el tráfico en la Autopista y los ingresos de la Sociedad Concesionaria.

d) A los efectos de la aplicación de la doctrina del "factum principis" no es obstáculo que algunas medidas tengan carácter legislativo o que algunas de las actuaciones administrativas procedan en parte de una Administración distinta de la concedente. Y considera relevante que las medidas limitativas acordadas hayan perdido cobertura al haberse declarado inconstitucional el RD 463/202.

A la vista del marco normativo que le es aplicable a la concesión en un caso como el que nos ocupa, la sociedad concesionaria sigue contando con un derecho a la compensación de los daños, aunque las actuaciones procedan de otra.

La Administración, en un inicial borrador de Acuerdo y posteriormente en el Acuerdo expreso del Consejo de Ministro de 14 de junio de 2022 que desestima las reclamaciones presentadas por varias concesionarias de autopistas incluida la hoy recurrente, considera que aun aplicando la normativa concesional no existe obligación de compensar por la obligación de reequilibrar solo surge en los supuestos muy limitados en los





que haya ruptura sustancial de la economía de la concesión y se argumenta que en este caso las restricciones de movilidad no han determinada de forma directa la ruptura sustancial de la económica de la concesión, como lo demuestra el hecho de que el concesionario ha sido capaz de explotar la concesión, asumir los costes de explotación y mantenimiento mediante los ingresos obtenidos.

En la actualidad, para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato alterado por una actuación constitutiva de *factum principis*, es necesario, ciertamente, que ésta haya determinado "la ruptura sustancial de la economía del contrato" (art. 290.4.b) de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público). Tal exigencia se introdujo para el contrato de concesión de obras públicas por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, (en concreto, en el art. 248.2.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, añadido por dicha Ley 13/2003), y se ha mantenido en las diversas Leyes que han disciplinado posteriormente dicho contrato.

Pero, la sociedad recurrente afirma que dicho régimen no se aplica a la Concesión, ya que las disposiciones transitorias contenidas en las diversas leyes reguladoras de la contratación pública han establecido sistemáticamente que las mismas no se aplican a los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, los cuales se seguirán rigiendo por la normativa precedente. Y la normativa aplicable *ratione temporis* a la concesión no exigía, para que procediera el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en caso de *factum principis*, que la afectación a la economía contractual hubiera sido sustancial.

La LCE, citada, no contemplaba expresamente la figura del *factum principis* aunque la jurisprudencia la entendía implícita en su artículo 80. La configuración de dicha figura realizada tanto por el Consejo de Estado (partiendo de su célebre Dictamen número 3725, de 12 de noviembre de 1948) como por el Tribunal Supremo no incluía, entre los requisitos que habían de concurrir para reputar existente un supuesto de *factum principis*, la exigencia de que el mismo hubiera determinado una ruptura sustancial de la economía del contrato.

Es muy significativa, por otra parte, la regulación contenida en el ámbito local y la interpretación jurisprudencial de la misma. En efecto, el RSCL, vigente al tiempo de la licitación y adjudicación de la Concesión, dispone en su art. 127.2. 2º que la Corporación concedente deberá:

"Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual:

- a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución; y
- b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión".

El *factum principis* está comprendido en el ámbito de aplicación de la transcrita letra a). Por su parte, la figura del riesgo imprevisible se contempla en la letra b) del citado art. 127.2. 2º RSCL.

La Administración afirma que, aunque se aplicase la normativa concesional la obligación de reequilibrar solo surgen en supuesto muy limitado en los que haya una "ruptura sustancial de la economía de la concesión". En la actual así se exige en el art. 290.4b) de la vigente Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público, exigencia que se introdujo para el contrato de concesión de obras públicas por la Ley 13/2003 de 23 de mayo (en concreto en su artículo 248.2.b) del Texto Refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio añadido por dicha Ley 13/2003) y se ha mantenido por las leyes posteriores. Pero esta ley no se aplica a la concesión que nos ocupa al haberse adjudicado antes de su entrada en vigor.

En la normativa aplicable *ratione temporis* a la concesión no exigía para que procediese el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en caso de *factum principis* que la afectación, a la economía contractual hubiera sido sustancial.

La parte invoca la STS de 25 de abril de 1986 (Roj: STS 10792/1986) y la STS 25 de abril de 1986 (Roj: STS 2081/1986) para fundamentar la existencia de una cobertura normativa local para el *factum principis* antes del 2003.

Considera que el *factum principis* es una manifestación del principio general de responsabilidad patrimonial.

Rechaza también que exista una obligación de soportar los daños bajo la consideración de que se trata de la adopción de medidas generales. Este deber general podría operar en relaciones de sujeción general pero no cuando se trata de sujetos sometidos a la Administración en una relación de sujeción especial. No puede invocarse el deber general cuando la percepción de peajes, la supervivencia económica de la sociedad concesionaria resulta inviable si se limita la libre circulación. Es algo que no se da en otras sociedades o en otros sectores de la actividad económica.



La demanda también aborda el concepto de "imposibilidad de ejecución". Y ello porque la Administración demandada en virtud del RD Ley 8/2020 cierra el paso a la estimación de la solicitud porque exige que el contrato de concesión devenga de imposible ejecución. La sociedad recurrente considera que el RD Ley 8/2020 no puede hacerse jugar en contra de la normativa concesional incorporada al contrato de concesión, cuando la sociedad concesionaria ha optado por su aplicación. Si se invoca la normativa concesional, como es el caso, y con arreglo a dicha normativa la Sociedad Concesionaria tiene derecho a la compensación de los daños, no puede negársela la Administración al amparo del RD ley 8/2020.

La imposibilidad de ejecución ciertamente aparece cuando opera un mandato de la Administración que impone " cerrar" la Autopista. Pero la imposibilidad de ejecución también aparece cuando las condiciones que se imponen de prestación del servicio son tales que hacen insostenible su mantenimiento. Hay entonces una imposibilidad económica de prestarlo.

El RDL 26/2020 se aparta de la perspectiva puramente material y entra una dimensión más económica como es la que propugnamos. Nos habla de "margen de explotación negativo" que es un concepto económico alejado de esas tesis rigoristas que manejan la Administración demandada y la Abogacía del Estado. No compartimos sin embargo que lo que haya que contemplar desde esa perspectiva económica sea el "margen de explotación negativo" tal y como lo define el RDL 26/2020, porque ese concepto no se consideran todos los costes a los que la sociedad concesionaria debe atender. El margen de explotación negativo no es representativo de los daños que sufre la sociedad concesionaria.

La solicitud de reconocimiento de la imposibilidad de ejecución va implícita en la solicitud de compensación, por dicha razón el reconocimiento debería producirse en la misma resolución que decida sobre la compensación como primer pronunciamiento de la misma.

2º En segundo lugar y subsidiariamente considera aplicable el RD Ley 8/2020. A tal efecto, entiende que el RD Ley 8/2020 operaría como una norma de complemento de la normativa general concesional, atendidas las circunstancias del caso y que al amparo de las previsiones contenidas en el art. 34 del RD Ley 8/2020 se habría producido una imposibilidad de ejecución del contrato concesión que opera como presupuesto para la compensación.

Rechaza, sin embargo, que sea aplicable el Real Decreto ley 26/2020 al considerar que se trata de una norma inconstitucional y contraria a los objetivos que se dicen proteger.

3º En tercer lugar considera que procede la compensación en aplicación del art 3 de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio, y por el impacto de la STC 148/2021 en este ámbito.

A tal efecto entiende que el art. 3.2 de la Ley Orgánica reconoce un derecho a la indemnización por los daños sufridos sin que unos Reales Decretos Leyes puedan negar todo derecho a la compensación de unos daños acreditados. Es más, en caso contrario se vulneraría el principio de competencia al haberse invadido a través de un Real Decreto Ley un ámbito reservado a Ley Orgánica.

Y esta conclusión se refuerza si tomamos en consideración que la STC 148/2021 declaró inconstitucionales los preceptos de cobertura de la mayor parte de las medidas causantes del daño reclamado, por lo que al faltar esa cobertura devienen en acciones antijurídicas.

Por todo ello solicita se dicte sentencia en la que se declare el derecho de la Sociedad Concesionaria a la compensación de los daños sufridos por los Efectos COVID y se acceda a lo solicitado, reconociendo el derecho de:

- de 9.925.774,44 €, o subsidiariamente de no ser estimada esa cifra,
- de 9.445.016,26 €, o subsidiariamente de no ser estimada tampoco esa cifra,
- de 8.607.191,31 €, o subsidiariamente de no ser estimada tampoco esa cifra,
- de 7.796.083,47 €, o subsidiariamente de no ser estimada tampoco esa cifra,
- de 7.204.855,83 €, o subsidiariamente de no ser estimada tampoco esa cifra,
- de 6.877.578,93 €, o subsidiariamente de no ser estimada tampoco esa cifra,
- los daños que se declaren acreditados a juicio de la Excma. Sala

En todos los casos con sus intereses desde la fecha de la Solicitud hasta la del completo pago de la indemnización.

**SEGUNDO.** El Abogado del Estado se opone al recurso.

Considera que no se dan las exigencias para plantear cuestión de inconstitucionalidad.

El Real Decreto Ley no es una ley de caso único ni autoaplicativa, no existe discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución. Se trata de preceptos con vocación de generalidad que traen causa de la finalidad que el mismo precepto proclama en relación a las autopistas en régimen de concesión.

No existe una actuación contraria al art. 9.3 CE ni se cercena el derecho a obtener una tutela judicial efectiva pues disponen de las garantías legales para someter a control la decisión del Gobierno, estando justificado el uso del Real Decreto Ley.

La demanda no contiene una argumentación seria destructiva del "riesgo y ventura". La pandemia es un fenómeno singular que no contaba con regulación específica en la legislación de contratos públicos, lo que explica que se promulgara el Real Decreto Ley 8/2020 y la regulación del régimen de compensación para todos los contratos públicos.

En anteriores recursos a los que se remite se ha rebatido el principio de seguridad jurídica. Y por lo que respecta al derecho de propiedad "no se entiende en qué se basa la demanda para decir que ese derecho a ser compensada "nació, primero, con la formalización del contrato de concesión", pues el pliego que rige esta concesión (aprobado por Orden de 14/1/1998 y publicado en el BOE de 20/1/1998) no contiene la más mínima referencia al derecho de la concesionaria al restablecimiento del equilibrio financiero.

Es más, en el caso de las concesiones de autopistas, ni siquiera la Ley de Autopistas ( Ley 8/1972, de 10 de mayo) reconoce de modo general ese derecho: Solo lo menciona en el artículo 25, para los casos de modificación de la concesión acordada por la Administración. Como es sabido, para las concesiones de autopistas, ese derecho al restablecimiento del equilibrio económico es de construcción fundamentalmente jurisprudencial, basado en principios generales de la contratación.

En cualquier caso, el artículo 25 del RDL 26/2020 no ha "despojado" al concesionario de esta autopista de ningún derecho, ni futuro ni "consolidado".

Considera, por tanto, que no procede plantear cuestión de inconstitucionalidad.

Tampoco existe un derecho de la autopista demandante a ser compensada con fundamento en el artículo 34.4 del RDL 8/2020 pues no existe imposibilidad de ejecutar una concesión cuando es posible ejecutarla técnicamente, pero en términos materialmente distintos a los previstos en la oferta que fue objeto de adjudicación.

También rebate la posibilidad de indemnizar los daños con fundamento en el art. 3.2 de la LO 4/1981, de 1 de junio. Las leyes aplicables al contrato de concesión son, preferentemente, el RDL 8/2020 y el RDL 26/2020, que son las normas que sirven de fundamento para desestimar la petición de indemnización. Por otra parte, el artículo 3.2 de la LO 4/1981 supedita la compensación a que los daños se produzcan "de forma directa" en el que los reclama y la realidad es que las medidas adoptadas por el Gobierno no tuvieron un impacto "directo" en el tráfico de vehículos por las autopistas, pues no se referían concretamente al tránsito de vehículos, sino a la movilidad de las personas en general. tampoco ampara la pretensión de indemnización, conforme a lo dictaminado por el Consejo de Estado en este expediente (páginas 28 a 30 del dictamen nº 698/2021, de 4 de abril de 2022).

Y finalmente argumenta que cuando se promulgó el RDL 26/2020, de 7 de julio, la ahora demandante ni siquiera había presentado la solicitud de compensación de la que deriva este recurso (lo hizo el 29 de octubre de 2020). Ninguna de las normas que regulan los contratos públicos reconocen la posibilidad de que el eventual derecho al restablecimiento del equilibrio financiero que pueda tener el contratista o concesionario nazca automáticamente a favor de este, incluso antes de que ese derecho se haga valer. En cualquier caso, el derecho al reequilibrio económico de la concesión no asegura la ganancia del concesionario en todo caso y frente a todos los avatares.

El fundamento de ese derecho el reequilibrio no consiste en que el concesionario que gane siempre todo lo que él espera, sino en garantizar, por razones de interés público, la continuidad del contrato de concesión cuando alguna circunstancia compromete seriamente su equilibrio económico.

Además, esa regulación especial se suma a la posibilidad, concedida también a estas sociedades concesionarias y efectivamente empleada por ellas, de acogerse a otras medidas compensatorias generales (ertes, avales, etc) adoptadas para paliar los efectos de la pandemia.

Finalmente, la invocación que hace la demandante al "factum principis" no se corresponde con el régimen aplicable a esta institución. Sobre este aspecto, procede remitirse también al dictamen nº 698/2021 del Consejo de Estado.





**TERCERO.** Tras la práctica de la prueba, ambas partes presentaron sus escritos de conclusiones con el contenido obrante en las actuaciones.

**CUARTO.** Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 28 de noviembre de 2023, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** La sociedad recurrente, en su condición de titular de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje "Campomanes-León", solicita la compensación por los perjuicios sufridos entre el 14 de marzo hasta el 30 de septiembre de 2020 como consecuencia de las medidas adoptadas por las distintas autoridades para intentar mitigar los efectos perjudiciales del Covid 19, medidas que determinaron una limitación intensa de la libertad de circulación de los ciudadanos y una práctica paralización de la actividad económica, lo que redujo drásticamente el tráfico y, por lo tanto, los ingresos de la sociedad concesionaria.

Su solicitud fue inicialmente rechazada por silencio y posteriormente por resolución expresa del Consejo de Ministros de 14 de junio de 2022 por la que se desestimaron las solicitudes de reequilibrio presentadas por varias concesionarias de autopistas, entre ellas "AUCALSA, titular de la concesión de la autopista "Campomanes- León".

**SEGUNDO.** Sobre los regímenes jurídicos aplicables al ámbito temporal al que se refiere la solicitud de compensación.

Antes de cualquier otra consideración es preciso analizar la normativa aplicable al periodo reclamado - que abarca desde el 14 de marzo hasta 30 de septiembre de 2020- al existir una discrepancia sobre este extremo.

### 1. Posición de la sociedad recurrente.

La sociedad concesionaria fundamenta su pretensión compensatoria invocando diferentes regímenes jurídicos de forma alternativa:

1.1 Con carácter preferente considera como normativa aplicable para todo el periodo reclamado las normas que regían la relación concesional a la fecha de su adjudicación - Decreto 2417/1975, de 22 de agosto-

De modo que sería aplicable la Ley 8/1972, de 10 de mayo relativa a la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión por las prescripciones del pliego de cláusulas particulares y por el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero. Y con carácter supletorio por la ley de contratos del Estado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril.

Entiende que la normativa que rige la relación contractual que no puede ser dejada de lado por la Administración o por el legislador sin compensación por la pérdida que la modificación pueda suponer para la sociedad concesionaria.

Afirma que cuando se dictó ese RD ley 26/2020 ya habría surgido en favor de la sociedad concesionaria el derecho a la compensación de los daños sufridos, tanto al amparo de la normativa concesional como incluso por el mecanismo de compensación previsto en el RD ley 8/2020.

Y finalmente entiende que los Reales Decretos-leyes 8/2020 y RD Ley 26/2020 no deben aplicarse por ser inconstitucionales. Y a tal efecto, invoca la vulneración del artículo 9 (principio de seguridad), el artículo 14 (al tratar de forma desigual a unas sociedades concesionarias a las que se les se está haciendo soportar un daño similar), el artículo 33 (privación sin causa y sin indemnización de un derecho reconocido contractualmente) o el artículo 24 (derecho a la tutela judicial efectiva, al incidir sobre una relación contractual a través de un Real Decreto ley contra el que el particular no puede solicitar el auxilio judicial, salvo que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad). Y finalmente argumenta que la aplicación de lo dispuesto en tales leyes conllevaría un trato discriminatorio: (a) en primer lugar, al diferenciar sin razón alguna que lo justifique, el régimen de las concesiones de la Administración General del Estado, del régimen de las concesiones autonómicas y de las locales, a las que no sería de aplicación el RDL 26/2020; (b) pero tampoco se justifica el trato desigual que se impone en las concesiones estatales por el hecho de que unos daños se produzcan durante la vigencia del estado de alarma (y un mes después) y otros después, cuando de hecho se han decretado posteriormente otros estados de alarma; no se cita, ni la hay, razón alguna para imponer requisitos distintos en uno y otro caso, para poder reclamar una compensación de la Administración concedente.

1.2 En segundo lugar, y subsidiariamente, considera aplicable el R.D Ley 8/2020. A tal efecto, entiende que dicha norma operaría como complemento de la normativa general concesional, atendidas las circunstancias del caso y que al amparo de las previsiones contenidas en el art. 34 del RD Ley 8/2020 se habría producido una imposibilidad de ejecución del contrato concesión que opera como presupuesto para la compensación. Rechaza, sin embargo, que sea aplicable el Real Decreto ley 26/2020 al considerar que se trata de una norma inconstitucional y contraria a los objetivos que se dicen proteger.

1.3 En tercer lugar funda la compensación reclamada en el art. 3 de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio, invocando la inconstitucionalidad del estado de alarma acordada por la STC 148/2021.

## 2. Posición de la Administración

La Administración, al tiempo de establecer las normas aplicables para resolver la compensación solicitada, distingue dos periodos:

2.1 Durante el periodo en que han estado vigentes el art. 34.4 del RD ley 8/2020 y el art. 25 del RD Ley 26/2020 considera que toda compensación debe ajustarse a las previsiones de dichas normas, sin que queda acudir a mecanismo de reequilibrio ajenos a ellas.

A su juicio, se trata de una normativa especial cuya aprobación se justifica por la necesidad de regular una situación singular excepcional surgida de la pandemia y que, según la disposición final décima del RD ley 8/2020, las medidas previstas en dicha norma "[...] mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma".

2.2 Respecto del periodo reclamado que excede del ámbito temporal de aplicación de dichas normas considera aplicable la legislación general, aunque, aun así, entiende que dicha legislación no ampara el reequilibrio solicitado al negar que concurran los elementos que permitirían estimar sus pretensiones.

## 3. Postura del Tribunal.

En respuesta a esta controversia ha de partirse de que la situación de pandemia generada por el virus conocido como "Covid-19" motivó la declaración del estado de alarma en nuestro país, dictándose una serie de medidas que restringieron la circulación de las personas y vehículos. Se prohibió la movilidad interprovincial en determinados periodos, se acordó el confinamiento de las personas salvo para prestar servicios esenciales y más adelante se restringió la movilidad en determinadas zonas, aunque las autovías permanecieron abiertas.

La duración de este primer estado de alarma fue inicialmente de 15 días naturales ( art. 3) desde la publicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo BOE (14 de marzo de 2020) que se fue prorrogando por sucesivos Reales decretos -mediante Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; mediante Real Decreto 487/2020, de 10 de abril; mediante Real Decreto 492/2020, de 24 de abril; mediante Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo; mediante Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo; y finalmente mediante Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, en virtud del cual el estado de alarma se extendió hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020- hasta las 00:00 horas del 21 de junio de 2020, estando sometido a las mismas condiciones establecidas en el Real decreto 463/2020 ( art. 2 del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio).

Para paliar los efectos económicos de la grave situación generada, el Real Decreto-ley 8/2020 adoptó medidas con las que se pretendía, tal y como afirmaba su exposición de motivos, "evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o las entidades que integran la Administración Local y todos sus organismos públicos y entidades de derecho público tengan un impacto estructural negativo sobre esta parte del tejido productivo".

Entre estas medidas se contenían previsiones de compensación referidas a la contratación pública (art. 34) y más específicamente en el apartado cuarto de dicha norma, disposiciones aplicables a los contratos públicos de concesión de obras y de servicios vigentes a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley celebrados por las entidades pertenecientes al sector público, disponiéndose el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato en los términos fijados en dicha norma. Previsión que posteriormente se vio completada con lo dispuesto en el art. 25 del RD Ley 26/2020.

El artículo 34.4 en su redacción inicial, si bien reconocía al concesionario el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato (compensando a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportado, bien mediante la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o bien mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato), dicha compensación solo resultaba procedente "cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato" y se acreditasen los gastos. Por el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, se permitió reequilibrar las concesiones en caso de imposibilidad parcial.



Esta previsión fue modificada por el art. 25 del Real Decreto-ley 26/2020 que, refiriéndose a los contratos de concesión comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 34 del RD- Ley 8/2020 (contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de dicha norma) adjudicados por el Estado, concretó la condiciones exigibles para que procediese el reequilibrio económico del contrato, especificando qué debía entenderse por "imposibilidad de ejecución del contrato". En síntesis, el Real Decreto-ley 26/2020 estableció que no existía la imposibilidad de ejecución del contrato, ya fuera total o parcial, cuando el concesionario cubre con sus ingresos sus gastos de mantenimiento y explotación (margen bruto de explotación positivo).

Tales normas fueron aplicables durante el tiempo de vigencia del estado de alarma y un mes después ( Disposición final décima del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo), es decir desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 21 de julio de 2020 y contienen previsiones específicas para compensar los perjuicios que, por lo que ahora nos afecta, sufrieron los concesionarios como consecuencia de las medidas adoptadas por las Administraciones públicas para poner freno a la pandemia.

No puede compartirse la tesis de la sociedad recurrente cuando afirma durante el periodo en que estuvieron vigentes el RD ley 8/2020 y en el RD Ley 26/2020, dichas normas no serían aplicables y la compensación se regía por la normativa que rige esta concesión y la normativa contractual vigente cuando se adjudicó la concesión.

El reequilibrio económico y la compensación solicitada surge por la situación excepcional derivada de la pandemia y se fundamenta, según se expresa en su demanda, en "las medidas adoptadas por las distintas autoridades para intentar mitigar los efectos tan perjudiciales y dolorosos que la enfermedad Covid- 19 produjo" especialmente por la intensa limitación de la libertad de circulación de los ciudadanos y la practica paralización de la actividad económica, lo que redujo drásticamente el tráfico y, por lo tanto, los ingresos de la sociedad concesionaria.

Las medidas limitativas de la movilidad se adoptaron por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, que declara el estado de alarma, norma que, como se ha encargado de destacar el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, tiene rango o valor de ley ( STC 83/2016, de 23 de febrero FJ 10). Así se afirmó también en la STS nº 1360/2023, de 31 de octubre de 2023 (rec. 453/2022) señalando que "[...]los Reales Decretos de declaración de estado de alarma 463/2020 y 926/2020, y sus correspondientes prórrogas, ostentan la naturaleza jurídica de disposiciones con valor de ley".

Y los Reales Decretos Leyes 8/2020 y RD Ley 26/2020, dictados en situación de extraordinaria y urgente necesidad, son normas con rango de ley destinadas a regular y modular las consecuencias de la pandemia y su reparación, por lo que, durante el periodo de su vigencia, resultaban aplicables para resolver la reclamación que se entabla por los perjuicios derivados de las medidas adoptadas en esta situación excepcional. Es más, estas normas excluyen expresamente otros mecanismos de reparación diferentes a los contemplados en las mismas. Así lo dispone el art. 25 del Real Decreto-ley 26/2020 "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".

Como ya sostuvimos en la STS nº 1034/2023, de 18 de julio de 2023 (rec. 159/2022) la pretensión de acudir a los mecanismos de compensación generales contenidas en la LCAP 1995 o aplicar tan solo la compensación prevista en el artículo 34.4 RD-L 8/2020 supondría inaplicar el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020 y la modificación legal contenida en dicha norma. Ello solo sería viable si la ley, previo el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por este Tribunal, se declarase inconstitucional. Solo dicha inconstitucionalidad permitiría no aplicar dicho precepto y así acudir directamente a las previsiones del artículo 34.4 del RD-L 8/2020 o a las normas generales de la ley de contratos de las Administraciones públicas.

No es posible, por el contrario, eludir directamente 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, pues implicaría "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", tal y como se afirmó en nuestra STS nº 1038/2022 de 19 de julio (recurso. 55/2021).

Tampoco es posible prescindir de las previsiones del art. 25 del RDL 26/2020 acudiendo directamente al artículo 3.2 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, pues si bien dicho precepto establece que "Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños



o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes". Esta indemnización lo es, por tanto, "de acuerdo con lo dispuesto en las leyes". Y en este caso, las leyes aplicables al contrato de concesión son el RDL 8/2020 y el RDL 26/2020 en las que se regula cuando resulta procedente la indemnización y con que alcance.

En definitiva, como ya señalamos en nuestra STS nº 1038/2022 de 19 de julio (recurso. 55/2021) "solo 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".

De modo que si se considera que las previsiones contenidas en el art. 34.4 RD-Ley 8/2020 y en el art. 25 del RD Ley 26/2020, de 7 de julio, son conformes con la Constitución, serán estas las normas aplicables para atender a la compensación solicitada por la sociedad concesionaria durante el periodo de vigencia del primer estado de alarma y el mes siguiente, es decir desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 21 de julio de 2020.

Por lo que respecta al periodo posterior, ambas partes coinciden en afirmar que la normativa aplicable para las concesiones adjudicadas antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2003 de 23 de mayo - como es el caso dado que fue adjudicada por Decreto 2417/1975, de 22 de agosto-, es la Ley 8/1972, de 10 de mayo, relativa a la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión por las prescripciones del pliego de cláusulas particulares y por el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero. Y con carácter supletorio por la ley de contratos del Estado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril. Si bien, cada una de ellas extrae de estas normas conclusiones muy distintas.

**TERCERO.** Sobre la constitucionalidad de las previsiones contenidas en el art. 34.4 R.D Ley 8/2020, con las exigencias y precisiones contenidas en el art. 25 del R.D Ley 26/2020, de 7 de julio,

Así pues, la primera de las cuestiones que es preciso abordar son las dudas de constitucionalidad planteadas por la parte recurrente respecto de tales normas, especialmente respecto del art. 25 del Real Decreto Ley 26/2020.

Este Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre este extremo en sus sentencias STS nº 1038/2022 de 19 de julio (rec. 55/2021) y en la STS nº 1034/2023, de 18 de julio de 2023 (rec. 159/2022) en las que se emitió un juicio positivo de constitucionalidad y, por lo tanto, no se consideró necesario el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

En dichas sentencias sostuvimos, y ahora reiteramos, que:

"El RD-Ley 8/2020 de 17 de marzo adoptó un amplio elenco de medidas dirigidas a diferentes sectores de la sociedad y de la actividad económica que, según explica la exposición de motivos de esta norma, están "orientadas a un triple objetivo: Primero, reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; segundo, apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y tercero, reforzar la lucha contra la enfermedad". Mas específicamente, por lo que ahora nos afecta, "[...] se establecen medidas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos, impidiendo la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público y evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades autónomas o las entidades que integran la Administración local y todos sus organismos públicos y entidades de derecho público tengan un impacto estructural negativo sobre esta parte del tejido productivo".

Y en este contexto se prevé un régimen específico de suspensión de los contratos públicos en el que se enmarca el art. 34 cuyo apartado cuarto, estableciendo previsiones para los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley destinadas a regular el restablecimiento del equilibrio económico del contrato "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".

El RD- Ley 26/2020, de 7 de julio, por su parte, adopta medidas complementarias y urgentes que minimicen y mitiguen en grave impacto negativo en los sectores del transporte y de la vivienda. Y su artículo 25 está destinado a desarrollar y especificar las previsiones del art. 34.4 del RDL 8/2020 concretando los criterios que se deben aplicar para apreciar la imposibilidad, total o parcial, de ejecución del contrato y, en su caso, las condiciones de reequilibrio que procede adoptar en los tres siguientes tipos de contratos: concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje; concesiones para la conservación y





explotación de las autovías de primera generación; y las concesiones de las áreas de servicios de la Red de Carreteras del Estado.

En definitiva, los Reales Decretos Ley 8/2020 y 26/2020 regularon, entre otras muchas disposiciones, el reequilibrio económico de los contratos públicos por el impacto causado por el Covid y las medidas adoptadas por las Administraciones públicas durante un periodo limitado, en el periodo de tiempo del primer estado de alarma (14 de marzo a 21 de junio de 2020) tal y como establece la disposición final décima del Real Decreto-ley 8/2020 "Con carácter general, las medidas previstas en el presente real decreto-ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma".

A la vista de estas consideraciones, no puede entenderse que tales normas estén dirigidas a unos destinatarios singulares, sino que se trata de previsiones amplias destinadas a sectores muy variados y que contemplan un amplio abanico de contratos y concesiones, sin perjuicio de que la previsión contenida en el art. 25 del RD- Ley 26/2020 este dirigida a concretar los criterios que se deben aplicar para apreciar la imposibilidad, total o parcial de la ejecución de tres tipos de contratos: concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje; concesiones para la conservación y explotación de las autovías de primera generación; y las concesiones de las áreas de servicios de la Red de Carreteras del Estado, sin que por ello convierta esta norma en una previsión singular por razón del destinatario

Por el contrario, si consideramos que se trata de una norma destinada a regular una situación concreta, singular y excepcional y con una vigencia temporal limitada y no comunicable a otras situaciones, ya que sus previsiones tienen un plazo de vigencia preestablecido (hasta un mes después del fin de la declaración del estado de alarma) lo que permite entender que nos encontramos ante una ley singular, en cuanto "dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable con ningún otro" ( STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 10).

Estas Leyes que según la doctrina del Tribunal Constitucional deben responder a una situación excepcional, igualmente singular, debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediabiles por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada, a una situación singular, sin que sea posible condicionar o impedir por una ley singular el ejercicio de derechos fundamentales que son materia reservada a leyes generales ( STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11). Y finalmente, el canon de constitucionalidad que se debe utilizar al ejercer su función de control de este tipo de leyes es el de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación.

No cabe duda de que ambas normas y las previsiones que incorporan responden a una situación excepcional y singular que exigía la adopción de medidas para combatir la pandemia y paliar la situación económica derivada de esta situación, con una importante incidencia en los contratos públicos existentes" .

Sentadas estas consideraciones generales, abordemos los concretos reproches de constitucionalidad que la parte dirige a tales preceptos.

1º Sobre la infracción del principio de igualdad y no discriminación.

En primer lugar, se cuestiona la constitucionalidad del art. 25 del RD Ley 26/2020 por entender que es contrario al principio de igualdad y produce una situación discriminatoria por cuanto tan solo es aplicable a determinadas concesiones adjudicadas por el Estado sin aplicarse a las concesiones de obras o servicios que tenga un objeto distinto al expresado o que no sean de competencia estatal. Entiende que con ello se trata de forma desigual a unas sociedades concesionarias según sean estatales o autonómicas, pese a que se les está haciendo soportar un daño similar. Y también aduce un trato desigual por imponer requisitos distintos dependiendo de que los daños se produzcan durante la vigencia del estado de alarma o después del mismo, al aplicar regímenes jurídicos diferentes.

Este Tribunal, en contra de lo manifestado por el recurrente, no advierte un trato discriminatorio que vulnere el principio de igualdad en la ley. Varias son las razones que avalan esta afirmación:

En primer lugar, la norma no establece tan solo un régimen de compensación singular para los concesionarios de autopistas sino también previsiones similares para muchos de los sectores económicos de la sociedad y muy específicamente para los contratos públicos. El que se establezca una limitación de la compensación que afecta a este tipo de concesiones no es una previsión exclusiva de estos contratos que los aisle de los demás, sino que tales normas establecen también previsiones que afecta a los restantes contratos públicos, si bien en su contenido y alcance atienden a la singularidad de cada tipo de contratos y a las prestaciones que cada uno comporta.





Por otra parte, las medidas compensatorias adoptadas por estos Reales Decretos Leyes son limitadas y no abarcan la totalidad de los perjuicios sufridos, sino solo aquellos que el legislador consideró imprescindibles para permitir la continuidad de la ejecución del contrato atendiendo al tipo de contrato que se trataba y la incidencia que la situación creada por la pandemia tuvo sobre ellos.

La finalidad que inspiró el artículo 34 del RDL 8/2020 fue procurar, en la medida de lo posible, que continuaran ejecutándose los contratos y solo cuando la situación de hecho impedía esa continuidad, suspender su ejecución y compensar por ello al contratista; pero sin que, con carácter general, se asumiese la compensación por todos los perjuicios económicos sufridos por la totalidad de los beneficios que pudieran haber obtenido si esta pandemia no hubiese existido. De hecho, para los contratos de servicios, el artículo 34.1 permitía suspenderlos si concurría una "situación de hecho que impide su prestación" excluyendo la aplicación a las suspensiones de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre que reconocía el derecho a percibir "un 3 por 100 del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión". Para los contratos de obras se establecían compensaciones cuando se genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato y solo sobre los conceptos contemplados en la norma, sin compensar el lucro cesante o el beneficio industrial. Para los contratos de suministros y servicios de tracto sucesivo, cuyo plazo de entrega no pudiera cumplirse por razón del Covid-19, el artículo 34.3 del mismo RDL 8/2020 permitía conceder una "ampliación del plazo"; si bien, de los perjuicios que por ello experimentara el contratista, solo era indemnizado por "los gastos salariales adicionales".

En definitiva, se trató de conciliar, en la situación planteada por un fenómeno singular como es una pandemia con la necesidad de mantener activa la economía, y por lo que ahora nos afecta, la ejecución de los contratos públicos, estableciendo lo que se consideró una compensación proporcionada a las circunstancias que no incluía la totalidad de sus costes. Por ello, con independencia de otras consideraciones, no puede entenderse que la limitación de los costes susceptibles de compensación sea exclusiva ni discriminatoria respecto de las restantes medidas adoptadas para otros contratos públicos.

En segundo lugar, se reprocha también a estas normas el diferente régimen jurídico al que se somete la compensación de unos daños, dependiendo de que se produzcan durante la vigencia del estado de alarma (y durante un mes más) o después de ese periodo, sin que exista, a juicio de la entidad recurrente, razón alguna para imponer requisitos distintos, en uno y otro caso, para poder reclamar una compensación de la Administración concedente.

Lo cierto es que la posibilidad de que se sucedan normas en el tiempo con la consiguiente alteración de los regímenes jurídicos aplicables no es por sí misma irrazonable ( STC 123/1989 y STC 89/1994), pues el principio de igualdad no opera frente al cambio legislativo. Pero es que, además, la existencia de un régimen jurídico especial y diferenciado durante la vigencia del estado de alarma está plenamente justificada por la excepcionalidad de la situación. Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional la "legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar" ( STC 83/2016 , de 28 de abril, FJ 10).

En tercer lugar, la recurrente cuestiona el art. 25 del RDL 26/2020 por aplicarse a las autopistas de titularidad estatal. Argumenta que ante un mismo problema (el impacto de las medidas adoptadas por la Administración ante la crisis sanitaria) el legislador estatal ha optado por restringir el derecho de reequilibrio a las autopistas de peaje de titularidad estatal, limitación que no afecta a las autopistas de peaje de titularidad autonómica.

Lo cierto es que la apreciación de una violación del principio de igualdad exige constatar, en primer lugar, si la norma dispensa un trato diferente a situaciones iguales y, en caso de respuesta afirmativa, si la diferencia tiene o no una fundamentación objetiva y razonable. No toda diferencia de trato supone una infracción del artículo 14 de la Constitución sino sólo aquella que introduce una distinción entre situaciones de hecho que puedan considerarse iguales y que carezcan de una justificación objetiva y razonable.

En nuestra STS nº 1038/2022 de 19 de julio (rec. 55/2021) ya tuvimos ocasión de analizar la pretendida inconstitucionalidad de dicho precepto por vulneración del artículo 14 de la Constitución, afirmando que:

"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 enjuiciamos, 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".

El establecimiento de un régimen jurídico diferenciado entre la normativa estatal y las autonómicas o entre ellas a su vez, dictadas en el ejercicio de sus respectivas competencias no integra un supuesto de desigualdad contrario a la Constitución. El Tribunal Constitucional se ha encargado de destacar que igualdad no implica uniformidad. De ese modo, se admiten diferencias como resultado, precisamente, de la autonomía política de las comunidades en el marco de sus competencias e intereses. Como se deduce de la doctrina constitucional una cosa es que todos los españoles sean iguales ante la ley y otra, muy distinta, que todos los españoles se rijan por las mismas leyes o que todos los contratos, con independencia de la Administración contratante - estatal o autonómica- estén sometidos a las mismas disposiciones. Y, por otra parte, no se ha acreditado un diferente trato en la percepción de la compensación respecto de las autovías de peaje competencia de las comunidades Autónomas".

2º Sobre la vulneración de los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad e irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales ( art. 9.3 CE).

Íntimamente conectado con el anterior motivo, se denuncia la infracción del principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad por la carencia absoluta de explicación racional del establecimiento para las concesiones de autopistas de competencia estatal de un régimen de reequilibrio más restrictivo que el aplicable a cualesquiera otras concesiones de obras públicas, incluidas las de competencia autonómica.

Alegación que rechazamos por las razones ya expuestas anteriormente, que sirven para despejar las dudas de constitucionalidad por tal motivo.

Sin embargo, en el escrito de conclusiones se añade una alegación de inconstitucionalidad fundada en la vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales ( art. 9.3 CE). En nuestra STS nº 1034/2023, de 18 de julio de 2023 (rec. 159/2022) ya tuvimos ocasión de abordar esta pretendida vulneración. En dicha sentencia afirmábamos, y ahora reiteramos, que:



"Y por lo que respecta a la prohibición de retroactividad debe partirse de que el artículo 25 del RDL 26/2020 no es una norma sancionadora sino reguladora de un derecho de compensación prevista para reparar parte de las consecuencias económicas de una pandemia sobre los contratos públicos.

El Tribunal Constitucional ( STC 99/1987, de 11 de junio, f.j 6) ha señalado que dicho principio "no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico" ( SSTC 27/1981, de 20 de julio; 6/1983, de 4 de febrero, entre otras), y de ahí la prudencia que la doctrina del Tribunal Constitucional ha mostrado en la aplicación del referido principio, señalado que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la C.E., cuando incide sobre "relaciones consagradas" y "afecta a situaciones agotadas", y que "lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad" ( STC 42/1986, de 10 de abril).

Pero en este caso, cuando se promulgo esta norma la concesionaria ni había solicitado la compensación ni, por supuesto, se le había reconocido un derecho a percibir cantidad alguna por tal concepto, por lo que no puede hablarse de situaciones agotadas.

En todo caso, podría entenderse que nos encontramos ante la retroactividad en grado medio que "se produce cuando la Ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas", en la medida en la nueva ley afecta a la compensación por los perjuicios generados a las concesionarias durante el periodo del primer estado de alarma (14 de marzo a 21 de junio de 2020) anterior al momento de entrada en vigor de la nueva norma (9/07/2020).

Pues bien, en los casos de retroactividad de grado medio o impropia, "la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares" [ STC 182/1997, FJ 11 d); con cita de las SSTC 126/1987, FFJJ 11 a 13; 197/1992, FJ 4, y 173/1996, FJ 3], extremos que ya hemos analizado anteriormente".

Y en el caso que nos ocupa, tanto el Real Decreto Ley 8/2020 como el Real Decreto Ley 26/2020 son leyes singulares y especiales que se dictan ante una situación extraordinaria de pandemia y que tratan de paliar las consecuencias negativas que ésta. Este escenario excepcional requiere la adopción de previsiones adecuadas y proporcionales para hacer frente a esta situación, que además tiene una vigencia temporal limitada de unos tres meses. Máxime cuando la finalidad pretendida por la norma no era reintegrar al contratista de todos los perjuicios sufridos por esta situación sino paliar las consecuencias negativas que la pandemia y las medidas adoptadas tuvieron en ellos para permitir la continuidad de los contratos públicos, por lo que, desde una perspectiva general, la limitación de las compensaciones económicas previstas en todos ellos, también en las concesiones como la que nos ocupa, eran adecuadas y proporcionadas al fin previsto por la norma y a la situación que se trataba de remediar.

Por otra parte, 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, vulnere el referido principio de confianza legítima, y, por ende, el principio de seguridad jurídica.

3º Sobre la vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE).

La recurrente considera que dichas normas infringen el derecho a la tutela judicial efectiva al incidir sobre una relación contractual a través de un Real Decreto ley contra el que el particular no puede solicitar el auxilio judicial, salvo que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad por carecer de legitimación para acudir directamente al Tribunal constitucional para impugnarla.

Lo cierto es que la reclamación de la compensación debe instarse por el interesado y está necesitada de un acto administrativo de aplicación, el cual está sometido al control jurisdiccional donde se puede cuestionar no solo si concurren los requisitos legalmente establecidos para obtener la compensación pretendida sino también la constitucionalidad de la ley misma solicitando del tribunal, tal y como se ha hecho en este caso, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, por lo que la norma no cercena la posibilidad de acudir a los tribunales para exigir la correcta aplicación de lo en ella dispuesto ni se impide someter a control la decisión el Gobierno y la constitucionalidad de la misma.



El recurrente se queja, en realidad, de que tenga que recabar el auxilio de un tribunal para plantear la cuestión de inconstitucionalidad sin poder plantearla directamente en defensa de sus intereses. Desde una temprana jurisprudencia del Tribunal Constitucional - STC 17/1981, de 1 de junio- se optó por una concepción objetiva de la cuestión de inconstitucionalidad que se utiliza para explicar la preponderancia del órgano judicial en su planteamiento. La cuestión de inconstitucionalidad "es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites". La STC 67/1988, de 18 de abril, recuerda que "en la cuestión de inconstitucionalidad, el interés jurídico protegido es independiente del interés de las partes, al ser un interés objetivo en la depuración del ordenamiento legal" ( ATC de 18 de enero de 1983); "en relación con las partes del proceso el interés protegido es únicamente el de hacerse oír en el trámite o incidente previo sobre la misma ( ATC de 18 de enero de 1983), pues el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no es, como en el recurso de amparo, la protección de un derecho fundamental, sino la eventual declaración de conformidad o inconformidad de una norma de la Constitución, con eficacia erga omnes en cumplimiento de una tarea de depuración del ordenamiento" ( STC 25/1984, de 23 de febrero).

Mas problemática ha sido el caso de las leyes singulares de contenido expropiatorio, pero como ya razonamos en nuestra STS nº 1034/2023, de 18 de julio de 2023 (rec. 159/2022) no puede entenderse que los Reales Decretos Leyes que nos ocupan estén dirigidos a unos destinatarios singulares, sino que se trata de previsiones amplias destinadas a sectores muy variados y que contemplan un amplio abanico de contratos y concesiones, sin perjuicio de que la previsión contenida en el art. 25 del RD- Ley 26/2020 este dirigida a concretar los criterios que se deben aplicar para apreciar la imposibilidad, total o parcial de la ejecución de tres tipos de contratos: concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje; concesiones para la conservación y explotación de las autovías de primera generación; y las concesiones de las áreas de servicios de la Red de Carreteras del Estado, sin que por ello convierta esta norma en una previsión singular por razón del destinatario.

Por el contrario, consideramos que se trata de una norma destinada a regular una situación concreta, singular y excepcional y con una vigencia temporal limitada y no comunicable a otras situaciones, ya que sus previsiones tienen un plazo de vigencia preestablecido (hasta un mes después del fin de la declaración del estado de alarma) lo que permite entender que nos encontramos ante una ley singular, en cuanto "dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable con ningún otro" ( STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 10).

Estas Leyes. que según la doctrina del Tribunal Constitucional deben responder a una situación excepcional, igualmente singular, debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada, a una situación singular, sin que sea posible condicionar o impedir por una ley singular el ejercicio de derechos fundamentales que son materia reservada a leyes generales ( STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11). Y finalmente, el canon de constitucionalidad que se debe utilizar al ejercer su función de control de este tipo de leyes es el de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación.

No cabe duda de que ambas normas y las previsiones que incorporan responden a una situación excepcional y singular que exigía la adopción de medidas para combatir la pandemia y paliar la situación económica derivada de esta situación, con una importante incidencia en los contratos públicos existentes.

4º Sobre la vulneración del derecho de propiedad reconocido en el art. 33 CE.

La parte también aduce la vulneración del artículo 33 C.E por entender que tanto el art. 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020 como especialmente el art. 25 del Real Decreto Ley 26/2020 suprimen el derecho de ser compensado por los daños padecidos por la sociedad concesionaria que estaba consolidado desde el momento de la firma del contrato e imposibilita la aplicación de las normas generales sobre daños por fuerza mayor o sobre restablecimiento del equilibrio económico que en su caso puedan ser aplicables al contrato.

Ya en nuestra sentencia STS nº 1038/2022 de 19 de julio (recurso: 55/2021) sostuvimos al respecto que la premisa de que el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020 realiza una "expropiación legislativa" despojando a la concesionaria de su derecho legítimo a un reequilibrio económico -por entender que 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-, "constituye un planteamiento erróneo, descontextualizado 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".

Por otra parte, el recurrente reclama unos daños que conecta directamente con las medidas adoptadas por las autoridades para luchar contra la pandemia. Fue el legislador el encargado de modular el alcance de la compensación en relación con diferentes ámbitos de la vida económica y de los contratos públicos existentes, lo cual se corresponde con la situación de excepcionalidad y anormalidad existente, y la articulación de un régimen jurídico que se acomodara a la misma y se aplicase a numerosos ámbitos de actuación de la vida económica.

Con independencia de lo que más adelante razonaremos respecto al derecho de compensación derivado de la legislación general, no puede hablarse de la privación o expropiación de un derecho consolidado o adquirido cuando se promulgó el Real Decreto-ley 26/2020.

El artículo 34.4 del RDL 8/2020 solo reconoció al concesionario el derecho a ser compensado "cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita". En definitiva, los concesionarios no tenían garantizado el reconocimiento automático de dicha compensación, sino que se exigía una previa solicitud y que el órgano de contratación apreciase que existía una imposibilidad de ejecutar el contrato, lo cual dependía de las circunstancias concurrentes y de la justificación de ingresos y gastos aportada. Pero, en el supuesto que nos ocupa, no consta que la concesionaria solicitase, ni mucho menos que se le reconociese, compensación por tal motivo antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio (su solicitud se produjo varios meses después el 29 de octubre de 2020), por lo que no puede hablarse de situaciones agotadas ni derechos consolidados.

**CUARTO.** Sobre la compensación de las concesionarias durante el periodo en que estuvieron vigentes el Real Decreto Ley 8/2020 y el Real Decreto ley 26/2020.

La parte recurrente plantea, como pretensión subsidiaria, la posibilidad de aplicar tan solo el mecanismo de compensación previsto en el art. 34.4 del RD Ley 8/2020 prescindiendo de la modificación producida por el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020. Alegación esta que ha de ser rechazada, pues, tal y como hemos razonado anteriormente, no es posible prescindir de la aplicación de una norma legal posterior que consideramos conforme a la Constitución.

Establecida la aplicabilidad de las previsiones contenidas en el artículo 34.4 RD-Ley 8/2020 y del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, como único mecanismo para compensar a las concesionarias de autopistas por los perjuicios sufridos por las medidas adoptadas por las Administraciones durante el periodo en que estuvo vigente el primer estado de alarma y en el mes siguiente desde su finalización, la viabilidad de su petición exige acreditar el cumplimiento de los requisitos contenidos en dichas disposiciones, esto es, que el margen bruto de explotación sea negativo, sin incluir las amortizaciones y costes de financiación, que analizaremos más adelante.

El artículo 34.4 RD-L 8/2020 ya estableció que los mecanismos de compensación sobre los contratos públicos estaban vinculados a la suspensión de estos contratos o a la imposibilidad de prestación o ejecución del mismo, excluyendo en muchos de sus apartados las previsiones de la Ley de Contratos del Sector público referidas a las indemnizaciones por fuerza mayor. Así se estableció para los contratos públicos de servicios y suministros de prestación sucesiva (art. 34.1) para los contratos públicos de obras (art. 34.3).

Y por lo que respecta a los contratos públicos de concesión de obras y de servicios existentes, también se vinculó la posibilidad del restablecimiento del equilibrio económico del contrato con la "imposibilidad de ejecución del mismo" ("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 y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad").

Pero dicha norma establecía que para poder reconocer el derecho a la compensación era necesario apreciar "la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita", lo cual planteaba problemas interpretativos y de aplicación dado que las autopistas de peaje debieron permanecer abiertas a la circulación sin que llegara a interrumpirse ni la ejecución del contrato ni la prestación del servicio. Fue el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020 el que se encarga de aclarar y especificar cuando no se aprecia esa imposibilidad de ejecución del contrato -cuando "el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido positivo", entendiéndose por margen bruto de explotación la diferencia entre ingresos generados y gastos ocasionados, sin incluir amortizaciones ni provisiones por las actividades de explotación de la concesión-.

La compensación, por esta circunstancia excepcional, trataba de evitar que no se pudiera prestar el servicio, por lo que la norma tan solo tuvo en consideración que los ingresos cubriesen, al menos, los costes necesarios para prestarlo (personal, mantenimiento etc [...]).

No se puede confundir la "imposibilidad" con la dificultad de ejecutar un contrato, máxime en este tipo de contratos en los que la duración de la concesión se prolonga durante años y el periodo tomado en consideración queda reducido a unos pocos meses, pues el equilibrio ha de ser valorado en el conjunto de la prestación, lo contrario implicaría que la Administración tendría que asegurar al concesionario frente a toda contingencia que alterara los términos de su prestación. Ya en la sentencia de este tribunal de 19 de julio de 2022 (rec. 55/2021) afirmábamos que:

"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".

En este caso, la sociedad recurrente no cumple las exigencias previstas en tales normas para obtener la compensación solicitada, pues durante el estado de alarma y una vez finalizado el mismo tenía abierta la autopista al tráfico, cobrando peajes y tuvo durante ese periodo un margen bruto de explotación positivo por lo que, de acuerdo con lo previsto en dichas normas, no se aprecia la "imposibilidad de ejecución del contrato". Así lo reconoce expresamente en la resolución administrativa y en el dictamen del consejo de estado sin que este extremo haya sido rebatido de contrario.

**QUINTO.** Sobre la compensación de los daños fuera del periodo de vigencia del Real Decreto Ley 8/2020 y del Real Decreto-ley 26/2020. Restablecimiento del equilibrio económico de la concesión en virtud del *factum principis* o "riesgo imprevisible".

Lo hasta ahora expuesto, no da respuesta a la totalidad del periodo reclamado, pues la demandante pretende también una compensación por los perjuicios económicos sufridos más allá de la vigencia del primer estado de alarma, cuando ya no resultaban aplicables los mecanismos de compensación previstos en el Real Decreto Ley 8/2020 y Real Decreto-ley 26/2020, en concreto por el periodo comprendido entre el 21 de julio de 2020 y el 30 de septiembre de ese año.

La sociedad recurrente funda esta reclamación en la normativa concesional general aplicable y en la doctrina jurisprudencial relativa a la obligación de la Administración concedente de indemnizar los daños que el concesionario sufre en supuestos de acaecimiento de unos hechos que puedan encuadrarse indistintamente en la doctrina del *factum principis* o por "riesgo imprevisible".

El *factum principis* implica la obligación que tiene la Administración de compensar al contratista cuando, por actuaciones propias -generales y obligatorias- que se mueven en un plano superior a la relación contractual, se provoque (de forma indirecta) un desequilibrio de las prestaciones en perjuicio del contratista. En el "riesgo imprevisible" ese desequilibrio se produce por circunstancias excepcionales e imprevisibles ajenas a la intervención administrativa.



La sociedad recurrente entiende que en el momento de su adjudicación -agosto de 1975- ya regían estos supuestos de restablecimiento del equilibrio contractual, pero lo cierto es que no invoca norma estatal alguna vigente en aquel momento en apoyo de esta pretensión.

Ni el pliego que rige esta concesión (aprobado por Orden de 14/1/1998 y publicado en el BOE de 20/1/1998 ni en la Ley de Autopistas ( Ley 8/1972, de 10 de mayo) reconocen de modo general estos mecanismos de reequilibrio concesional. Tan solo menciona en el artículo 25, un supuesto de ampliación de la concesión acordada por la Administración, ajeno al supuesto que nos ocupa.

En la Ley de Contratos del Estado de 1965 no se recoge el *factum principis*, tan solo el artículo 80 establece que "Cuando la explotación del servicio se haga imposible como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, el empresario podrá pedir la resolución [...]". De modo que este precepto exigía que los acuerdos fuesen adoptados por la Administración contratante e hicieran imposible la explotación del servicio, en cuyo caso se podía pedir la resolución del contrato con indemnización.

La parte invoca la cobertura que le puede proporcionar el art. 127.2 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Pero lo cierto es que se trata de una norma local que no resulta de aplicación a las concesiones otorgadas por la Administración del Estado.

Por otra parte, dicha norma cuando establece las situaciones en los que es necesario mantener el equilibrio financiero de la concesión, prevé dos supuestos: a) la compensación económica al concesionario por razón de las modificaciones que la Corporación Local concedente le ordene introducir en el servicio. Este supuestos tan solo se refiere a los casos en los que la Administración ordenare introducir al concesionario modificaciones en el servicio ( *ius variandi*), pero ni la pandemia ni las medidas adoptadas ordenaron a los concesionarios introducir modificaciones en la prestación del servicio, aunque las medidas adoptadas, especialmente las restricciones de movilidad incidieran en la circulación, la Administración obligó a las concesionarias a seguir prestando el servicio en las mismas condiciones.; b) la modificación de las tarifas "[...] cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión". En este caso, se contempla el riesgo imprevisible, pero lo condiciona a que se produzca "la ruptura de la economía de la concesión".

Fue la normativa posterior a la adjudicación del contrato la que contempló estos mecanismos de reequilibrio contractual Así, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas incorporó el *factum principis* y lo hizo en su artículo 248 con referencia a los supuestos en los que por causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración "determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión". Previsión que se mantuvo, también para los contratos de gestión de servicios públicos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (art. 241.2.b) y 258.4.b) y en el Texto Refundido del 2011 (artículos 258.2.b) y 282.4.b)

En similares término se pronuncia la vigente art. 290.4 b) de la Ley 9/2017 de contratos del sector público, al contemplar como supuestos en los que se debe restablecer el equilibrio económico del contrato, los casos en que la Administración concedente modifique las características del servicio contratado y "Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato" el supuesto podría encuadrarse como un supuesto de *factum principis* pero se exige que se trate de actuaciones obligatorias de la Administración pública concedente, y no de ninguna otra, y además que impliquen una "ruptura sustancial de la economía del contrato".

Pues bien, los mecanismos de reequilibrio contractual invocados no son aplicables al supuesto que nos ocupa por varios motivos:

1º En primer lugar, porque su reclamación de compensación por los daños sufridos se produjeron, según afirma en su demanda, "como consecuencia de las medidas adoptadas por las distintas autoridades para intentar mitigar los efectos perjudiciales y dolorosos que la enfermedad COVID 19 produjo", en especial se basa en "una limitación intensa de la libertad de circulación de los ciudadanos y una práctica paralización de la actividad económica" que redujo drásticamente el tráfico y, por lo tanto, los ingresos de la sociedad concesionaria.

Pues bien, las principales medidas en las que se funda su reclamación ya no estaban vigentes en el periodo comprendido entre el 21 de julio de 2020 y el 30 de septiembre de ese año.

Así, la limitación de circulación cesó con la vigencia del primer estado de alarma (junio de 2020); la recomendación de trabajo a distancia, como la propia sociedad afirma en su demanda, no constituía ya la recomendación prioritaria, pues por Acuerdo 32/2020, de 2 de julio de la Junta de Castilla y León sobre medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Comunidad de Castilla y León los empleados públicos debían volver al régimen presencial; y el periodo en el que se podía optar por el permiso recuperable cesó el 9



de abril de 2020 (según disponía el art. 2 del Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo), permiso que, por el contrario, podía empezar a recuperarse desde la finalización del estado de alarma ( art. 3.1 de dicha norma).

2º En segundo lugar, las medidas adoptadas no son imputables a la Administración concedente.

La sociedad destaca especialmente la limitación de la libre circulación de personas y vehículos por la vía pública y las medidas restrictivas respecto de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, que se establecieron en los art. 7 y 10 del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma. Y, en menor medida, las previsiones adoptadas por el Real Decreto Ley 8/2020 que estableció el carácter preferente del trabajo a distancia o el Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo que impuso un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena, en cuanto se trataba de medidas que también contribuyeron a reducir la movilidad de las personas con la incidencia en la circulación por la autovía.

Tales medidas se adoptaron por normas con rango o valor de ley, por lo que los daños no son imputables a la actuación de la Administración del Estado sino al legislador. Y ello no solo porque la mayoría de las previsiones se adoptaron por Real Decreto Ley sino también porque los Decretos por los que se declara el estado de alarma debe reputarse normas con valor de ley. Así lo ha declarado la STS de 10 de junio de 2020 y la más reciente STS nº 1360/2023, de 31 de octubre de 2023 (rec. 453/2022) afirmando que "La declaración de estado de alarma del artículo 116.2 CE, tiene la forma de un decreto acordado en Consejo de Ministros, pero no es ejercicio de la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes [ artículo 5 h) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno] sino un acto de relación entre el Gobierno y las Cortes Generales del Título V de la Constitución - en el que tiene su sede el artículo 116.2 de la misma- que por su naturaleza se dirige para su control inmediato por el Congreso de los Diputados -"reunido inmediatamente al efecto", como expresa el artículo 116.2 CE -. Por eso los decretos en cuestión, pese a su forma de real decreto acordado en consejo de ministros, se diferencian de las actuaciones administrativas que pueden ser controladas normalmente por este orden contencioso-administrativo, conforme a los artículos 1 y 2 de la LJCA, en cuanto resultan manifestación de una actuación del Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración.

Así se declaró en los Autos de 10 de febrero de 2011, de 9 de marzo de 2011, en súplica, y de 9 de junio de 2011, en nulidad de actuaciones (Rec. 553/2010). También en el Auto de 30 de mayo de 2011 (Rec. 152/2011), en el Auto de la misma fecha de 30 de mayo de 2011, confirmado en reposición el 1 de junio de 2011 (Rec. 153/2011), ya citados, y, en fin, en el Auto de 5 de abril de 2011, confirmado el 8 de junio de 2011 y el 28 de noviembre de 2011 (Rec. 180/2011). La sentencia de la misma Sección Séptima de 17 de febrero de 2014 (Casación 666/2012) se ha referido a ellos y a su doctrina."

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 23 de febrero FJ 10º,

"Como estas medidas de contención y restricciones se recogían en lo esencial en los Reales Decretos que declaraban el estado de alarma y se aplicaron a sus destinatarios sin necesidad del dictado de actos administrativos de ejecución de su contenido, hay que entender que el daño que se afirma haber sufrido se imputa principal y directamente a una disposición general y no a actos de la Administración".

Por ello, se trataría de una solicitud de compensación por unos daños causados como consecuencia de unas previsiones adoptadas por el legislador o por otras Administraciones Publicas ajenas a la Administración concedente.

2. Y, en todo caso, no concurren los requisitos para la aplicación del *factum principis* o del "riesgo imprevisible" en los términos previstos en la legislación antes citada.

En efecto, la aplicación de estos mecanismos de reparación exige, según las normas existentes en el momento de la adjudicación y en las leyes posteriores "la ruptura de la economía de la concesión" o la "ruptura sustancial de la economía del contrato".

Esta exigencia no puede contemplarse aisladamente ni vincularse a las pérdidas sufridas o al descenso de la actividad en un periodo de unos pocos meses, pues dichas concesiones extienden la relación contractual a lo largo de varios años, de modo que no es posible considerar que la momentánea pérdida de ingresos durante un periodo breve altera sustancialmente la economía de la concesión o le impide la continuidad de la misma.

El fundamento de ese reequilibrio no consiste en que el concesionario gane siempre todo lo que él espera, sino en garantizar la continuidad del contrato de concesión cuando alguna circunstancia compromete seriamente su equilibrio económico. En cualquier caso, el derecho al reequilibrio económico de la concesión no asegura la ganancia del concesionario en todo caso y frente a todos los avatares.



El principio de riesgo y ventura rige las relaciones contractuales y solo una alteración tan sustancial que le prive de su finalidad, haciéndolo extraordinariamente gravoso para una de las partes, puede exigir el restablecimiento de las condiciones económicas pactadas. No toda alteración del equilibrio de las prestaciones da derecho a restablecerlo. Lo contrario implicaría que el principio de riesgo y ventura quedaría orillado y que la Administración tendría que asegurar al concesionario frente a toda contingencia que alterara los términos de su prestación.

No debe olvidarse que la pandemia y la crisis económica subsiguiente afectó a toda la población y a toda la actividad económica del país sin que las pérdidas generadas por esta situación hayan sido reparadas para el resto de los contratos en los términos pretendidos por el recurrente, ni tampoco ha motivado un derecho a la compensación por responsabilidad patrimonial como recientemente ha establecido la STS nº 1360/2023, de 31 de octubre de 2023 (rec. 453/2022). Esta sentencia se recuerda que "Los artículos. 32.1 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público excluyen la posibilidad de indemnización cuando el particular tenga el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo con la ley.

Con carácter general, cuando se trata de normas jurídicas con rango de ley, todos los ciudadanos a los que van dirigidas están obligados a someterse a sus dictados y soportar las cargas inherentes a su cumplimiento atendida la imperatividad y generalidad que es consustancial a ellas, de manera que existe el deber jurídico de soportar las consecuencias negativas de su aplicación.

Precisamente por imponer cargas de obligado cumplimiento en ejercicio del poder legislativo del Estado, la antijuridicidad en la responsabilidad patrimonial de Estado-Legislador no surge lógicamente por la promulgación de la ley, tan siquiera por su aplicación, requiera o no actividad intermedia administrativa. La antijuridicidad surgirá en el caso de declaración de inconstitucionalidad, porque esa declaración produce la anulación de la ley y su no producción de efectos. Si su aplicación ha producido daños, esos daños serán antijurídicos por carecer ya de la cobertura que les proporcionaba la ley, han perdido la garantía propia de la juridicidad.

Las normas de excepción, al igual que el resto de las leyes, son imperativas y de aplicación general a sus destinatarios, imponiendo a todos ellos el deber de soportar las cargas que de ellas se derivan en aras del interés público que justifica su aprobación, de manera que, en principio, solo se puede generar la responsabilidad patrimonial a favor de los afectados por dicha normativa cuando el propio legislador así lo hubiera reconocido o cuando fuere declarada su inconstitucionalidad".

Finalmente, la parte aduce que el Tribunal Constitucional en su STC 148/2021, de 14 de julio, ha declarado inconstitucionales, entre otros, los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 marzo (por el que se declaró el primer estado de alarma), por vulnerar el contenido esencial del derecho a la libre circulación. Argumentando que esos apartados declarados inconstitucionales eran los que daban cobertura a las medidas limitativas de la movilidad que, por lo tanto, carecen de cobertura y son antijurídicas.

Es cierto que la STC 148/2021, de 14 de julio declaró inconstitucional las restricciones a la libertad de circulación de personas y vehículos contenida en el art. 7 del Real Decreto 463/2020, pero lo hizo por considerar que el instrumento utilizado no debió de ser la declaración del estado de alarma sino del estado de excepción en atención a las restricciones impuestas. Pero por lo que ahora nos ocupa, consideró que la inconstitucionalidad "no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales. A lo cual se añade que, habiendo afectado la suspensión a la generalidad de la población, no resulta justificado que puedan atenderse pretensiones singulares de revisión fundadas exclusivamente en la inconstitucionalidad apreciada, cuando no concurren otros motivos de antijuridicidad. Entenderlo de otro modo pugnaría no solo con el principio constitucional de seguridad jurídica ( art. 9.3 CE) sino también con el de igualdad ( art. 14 CE)".

Es más, la sentencia del Tribunal Constitucional terminaba afirmando que "Por último, al tratarse de medidas que los ciudadanos tenían el deber jurídico de soportar, la inconstitucionalidad apreciada en esta sentencia no será por sí misma título para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio". En definitiva, la sentencia descartó las pretensiones singulares de revisión o compensación basadas en la inconstitucionalidad declarada.

**SEXTO.** Sobre la solicitud de reequilibrio en virtud del art. 3.2 de la LO 4/1981 de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio.

La sociedad recurrente aduce finalmente que, en todo caso, procede la compensación en aplicación del art 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio en el que se dispone





"Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, en su persona, derecho o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes".

Por lo que respecta a las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma, el derecho a la indemnización se produce "de acuerdo con lo dispuesto en las leyes", lo cual es conforme con lo previsto en el artículo 116.6 de la Constitución Española en el que se afirma que "La declaración de los estados de alarma, excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocido en la Constitución y en las leyes".

Esta previsión legal, no se convierte en un título autónomo en el fundar el derecho a obtener una compensación con independencia de lo dispuesto en las normas legales que regulan esta materia, pues el artículo 3.2 de la LO 4/1981 solo reconoce el derecho a ser indemnizado "de acuerdo con lo dispuesto en las leyes". Y este mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado en el dictamen número 1.129/2021, de 24 de febrero de 2022, y en el dictamen nº 698/2021 de 4 de abril de 2022. Así, por lo que respecta al periodo en que estas normas estuvieron vigentes el RDL 8/2020 y el RDL 26/2020, lo será conforme a las previsiones de las mismas, con el resultado ya expuesto.

Y respecto a los actos y disposiciones adoptados fuera del ámbito temporal de vigencia de dichas normas faltaría el presupuesto previsto en dicha norma, que se trate de actos o disposiciones adoptados durante la vigencia de los estados de alarma.

#### **SÉPTIMO.** Costas.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la sociedad "Autopista Concesionaria Astur Leonesa SA" inicialmente contra la desestimación presunta de la solicitud dirigida al Consejo de Ministros reclamando la compensación de los daños sufridos por dicha sociedad desde el 14 de marzo de 2020 hasta septiembre de 2020 como consecuencia de las medidas adoptadas por las distintas autoridades para intentar mitigar los efectos perjudiciales del Covid 19, y que posteriormente se amplió a la resolución expresa dictada por el Consejo de Ministros de 14 de junio de 2022 por la que se desestimó su solicitud.

No procede imponer las costas a ninguna de las partes al existir en este asunto series dudas de derecho dada la complejidad y alcance de los problemas tratados y lo novedoso de los temas suscitados.

#### **FALLO**

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

Que debemos Desestimar el recurso interpuesto por la sociedad "Autopista Concesionaria Astur Leonesa SA" contra la desestimación presunta y contra la resolución expresa del Consejo de Ministros, de 14 de junio de 2022, por la que se desestimó su solicitud de reequilibrio financiero y compensación por los sufridos por dicha sociedad desde el 14 de marzo de 2020 hasta septiembre de 2020.

No procede hacer expresa condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.