

<p><b>Expediente:</b> 41/2000 <b>Órgano:</b> Pleno <b>Objeto:</b> Vigencia de la concesión a AUDENASA de la explotación de la autopista A-15 y otras cuestiones relacionadas con la misma. <b>Dictamen:</b> 45/2000, de 6 de noviembre</p>
--

## DICTAMEN

En Pamplona, a 6 de noviembre de 2000,

el Pleno del Consejo de Navarra, compuesto por don Enrique Rubio Torrano, Presidente, don Pedro Charro Ayestarán, Consejero-Secretario en funciones, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo, Consejeros,

siendo Ponente don Eugenio Simón Acosta,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

### I. ANTECEDENTES

#### Primero. Tramitación

El día 6 de junio de 2000, el Presidente del Parlamento de Navarra se dirigió al Presidente del Consejo de Navarra comunicándole que por el Grupo Parlamentario Convergencia de Demócratas de Navarra se había solicitado del Consejo, mediante escrito cuya copia se unía como anexo, la emisión de un dictamen sobre la concesión a AUDENASA de la explotación de la autopista A-15. Este escrito fue contestado mediante otro del Presidente del Consejo de Navarra de fecha 8-6-2000 en el que se dio traslado del acuerdo de tener por no efectuada la consulta, dado que la misma no se ajustaba a lo ordenado por el artículo 18.1 de la LFCN.

El día 26 de junio de 2000 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un segundo escrito del Presidente del Parlamento de Navarra, de fecha 21 de junio de 2000, en el que, de conformidad con el art. 18.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (desde ahora LFCN), se solicitó "la emisión de un dictamen sobre aspectos relacionados con la

concesión a AUDENASA de la explotación de la A-15". Dicho dictamen se solicitaba a la vista de la petición formulada por el Grupo Parlamentario Convergencia de Demócratas de Navarra y de conformidad con la voluntad manifestada por los Grupos Parlamentarios de Unión del Pueblo Navarro, Socialistas del Parlamento de Navarra, Euskal Herritarrok, Izquierda Unida de Navarra-Nafarroako Ezker Batua y Eusko Alkartasuna/Eusko Alderdi Jeltzalea-Partido Macionalista Vasco, presentes en la sesión de la Junta de Portavoces de 19 de junio de 2000.

El Presidente en funciones del Consejo de Navarra contestó mediante escrito de 28-6-2000, en el que se manifestaba que la solicitud de dictamen seguía estando fuera de las previsiones del artículo 18.1 de la LFCN, al no haberse realizado a instancia de la Mesa, de dos Grupos Parlamentarios o de una quinta parte de los Parlamentarios Forales; así como del artículo 28.3 del Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo de Navarra, que ordena que las solicitudes de dictamen facultativo deben concretar con precisión los términos de la consulta y acompañarse toda la documentación correspondiente a la cuestión consultada. En su virtud, el Presidente en funciones del Consejo de Navarra acordó tener por no efectuada la consulta.

La solicitud de dictamen fue definitivamente formulada más tarde mediante escrito del Presidente del Parlamento de Navarra de fecha 30 de agosto de 2000, en el que se daba traslado del acuerdo adoptado por la Mesa del Parlamento de Navarra, previa audiencia de la Junta de Portavoces, en sesión celebrada el día 28 de agosto de 2000, de solicitar al Consejo de Navarra un informe sobre la vigencia de la concesión a AUDENASA de la explotación de la autopista A-15 y sobre otras cuestiones que se concretarán más adelante. El citado escrito del Presidente del Parlamento de Navarra tuvo entrada en el Consejo de Navarra el mismo día 30 de agosto de 2000.

El día 7 de septiembre de 2000, el Presidente del Consejo de Navarra se dirigió al Presidente del Gobierno de Navarra y al Presidente del Parlamento de Navarra mediante sendos escritos en los que, haciendo uso de las facultades atribuidas por el artículo 23 de la LFCN y los artículos 28 y 29 del Decreto Foral

90/2000, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo de Navarra, se solicitó la integración del expediente con interrupción del plazo para emitir dictamen.

Se requirió del Presidente del Gobierno de Navarra la documentación obrante en poder del Gobierno de Navarra relativa a la concesión de la autopista A-15 a AUDENASA y, en particular, la siguiente:

1. Expediente de otorgamiento de la Concesión (pliego de bases para el concurso, adjudicación del concurso, escritura de constitución de la Sociedad y escritura de la concesión).
2. Documentación acreditativa de la adquisición de las acciones de AUDENASA por parte de la Comunidad Foral de Navarra (Convenio para compra de acciones, legislación reguladora; documentación acreditativa de la adquisición de las acciones).
3. Documentación que acredite la naturaleza de la entidad o entidades titulares de dichas acciones, así como su eventual encuadramiento en alguna de las categorías de entes o sociedades reguladas por la Ley General Presupuestaria u otras normas reguladoras de las Administraciones o de la Hacienda Pública.
4. Expediente de ampliación del plazo de concesión de la A-15, acordado en diciembre de 1997; y, en su caso, expediente relativo a cualquier otra modificación posterior.

Al Presidente del Parlamento de Navarra se demandó la remisión del Informe de la Cámara de Comptos sobre el “Coste del rescate de las concesiones de la A-15 y de la A-68 y la posibilidad de anular la ampliación de la concesión de la A-15” elaborado a instancia de la Comisión Especial del Parlamento de Navarra para el estudio de las vías de gran capacidad de la Comunidad Foral, así como –de haberse producido- de cualesquiera otras actuaciones parlamentarias relativas a la consulta formulada.

El día 28 de septiembre de 1999, tras la recepción de la documentación remitida por el Presidente del Gobierno de Navarra y por el Presidente del

Parlamento de Navarra, se tuvo por definitivamente integrado el expediente administrativo, en el que figuran los siguientes documentos:

- (1) Informe de asesoramiento “Coste de rescate de las concesiones de la A-15 y de la A-68 y la posibilidad de anular la ampliación de la concesión de la A-15”, emitido por la Cámara de Comptos de Navarra en mayo de 2000, a petición de la Comisión Especial del Parlamento de Navarra para el estudio de las vías de gran capacidad de la Comunidad Foral.
- (2) Diario de Sesiones del Parlamento de Navarra de 25 de mayo de 2000.
- (3) Concurso para la construcción, conservación y explotación de la primera fase de la Autopista de Navarra.
- (4) Pliego de bases Boletín Oficial de Navarra nº 110 bis/72.
- (5) Pliego de bases –modificación pliego Boletín Oficial de Navarra nº 9/73.
- (6) Adjudicación autopista Boletín Oficial de Navarra 71/73.
- (7) Constitución de la sociedad. Escritura nº 847 de 28/7/73.
- (8) Concesión. Escritura nº 959 de 10/8/73.
- (9) Convenio. Saneamiento económico de la Autopista de Navarra entre la Administración del Estado y la Excma. Diputación Foral de Navarra 6/2/84. Parlamento de Navarra.
- (10) Financiación de las obligaciones derivadas del convenio otorgado. Ley Foral 3/84 Boletín Oficial de Navarra nº 15/84.
- (11) Financiación de las obligaciones derivadas del convenio otorgado. Ley Foral de 31 de enero Boletín Oficial del Estado nº 71/84.
- (12) Convenio compra - venta acciones. Estado - Diputación de 6/4/1984.

- (13) Adquisición por el Estado de acciones representativas del 50 por 100 del capital de Autopistas de Navarra, S.A: Decreto -Ley 4/1984 B.O.E. nº 126/84.
- (14) Resolución. Acuerdo de convalidación del Real Decreto Ley 5/84 B.O.E. nº 148/84.
- (15) Compra venta acciones. Escritura nº 1.152 de 1984.
- (16) Subsanción escritura nº 236 de 2/295.
- (17) Títulos múltiples de acciones normativas (1 y 2).
- (18) Creación Empresa Nacional de Autopistas, S.A. Real Decreto 302/84. B.O.E. nº 41.
- (19) Ley General Presupuestaria 11/77 de 4 de enero de 1977. B.O.E. nº 7.
- (20) Escritura de declaración de Unipersonalidad otorgada por la Sociedad "Empresa Nacional de Autopistas, S.A." (ENAUSA). Nº 1.407 de 9/9/1996.
- (21) Copia del expediente del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 1/12/1997 por el que se aprueba el proyecto de Convenio a suscribir ente el Gobierno de Navarra, ENAUSA y AUDENASA.
- (22) Copia del documento de Acuerdo firmado el 10/12/1997 por los representantes del Gobierno de Navarra, Enausa y Audenasa.
- (23) Copia del expediente del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15/12/1997 por el que se modifican determinados términos del contrato de construcción, conservación y explotación de la primera fase de la Autopista de Navarra y se aprueban nuevos peajes.
- (24) Copia del expediente del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de mayo de 1999, por el que se aprueba el proyecto de Convenio a suscribir entre dicho Gobierno, Enausa y Audenasa.

(25) Copia de los documentos de los Acuerdos firmados por los representantes del Gobierno de Navarra, Enausa y Audenasa con fecha 28/2/2000.

(26) Copia del expediente del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 28/2/2000, por el que se modifican determinados términos del contrato de concesión.

No obstante, el estudio de la documentación remitida puso de manifiesto que una de las estipulaciones del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de diciembre de 1997 no podía ser entendida sin disponer de un Acuerdo adoptado por el propio Gobierno de Navarra el 13 de diciembre de 1989, al que el primero se remite de forma expresa. Por tal motivo, el Presidente del Consejo de Navarra se dirigió al Presidente del Gobierno de Navarra, mediante escrito de 26 de octubre de 2000, interesando la remisión del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 13 de diciembre de 1989, que también ha sido incorporado al expediente.

### **Segundo. Contenido de la consulta**

Tal como se desprende del escrito del Presidente del Parlamento de Navarra de 30 de agosto de 2000, los extremos sobre los que se solicita el dictamen del Consejo de Navarra son los siguientes:

a) Si sigue vigente la concesión a AUDENASA de la explotación de la autopista A-15 como forma de gestión indirecta del servicio público, a la que es aplicable la legislación de contratos, con posibilidad de que la Administración ejercite el rescate de la concesión. O por el contrario la adquisición por parte de los Gobiernos del Estado por medio de su empresa pública ENAUSA y de la Comunidad Foral de Navarra de la totalidad de las acciones de AUDENASA la ha convertido en sociedad de derecho privado con capital exclusivamente público, que excluye la forma de gestión indirecta, transformando la anterior concesión en una forma de gestión directa que excluye la posibilidad del rescate y sólo abre el camino de la compra de las acciones del otro socio, o de la expropiación de la sociedad por razones de utilidad pública o interés social.

b) Alcance de los vicios detectados en el expediente por omisión de los preceptivos informes de los servicios jurídicos y de la intervención, así como las posibilidades de su subsanación y de la procedencia de la revisión del acuerdo de diciembre de 1997 de ampliación del plazo de la concesión.

### **Tercero. Antecedentes de hecho**

#### *1- Constitución de AUDENASA y otorgamiento de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista A-15*

El 28 de octubre de 1970, la Diputación Foral de Navarra acordó llevar a cabo la construcción, conservación y explotación de la Autopista de Navarra, que fue incluida entre los objetivos prioritarios del III Plan de Desarrollo Económico y Social, aprobado por Ley 22/1972, de 10 de mayo. Seguidamente, el Decreto-Ley 7/1972, de 21 de junio, reguló el régimen jurídico-financiero de la futura sociedad concesionaria.

Al amparo de dichas disposiciones y de las facultades que le otorgaba el Acuerdo de la Diputación de 16 de diciembre de 1960, la Diputación Foral aprobó los pliegos de bases y las cláusulas para la construcción, conservación y explotación, en régimen de peaje, de la primera fase de la Autopista de Navarra, que debía unir las localidades de Tudela, Pamplona e Irurzun. En el Boletín Oficial de la provincia de Navarra de 13 de septiembre de 1972 se publicaron los mencionados pliegos de bases y de cláusulas, en las que se determinaba que el concesionario habría de ser una sociedad anónima, cuyas acciones serían nominativas durante todo el periodo concesional.

El concurso fue resuelto a favor de la propuesta presentada en nombre de Banco Central, Banco Hispano-Americano, Dragados y Construcciones S.A., y Huarte y Compañía S.A., mediante acuerdo de la Diputación Foral de 8 de junio de 1973. En dicho acuerdo se estableció la duración de la concesión por un periodo de cuarenta y un años y se otorgó a las entidades adjudicatarias del concurso el plazo de dos meses para constituir la sociedad concesionaria.

El día 28 de julio de 1973 se constituyó la sociedad concesionaria, con la denominación de “Autopistas de Navarra Sociedad Anónima” y anagrama

“AUDENASA”, mediante escritura pública otorgada ante el notario de Pamplona don ..., con el número 847 de su protocolo.

El día 10 de agosto de 1973 se elevó a escritura pública, ante el mismo notario y con el número 959 de protocolo, la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Irurzun-Autopista del Ebro, otorgada por la Excelentísima Diputación Foral de Navarra a favor de Autopistas de Navarra, Sociedad Anónima. Según la cláusula 35 del pliego unido a la escritura pública, la concesión terminará el 8 de junio del año 2014, fecha en que revertirá a la Diputación Foral de Navarra. La cláusula 39 regula el rescate o declaración unilateral y discrecional de la Diputación, como causa de extinción de la concesión que puede adoptarse una vez transcurridos quince años a partir de la puesta en servicio de la autopista.

### *2- Adquisición de las acciones de AUDENASA por el Gobierno de Navarra y por el Estado*

Alrededor de diez años más tarde, la Administración foral y la Administración del Estado suscribieron un Convenio (que fue aprobado por el Parlamento de Navarra en sesión de 31 de enero de 1984) por el que se comprometieron a adquirir cada una de ellas el 50 por 100 de las acciones de AUDENASA, así como a realizar determinadas aportaciones financieras con el fin de sanear la estructura económico-patrimonial de la sociedad.

Tras cumplimentar los trámites legales previos, el Estado Español y la Diputación Foral de Navarra adquirieron cada uno de ellos un paquete de 4.398.880 acciones, equivalentes al 50 por 100 del capital social de AUDENASA, mediante escritura pública de compraventa otorgada el día 5 de julio de 1984 ante el notario de Madrid don ..., número 1.152 del protocolo.

### *3- Participaciones accionariales en el momento presente*

Tras sucesivas ampliaciones de capital, AUDENASA está actualmente participada por el Gobierno de Navarra, al que pertenecen 13.860.867 acciones nominativas de 1.000 pesetas de valor nominal cada una, y por “Empresa Nacional de Autopistas S.A.”, que ostenta una participación idéntica a la

anterior, según consta en sendos títulos múltiples de acciones cuyas copias obran en el expediente.

“Empresa Nacional de Autopistas S.A.” (con anagrama ENAUSA) es una sociedad anónima de titularidad pública cuya constitución fue autorizada por Real Decreto 302/1984, de 25 de enero, así como la suscripción de sus acciones por el Ministerio de Economía y Hacienda. A tenor de lo dispuesto por el artículo 2º del citado Real Decreto, el capital de la sociedad será, en todo momento, exclusivamente estatal.

#### *4- Modificación del contrato de concesión y otros pactos suscritos en diciembre de 1997*

El día 10 de diciembre de 1997, AUDENASA y sus dos accionistas (el Gobierno de Navarra y ENAUSA) suscribieron un convenio en virtud del cual se modificó el contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de Navarra que vincula al Gobierno de Navarra y a AUDENASA. En unidad de acto, el Gobierno de Navarra y ENAUSA adquirieron otros compromisos independientes del contrato de concesión, aunque económicamente relacionados con él: aval de nuevos endeudamientos de AUDENASA y opción de venta de acciones, ejercitable antes de diciembre de 2013 por ENAUSA frente al Gobierno de Navarra, el cual se comprometió a comprar las acciones pertenecientes a ENAUSA en enero de 2015, por un precio igual a su nominal más la parte proporcional de las reservas distribuibles. El proyecto de dicho convenio había sido previamente aprobado por el Gobierno de Navarra, mediante Acuerdo de 1 de diciembre de 1997.

La modificación del contrato de concesión parece que tiene su fundamento en la entonces recientemente promulgada Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que incorporó un nuevo artículo 25 bis a la Ley 8/1972, de 10 de mayo, del siguiente tenor:

“1. La compensación al concesionario con objeto de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, en los supuestos de modificación o ampliación previstos en los artículos 24 y 25 de esta Ley,

ya se produzcan a iniciativa de la Administración o de la sociedad concesionaria, podrá consistir, total o parcialmente, en la ampliación del plazo vigente de la concesión, en cuyo caso se podrán mantener los beneficios otorgados a la concesión o al concesionario por toda la extensión del plazo ampliado, y, en todo caso, con el límite máximo establecido en el artículo 30.1.

2. En las ampliaciones de plazo de la concesión deberá mantenerse el equilibrio económico-financiero de la concesión. Los planes económico-financieros actuales de las Sociedades Concesionarias, elaborados de acuerdo con la legislación aplicable y reconocidos por la Delegación del Gobierno, seguirán manteniendo su vigencia en cuanto no sean objeto de modificación”.

Así pues, la modificación prevista en el convenio suscrito el 10 de diciembre de 1997 establece una ampliación del plazo de la concesión, además de otros compromisos que las partes consideraron como contrapartidas para mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión. En concreto, la modificación convenida, aparte de ampliar el plazo concesional, afecta a: 1) Las tarifas, que sufren importantes reducciones y descuentos, y se regula su actualización. 2) Abono por el Gobierno de Navarra del precio de utilización del tramo Tafalla-Norte/Tafalla-Sur. 3) Compromiso de realizar determinadas inversiones por parte de AUDENASA. 4) Aprobación del plan económico-financiero que constituirá la base económico-financiera de la concesión.

La cláusula séptima del citado convenio de 10 de diciembre de 1997 establece que “el Gobierno de Navarra adoptará el Acuerdo oportuno para aprobar la modificación del contrato de concesión conforme a este documento, entendiéndose que la sociedad concesionaria AUDENASA presta su conformidad a tal modificación con la firma del presente documento”.

El día 12 de diciembre de 1997, el Delegado del Gobierno de Navarra en “Autopistas de Navarra S.A.” elevó al Consejero de Economía y Hacienda la propuesta de tramitación de las modificaciones del contrato de concesión, que fueron definitivamente aprobadas por el Gobierno de Navarra mediante Acuerdo de 15 de diciembre de 1997, publicado en el Boletín Oficial de Navarra

número 5, de 12 de enero de 1998. En el expediente remitido al Consejo de Navarra, el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de diciembre de 1997 está precedido por un documento que se titula "Informe", extendido en papel con membrete de la Delegación en AUDENASA del Departamento de Economía y Hacienda, que no tiene fecha ni firma.

*5- Convenio de 26 de mayo de 1999 sobre política de descuentos comerciales*

Consta también en el expediente un convenio entre AUDENASA y el Gobierno de Navarra para la aplicación de nuevos descuentos en los peajes de la Autopista de Navarra A-15, fechado el 26 de mayo de 1999. Este documento no está firmado, pero podemos suponer que fue suscrito por las partes, dado que obra en el expediente el Acuerdo del Gobierno de Navarra por el que se aprueba el proyecto de convenio y se autoriza su firma y así se afirma en otro documento de fecha posterior (en el acuerdo de 28 de febrero de 2000, manifestación V).

El objeto de este convenio es reducir una vez más el importe de los peajes de la autopista con el fin de captar un mayor tráfico y reducir la congestión de las carreteras N-111 y N-240-A, paralelas a la autopista A-15, especialmente en el tramo Tafalla-Pamplona. Para ello se prevé una nueva política comercial de descuentos específicos, con particular atención a los usuarios habituales y al tráfico pesado, y el Gobierno de Navarra se compromete a compensar la diferencia provocada por las nuevas estipulaciones entre la recaudación teórica esperada cada año y la recaudación real.

El acuerdo de 26 de mayo de 1999 esta precedido de un informe del Secretario Técnico del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra, en el que se afirma que el expediente cuenta con el Informe de los Directores Generales de Obras Públicas y de Hacienda, y que no se incluye informe del Servicio de Intervención al considerar dicho servicio que en el momento actual no se derivan compromisos de carácter económico del mencionado acuerdo.

El informe de los Directores Generales de Obras Públicas y de Hacienda se refiere a las causas que justifican el convenio, a los descuentos previstos y a la fórmula de cálculo de la compensación financiera a satisfacer por el Gobierno de Navarra, al procedimiento para obtener los créditos presupuestarios que se precisan para llevar a efecto el convenio y concluye proponiendo al Gobierno de Navarra la adopción de un Acuerdo de aprobación del proyecto de convenio.

*6- Modificación del contrato de concesión acordada el 28 de febrero de 2000*

Según la documentación obrante en el expediente, el 28 de febrero de 2000 se suscribieron dos nuevos convenios relativos a la explotación de la autopista A-15.

1. De una parte, el “acuerdo para la modificación del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación de la primera fase de la autopista de Navarra y adopción de otros compromisos relacionados con dicha modificación”, en que intervinieron como firmantes las respectivas representaciones del Gobierno de Navarra, de ENAUSA y de AUDENASA, y que sucede y sustituye al de 26 de mayo de 1999. En él se prevé una nueva política comercial de descuentos específicos diferenciados para vehículos ligeros y pesados, así como las compensaciones financieras a la empresa a cargo del Gobierno de Navarra, y se aprueba un nuevo plan económico financiero de AUDENASA, que reemplaza al contenido en el acuerdo de 26 de mayo de 1999. Se modifica, además, la estipulación sexta del convenio formalizado el día 10 de diciembre de 1997.
2. De otra parte, un “acuerdo entre el Gobierno de Navarra y «Autopistas de Navarra S.A.» sobre el contrato de concesión de la autopista A-15”, en virtud del cual el Gobierno de Navarra se compromete a modificar el contrato para la construcción, conservación y explotación de la primera fase de la Autopista de Navarra, en el sentido de dejar sin efecto el apartado b-2 de la base 11ª del pliego de bases (BON

número 110 bis, de 13 de septiembre de 1972), y el párrafo 2º del apartado b) de la estipulación 34ª del contrato de concesión formalizado en escritura pública el 10 de agosto de 1973; y a abonar la compensación anual mensualmente por dozavas partes.

Como consecuencia de dichos convenios, se instruyó un expediente administrativo dirigido a la adopción por el Gobierno de Navarra del Acuerdo de modificación del contrato para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de Navarra, que fue aprobado el mismo día 28 de febrero de 2000. En este Acuerdo del Gobierno de Navarra se recogen las cláusulas de los convenios citados, se autoriza un gasto de 483 millones de pesetas con cargo al presupuesto del ejercicio 2000 y se condiciona la eficacia de la modificación del contrato a la existencia de consignación presupuestaria en cada ejercicio.

El Acuerdo del Gobierno de Navarra de 28 de febrero de 2000 está acompañado por los siguientes informes:

- a) Informe suscrito por el Director General de Obras Públicas y por el Director Gerente de la Hacienda Tributaria de Navarra, en el que se eleva propuesta de modificación del contrato de concesión.
- b) Informe del Servicio de Intervención General.
- c) Informe de los Departamentos de Economía y Hacienda y de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones en el que, entre otros extremos, se sostiene que no es necesario someter la propuesta de Acuerdo de modificación del contrato de concesión a informe del Consejo de Navarra.
- d) Informe de la Asesoría Jurídica del Gobierno de Navarra, en el que se razona y concluye que la propuesta de Acuerdo no requiere ser remitida al Consejo de Navarra para su informe.

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **II.1ª. Carácter del dictamen**

Este dictamen se emite en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (desde ahora LFCN), a cuyo tenor el Consejo de Navarra emitirá dictamen en cuantos asuntos someta a su consulta el Parlamento de Navarra, a través de su Presidente, a instancia de la Mesa, de dos Grupos Parlamentarios o de una quinta parte de los Parlamentarios Forales. En el presente caso el dictamen ha sido requerido por el Presidente del Parlamento de Navarra, en cumplimiento del acuerdo adoptado por la Mesa del Parlamento de Navarra, previa audiencia e la Junta de Portavoces, en sesión celebrada el día 28 de agosto de 2000.

El citado artículo 18 de la LFCN dispone asimismo que el Pleno del Consejo de Navarra decidirá en atención a la especial transcendencia o repercusión del asunto sobre el que verse la consulta, si el dictamen se evacua por el Pleno o por la Comisión Permanente. En su sesión de fecha 21 de septiembre de 2000, el Pleno del Consejo de Navarra adoptó el acuerdo de que el presente dictamen sería debatido y aprobado en el Pleno, por entender que el asunto tiene la especial transcendencia que justifica dicha medida. Por otra parte, el Pleno del Consejo, en la misma sesión, acordó al amparo del art. 22, párrafo tercero, de la Ley Foral del Consejo de Navarra, ampliar en treinta días naturales los plazos para la emisión de dictámenes hasta esa fecha recibidos y entre los cuales se encuentra el que ahora se evacua. Dicho acuerdo fue notificado el día 25 de septiembre de 2000 al Presidente del Parlamento de Navarra.

### **II. 2ª. Legislación aplicable.**

#### *1- Normativa estatal*

El régimen jurídico del concurso convocado por la Diputación Foral de Navarra para la construcción, conservación y explotación de la Autopista de Navarra, fue establecido por Decreto-Ley de la Jefatura del Estado de 21 de julio de 1972, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 28 de julio del

mismo año. El artículo 1º del citado Decreto-Ley dispuso que “en el concurso que convoque la Diputación Foral de Navarra para la construcción, conservación y explotación de la Autopista A-15 de Navarra, el anteproyecto correspondiente y el pliego de cláusulas de explotación a que habrá de acomodarse el servicio en sus aspectos jurídicos, económicos y administrativos se sujetarán a análogas prescripciones que las de las demás autopistas nacionales”.

Las normas generales reguladoras de las autopistas nacionales se encuentran contenidas principalmente en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión, que unificó la dispersa normativa sobre concesión de autopistas de peaje que se había dictado hasta aquel momento.

La autopista de Navarra constituía una especialidad en el conjunto de las autopistas nacionales, habida cuenta de la tradicional competencia de Navarra sobre carreteras y su peculiar régimen económico-financiero, que fue tenido en cuenta en la Disposición Final 5ª de la citada Ley 8/1972.

Según el Decreto-Ley 7/1972, la Diputación Foral de Navarra era titular de la competencia para convocar el concurso, aunque había de ajustarse a análogas prescripciones que las demás autopistas nacionales. En consecuencia, es la Ley 8/1972 la que contiene el régimen legal a que se sujeta la concesión y explotación de la Autopista de Navarra desde sus orígenes.

La Ley 8/1972 es legislación especial y preferente respecto de la normativa general de contratación del Estado. Así lo afirma su artículo 2º, cuya redacción originaria decía que las concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas se regirán “por lo dispuesto en esta Ley y, supletoriamente, por la legislación de contratos del Estado”.

En el marco de la Ley 8/1972, el régimen jurídico de la concesión está igualmente integrado por las normas convencionales pactadas por las partes en el contrato concesional, normas que reproducen fielmente las cláusulas del pliego del concurso convocado para el otorgamiento de la concesión. Es decir,

el régimen jurídico cuyos trazos generales se contienen en la Ley 8/1972, se concreta y se completa con las bases del concurso publicadas en el Boletín Oficial extraordinario de la provincia de Navarra correspondiente al día 13 de septiembre de 1972, con las modificaciones aclaratorias contenidas en el Acuerdo de la Diputación Foral de Navarra de 12 de enero de 1973, que fueron reproducidas en la escritura pública de concesión suscrita por las partes ante el Notario de Pamplona don ... el día 10 de agosto de 1973.

Por tanto, en el momento en que los antiguos accionistas de AUDENASA vendieron sus acciones al Estado Español, Dirección General del Patrimonio del Estado, la concesión se regía por la Ley 8/1972 y, con carácter supletorio, por la legislación de contratos del Estado, constituida en aquel momento por el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (desde ahora TALCE), con sus ulteriores modificaciones y desarrollos.

Con fecha posterior se han dictado otras disposiciones legales, acordes con la nueva estructura autonómica del Estado y las directivas comunitarias, que han venido a sustituir el régimen jurídico de la contratación administrativa de 1965. Entre estas disposiciones hay que destacar, en el ámbito estatal, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (desde ahora LCAP), posteriormente modificada y finalmente sustituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (desde ahora TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Algunos preceptos de esta última ley estatal tienen carácter básico, al haber sido promulgados al amparo de lo dispuesto por el artículo 149.1.18ª de la Constitución Española, que otorga al Estado la competencia exclusiva para aprobar la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas.

Hay que reseñar igualmente, que la Ley 8/1972 ha sido modificada por el artículo 157 de la Ley 13/1996, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Esta reforma hace desvanecer cualquier duda que pudiera haberse suscitado sobre el régimen jurídico de las concesiones de autopistas tras la aprobación de la LCAP en 1995. En efecto, una de las reformas introducidas en

el año 1996 afecta al artículo 2º de la Ley 8/1972, cuyo apartado 1 queda redactado del siguiente modo: “Las concesiones a que se refiere el artículo anterior se regirán por lo dispuesto en esta Ley que se aplicará (*sic*) y, supletoriamente, por la legislación de Contratos del Estado.”

El ámbito de aplicación de la Ley 8/1972 resultó confirmado, y aun ampliado, por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuyo artículo 59 modificó el apartado 1 del artículo 1º de la Ley 8/1972, el cual desde ese momento dice que “es objeto de la presente Ley la regulación de las concesiones administrativas de construcción, conservación y explotación de autopistas y de las concesiones administrativas para la conservación y explotación de tramos de autopistas ya construidos. Estas últimas concesiones podrán otorgarse de manera anticipada a la finalización del plazo concesional de las autopistas cuya construcción, conservación y explotación haya sido objeto de concesión previa.”

## *2- Normativa foral*

También hemos de tener en cuenta que Navarra ostenta, en virtud de su régimen foral y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (desde ahora LORAFNA), competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia.

En ejercicio de su competencia, Navarra aprobó en el año 1986 la Ley Foral 13/1986, de 14 de noviembre, reguladora de los Contratos de la Administración de la Comunidad Foral (desde ahora LFCACF), posteriormente modificada por la Ley Foral 3/1988, de 12 de mayo, de Presupuestos de Navarra para 1988, y por el Decreto Foral Legislativo 204/1988, de 21 de julio, y finalmente derogado por la vigente Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de contratos de las Administraciones Públicas de Navarra (desde ahora LFCAPN), que ha sido ya objeto de algunas modificaciones posteriores.

Además de la legislación de carácter general sobre la contratación, Navarra también ha hecho uso de sus facultades legislativas mediante la Ley

Foral 11/1986, de 10 de octubre, de defensa de carreteras de Navarra, cuya Disposición Adicional 1ª se refiere al régimen jurídico de la autopista A-15, señalando que “seguirá vigente, hasta la extinción de la concesión, el régimen establecido para la Autopista A-15 de Navarra. Extinguida la concesión, la citada autopista se regirá por lo dispuesto en la presente Ley Foral.”

### **II.3ª. Vigencia de la concesión de la autopista A-15.**

Como hemos indicado en el antecedente segundo de este dictamen, la consulta formulada al Consejo de Navarra contiene dos cuestiones diferenciadas, la primera de las cuales consiste en si sigue vigente la concesión a AUDENASA de la explotación de la autopista A-15 como forma de gestión indirecta del servicio público, a la que es aplicable la legislación de contratos, con posibilidad de que la Administración ejercite el rescate de la concesión. O, por el contrario, la adquisición por parte del Gobierno del Estado, por medio de su empresa pública ENAUSA y de la Comunidad Foral de Navarra de la totalidad de las acciones de AUDENASA la ha convertido en sociedad de derecho privado con capital exclusivamente público, que excluye la forma de gestión indirecta, transformando la anterior concesión en una forma de gestión directa que excluye la posibilidad del rescate y sólo abre el camino de la compra de las acciones del otro socio, o de la expropiación de la sociedad por razones de utilidad pública o interés social.

Esta duda ha sido suscitada por el informe de asesoramiento evacuado por la Cámara de Comptos de Navarra, titulado “Coste del rescate de las concesiones de la A-15 y de la A-68 y la posibilidad de anular la ampliación de la concesión de la A-15”, a que se ha hecho referencia en los antecedentes.

En concreto, la Cámara de Comptos se apoya en el artículo 16.3 de la LFCAPN, donde se establece que “no serán aplicables las disposiciones de esta Ley Foral a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma”.

Partiendo de este precepto, el informe de la Cámara de Comptos advierte que, inicialmente, la concesión de la A-15 fue adjudicada a una empresa de capital privado, pero “posteriormente y por diversos avatares, esta empresa se transforma en sociedad pública cuyo capital pertenece en su totalidad a las Administraciones Públicas”. Por ello —continúa el informe de la Cámara de Comptos— “se plantea la dificultad de aplicar a este supuesto de la A-15 conceptos como los de gestión indirecta de servicios público, contrato de concesión, concesionario y rescate, para los que la legislación de contratos vigente parte de la premisa de que frente a la Administración existe un empresario privado”.

El Consejo de Navarra no puede compartir la conclusión a que parece llegar la Cámara de Comptos, sin perjuicio del respeto que la misma le merece, por las razones que se van a exponer a continuación.

En el año 1984, fecha en que se adquirieron las acciones de AUDENASA por el Gobierno de Navarra y por la Dirección General del Patrimonio del Estado, la normativa aplicable a la concesión que nos ocupa era la contenida en la Ley 8/1972 y, con carácter supletorio, el TALCE, en el que no encontramos una norma similar a la del vigente artículo 16.3 de la LFCAPN. El artículo 62 del TALCE se limitaba a definir el contrato de gestión de servicios públicos como aquél mediante el cual el Estado encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio, sin excluir de su ámbito de aplicación aquellos casos en los que el concesionario fuera una sociedad participada exclusivamente por la Administración.

Navarra hizo uso por vez primera de su potestad legislativa en materia de contratación mediante la LFCACF, en la que la concesión se configuraba como una de las modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos (artículo 72), sin que se establecieran restricciones en orden a las personas que pueden concertar con la Administración Foral este tipo de contratos.

Por tanto, en caso de que hubiera de considerarse alterada la naturaleza del contrato o de la relación que une al Gobierno de Navarra como titular del servicio público y AUDENASA como ente gestor del mismo, dicha mutación habría de ser necesariamente un cambio sobrevenido por obra de la

promulgación de la nueva legislación de contratos, sea la LCAP de 1995 —en la medida en que, por su carácter básico, se entienda aplicable a Navarra en este punto concreto—, sea la LFCAPN de 1998.

En todo caso ha de tenerse en cuenta que en la fecha de entrada en vigor de la LCAP y, por supuesto, cuando comenzó a regir la LFCAPN, el titular de las acciones que en 1984 había adquirido el Estado Español no era ya la Dirección General del Patrimonio del Estado, sino una sociedad anónima participada íntegramente por el Estado, la Empresa Nacional de Autopistas S.A.

En estas circunstancias no nos parece jurídicamente admisible la conclusión de que se ha producido un cambio en la naturaleza de la relación que vincula al Gobierno de Navarra y AUDENASA, por las siguientes razones:

1.- En primer lugar, el artículo 16.3 de la LFCAPN sólo es aplicable con carácter supletorio a las concesiones para la construcción de autopistas de peaje, sujetas, como sabemos, a las disposiciones de la Ley 8/1972. Esta última ley no contiene restricción alguna en cuanto a su aplicación a entidades o sociedades participadas mayoritariamente por la Administración concedente, por lo que el recurso a lo dispuesto por el artículo 16.3 de la LFCAPN no puede realizarse sin un argumento que justifique que el silencio de la Ley 8/1972 sobre este punto ha de ser considerado como una laguna de Derecho. No podemos abandonar de plano la hipótesis de la interpretación *a contrario* de la Ley 8/1972, lo que nos llevaría directamente a concluir que su normativa es aplicable cuando el concesionario es una sociedad participada mayoritariamente por la Administración, dado que este supuesto no está excluido por ella. Sin embargo, no vamos a entrar en este debate debido a que existen otros argumentos más claros a favor de la subsistencia de la relación concesional.

2.- El artículo 16.3 de la LFCAPN excluye de su ámbito los casos “en que la gestión del servicio público... se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma”. El texto literal del precepto no permite excluir sin más de dicho ámbito a las sociedades participadas por cualesquiera

Administraciones públicas. No dice que estén excluidas de la LFCAP las concesiones cuando el concesionario sea una sociedad estatal o de titularidad pública, sino cuando la gestión del servicio “se atribuya” a sociedades participadas mayoritaria o exclusivamente por la Administración. La norma configura el régimen jurídico de la concesión en el momento en que se entabla la relación jurídica, quedando desde ese momento sujeta al régimen jurídico propio de la relación constituida. Ello resulta lógico si se piensa además que la titularidad de las acciones de la sociedad concesionaria no pasa de ser una circunstancia exógena al contrato o a la relación jurídica entre el concesionario y la Administración concedente.

El hecho de que se altere la participación accionarial de la concesionaria mediante negocios jurídicos concluidos entre terceros o disposiciones ajenas a la relación concesional, no puede determinar un cambio radical de la naturaleza de las relaciones jurídicas de la sociedad con la Administración otorgante de la concesión, al menos mientras la sociedad mantenga su personalidad jurídica independiente y diferenciada respecto de la personalidad jurídica de la otra parte contratante, en este caso, la Administración de la Comunidad Foral. ¿Qué ocurriría —nos preguntamos para mejor comprender el caso— si el Estado vendiese ahora sus participaciones a una entidad privada? Si aceptamos la tesis de la variabilidad de la naturaleza de la concesión, habría que afirmar que, al dejar de ser mayoritaria la participación pública, el contrato volvería a ser de nuevo una concesión. Consideramos que tales vaivenes del régimen jurídico de una relación ya perfeccionada pugnan con la lógica y son contrarios al principio de seguridad jurídica.

3.- En tercer lugar consideramos que el artículo 16.3 no alude a cualesquiera Administraciones Públicas, sino a la Administración Pública titular del servicio que efectúa su concesión a un tercero. No habla este artículo de las Administraciones Públicas. Lo que dice es que quedan excluidos de la LFCAPN los servicios que se atribuyan a sociedades participadas, exclusiva o mayoritariamente, por la “Administración” o por “un ente público de la misma”.

La Administración no puede ser otra que la Administración concedente. En nuestro sistema político de descentralización territorial conviven múltiples

Administraciones con personalidad jurídica independiente y dotadas de autonomía política y/o administrativa. La legislación de contratos administrativos pretende configurar un marco de transparencia, publicidad, libertad e igualdad entre las empresas que licitan y concurren a la contratación pública. Es perfectamente lógico que la gestión directa por parte de la Administración titular del servicio quede fuera no sólo del concepto de contrato (pues el contrato requiere pluralidad de sujetos), sino también del régimen jurídico de la contratación administrativa, pues los principios citados no entran en juego cuando es la propia Administración la que presta el servicio directamente. Esta aseveración es aplicable a los casos de atribución de la gestión o servicios a entes públicos creados *ad hoc*, entes que necesariamente se incardinan en la estructura organizativa de la Administración titular del servicio, por la cual estarán tutelados. También se puede extender a las sociedades participadas mayoritariamente por la Administración concedente y titular del servicio, pues entonces (y especialmente si la participación es exclusiva) la sociedad no pasa de ser una forma jurídica detrás de la cual se encuentra la realidad material de la identidad de intereses entre la Administración y la sociedad participada, así como la de existencia de una única voluntad rectora.

No ocurre lo mismo cuando los partícipes de la sociedad concesionaria son otras Administraciones distintas de la concedente y los entes públicos dependientes de ella. Esas otras Administraciones gozan de autonomía, tienen y defienden intereses que no coinciden necesariamente con los de la Administración titular del servicio. Existe, en definitiva, un sustrato claro de alteridad que justifica que la relación jurídica tenga naturaleza contractual y que la contratación con dichas sociedades esté sometida a los mismos principios de transparencia, publicidad, libertad e igualdad que inspiran el régimen jurídico de la contratación administrativa.

4.- A mayor abundamiento hay que señalar que en 1995, fecha en que se promulgó la LCAP, y en 1998, cuando entra en vigor la LFCAPN, no existía ninguna Administración ni ente público dependiente de ésta que tuviese participación mayoritaria en AUDENASA. En efecto, el Gobierno de Navarra era y sigue siendo titular del 50% de las acciones y no tiene, por tanto

participación mayoritaria. El otro accionista era y sigue siendo ENAUSA, que ni es Administración, ni es ente público dependiente de Administración alguna.

ENAUSA, como hemos dicho más atrás, es una sociedad anónima de titularidad pública cuya constitución fue autorizada por Real Decreto 302/1984, de 25 de enero. En el momento de su constitución se encontraba vigente la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, cuyo artículo 6 calificaba como Sociedades Estatales las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado, y disponía que dichas sociedades “se regirán por las normas de Derecho Mercantil, Civil o Laboral”. Estos preceptos pasaron a formar parte del artículo 6º del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria actualmente vigente, que fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre. A ello hay que añadir que los organismos públicos dependientes de la Administración General del Estado tienen hoy su regulación específica en los artículos 41 y siguientes de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y entre ellos no se encuentran comprendidas las sociedades mercantiles participadas mayoritaria o exclusivamente por la Administración del Estado.

En conclusión, las Sociedades Estatales no son Administración ni son entes públicos y esta es una razón más para descartar la aplicación a nuestro caso del artículo 16.3 de la LFCAPN.

#### **II.4ª. Informes supuestamente omitidos en el procedimiento de adopción del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de diciembre de 1997.**

La segunda cuestión sometida a consulta del Consejo de Navarra consiste —literalmente— en determinar el “alcance de los vicios detectados en el expediente por omisión de los preceptivos informes de los servicios jurídicos y de la intervención, así como las posibilidades de su subsanación y de la procedencia de la revisión del acuerdo de diciembre de 1997 de ampliación del plazo de la concesión”.

Esta consulta contiene varias cuestiones que conviene tratar separadamente.

1- *Determinación de los informes preceptivos para la modificación de un contrato de concesión de la construcción, conservación y explotación de autopistas*

a) *Opinión de la Cámara de Comptos*

También en este caso es el Informe emitido por la Cámara de Comptos de Navarra el que ha detectado la posibilidad de que el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de diciembre de 1997, adolezca de algunos vicios formales.

Dice la Cámara de Comptos que “en la documentación remitida por el Gobierno de Navarra, no consta el informe de los servicios jurídicos del Departamento ni el de los servicios de intervención, por lo que podemos señalar que dicho expediente de modificación es incompleto por carecer de alguno de los documentos exigidos por la legislación vigente.”

Según la Cámara de Comptos, el convenio de diciembre de 1997 entre el Gobierno de Navarra, ENAUSA y AUDENASA, “es una modificación del contrato inicial prevista en la legislación contractual, la cual debía tramitarse a través del correspondiente expediente que, para el caso concreto que nos ocupa, debería contar al menos con las siguientes actuaciones:

- Propuesta del servicio correspondiente, debidamente valorada y justificada.
- Plan económico que permita compensar al empresario y mantener el equilibrio financiero, en la medida en que la modificación altera el régimen financiero de la concesión
- Audiencia del contratista concesionario
- Informe de los servicios jurídicos del Departamento
- Informe de los servicios de Intervención

- Aprobación por el Gobierno de Navarra”

No se especifican en el informe de la Cámara de Comptos las normas en que se apoya para justificar la preceptividad de los informes que cita, por lo que es necesario que nos detengamos en el estudio de la normativa vigente en el momento en que se produjo la modificación, esto es, diciembre de 1997.

*b) Informes previstos por la legislación específica de contratación de concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas*

Como hemos señalado más atrás, la norma principal reguladora de la concesión de la Autopista A-15 es la Ley 8/1972, cuyo artículo 24 establece lo siguiente:

“El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Obras Públicas, podrá modificar, por razón de interés público, las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, con informe previo del de Hacienda si las modificaciones afectan al régimen económico-financiero de la concesión.”

La facultad de modificación del contrato corresponde, por tanto, al Gobierno de Navarra, de donde se deduce que hemos de centrar el estudio de la posible ilegalidad de la modificación de la concesión en el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de diciembre de 1997, prescindiendo a estos efectos del convenio suscrito por AUDENASA, ENAUSA y el Gobierno de Navarra, convenio que puede ser considerado como un trámite del procedimiento que concluye en el mencionado acuerdo de modificación adoptado por el Gobierno de Navarra el 15 de diciembre de 1997.

Pues bien, la norma que específicamente regula la modificación de los contratos de concesión de la construcción, conservación y explotación de autopistas, contenida en la Ley 8/1972, no establece la preceptividad de los informes que la Cámara de Comptos considera omitidos, sino sólo el informe previo del “Ministerio de Hacienda”, que en nuestro caso debe interpretarse como informe previo de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra.

*c) Régimen jurídico general de la contratación administrativa*

A juicio de este Consejo de Navarra, la existencia de una norma particular que específicamente contempla el caso concreto que nos ocupa, impide la aplicación de cualquier otra norma que, con carácter general, regule los trámites de la modificación de contratos administrativos.

No obstante, con el fin de despejar enteramente las dudas de legalidad expresadas en la consulta, conviene contemplar la hipótesis de una eventual aplicación de la normativa general de contratación, porque probablemente este ha sido el escenario en que se ha situado la Cámara de Comptos al emitir el informe de que trae causa el presente dictamen.

En efecto, según el artículo 2º de la Ley 8/1972, modificado por el artículo 157 de la Ley 13/1996, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, “la legislación de Contratos del Estado” tiene carácter supletorio.

En el marco de esta hipótesis interpretativa, la primera duda que surge, en cuanto a la determinación de la norma aplicable, es si la supletoriedad configurada por el artículo 2º de la Ley 8/1972, ha de interpretarse literalmente (“legislación de Contratos del Estado”) o si, por el contrario, la legislación supletoria es la legislación foral de contratos, habida cuenta de la competencia exclusiva que, en virtud de su régimen foral, ostenta Navarra en esta materia.

A nuestro juicio es claro que ha de acudir en primer lugar a la normativa de Navarra, respetando —como dice el artículo 49 de la LORAFNA— los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia. La relación existente entre la normativa que aprueba Navarra en uso de sus derechos históricos y la legislación básica del Estado no es la misma que existe, en términos generales, entre las leyes básicas y las normas autonómicas que las desarrollan. Los derechos históricos de Navarra añaden un plus a la competencia foral, que no está limitada por la bases aprobadas por el Estado sino, como dice el artículo 49 de la LORAFNA, por “los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia”. Este problema fue tratado más extensamente por el Consejo de Navarra, en el dictamen 5/2000, evacuado el día 17 de abril de 2000, al que ahora nos remitimos.

La preferencia de la legislación navarra como normativa supletoria de la Ley 8/1972 es sencilla de fundamentar. Cuando se dictó esta última ley, Navarra no disponía de un órgano con competencia para dictar leyes ni tenía la autonomía política que hoy le reconoce la Constitución. La Diputación Foral de Navarra ostentaba sus competencias tradicionales sobre carreteras, de carácter fundamentalmente administrativo, en virtud de las cuales disponía de atribuciones para la contratación e incluso para la determinación del contenido de los contratos mediante la aprobación de los pliegos de condiciones. La atribución de potestad legislativa a Navarra, con competencia exclusiva en materia de carreteras, en los términos del artículo 49 de la LORAFNA, unida al efectivo ejercicio de dichas competencias mediante LFCACF, y a la titularidad de la Administración Foral sobre la Autopista A-15 que discurre por territorio de Navarra, justifican plenamente que el derecho supletorio a que se refiere el artículo 2º de la Ley 8/1972 sea el derecho de contratos de Navarra.

No es obstáculo para esta conclusión el hecho de que se haya modificado el citado artículo 2º en 1996 sin hacer referencia específica a la legislación foral, puesto que ello puede deberse a simple inercia del legislador cuyo objetivo principal era innovar el artículo 2º en un aspecto más concreto: la aplicación de esta ley a las concesiones administrativas de túneles, puentes u otras vías de peaje (sin descartar absolutamente que la omisión de la salvedad foral sea una simple errata de transcripción del artículo 157 de la Ley 13/1996 en el Boletín Oficial del Estado, pues esto es lo que sugiere la defectuosa redacción del precepto).

Pues bien, la entonces vigente LFCACF, regulaba la modificación del contrato de gestión de los servicios públicos en el artículo 80, que se remitía al artículo 16 en cuanto a los requisitos para la modificación. El artículo 16 regulaba las prerrogativas de interpretación, modificación y extinción que corresponden a la Administración, estableciéndose los requisitos siguientes: 1) Audiencia del contratista. 2) Informes técnico y jurídico de los servicios correspondientes del Departamento. 3) Informe de la Asesoría Jurídica del Departamento de Presidencia e Interior si el precio del contrato es superior a 150 millones de pesetas y la cuantía de la modificación exceda del 20% del precio del contrato, circunstancia que no concurre en el presente caso.

La legislación de contratos del Estado, de carácter básico, también regulaba la modificación de los contratos. El artículo 164 de la LCAP autorizaba a la Administración para modificar por razones de interés público las características del servicio contratado. El artículo 102 ordenaba formalizar las modificaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la misma Ley, que se refería al otorgamiento en documento público (administrativo o escritura pública) y constitución previa de garantía. Nada de interés añadía el artículo 221 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que conservaba alguna vigencia en virtud de lo previsto en la Disposición Derogatoria única de la LCAP.

A la vista de todo ello hemos de suponer que la relación de informes supuestamente preceptivos, contenida en el dictamen de la Cámara de Comptos, ha sido extraída de la LFCAPN, cuyo artículo 124, regulador de la modificación del contrato de servicios públicos, se remite a los requisitos procedimentales previstos por el artículo 123 de la misma Ley Foral. Según el apartado 1 del citado artículo 123:

“1. La modificación de los contratos se tramitará mediante expediente contradictorio, que comprenderá las siguientes actuaciones:

a) Elaboración de una propuesta por la unidad administrativa encargada del seguimiento y control de la ejecución del contrato o por el director facultativo designado por la Administración contratante. Dicha propuesta se acompañará de los documentos que sean precisos para definir y valorar la modificación pretendida.

Si la propuesta no procede de la Administración, deberá ser informada por los servicios técnicos de la misma.

b) Audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días.

c) Informe de los servicios jurídicos del órgano de contratación.

d) La fiscalización del gasto por la Intervención.

e) Aprobación de la modificación y del gasto correspondiente por el órgano de contratación.”

Si es cierta nuestra suposición, no podemos compartir la conclusión de la Cámara de Comptos en cuanto a los trámites previos necesarios a la modificación del contrato de concesión de la Autopista A-15 efectuada en diciembre de 1997, dado que la LFCAPN aún no se había promulgado ni estaba vigente en el momento en que se tramitó y se acordó la aludida modificación.

De lo expuesto se deduce que los informes exigidos por la legislación general de contratación administrativa para la modificación de los contratos eran el informe técnico y jurídico de los servicios correspondientes del Departamento (artículo 16 LFCACF). Dichos informes no figuran en el expediente de elaboración y aprobación del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de diciembre de 1997, circunstancia que adquiere relevancia sólo en la hipótesis —no compartida por este Consejo— de que se estime aplicable al caso la normativa general de contratos, tal como parece haber considerado la Cámara de Comptos. La audiencia del contratista se ha de tener por cumplimentada, habida cuenta que la modificación fue realizada de mutuo acuerdo.

*d) Legislación reguladora de la Hacienda Pública de Navarra*

Además de estos informes, previstos por la legislación de contratos, han de incorporarse asimismo los establecidos por la normativa general reguladora de los procedimientos administrativos. En particular, ha de tenerse presente lo dispuesto por el artículo 99.1 de la Ley Foral 8/1988, de 26 de diciembre, de la Hacienda Pública de Navarra (desde ahora LFHPN): “Todos los actos, documentos y expedientes de los que puedan derivarse derechos y obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos o valores serán sometidos a intervención, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley Foral y en sus disposiciones reglamentarias.”

El carácter preceptivo del informe de la Intervención depende de que los actos generen derechos u obligaciones de contenido económico para la

Administración de la Comunidad Foral, circunstancia que no concurre en el Acuerdo analizado, cuyo contenido se circunscribe a lo siguiente:

1. Modificación de la cláusula 2 y 35 del contrato de concesión, ampliando el plazo de vigencia de la concesión.
2. Reducción de las tarifas de peaje que cobra la concesionaria a los usuarios.
3. Compromiso de nuevas inversiones a realizar por AUDENASA.
4. Plan económico-financiero de AUDENASA.
5. Régimen jurídico de otras obligaciones y beneficios tributarios de AUDENASA.

Aunque el Acuerdo de 15 de diciembre de 1997, tal como figura publicado en el Boletín Oficial de Navarra no parece que origine gastos, su examen conjunto con el convenio suscrito el 10 de diciembre del mismo año, podría hacer suponer lo contrario. En efecto, el convenio contiene una cláusula en virtud de la cual el Gobierno de Navarra se compromete a abonar determinadas cantidades a AUDENASA por la utilización de la autopista como variante de Tafalla. Sin embargo, en el Acuerdo de 15 de noviembre de 1997 por el que se modifica el contrato de concesión, no hay más que una simple remisión o cita al apartado 2º del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 13 de diciembre de 1989, en el que se establece que “en la estación de Sarasa, el recorrido al que se aplicará las tarifas vigentes para determinar los peajes a percibir será la actual de 17,459 Kms.”.

Por tanto, podemos concluir en que el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de diciembre de 1997, por el que se modificó el contrato de concesión de la Autopista de Navarra A-15, no generó compromisos de gasto ni movimientos de fondos o valores que hiciesen preceptivo el informe previo de los servicios de Intervención.

## *2- Efectos de los supuestos vicios del expediente*

De lo expuesto anteriormente se deriva que hemos de examinar los efectos jurídicos que se siguen de la omisión del informe del Departamento de Economía y Hacienda, previsto por el artículo 24 de la Ley 8/1972.

Hay que descartar que la omisión del informe del Departamento de Economía y Hacienda produzca la nulidad de pleno derecho de la modificación del contrato, dado que los supuestos de nulidad de los actos administrativos singulares están tasados y entre ellos no se encuentra el que ahora nos ocupa. El Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de diciembre de 1997 no puede de ningún modo calificarse como acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su redacción vigente en diciembre de 1997, que será designada con las siglas LRJ-PAC).

“Una reiterada jurisprudencia —dice el Tribunal Supremo— viene proclamando la necesidad de administrar con prudencia y moderación la teoría de las nulidades, en el sentido de valorar adecuadamente todos los aspectos positivos y negativos de su aplicación, destacándose en este sentido, que la salvaguardia de las formalidades es garantía, tanto de la Administración como de los administrados, constituyendo un elemento decisivo para ello, al asegurar una actuación vinculada siempre a los trámites y al procedimiento preestablecido, de lo que se infiere, que para una recta aplicación de la nulidad establecida en el ap. c) del art. 47 antes aludido, el empleo de los dos adverbios allí reflejados —total y absolutamente—, recalcan la necesidad de que se hayan prescindido por entero de un modo manifiesto y terminante del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo, es decir, para que se dé esta nulidad de pleno derecho, es imprescindible, no la infracción de alguno o algunos de los trámites, sino la falta total de procedimiento para dictar el acto.” (STS de 21 de octubre de 1980).

Nos encontramos, por tanto, ante una omisión que podría ser determinante de la anulabilidad del acto administrativo, tal como dispone el artículo 63 de la LRJ-PAC: “son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”. La presunción de validez de que gozan los actos administrativos impide tener por inexistente o nulo un acto mientras no se declare su nulidad por el órgano competente.

Sin embargo, no toda desviación procedimental conduce necesariamente a la anulación de los actos administrativos, puesto que el órgano competente para declararla ha de ponderar la naturaleza y gravedad de la infracción con las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica. Todo ello se condensa en el principio de conservación de los actos que se contiene en el artículo 66 de la LRJ-PAC (“el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”) y que inspira asimismo la norma del artículo 63.2 de la misma LRJ-PAC (“el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”).

La falta de los informes preceptivos era una omisión insubsanable hasta la entrada en vigor de la LRJ-PAC, lo que explica que se encuentren numerosas sentencias que declaran la nulidad de actos administrativos dictados sin la previa incorporación de dichos informes al expediente (véase, por ejemplo, el fundamento quinto de la STS de 18 de mayo de 1987, donde se citan otras muchas). Pero la LRJ-PAC ha modificado las reglas de convalidación de actos anulables, suprimiendo la excepción que antes afectaba a la omisión de informes preceptivos (cfr. artículo 67 LRJ-PAC), por lo que debe darse a este defecto el mismo tratamiento que tienen los restantes defectos formales que pueden afectar a un acto administrativo.

El propio Tribunal Supremo mitigó el tenor literal del artículo 53.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, donde se establecía que la omisión de informes perceptivos era un defecto no

susceptible de subsanación: “aunque el referido dictamen hubiera de asignársele carácter preceptivo —dice el Tribunal Supremo—, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al estar ordenado como requisito de expediente en el artículo 96 del Reglamento de 27 de mayo de 1955, con la imposibilidad de subsanación prevenida en el artículo 53.5 de aquella Ley, no puede menos de tenerse en cuenta que el mismo, si bien tardíamente, fue incorporado al expediente, y que aunque lo hubiese sido en el momento oportuno y no hubiese existido el defecto formal constituido por su falta, dado su sentido positivo, habría dado lugar a unos acuerdos idénticos a los que se adoptaron, razón por la que carecería totalmente de sentido una anulación por motivos formales para volver a tramitar un procedimiento cuyo resultado sería más que presumiblemente igual, al oponerse a ello sólidos motivos de economía procesal, toda vez que el vicio de forma o de procedimiento no es invalidante de por sí, sino en cuanto prive al acto de los requisitos indispensables para alcanzar sin fin o dé lugar a indefensión de los interesados, tal como indica el artículo 48.2 de la citada Ley procedimental.” (STS de 5 de enero de 1990).

Para alcanzar una conclusión sobre los efectos de la omisión del informe del Departamento de Economía y Hacienda hemos de tener en cuenta que se trata de un informe no vinculante y que el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de diciembre de 1997, en el que se produjo la modificación del contrato de concesión, estuvo precedido por un convenio técnicamente complejo suscrito entre el propio Gobierno de Navarra, ENAUSA y AUDENASA, y el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de diciembre de 1997, cuya legalidad estamos examinando, no hace sino reproducir algunas de las cláusulas de aquél. El convenio aludido estuvo, a su vez, precedido por un informe de los Directores Generales de Obras Públicas y de Hacienda, que contribuyó a formar la voluntad del propio Gobierno de Navarra, el cual autorizó la suscripción del proyecto de convenio por el Consejero de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones. Es necesario considerar igualmente que un convenio como el que suscribieron el Gobierno de Navarra, AUDENASA y ENAUSA sólo se consigue tras un proceso complejo de negociación entre las partes. Todo ello lleva a afirmar que la omisión del informe está sustancial, aunque no formalmente, suplida por la intervención del Director General de Hacienda del

Departamento de Economía y Hacienda, que precedió a la autorización para la suscripción del convenio. Y, en cualquier caso, es razonable pensar que concurren en este caso las previsiones del artículo 66 de la LRJ-PAC que ordena la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la anulación de actos administrativos por defectos de tramitación se desenvuelve en esta misma línea, afirmando que la mera omisión de un trámite no es bastante para proceder a la anulación, si no se ha producido lesión para los interesados, si no se ha generado indefensión y si es presumible que la resolución será la misma en caso de cumplimentarse el trámite omitido.

“Como tiene reiteradamente mantenido esta Sala, en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurren en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado, siguiendo lo propugnado por el artículo 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958 y la filosofía de que el derecho no es un fin en sí mismo, ni los trámites pueden convertirse en ritos sacramentales, toda vez que el culto a la forma ha de ser rendido en cuanto sirve de protección y amparo frente al ejercicio precipitado o desmedido de la potestad administrativa.” (STS de 17 de mayo de 1994).

También merece ser citada la STS de 10 de octubre de 1991, aunque referida a un caso en que se alegaba nulidad de pleno derecho, que dice al respecto: “Este Tribunal Supremo tiene dicho, en Sentencia de 18 de enero de 1984, que para que proceda la nulidad del acto administrativo por el motivo c) del art. 47-1 de la referida Ley (se refiere a la LPA), es preciso que se haya prescindido total y absolutamente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de algunos de estos trámites, y resulta necesario ponderar, en cada caso, las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre

todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de observarse el trámite omitido, pues un elemental principio de economía procesal impide que se anule el acto cuando lógicamente se prevé que el nuevo vaya a ser igual que el anulado; señalando la Sentencia de 14 de julio de 1987 que la omisión de un trámite, por importante que sea, no es bastante para declarar la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo, ya que el precepto del art. 47-1-c) de la Ley de Procedimiento Administrativo exige para ello que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y, si a pesar de su omisión el Tribunal considera que cuenta con los elementos de juicio suficientes para formarse una convicción que sirva para decidir correctamente la contienda, por economía procesal debe pasar a analizar y enjuiciar el fondo del asunto. Esta doctrina se halla, asimismo, contenida, entre otras, en las SS. de 13-7-1983, 30-1 y 16-2-1984 y 6-5-1987.”

En opinión de este Consejo de Navarra nos encontramos, por tanto, ante una omisión no invalidante del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de diciembre de 1997.

Más atrás hemos planteado como hipótesis de que se entienda aplicable al caso el artículo 16 LFCACF. A partir de ese presupuesto —que este Consejo no comparte— resultarían necesarios los informes técnico y jurídico de los servicios correspondientes del Departamento de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones. En tal caso, serían igualmente aplicables las observaciones precedentes a la omisión de dichos informes, que no constituiría vicio de nulidad absoluta ni justificaría la anulación del Acuerdo que puso fin al procedimiento.

### *3- Posibilidades de subsanación y procedencia de la revisión*

Tras las conclusiones alcanzadas en el apartado 2 que precede, entendemos que ha perdido su objeto el resto de las cuestiones de la consulta, por lo que no es necesario entrar en el estudio de las posibilidades de subsanación y la procedencia de la revisión del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de diciembre de 1987.

### **III. CONCLUSIONES**

1. La relación jurídica entablada entre el Gobierno de Navarra y AUDENASA en virtud del concurso convocado por la Diputación Foral de Navarra para la construcción, conservación y explotación de la Autopista A-15 de Navarra, conserva su naturaleza jurídica de concesión administrativa aun después de adquiridas las acciones de la sociedad concesionaria por el Gobierno de Navarra y por la Dirección General de Patrimonio del Estado.
2. El Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de diciembre de 1997, por el que se amplió el plazo de la concesión y se redujeron las tarifas de peaje de la autopista A-15 se adoptó válida y eficazmente, aunque sin la previa emisión del informe preceptivo del Departamento de Economía y Hacienda, si bien se trata de una omisión formal no invalidante que, en lo sustancial, se encuentra suplida por otros informes y antecedentes que obran en el expediente.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.