

INFORME DE FISCALIZACIÓN

Se ha recibido en esta Intervención General para su fiscalización propuesta de Acuerdo de Gobierno por el que se estima el recurso de alzada interpuesto por don Víctor Torres Ruiz en representación de la compañía mercantil AUDENASA, contra la Orden Foral 41E/2020, de 31 de diciembre, de la Consejera de Economía y Hacienda por la que se ordena el pago de la factura correspondiente al mes de noviembre de 2020, en relación con la política de descuentos del Gobierno de Navarra en la AP-15. Tras su examen, se emite el presente informe.

ANTECEDENTES

1. El 29 de mayo de 1999 el Gobierno de Navarra y Audenasa suscribieron un convenio para la aplicación de la nueva política comercial de AUDENASA, con descuentos en la AP-15, previéndose una compensación anual a la concesionaria, en función de una fórmula, que se ha mantenido a pesar de que el convenio ha sido modificado en tres ocasiones.
2. La fórmula establecida determina la compensación por la política comercial como diferencia entre la recaudación teórica y la real del ejercicio en cuestión:

$$C_n = RT_n - RR_n$$

Siendo:

C_n = Compensación del año n

RT_n = Recaudación teórica del año n

RR_n = Recaudación real del año n

$$RT_n = RT_{n-1} \times (1 + P_n/100) \times (1 + (F_2 \times C)/100) \times \text{Factor año bisiesto}$$

Donde:

RT_{1999} = Recaudación teórica para 1999 = 3.470 millones de pesetas

RT_n = Recaudación teórica del año n

RT_{n-1} = Recaudación teórica del año n-1

P_n = Revisión de tarifas del año n (95% del IPC)

F_2 = incremento tráfico corredor en el tramo Tafalla-Pamplona obtenido como suma de la estimación de peaje de Tiebas y el registrador instalado en la variante de Garinoain

C = Coeficiente de incremento de tráfico en la autopista respecto del corredor = 1,50. Este coeficiente se incrementa en cinco centésimas cada cinco años (2004, 2009 y 2014).

Factor año bisiesto = 366/365

3. Con fecha 10 de diciembre de 2020 se recibe para fiscalizar Acuerdo del Gobierno de Navarra, por el que **se modifica la fórmula para el cálculo de la compensación por la aplicación de la política de descuentos en la autopista de Navarra AP-15 en el año 2020** y se aprueba el convenio a suscribir entre el Gobierno de Navarra y AUDENASA.

En él se señalaba que “Como consecuencia de la caída sin precedentes del tráfico de la autopista y del corredor y ante la importancia de este asunto y la complejidad de su análisis en la reunión del consejo de administración de Audenasa celebrada el pasado 19 de mayo de 2020 se acordó la constitución de un grupo de trabajo que analizase la situación y realizase una propuesta que pudiera trasladarse al Gobierno de Navarra para su aprobación.”

Se señalaba que en base al acuerdo adoptado en el seno del grupo de trabajo constituido por acuerdo del Consejo de administración de Audenasa se proponía como cláusula única del convenio que el coeficiente (C) tomará el valor de 1 en la fórmula para la determinación de la recaudación teórica del año 2020.

Analizado el expediente, este Interventor General manifestó discrepancias sobre el mismo, sin llegar a emitir ningún reparo. La propuesta fue retirada por el órgano gestor y no presentada al Gobierno de Navarra.

4. Con fecha 23 de diciembre de 2020 se presenta para su fiscalización una propuesta de Orden Foral de abono de la factura de noviembre por importe de 6.284.728,28 euros, que resulta de la aplicación del coeficiente antes citado $C=1$, no ya como una modificación de la fórmula, sino como consecuencia de un cambio en la interpretación de la misma para el ejercicio 2020.

Se justificaba su aplicación defendiendo que “la literalidad de la fórmula señala que el coeficiente C representa el “incremento” del tráfico de la autopista respecto al corredor. Por tanto, este coeficiente no es de aplicación en el año 2.020 en el que la variación del tráfico del corredor es negativa. Por lo tanto, en este año el valor que debe tomar este coeficiente es $C=1,00$.”

La fiscalización del expediente fue avocada por esta Intervención General y el 28 de diciembre de 2020 se emitió reparo suspensivo de la tramitación, por no estar motivado ni lógica ni jurídicamente el cambio de criterio mantenido desde el origen del convenio, hasta la actualidad.

El órgano gestor acepta el reparo de Intervención General y mediante Orden Foral 41E/2020, de 31 de diciembre, de la Consejera de Economía y Hacienda, se ordena el pago de la factura correspondiente a la liquidación del mes de noviembre de 2020, en relación con la política de descuentos del Gobierno de Navarra en la AP-15, por el importe de 1.207.168,40 €, resultado de aplicar la fórmula convenida en 1999 del mismo modo que se ha venido aplicando desde el origen.

5. Con fecha 4 de febrero de 2021, Don Víctor Torres, en representación de AUDENASA interpone recurso de alzada frente a la Orden Foral 41/2020, emitiendo el 10 de febrero la Secretaría General Técnica del Departamento de Economía y Hacienda informe por el que propone al Gobierno la estimación del recurso de alzada.

6. Con fecha 18 de febrero se recibe para su fiscalización la propuesta de Acuerdo de Gobierno por la que se estima el recurso de alzada de AUDENASA frente a la citada Orden Foral 41/2020.

CONSIDERACIONES

PREVIA. ACTO IMPUGNABLE

El recurso de alzada presentado por D. Víctor Torres Ruiz en nombre de AUDENASA se fundamenta en las discrepancias que manifiesta frente al reparo suspensivo formulado por el Interventor General respecto de la propuesta de Orden Foral que se expone en el antecedente cuarto.

Sin embargo, el informe de reparo emitido por la Intervención General es un acto interno del procedimiento administrativo, por lo cual, si el recurso formulado se hubiera erigido frente a este informe, tal como sostiene el informe emitido por la Secretaría General Técnica sería a todas luces inadmisibile, de conformidad con los artículos 112.1 y 116 letra c, de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Es más, tampoco resulta admisible que la Orden Foral impugnada haya venido predeterminada por el informe de reparo de la Intervención General, ya que el órgano gestor dispone de un procedimiento legal para poder separarse del mismo si no está de acuerdo con él. Así, el artículo 102.2.b de la Ley Foral de Hacienda Pública dispone que si el órgano gestor

lo acepta el reparo debe planteará discrepancia motivada y “remitirá el expediente al Departamento de Economía y Hacienda, que someterá el expediente al Gobierno de Navarra para que adopte la resolución definitiva”. Por el contrario, si como en el caso que se analiza, el órgano gestor no discrepa y continúa con la tramitación del procedimiento, subsanando los defectos señalados en el informe de reparo, el órgano gestor asume íntegramente las consideraciones en él señaladas.

Por lo tanto, el recurso debe entenderse planteado frente a la Orden Foral 41 E/2020, de 31 de diciembre, de la consejera de Economía y Hacienda, por la que se ordena el pago de la factura correspondiente a noviembre de 2020, de acuerdo con los criterios interpretativos de la fórmula compensatoria aplicados desde la firma del convenio hasta la actualidad, porque en otro caso habría que acordar inexorablemente la inadmisibilidad del recurso interpuesto.

Siendo así, la cuestión a dilucidar es si lo que pretende la recurrente en el sentido de inaplicar para un año en concreto la fórmula por la que se determina la recaudación teórica de la concesión, y sustituirla por otra ad hoc, es conforme a derecho.

PRIMERA. MODIFICACIÓN DE LA FÓRMULA. PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA.

La fórmula cuya aplicación se cuestiona fue aprobada en el marco de un convenio celebrado entre el Gobierno de Navarra y Audenasa, con lo que, cualquier modificación de la misma debe realizarse en el marco del mismo procedimiento, posibilidad que fue desechada, en el momento en que se retiró el AG propuesto a fiscalización mencionado en el antecedente 3 de este informe. Por tanto, hasta la fecha no se ha aprobado Acuerdo de Gobierno alguno modificando la fórmula cuestionada.

Por tanto, siendo el Gobierno de Navarra el órgano competente para modificar el convenio suscrito con AUDENASA y todas las cláusulas que lo conforman, entre ellas la fórmula de la compensación, en ningún caso dicha modificación podría haberse operado a través de una orden foral, supuesto en el que se habría incurrido, de haberse aprobado la solicitud de pago de 6.284.728 euros, formulada por la empresa recurrente.

Es decir, en ausencia de modificación de la fórmula, la Orden Foral recurrida, no tenía otra posibilidad jurídica que reconocer la obligación de abonar por el importe de 1.207.168,40 euros, de conformidad con la fórmula existente, porque en otro caso podría adolecer de un vicio de nulidad por falta de competencia.

SEGUNDA. INTERPRETACIÓN DE LA FÓRMULA DE LA COMPENSACIÓN. POSIBILIDAD, PROCEDIMIENTO y COMPETENCIA.

La empresa recurrente justifica su pretensión en una reinterpretación de la fórmula al amparo de la cláusula séptima del mismo, que dispone que “Si en un futuro la aplicación del presente convenio afectara negativamente al plan económico-financiero de Audenasa, el Gobierno de Navarra adoptará cuantas medidas resulten oportunas para mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión.”

Ahora bien, cualquier clase de medida que se pueda adoptar al amparo de la citada fórmula debe ser adoptada por el Gobierno de Navarra conforme a la ley y en el correspondiente procedimiento administrativo.

En este sentido, el artículo 142 de la Ley Foral de Contratos Públicos, invocado por la parte recurrente, establece que “[e]l órgano de contratación tiene la facultad de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. El ejercicio de dicha facultad se documentará por medio de un expediente con audiencia previa del contratista en el que figurarán los pertinentes informes técnicos y jurídicos de los servicios del órgano de contratación sin perjuicio del dictamen del Consejo de Navarra cuando se formule oposición del contratista”. Por lo cual, toda reinterpretación del convenio, exige la tramitación de un procedimiento administrativo con la emisión de los informes técnicos jurídicos por parte de los funcionarios públicos del órgano de contratación.

Sin embargo, en este caso se exige por AUDENASA la interpretación del convenio de aplicación al margen de todo procedimiento legal, pues en contra de lo que sostiene, en ningún caso el Gobierno de Navarra ha convenido con la empresa concesionaria interpretación del convenio, partiendo de que los representantes del Gobierno en una empresa participada por el mismo no son el Gobierno de Navarra, pues en todo caso actúan como miembros del órgano de

gobierno y administración y en todo caso cumpliendo sus instrucciones impartidas formalmente, que no constan en el expediente, por lo que las decisiones que en su seno se adopten en ningún caso pueden imputarse al Gobierno.

Por lo mismo, la delegada del Gobierno en AUDENASA, en el ámbito administrativo del Gobierno de Navarra no tiene otra función que la que resulta de su estructura administrativa y de conformidad con los estatutos del Organismo Autónomo Hacienda Foral de Navarra, no ostenta competencias de propuesta en ningún sentido.

En todo caso, sin perjuicio de lo señalado, se ha de advertir que la interpretación propuesta no es tal sino una modificación de la fórmula recogida en el convenio, toda vez que no hay una razón para entender que un coeficiente con valor 1,65, pase a ser 1 en una determinada situación.

TERCERA. PRESUPUESTOS DEL REEQUILIBRIO FINANCIERO SOLICITADO

La recurrente señala que todo contrato concesional debe mantener su equilibrio con cuantas medidas resulten oportunas, aunque posteriormente señala que no está solicitando un reequilibrio al amparo del artículo 194 de la Ley Foral de Contratos Público.

Ahora bien, AUDENASA, encubiertamente, formula una reclamación al amparo del citado principio, por razón de la situación de la pandemia COVID 19, en cuanto entiende que ha dado lugar a una caída sin precedentes del tráfico de la AP-15, con lo cual, la citada pretensión, debe incardinarse en el artículo 2. 5 de la Ley Foral 7/2020, de 6 de abril de por la que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto generado por la crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19).

CUARTA. FONDO DEL ASUNTO. DISEÑO DE LA FÓRMULA CUESTIONADA

En la fórmula convenida, la recaudación teórica del año n se calcula a partir de la recaudación del año anterior, partiendo de la recaudación fijada para el año 1999, con dos componentes de actualización: el primero relativo a la revisión de las tarifas, igual al 95% del

IPC, y el segundo vinculado a la variación del tráfico del corredor en el tramo Tafalla-Pamplona multiplicada por un coeficiente corrector C.

Este coeficiente corrector C, al ser mayor que uno, amplifica el efecto en la recaudación teórica de la variación en el tráfico del corredor, tanto en los crecimientos como en las caídas, si bien el efecto se compensa a lo largo del tiempo.

Al determinarse la recaudación teórica de un ejercicio vinculado al anterior, la modificación de la fórmula en un ejercicio no afecta solo al resultado del año en cuestión sino al de los años futuros. Es por ello lógica la interpretación que se viene dando a la fórmula desde que se convino en 1999, entendiendo que cuando en la fórmula se señala incremento, se refiere a variación, pudiendo ser positivo o negativo, y aplicándose de la misma manera tanto en los años de crecimiento como en años se ha producido una caída en el tráfico (de 2008 a 2013), ya que de lo contrario, la evolución de la recaudación teórica se desvincularía de la realidad del tráfico, al amplificarse con los crecimientos pero no con las caídas del mismo.

Por tanto, una cosa sería compensar a la empresa concesionaria por una pérdida en los términos del artículo 2.5, de la Ley Foral 7/2020 en el caso de concurrir los requisitos exigidos y cosa muy distinta es modificar de la aplicación de la fórmula a un ejercicio concreto, con las consiguientes implicaciones para toda la vida de la concesión.

Por ello, a juicio de esta Intervención General la interpretación que pretende imponer la empresa recurrente al margen de todo procedimiento, excede con mucho lo que constituiría una interpretación extensiva de las correspondientes cláusulas contractuales, yendo mucho más allá de sus estrictos términos, al introducir una auténtica modificación de las cláusulas contractuales.

En un último orden de cosas, no tienen ninguna justificación sustituir el valor establecido de 1,65 del coeficiente C, por un valor igual a uno en este ejercicio en concreto, y no cualquier otro valor, volviendo posteriormente a la aplicación de la fórmula tal y como se previó originalmente.

CONCLUSIÓN

A la vista, pues, de cuantas consideraciones se han efectuado hasta aquí, se considera que la propuesta de Acuerdo de Gobierno por el que se estima el recurso de alzada interpuesto

por don Víctor Torres Ruiz en representación de la compañía mercantil AUDENASA, contra la Orden Foral 41E/2020, de 31 de diciembre, de la Consejera de Economía y Hacienda por la que se ordena el pago de la factura correspondiente al mes de noviembre de 2020, en relación con la política de descuentos del Gobierno de Navarra en la AP-15, adolece de vicios constitutivos de nulidad de pleno derecho, de acuerdo con el artículo 47.1, apartados b y e de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, y que la continuación de la gestión administrativa del expediente podría causar quebrantos económicos a la Hacienda Pública de Navarra.

En el caso de no hallarse conforme el órgano gestor con las conclusiones de este informe de fiscalización, frente al mismo podrá dicho órgano reaccionar en la en la forma descrita en el artículo 102.2.b de la Ley foral 13/2007, de 4 de abril, de la Hacienda Pública de Navarra.

En su caso, se publicará el informe de reparo en el portal de transparencia del Gobierno de Navarra, para dar cumplimiento a lo previsto en el art. 22.1. A. f) LF 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia.

Pamplona, 19 de febrero de 2021.

EL INTERVENTOR GENERAL,



Gobierno de Navarra
Nafarroako Gobernua
Ekonomia y Hacienda
Ekonomia eta Ogasuna
Interventoría General
Kontu-berriaketa Nagusia

Javier Marticorena Chapa