Expediente: 17/2021
Objeto: Adecuación a derecho del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de febrero de 2021, por el que se resuelve la discrepancia entre la Intervención General y el Departamento de Economía y Hacienda sobre el abono de una factura a AUDENASA.
Dictamen: 24/2021, de 28 de julio

DICTAMEN

En Pamplona, a 28 de julio de 2021,

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza Presidente, don Hugo López López, Consejero-Secretario, doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Luis Goñi Sein y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejeros,

siendo ponente don Hugo López López,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Consulta

El 20 de abril de 2021 tuvo entrada en este Consejo un escrito del Presidente del Parlamento de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (en lo sucesivo, LFCN), se recaba la emisión de dictamen facultativo sobre la legalidad del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de febrero de 2021, por el que se resuelve la discrepancia entre la Intervención General y el Departamento de Economía y Hacienda, en relación con el recurso de alzada interpuesto por AUDENASA contra la Orden Foral 41E/2020 y las consecuencias y trámites a seguir en caso de inadecuación a la legalidad, en los términos indicados en el escrito de 14 de abril de 2021, presentado por el grupo parlamentario Navarra Suma, admitido a trámite mediante Acuerdo adoptado el día 19 de abril de 2021.

Al amparo del artículo 17 de la referida Ley Foral se solicita la emisión del citado dictamen con carácter urgente, dado que, el Acuerdo del Gobierno objeto de dictamen ha suscitado controversia y ha sido objeto de diversas iniciativas sustanciadas en el ámbito del Parlamento de Navarra, entre ellas la solicitud de declaración de lesividad del Acuerdo del Gobierno aprobado. Por ello, se entiende que resulta necesario disponer en el plazo más breve posible del dictamen mencionado, a fin de que, en su caso, el órgano competente para revisar de oficio el acto o declarar lesivo el mismo e instar su anulación ante las instancias jurisdiccionales, lo pueda hacer efectivo en plazo disponiendo del tiempo y el conveniente sustento jurídico del Consejo de Navarra.

Debido a la ausencia de documentación necesaria para la emisión de este dictamen con fecha de 20 de abril de 2021, se solicitó por este Consejo de Navarra la documentación, teniendo entrada el día 14 de mayo el escrito del Presidente del Parlamento de Navarra al que se acompañaba parte de la documentación complementaria solicitada.

En la referida sesión del Parlamento de Navarra de 19 de abril de 2021 se acordó igualmente solicitar de la Cámara de Comptos informe sobre el mismo objeto. Dado el carácter de órgano consultivo superior de la Comunidad Foral de Navarra que ostenta este Consejo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1 de la Ley Foral sobre el Consejo de Navarra y, 1 y 4.5 de su Reglamento, aprobado por Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero, el dictamen de este Consejo se emite con posterioridad al informe de fiscalización de la Cámara de Comptos denominado Compensación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra a AUDENASA por descuentos derivados de la política comercial (2020), evacuado con fecha 21 de junio de 2021, y remitido por el Parlamento de Navarra a este Consejo mediante oficio de su Presidente de la misma fecha.

I.2ª. Antecedentes de hecho

Del expediente inicialmente remitido y de la documentación complementaria que se ha enviado posteriormente, resultan los siguientes hechos relevantes:

1. Con fecha 26 de mayo de 1999, el Gobierno de Navarra y AUDENASA suscriben un convenio para la aplicación de una nueva política comercial de descuentos en la autopista AP-15, previéndose una aportación económica anual a realizar por el Gobierno de Navarra para la compensación de descuentos en peaje de la citada autopista. Dicha compensación se determina mediante una fórmula que, en esencia, se ha mantenido a pesar de que el convenio ha sido modificado en diversas ocasiones.

2. En ejecución del referido convenio, con fecha 30 de noviembre de 2020, AUDENASA emite una factura en concepto de pago de la compensación correspondiente al mes de noviembre y regularización del periodo enero-octubre de 2020, por importe 6.284.728,28 euros. El 23 de diciembre de ese mismo año, la Delegada del Gobierno de Navarra en AUDENASA emite un informe en el que propone el abono de la referida factura por la compensación de descuentos en peajes; presentándose a fiscalización el 24 de diciembre de 2020, propuesta de Orden Foral de la Consejera de Economía y Hacienda, por la que se ordena el pago a AUDENASA del referido importe.

3. El 30 de diciembre de 2020, la Intervención General emite un informe de reparo suspensivo frente a la propuesta de la Orden Foral por considerar que se ha aplicado "[…] *un cambio de criterio en la interpretación de la fórmula que determina la Recaudación Teórica de la Concesionaria de la AP-15, sin que haya una motivación lógica y jurídica del mismo, no estando por lo tanto acreditado el derecho de Audenasa al abono propuesto y suponiendo un perjuicio para la Hacienda Pública* […]".

4. El mismo 30 de diciembre de 2020, la Delegada del Gobierno de Navarra en AUDENASA tramita una propuesta modificada de abono de la factura del mes de noviembre de 2020 por importe de 1.207.168,40 euros. Teniendo en cuenta la referida propuesta modificada, mediante Orden Foral 41E/2020, de 31 de diciembre, de la Consejera de Economía y Hacienda, se ordena el pago a AUDENASA 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. La referida disposición ordena abonar a AUDENASA el referido importe de 1.207.168,40 euros, a pesar de que la factura presentada por la empresa para su pago ascendía a 6.284.728,28 euros; siendo el motivo de la diferencia el reparo suspensivo interpuesto por el Director General de Intervención y Contabilidad, que no aceptaba la factura propuesta y la reducía a la mencionada cuantía de 1.207.168,40 euros, después de aplicar la fórmula de la manera que estima adecuada.

5. Mediante escrito de fecha 2 de febrero de 2021 el representante de AUDENASA interpone recurso de alzada contra la Orden Foral 41E/2020, de 31 de diciembre, al discrepar de la misma en la medida en que asume el criterio expresado en el informe de reparo suspensivo formulado por el Interventor General. Como ya se ha advertido, el reparo suspensivo concluía que no cabe el abono de la factura presentada por la empresa en la medida en que, considera, es consecuencia de un cambio de criterio en la determinación de la fórmula que permite calcular la recaudación teórica de la concesionaria de la AP-15, sin que exista motivación lógica ni jurídica para ello. Según el Interventor General esta motivación no se ha producido y es la causa del reparo suspensivo, por aplicación del artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) que establece qué actos deben motivarse, entre ellos los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes. Invoca para ello el artículo 21.2.b) del Decreto Foral 31/2010, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Control Interno. En el escrito de interposición de recurso de alzada contra la referida Orden Foral se solicita la anulación por disconformidad a Derecho y que se ordene el pago de la factura correspondiente al mes de noviembre de 2020 remitida por AUDENASA correspondiente a la política de descuentos del Gobierno de Navarra en la AP-15, por importe de 6.284.728,28 euros. Y, en la medida en que ya ha sido abonado a AUDENASA el importe fijado en la Orden Foral recurrida, que se proceda al abono de la cantidad restante, es decir, 5.077.559,88 euros. Subsidiariamente, se solicita que se ordene el pago de la factura correspondiente al mes de noviembre de 2020 de acuerdo a la cuantía resultante tras aplicar el índice $F_2 = 0$.

6. Con fecha 10 de febrero de 2021 se emite informe por la Delegada del Gobierno de Navarra en AUDENASA, en relación con el recurso de alzada 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 remitida por AUDENASA correspondiente a la política de descuentos del Gobierno de Navarra en la AP-15. En el referido informe se hace una exégesis de la compensación económica por aplicación de los descuentos de peajes en la AP-15 prevista en los convenios suscritos entre el Gobierno de Navarra y AUDENASA de 26 de mayo de 1999, 28 de febrero de 2000, 30 de enero de 2002, 25 de mayo de 2007 y 14 de marzo de 2009, aprobados, respectivamente, mediante Acuerdos del Gobierno de Navarra de 24 de mayo de 1999, 28 de febrero de 2000, 28 de enero de 2002, 18 de junio de 2007 y 10 de marzo de 2008. Tras explicar el contenido de la fórmula y la aplicación que de la misma se ha llevado a cabo a lo largo de los años, concluye que:

> "[…] *se encuentra convenientemente motivado conforme al contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación de la primera fase de la autopista de Navarra y a los acuerdos adoptados entre el Gobierno de Navarra y AUDENASA el criterio interpretativo de aplicación de la fórmula de compensación considerando un coeficiente C = 1 adoptado en la factura emitida por la concesionaria con número 2020/0020 por un importe de 6.284.728,28 euros, y por tanto la admisión del Recurso de alzada contra la Orden Foral 41E/2020, de 31 de diciembre, de la Consejera de Economía y Hacienda.*
>
> *Por el contrario, no se considera justificada la solicitud subsidiaria por la que se solicita se ordene el pago de la factura del mes de noviembre de 2020 resultante de aplicar el índice* $F_2 = 0$*; importe que por otra parte no ha sido ni cuantificado ni facturado por la solicitante*".

7. Con igual fecha de 10 de febrero de 2021, el Secretario General Técnico del Departamento de Hacienda y Política Financiera del Gobierno de Navarra emite un informe relativo al recurso de alzada 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 remitida por AUDENASA correspondiente a la política de descuentos del Gobierno de Navarra en la AP-15. Tras analizar el

referido recurso de alzada y el reparo suspensivo formulado por el Interventor General, concluye finalmente que:

> "*En base a lo expuesto, no se acierta a ver que la causa del reparo se fundamente en la falta de motivación por separarse de la aplicación del criterio anterior y no cabe sino estimar el recurso interpuesto y proceder al abono del total de la factura presentada*".

8. Con fecha 19 de febrero de 2021, se emite Informe de Fiscalización por la Intervención General, en el que, tras exponer una serie de consideraciones en relación con el acto impugnable, la modificación de la fórmula y su interpretación, el equilibrio financiero de los contratos concesionales, y, finalmente, sobre el fondo del asunto relativo al diseño de la fórmula cuestionada, concluye que:

> "[…] *la propuesta de Acuerdo del Gobierno por el que se estima el recurso de alzada interpuesto por don… 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*".

9. Con fecha 23 de febrero de 2021 se emite Informe por la Delegada de Gobierno de Navarra en AUDENASA en el que, tras formular una serie de consideraciones en relación con las cuestiones expuestas en el informe de fiscalización emitido por el Interventor General con fecha 19 de febrero de 2021, respecto de la propuesta de Acuerdo del Gobierno de Navarra que estima el recurso de alzada interpuesto 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, hace constar su total disconformidad con las conclusiones contenidas en el referido informe de fiscalización del Interventor General.

10. Con idéntica fecha de 23 de febrero de 2021 se emite Informe de la Secretaría General Técnica del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra en relación con el referido informe de fiscalización emitido por el Interventor General en el que, tras exponer los antecedentes y efectuar las consideraciones oportunas, concluye expresando:

> "[…] *una total disconformidad con las conclusiones del informe de fiscalización emitido por el Interventor General el 19 de febrero de 2021, considerándose ajustado a Derecho estimar el recurso de alzada interpuesto por don …, en su condición de Director General y en representación de 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*".

11. Finalmente, el 24 de febrero de 2021 se dicta Acuerdo del Gobierno de Navarra, por el que se resuelve la discrepancia entre la Intervención General y el Departamento de Economía y Hacienda sobre el abono de una factura a AUDENASA, en el que se dispone resolver la discrepancia surgida entre el Departamento de Economía y Hacienda y la Intervención General, en el sentido propuesto por el Departamento de Economía y Hacienda de estimar el recurso de alzada interpuesto por AUDENASA contra la Orden Foral 41E/2020, de 31 de diciembre, de la Consejera de Economía y Hacienda, que ordenó 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.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Objeto y carácter del dictamen

El Presidente del Parlamento de Navarra, de conformidad con el artículo 14.2 de LFCN solicita se emita dictamen por este Consejo de Navarra sobre la adecuación a derecho del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de febrero de 2021, por el que se resuelve la discrepancia entre la Intervención General y el Departamento de Economía y Hacienda, en relación con el recurso de alzada interpuesto por AUDENASA contra la Orden Foral 41E/2020 y las consecuencias y trámites a seguir en caso de

inadecuación a la legalidad, en los términos indicados en el escrito de 14 de abril de 2021, presentado por el grupo parlamentario Navarra Suma.

El presente dictamen se emite con carácter facultativo en cumplimiento de lo establecido en el artículo 14.2 de la LFCN.

La petición de dictamen facultativo, junto con la documentación remitida, cumple las condiciones de procedimiento fijadas en los artículos 27 y 28.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Navarra, aprobado por Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero, ya que el Presidente del Parlamento de Navarra dirige el escrito de remisión de la consulta al Presidente del Consejo de Navarra, concretando con precisión su objeto y acompañando la documentación correspondiente a la cuestión planteada.

A la vista de los términos de la consulta formulada, nuestro análisis se ceñirá, exclusivamente, al examen de la cuestión planteada, siendo la misma si el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de febrero de 2021, por el que se resuelve la discrepancia entre la Intervención General y el Departamento de Economía y Hacienda se ajusta a la legalidad, habida cuenta del reparo suspensivo planteado por la Intervención General como consecuencia de supuestos vicios de nulidad de pleno derecho y los posibles quebrantos económicos que la gestión administrativa del expediente podrían causar a la Hacienda Pública Navarra, así como las consecuencias y trámites a seguir en caso de inadecuación a la legalidad.

Por otra parte, se solicita que el dictamen sea emitido con carácter urgente en base al artículo 17 de la LFCN, justificándose la urgencia en que “el Acuerdo del Gobierno objeto de Dictamen ha suscitado controversia y ha sido objeto de diversas iniciativas sustanciadas en el ámbito del Parlamento de Navarra, entre ellas la solicitud de declaración de lesividad del Acuerdo del Gobierno aprobado. Por ello resulta necesario disponer en el plazo más breve posible del Dictamen que se solicita a fin de que, en su caso, el órgano competente para revisar de oficio el acto o declarar lesivo el mismo e instar su anulación ante las instancias jurisdiccionales, lo pueda hacer

efectivo en plazo disponiendo del tiempo y el conveniente sustento jurídico del Consejo de Navarra".

II.2ª. Marco jurídico de aplicación

Mediante escritura pública otorgada en fecha 10 de agosto de 1973, se formalizó entre la Diputación Foral de Navarra a favor de AUDENASA la concesión para la construcción, conservación y explotación de la primera fase de la autopista de Navarra. Con posterioridad a la referida concesión, se efectuaron diversas modificaciones del contrato y la firma de convenios entre la Comunidad Foral de Navarra y AUDENASA, que han ido adaptando algunas cláusulas del contrato a la realidad del momento, y a la adecuación de la autopista AP-15 a su plena funcionalidad como vía de gran capacidad integrada en la red de carreteras de Navarra, si bien manteniendo las condiciones básicas y finalidad última del contrato de concesión inicial.

Para la emisión de nuestro dictamen habrá de estarse al contenido de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que regula, entre otros aspectos de interés a nuestros efectos, los motivos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos o la posibilidad de que la administración se separe del criterio mantenido en actuaciones precedentes. Asimismo, ha de atenderse a lo previsto en la Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral y del Sector Público Institucional Foral y a las disposiciones contenidas en la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos de Navarra.

También, resulta de aplicación la Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, de la Hacienda Pública de Navarra que regula, entre otros aspectos, el control interno de la gestión económico financiera de las entidades que conforman el sector público foral, en su Título V.

II.3ª. Acerca de la cuestión planteada

La cuestión planteada se refiere, exclusivamente, a la legalidad del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de febrero de 2021, por el que se

resuelve la discrepancia entre la Intervención General y el Departamento de Economía y Hacienda, en relación con el recurso de alzada interpuesto por AUDENASA contra la Orden Foral 41E/2020 y las consecuencias y trámites a seguir en caso de inadecuación a la legalidad, en los términos indicados en el escrito de 14 de abril de 2021, presentado por el grupo parlamentario Navarra Suma, admitido a trámite mediante Acuerdo adoptado el día 19 de abril de 2021. Las dudas de legalidad del referido Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de febrero de 2021, han venido motivadas como consecuencia de los reparos suspensivos planteados por la Intervención General que considera concurren vicios de nulidad de pleno derecho en la actuación administrativa llevada a cabo para determinar y ordenar el pago correspondiente a la factura del mes de noviembre de 2020, en relación con la política de descuentos del Gobierno de Navarra en la AP-15.

Como ya se ha advertido, la compensación económica por aplicación de los descuentos de peajes en la autopista AP-15 está establecida en los Convenios suscritos entre el Gobierno de Navarra y AUDENASA de fechas 26 de mayo de 1999, 28 de febrero de 2000, 30 de enero de 2002, 25 de mayo de 2007 y 14 de marzo de 2008, que fueron aprobados respectivamente mediante Acuerdos del Gobierno de Navarra de 24 de mayo de 1999, 28 de febrero de 2000, 28 de enero de 2002, 18 de junio de 2007 y 10 de marzo de 2008.

En el marco de los referidos convenios se desarrolla la política de descuentos acordada por las partes para abaratar el coste para los usuarios habituales de la autopista, descongestionar determinadas carreteras y potenciar la captación de vehículos, especialmente los pesados, para el tránsito por la autopista. Por ese motivo, el convenio de 26 de mayo de 1999 prevé el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión mediante una fórmula que compensa la diferencia entre la recaudación teórica, es decir, el importe que habría sido obtenido por la concesionaria sin aplicación de esta política comercial y la recaudación real obtenida por el cobro de los peajes, todo ello afectado por los correspondientes factores de actualización. De modo que la referida compensación anual se expresa a través de la siguiente formulación matemática:

Cn = RTn - Rrn

Siendo:

Cn = Compensación del año n

RTn = Recaudación teórica del año n

Rrn = Recaudación real del año n

A su vez, la recaudación teórica se actualiza anualmente de conformidad con la siguiente fórmula:

RTn = RTn-1 x (1+ Pn/100) x (1+ (F2 x C) /100) x Factor año bisiesto

Donde:

RT1999 = Recaudación teórica para 1999 = 3.470 millones de pesetas

RTn = Recaudación teórica del año n

RTn-1 = Recaudación teórica del año n-1

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

F2 = 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

Según advierte en su informe de 10 de febrero de 2021 la Delegada del Gobierno de Navarra en AUDENASA, la fórmula acordada en el año 1999, con la correspondiente adaptación a la actualización de las tarifas al año natural, es la que continúa hoy en día en vigor y ha venido aplicándose sin

contratiempos y además sin controversia entre el Gobierno de Navarra y la concesionaria desde el año 1999 y hasta el mes de febrero de 2020, porque a partir de los meses de marzo, abril y mayo, de 2020, la aplicación de la fórmula, tal y como había venido realizándose hasta el momento, arrojaba un resultado negativo, en el sentido de que, paradójicamente, era la concesionaria quien debía abonar determinadas cantidades en lugar de percibir la compensación del Gobierno de Navarra por la aplicación de la política de descuento; llegando incluso, en alguna ocasión, a resultar un abono por parte de AUDENASA superior incluso a la recaudación neta obtenida por peajes.

Sobre la base de la lógica que subyace a la fórmula acordada, los ingresos de la concesionaria sin convenio, esto es, la recaudación teórica, serían siempre crecientes en función de dos factores: la evolución de los precios y la evolución del tráfico captado por la autopista. En el caso del precio la referencia que se toma es la correspondiente a la revisión anual de tarifas en la autopista. En el caso de la asignación del tráfico se acordó establecer una fórmula en función del crecimiento total del tráfico del corredor Pamplona-Tafalla y con un factor de correlación entre el tráfico del corredor y el de la autopsita. Por tanto, como afirma el referido Informe de la Delegada del Gobierno en AUDENASA, en el resultado de la fórmula de cálculo de la recaudación teórica inciden: el coeficiente de variación de precios (P_n), el incremento del tráfico del corredor (F_2) y el coeficiente de incremento del tráfico de la autopista (C).

La discusión se centra en relación con los factores F_2 y C cuya aplicación provoca severas distorsiones cuando, en lugar de producirse incremento del tráfico, se constatan decrementos del mismo. Ello es así porque, como ya se ha señalado, la fórmula se diseñó para compensar a la concesionaria por la pérdida de ingresos, siempre bajo la perspectiva de que la política de descuentos incrementaría el tráfico de la autopista, y que como consecuencia de ello los factores de actualización de la fórmula F_2 y C se definieran como incrementos. Lo cual no sucede cuando se producen decrementos que dan lugar un factor F_2 negativo que, además, aumenta si se aplica el coeficiente C = 1,65. Esta circunstancia ya se dio entre 2008 y

2013. Sin embargo, la caída sin precedentes del tráfico de la autopista y del corredor a partir marzo de 2020, por motivos sobradamente conocidos, motivó el acuerdo entre la Delegada del Gobierno de Navarra en la concesionaria y AUDENSA de no considerar los valores negativos, y facturar únicamente al Gobierno de Navarra cuando en las liquidaciones mensuales resultaran valores positivos, a expensas de realizar un análisis más pormenorizado de la situación.

El referido análisis llevó a una interpretación de la fórmula para determinar la recaudación teórica actualizada anualmente consistente en aplicar el coeficiente C = 1. Este criterio fue el inicialmente mantenido en la propuesta de Orden Foral de la Consejera de Economía y Hacienda, por la que se ordena el pago a AUDENASA por importe 6.284.728,28 euros.

Sin embargo, la Intervención General ha venido rechazando el referido criterio al considerar, a los efectos que aquí interesan, que se trata de una modificación de la fórmula que determina la recaudación teórica de la concesionaria. Por ese motivo, teniendo en cuenta el reparo suspensivo formulado por la Intervención General, mediante Orden Foral 41E/2020, de 31 de diciembre, de la Consejera de Economía y Hacienda, ordenó el pago a AUDENASA 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 aplicando el coeficiente C = 1,65; resultando un importe de 1.207.168,40 euros.

Como ya se ha expuesto en el apartado antecedentes de nuestro Dictamen, AUDENASA interpuso recurso de alzada contra la referida Orden Foral 41E/2020, de 31 de diciembre, al discrepar de la misma y respecto de dicho recurso la Delegada del Gobierno de Navarra en AUDENASA y el Secretario General Técnico del Departamento de Hacienda y Política Financiera del Gobierno de Navarra informaron, a los efectos que aquí interesan, de forma favorable en lo relativo a aplicación del coeficiente C = 1 adoptado en la factura emitida por la concesionaria y por tanto, la admisión del Recurso de alzada contra la Orden Foral 41E/2020, de 31 de diciembre, de la Consejera de Economía y Hacienda.

Por el contrario, para la Intervención General, la propuesta de Acuerdo del Gobierno por el que se estima el recurso de alzada interpuesto por AUDENASA, contra la Orden Foral 41E/2020, de 31 de diciembre, de la Consejera de Economía y Hacienda, 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.

Finalmente, tras los oportunos informes emitidos por la Delegada de Gobierno de Navarra en AUDENASA y la Secretaría General Técnica del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra, se aprueba el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de febrero de 2021, por el que se resuelve la discrepancia entre la Intervención General y el Departamento de Economía y Hacienda sobre el abono de una factura a AUDENASA, en el que se dispone resolver la discrepancia surgida entre el Departamento de Economía y Hacienda y la Intervención General, en el sentido propuesto por el Departamento de Economía y Hacienda de estimar el recurso de alzada interpuesto por AUDENASA contra la Orden Foral 41E/2020, de 31 de diciembre, de la Consejera de Economía y Hacienda, que ordenó el pago de la factura correspondiente a la liquidación del mes de noviembre de 2020.

Nuestro análisis habrá de centrarse, por lo tanto, sobre el posible concurso de los vicios de nulidad que sostiene la Intervención General. En particular, el relativo a los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, previsto en la letra b) del artículo 47 de la LPACAP, y el relativo a los actos dictados 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, a que se refiere la letra e) del referido artículo 47 de la LPACAP.

Por las razones que se expondrán a continuación, ambos motivos de nulidad se encuentran íntimamente relacionados en el asunto que nos ocupa y de lo que se trata, en definitiva, es de dilucidar si la forma mediante la cual

se ha determinado la compensación económica a la concesionaria constituye una interpretación de la fórmula establecida en el convenio o, por el contrario, constituye una modificación de la misma, como sostiene la Intervención General; puesto que sólo en el segundo caso cabría cuestionarse la competencia del órgano que ha adoptado la decisión, así como el procedimiento a cuyo través la misma ha tenido lugar.

En efecto, ninguna tacha de legalidad cabría formular respecto del Acuerdo del Gobierno de Navarra aprobado el 24 de febrero de 2021 si en él se contuviera una interpretación de la fórmula contenida en el convenio; pues se trataría de su mera ejecución y de la tramitación legalmente prevista para los casos en que surjan discrepancias entre el órgano gestor y la Intervención. Porque el conflicto planteado como consecuencia de la discrepancia surgida entre la Intervención General y la propuesta de admisión y estimación del Recurso de alzada contra la Orden Foral 41E/2020, de 31 de diciembre, de la Consejera de Economía y Hacienda, debe resolverse de conformidad con lo establecido en el artículo 102.2 letra b) de la Ley foral 13/2007, de 4 de abril, de la Hacienda Pública de Navarra, a cuyo tenor cuando existan discrepancias entre la Intervención y el órgano gestor y el "*reparo haya sido formulado por la Intervención General actuando por sí misma o confirmando el de una intervención delegada, y subsista la discrepancia del órgano gestor, éste remitirá el expediente al Departamento de Economía y Hacienda que someterá el expediente al Gobierno de Navarra para que adopte la resolución definitiva*". Y en este sentido debe señalarse que ha sido el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de febrero de 2021, el que, finalmente, ha resuelto la discrepancia entre la Intervención General y el Departamento de Economía y Hacienda sobre el abono de la factura a AUDENASA en los términos legalmente previstos. De modo que ninguna tacha de legalidad por vicio competencial o de carácter procedimental, cabe formular respecto del referido Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de febrero de 2021, en relación con el recurso de alzada interpuesto por AUDENSA contra la Orden Foral 41E/2020, en la medida en que el mismo sea consecuencia de la resolución de discrepancias en cuanto a la interpretación de la fórmula establecida en el convenio para determinar

la compensación económica a satisfacer por el Gobierno de Navarra a la concesionaria.

Mayores dudas de legalidad podrían suscitarse si se considerase que el Acuerdo del Gobierno de Navarra implica una auténtica modificación de 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, como sostiene la Intervención General cuando afirma que lo que se pretende es “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”. Dicha afirmación es consecuencia de que en la fórmula prevista para determinar la recaudación teórica actualizada anualmente se ha aplicado el coeficiente C = 1 en lugar de C = 1,65.

Sin embargo, a juicio de este Consejo de Navarra lo que ha tenido lugar no es una modificación de la fórmula antes transcrita sino una interpretación de la misma. En efecto, C representa el coeficiente de incremento del tráfico en la autopista respecto del corredor que, inicialmente se estableció en 1,50 y cada cinco años se incrementa en cinto centésimas (2004, 2009 y 2014). La literalidad con que se expresa el convenio evidencia que la fórmula y en particular, el factor C, está reflejando el “incremento” de tráfico y, por lo tanto, las dudas interpretativas surgen a la hora de aplicar la fórmula antes referida a situaciones donde lo que se produce en su decremento. No cabe sostener, como pretende la Intervención General, que la interpretación no compartida por esta y finalmente sostenida por el Acuerdo del Gobierno, esté yendo mucho más allá de los estrictos términos al introducir una auténtica modificación de las cláusulas contractuales. Por el contrario, considerar que el coeficiente 1,65 no resulta de aplicación en aquellos casos en que se produce un decremento del tráfico es uno de los sentidos posibles que puede otorgarse a los términos con que se expresa el convenio y se deriva de una interpretación *sensu contrario* de la referencia que representa C. Porque la literalidad de la fórmula prevista en el convenio es clara cuando afirma que C = 1,65 expresa el coeficiente de incremento de tráfico en la autopista respecto del corredor para el año 2020, de modo si no existe incremento no parece irrazonable sostener que no resulta de aplicación el

referido coeficiente 1,65. Mantener la aplicación del referido coeficiente 1,65 en periodos donde lo que se aprecia es, precisamente, un decremento implica equiparar “incremento” con “variación”, como pretende la Intervención General. Sin embargo, resulta que ambos términos no son equivalentes ni sinónimos y, además, su equiparación conlleva los resultados extravagantes a que nos referíamos anteriormente y que son descritos y cuantificados en su informe por la Delegada del Gobierno de Navarra en AUDENASA. Y en este sentido, debe señalarse que las reglas más elementales de la hermenéutica llevan a rechazar interpretaciones normativas que lleven a resultados absurdos y claramente opuestos a la finalidad, en este caso, del propio convenio en que se inserta la fórmula. A la misma conclusión habrá de llegarse a partir del Informe de Fiscalización evacuado por la Cámara de Comptos de fecha 21 de junio de 2021, en el que se afirma que el procedimiento seguido tras la presentación del recurso de alzada “supuso llevar a cabo una interpretación del contrato, y que aprobaba el abono de la factura de Audenasa de noviembre de 2020 por 6,28 millones, es conforme a la normativa aplicable, si bien hubiera sido adecuado que esta interpretación se hubiera realizado en el momento de la presentación de la factura en diciembre de 2020”.

En definitiva, el problema que aquí se plantea es esencialmente interpretativo y ello se desprende implícitamente también del propio Informe de Fiscalización de la Intervención General cuando afirma que: “*si se entiende que el término incrementos se refiere solo a los crecimientos, lo que resulta no es que el coeficiente C ha de ser igual a uno en los periodos de caída del tráfico en el corredor, sino que este coeficiente lo mismo que la variable F2, que se define como incremento del tráfico del corredor en el tramo Tafalla Pamplona, se hace cero cuando no hay crecimiento en el corredor*”. Sin embargo, por las razones que expone en su informe de 10 de febrero de 2021 la Delegada del Gobierno de Navarra en AUDENASA, esta interpretación de la fórmula no parece acomodarse bien al espíritu y finalidad del propio convenio en que se inserta. En efecto, como se advierte en el referido informe, en el supuesto de que el factor F_2 (y en su caso C) se tomase igual a 0 supondría que la recaudación teórica del año n se actualizaría única y exclusivamente en función de la variación de precios y,

por tanto, se aseguraría a la concesionaria unos ingresos superiores a los que resultarían del tráfico habido en la autopista y quedando exenta del riesgo de demanda inherente al contrato concesional de explotación de la autopista. Lo cual mal se aviene con la finalidad última que persigue la compensación anual por el Gobierno de Navarra a AUDENSA orientada a sufragar la merma de ingresos que implica la política de descuentos en peajes, y no a la merma de ingresos que se pueda producir por la simple minoración del tráfico en la autopista. En definitiva, se trata de reequilibrar a AUDENASA por la aplicación a los usuarios de la autopista de la política comercial de descuentos aprobada por el Gobierno de Navarra, que ha tenido plena aplicación durante el año 2020.

Es cierto que de la documentación que obra en el expediente se desprende que en periodos anteriores en que se han producido decrementos de tráfico (años 2008 a 2013) se ha aplicado el coeficiente 1,65. Sin embargo, ello no significa que la interpretación de la fórmula efectuada en el ejercicio 2020 no sea correcta –ni que se aplique una fórmula distinta-. Ni tampoco que el órgano gestor venga obligado a mantener el mismo criterio, porque, precisamente, del artículo 35 de la LPACAP se desprende la posibilidad de que la Administración se separe del criterio seguido en actuaciones precedentes, siempre que lo haga de manera motivada y porque ello no contraviene en modo alguno la doctrina de los actos propios que despliega sus efectos en contextos fácticos muy diferentes al que aquí ocupa.

Habida cuenta de lo expuesto hasta ahora, este Consejo de Navarra considera que la forma en que se ha determinado la compensación económica a AUDENSA consecuencia de la política de descuentos a usuarios de la autopista es consecuencia de una interpretación razonable y razonada de la fórmula prevista en el convenio a esos efectos y no obedece a una modificación de la misma.

Incluso, si se mantuviera a efectos meramente dialécticos que se trata de una modificación de la fórmula y que, por lo tanto, como afirma el Informe de Fiscalización de 19 de febrero de 2021, es el Gobierno de Navarra el

órgano competente para modificar el convenio suscrito con AUDENASA y todas las cláusulas que lo conforman y entre ellas, la fórmula de compensación, no debe perderse de vista que no ha sido mediante Orden Foral, sino, precisamente, mediante Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de febrero de 2021, como, finalmente, se ha resuelto la discrepancia entre la Intervención General y el Departamento de Economía y Hacienda sobre el abono de la factura a AUDENASA. Lo cual haría dudar también de la concurrencia de los vicios de nulidad previsto en las letras b) y e) del artículo 47 de la LPACPAC, aspectos estos sobre los que no consideramos necesario pronunciarnos con mayor profundidad habida cuenta de la conclusión alcanzada en cuanto a forma en que se ha procedido para determinar la cuantía con que compensar económicamente a la concesionaria.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra no advierte vicio de legalidad alguno en el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de febrero de 2021, por el que se resuelve la discrepancia entre la Intervención General y el Departamento de Economía y Hacienda sobre el abono de una factura a AUDENASA.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.