

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 205/07
SENTENCIA NUMERO 648/07

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DON LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA

MAGISTRADOS:

DON JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

DOÑA M^a DEL MAR DIAZ PEREZ

En la Villa de BILBAO, a diez de diciembre de dos mil siete.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 205/07 y seguido por el procedimiento Ordinario Ley 98 , en el que se impugna: DECRETO FORAL 54/2006 DE 26 DE DICIEMBRE DE LA DIPUTACION FORAL DE GUIPUZKOA POR EL QUE SE FIJA LA CUANTIA DEL CANON DE UTILIZACION DE LAS AUTOPISTAS AP-8 Y AP-1 EN EL TERRITORIO HISTORICO DE
G U I P U Z C O A . * * *

Son partes en dicho recurso: como recurrente **AUTOMOVILISTAS EUROPEOS ASOCIADOS -AEA-**, representados por la Procuradora DOÑA MARTA ARRUZA DOUEIL y dirigidos por el Letrado DON SANTIAGO CORDOBA GARAY.

Como demandada **DIPUTACION FORAL DE GIPUZKOA**, representada por la Procuradora DOÑA BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA y dirigido por el Letrado DON JUAN RAMON CIPRIAN ANSOALDE.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA, Magistrado de esta Sala.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 15-02-07 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D^a. MARTA ARRUZA DOUEIL actuando en nombre y representación de AUTOMOVILISTAS EUROPEOS ASOCIADOS -AEA- interpuso recurso contencioso-administrativo contra DECRETO FORAL 54/2006 DE 26 DE DICIEMBRE DE LA DIPUTACION FORAL DE GUIPUZKOA POR EL QUE SE FIJA LA CUANTIA DEL CANON DE UTILIZACION DE LAS AUTOPISTAS AP-8 Y AP-1 EN EL TERRITORIO HISTORICO DE GUIPUZCOA; quedando registrado dicho recurso con el número 205/07.

La cuantía del presente recurso quedó fijada como indeterminada.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- En el escrito de contestación , en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimen los pedimentos de la actora.

CUARTO.- El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el el resultado obrante en autos.

QUINTO.- Por resolución de fecha 27-11-07 se señaló el pasado día 29-11-07 para la votación y fallo del presente recurso.

SEXTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II.-FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La asociación automovilista recurrente pretende en este proceso la anulación del Decreto Foral 54/2.006, de 26 de Diciembre, de la Diputación Foral de Gipuzkoa, (B.O.G nº 246, de 29-12-06), sobre cuantías del canon de utilización de las autopistas AP-8 y AP-1 en sus tramos guipuzcoanos, lo que se articula doblemente, bien como declaración de nulidad total de dicha disposición, bien como subsidiariamente afectante al artículo primero, en relación con vehículos de Categoría 1, Ligeros, y de Categoría 2: Pesados 1.

Se hace un único planteamiento de nulidad de pleno derecho, *"A) Respecto de la legalidad material"*, con desarrollo en tres ordinales, primero, segundo y tercero. En la primera parte se achaca a tal Decreto Foral modificar e innovar la Norma Foral 7/2.002, de 3 de Octubre, reguladora del Canon de Utilización de Infraestructuras Viarias y de la sociedad pública foral *"Bidegi Gupuzkoako Azpiegituren Agentzia, S.A"*, creando derecho objetivo sin habilitación legal, limitando derechos ciudadanos, y vulnerando el principio de jerarquía normativa y de vinculación del reglamento a la ley.

Todo ello porque, derivando del artículo 5.1 de dicha Norma Foral la habilitación al Consejo de Diputados para fijar, modificar y actualizar la cuantía del canon de determinación anual bajo específicos criterios, con una regla de actualización automática en el artículo 5.2, el Decreto Foral señala un incremento del 3,42% para vehículos ligeros y de un 4,42% para vehículos pesados 2, procediendo a la introducción de un redondeo al alza en ambos casos en el segundo decimal resultante del cálculo, (hasta 0 ó 5), que es un criterio no recogido en ninguno de los dos apartados del artículo 5 de la repetida Norma Foral.

De esa premisa, deduce que en el caso de los vehículos ligeros la introducción de ese redondeo al alza provoca, *"la alteración del único límite económico máximo autorizado por la norma legal"* del 95% de la variación del IPC, indicando ejemplos en tramos de autopista en que el incremento real, al pasar la tarifa de 0,40 cm. de Euros a 0,45 céntimos, representa un **12,5%** de incremento, muy superior al 3,42% equivalente a aquel 95% de variación del artículo 5.2 de la N.F.

Respecto de vehículos pesados falta también justificación, pues el criterio que está expuesto en informes previos, (especial deterioro de la infraestructura), justificaría la subida del 4,42%, pero no incrementos superiores por vía de redondeo que, en tramos ejemplificados suponen un 7,14% más que en el año anterior.

En el segundo de los fundamentos se alude a infracciones de derecho privado, con cita de una sentencia de esta misma Sala nº 149/2.006, de 28 de Febrero, e invocación especial de la Ley 26/1.984, de 19 de Julio, general de Defensa de los Consumidores y Usuarios en redacción de Ley 44/2.006, de 29 de Diciembre, en lo que prohíbe las cláusulas abusivas, entre las que se incluyen las de redondeo en tiempo consumido o en precio de productos o servicios no consumidos de manera efectiva. Se aprecian con ello infracciones de los artículos 51 y 103 CE.

En tercer término, se alude al informe previo de la Agencia Guipuzcoana de Infraestructuras Viarias, ó *Bidegi*, (folio 3), del que echa de menos toda propuesta de dicho redondeo, pese a que el Preámbulo del Decreto Foral así lo afirma, no aludiéndose a facilitar la gestión del cobro del canon en metálico como base de ese redondeo hasta el borrador del Decreto Foral, siendo por ello arbitraria dicha disposición al introducir un criterio o regla no previsto por la Norma Foral 7/2.002, de 3 de Octubre.

La representación de la Diputación Foral se opone en base a destacar, primero, que la pretensión de nulidad principal no esta justificada por no esgrimirse argumentos de forma o competencia que vicien el Decreto Foral y solo combate la adecuación a derecho de las cuantías del canon del artículo 1º por infracción del artículo 5 de la Norma Foral 7/2.002, y por otros motivos, lo que nunca determinaría la nulidad del texto reglamentario en su conjunto.

Defiende luego la validez del Decreto, pues si la actualización no se hubiera llevado a cabo de forma expresa por medio del mismo, se habría aplicado a partir de 1 de Enero de 2.007 una actualización automática de las cuantías del canon, equivalente al 95 por 100 del IPC interanual del País Vasco, conforme lo establece el artículo 5.2 de la Norma Foral, lo que representaba indiscutidamente el 3,42%. Si hubiese sido así, y con tal incremento automático, en el tramo Muga Bizkaia-Azitain en que cada tipo de vehículo pagaba un canon de 0,40 ó 0,70 euros en 2.006, se pasaría a pagar 0,41 ó 0,72 euros en 2.007, y si en tal situación se cobrase 0,45 ó 0,75 euros, se infringiría indudablemente la Norma Foral 7/2.002.

No es este el caso, pues no ha habido actualización automática y el Consejo de Diputados ha hecho uso de la facultad que le reconoce el apartado 5.1, y, previos los informes requeridos, ha aprobado una disposición expresa de actualización del canon, que no está sujeta a límites cuantitativos determinados y que puede suponer una variación igual, inferior, o superior a la que establece, en su defecto, el artículo 5.2. La sociedad *Bidegi* propuso un cálculo diferente para los vehículos ligeros y pesados 1,

con respecto a los pesados 2; en el primer caso, con una justificación específica por desviaciones de tráfico previstos y reales, el incremento es del 3,42, cogiendo tres decimales y el resultado se redondea al alza a 0 ó 5 céntimos de euro. En el segundo caso, el 3,42% se incrementa en un punto porcentual, -4,42%-, por el deterioro que ocasionan en la infraestructura, con redondeo al alza a 0 ó 5 céntimos de euro. Los incrementos resultantes son variables según los tramos y categorías de vehículos, pero sin infringir por ello el artículo 5 de la Norma Foral, que ningún límite cuantitativo impone al Consejo de Diputados.

Tampoco se contienen cláusulas abusivas a efectos del artículo 10.1 de la Ley 26/1.984, de 19 de Julio, en relación con su Disposición Adicional Primera, apartado 7, que prohíbe estipulaciones de redondeo al alza en tiempo consumido o en precio de productos o servicios, pues el Decreto Foral no contiene ninguna previsión de redondeo en los importes del canon, siendo muy distinto que en el procedimiento de determinación de cuantías finales del canon se haya practicando un redondeo a 0 ó 5 céntimos de euro respecto de operaciones aritméticas necesarias para actualizar los importes vigentes, y en definitiva el Decreto Foral establece precios fijos por tramo y categoría que no son susceptibles de redondeo.

Tampoco incurre en arbitrariedad por el hecho de que atribuya al informe de *Bidegi* la afirmación de que el redondeo lo es "*con el fin de facilitar la gestión del cobro del canon en metálico*", porque lo dijera o no dicho informe, es obvio que el cobro en céntimos de euro resulta simplificado cuando la segunda cifra es 0 ó 5.

SEGUNDO.- Lo primero que requiere un posterior avance en el sentido y viabilidad de las pretensiones del proceso es identificarlas debidamente y dotarlas de una claridad que dista de ser completa en la formulación del escrito alegatorio de la asociación recurrente, y que tampoco obtiene una interpretación plenamente rigurosa por parte de la Administración demandada.

El recurso termina por postular una articulación principal y subsidiaria del pronunciamiento anulatorio que, o bien afectaría a la totalidad del contenido del Decreto Foral, o bien tan solo a las cuantías de los cánones para 2.007 de los vehículos ligeros y pesados 1.

En puridad, esa dualidad de pedimentos no se hace depender de motivos de ataque relativos al procedimiento de elaboración o a la competencia para emanar el acto administrativo de cuantificación de tarifas, sino que depende de que la parte actora, de sus tres argumentos fundamentales en contra de los cánones actualizados, no aplica

uno de ellos a los vehículos pesados 2. En efecto, desde la lógica del recurso se reconoce un mayor grado de justificación del incremento porcentual en estos vehículos que en los otros, por acomodarse a los criterios del artículo 5.1 de la Norma Foral 7/2.002, (folio 61 de los autos), por lo que si la Sala rechazase los fundamentos impugnatorios del recurso que se refieren al redondeo al alza, que afecta a todos los casos, el canon para dichos vehículos pesados 2 tendría que ser confirmado.

La disyuntiva no es por tanto a nivel de forma o fondo, sino a nivel de la extensión del pronunciamiento de anulación del contenido del artículo primero del Decreto Foral, bien anulándolo en su integridad, bien tan solo respecto de dos categorías de vehículos.

La Sala va sin embargo a equiparar la suerte de unos y otros cánones, pues no encuentra fundamento de prosperidad en lo que específicamente propende a impugnar la fijación del canon de los vehículos ligeros y pesados 1. La argumentación de la parte recurrente es errónea en este punto y validamente desvirtuada por la oposición de la Diputación Foral a cuyos argumentos en el proceso bastaría con remitirse. En efecto, intenta la parte recurrente vincular la actualización del canon por virtud de disposición foral, -art. 5.1 N.F 7/2.002-, a los límites cuantitativos establecidos para la actualización automática o por defecto de la primera, -artículo 5.2-, so pretexto de que a ella se remite el Decreto Foral impugnado y que de ella obtiene los parámetros económicos para fijar el canon. Pero que se haga empleo instrumental de esos indicadores económicos no altera la naturaleza de la fijación, que es voluntaria, discrecional, u *hominis*, en un caso, y predeterminada, normativa, y automática en otro, y el límite de incremento que es consustancial a la actualización automática, ninguna eficacia presenta cuando de lo que se trata es de fijar el incremento en aplicación del artículo 5.1.

Por tanto, siendo dos metodologías con dos reglajes distintos, por más que el contenido ofrezca coincidencias de resultado, no cabe transmutar una posibilidad en otra. Una actualización automática representa una ponderación abstracta y estable de las necesidades y factores que llevan a incrementar una tarifa, realizada previamente por el legislador y que opera y se impone sin razón concreta y coyuntural alguna, mientras que la actualización causal o justificada a que se refiere el artículo 5.1 de la disposición comentada, es un ejercicio de discrecionalidad político-administrativa, necesariamente referenciada a factores normativos habilitantes que han de arrojar un resultado distinto, y a justificar, en cada caso.

No son por tanto inválidas las tarifas por el solo hecho de exceder del incremento porcentual del 3,42%, y ello, tanto se refieran a vehículos ligeros como pesados en sus dos modalidades.

TERCERO.- A partir de lo que se acaba de decir, la cuestión se torna de naturaleza cualitativa, y no cuantitativa, y responde a la pregunta de si las repetidas tarifas por tramos que aparecen a los folios 43 y 44 del expediente administrativo, se han actualizado con sometimiento a los criterios del artículo 5.1 de la Norma Foral. Si así no fuese, poco interés resolutorio, o puramente tangencial, ofrecería la cuestión de si concurre un redondeo contrario a la legislación de defensa de los consumidores o usuarios o no concurre, que sería problema no exento incluso de dificultad a la hora de determinar el fuero jurisdiccional competente. -Así, STS de 4 de Abril de 2.006, (RJ. 5.082)-.

Con toda la imprecisión expositiva con que se plantea, (pues se entremezclan argumentos inesenciales sobre lo que los informes dicen u omiten al respecto), lo que la parte recurrente viene a afirmar es que, más allá del 3,42% de incremento para vehículos Ligeros y Pesados 1, y más allá del 4,42% para vehículos Pesados 2, la disposición es arbitraria y contraria a la Norma Foral por incluir incrementos porcentuales reales por tramos, (como el de *Muga Bizkaia-Azitain*), que no responden a los criterios que legitiman la fijación y actualización, y que, conforme al artículo 5.1 de la Norma, tan solo podrían ser, *la distancia recorrida, la naturaleza del servicio y su duración, el deterioro de la infraestructura, la situación del mercado, y el coste de comercialización.*

¿Hay posibilidad de vincular a alguno de esos criterios el redondeo al alza incluido en la formación de las tarifas aprobadas? La Administración foral demandada renuncia a todo ensayo en esa dirección, y defiende la mera ausencia de arbitrariedad, o la obviedad del carácter simplificador de la gestión de cobro que dicho redondeo supone. Sin embargo, la Sala no está en condiciones de poder rechazar el argumento de la Asociación automovilista actora, pues esa opción de incrementar las tarifas de manera aritmética y lineal que la figura representa, es decir, con independencia de toda relación ponderada con los costes de explotación y mantenimiento o expectativas de mercado, no tiene encaje en los conceptos que habilitan ese incremento o actualización.

La parte demandada da a entender con el conjunto de su oposición que siempre podría utilizar la Diputación Foral esa referencia o factor en la fase de fijación de las tarifas, aunque no pudiese hacerlo en la fase de gestión o cobro de las mismas, pero con un argumento como ese, que trata de esquivar -y con éxito dudoso-, las consecuencias de la prohibición de redondeo en la legislación general del consumo, no se responde satisfactoriamente a la pregunta de por qué, en efecto, cada tramo llega a tener

incrementos porcentuales de tarifas, mayores o menores, que no son atribuibles a ninguno de los factores del artículo 5.1 de la Norma Foral.

Hay que insistir, -ahora en dirección inversa a lo que antes se decía-, que si la reflexión del Decreto Foral sobre índices previstos para la actualización automática no implica el límite cuantitativo de ellos, tampoco está habilitada la Administración titular de las autopistas para fijar libremente y sin condicionamiento normativo alguno tales tarifas. Y el redondeo al alza, al margen de sus eventuales implicaciones desde otros prismas, constituye una fórmula que no se atempera a criterios económicos causales y justificables en términos de repercusión sobre el uso de la autopista y la gestión del servicio, sino a unas simples ventajas de caja, (por importantes que estas sean), que no tienen engarce con los parámetros legítimos, e incluso los desvirtúan y anulan en todo o en parte, (así, si como consecuencia de él, el precio de un tramo de mayor recorrido y duración, queda equiparado o minorado respecto de otro inferior).

No cabe tampoco confiar en la máxima de que *quién puede lo más puede lo menos*, pues, al menos en teoría, y por difícil que resulte su verificación y control, la Administración no podría fijar incrementos de tarifas superiores a los que resulten de una rigurosa traslación de los criterios del artículo 5.1, y que no exista un límite cuantitativo previo y abstracto, no significa la libertad absoluta de manejar cualquier criterio que cubra la necesidad de motivación formal y aparente de un resultado puramente voluntarista ya preconcebido antes del cálculo legal.

La STS de 2 de Octubre de 2.006, (RJ. 9.932), partiendo del artículo 11 de la Ley 46/1.998, de 17 de Diciembre, sobre redondeo en la introducción del Euro, según el cual los importes monetarios que se hayan de abonar o contabilizar, cuando se lleve a cabo una operación de redondeo después de una conversión a la unidad euro, deberán redondearse por exceso o por defecto al céntimo más próximo, y tomando en consideración asimismo su artículo 6º que impedía la alteración del valor de los créditos o deudas como consecuencia de la sustitución de valuta monetaria, rechazaba la posibilidad de que una tarifa de 0,006 euros (1 peseta) se viera elevada a 0,01 euros (1,66 pesetas) mediante el pretendido redondeo que, de ese modo, quedaría desnaturalizado ya que operaría en realidad como factor de revalorización.

Podemos decir en este caso que, aunque la razón normativa sea dispar, (allí, equivalencia de valor por sustitución de moneda, y aquí imposibilidad de otros criterios de revalorización distintos que los previstos por la norma de habilitación), la conclusión tiene que ser la misma, pues el redondeo revaloriza tarifas y se sustrae a la mecánica prevista por la normativa foral.

Ciertamente Sentencias como la de la Sala de lo C-A del TSJ de Catalunya de 2 de Junio de 2.004, (RJCA 524) han examinado el problema del redondeo de las tarifas a aplicar en los peajes de autopistas y que hace incrementar la tarifa más allá de lo que resultaría de la estricta aplicación de los parámetros de la revisión tarifaria, y lo han superado en base a lo establecido en la cláusula 40 del Pliego de Cláusulas Generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, según la cual los peajes, una vez obtenidos, podían redondearse a múltiplos de 5 pesetas por defecto o por exceso de forma que en cada grupo tarifario los redondeos sucesivos se compensen en la medida de lo posible, añadiendo la Sentencia que ese sistema del redondeo tiene amparo suficiente y supone que, cuando es al alza, el usuario sale perjudicado, y cuando lo es a la baja, beneficiado, pero ello no se desprende que el aplicado incurra en arbitrariedad o ilegalidad alguna.

Sin embargo, no estamos ahora, como en ese caso, ante autopistas de peaje en régimen de concesión, sino ante la situación derivada de la Norma Foral 7/2.002, de 3 de Octubre, (B.O.G de 10-10-02), que regula el canon por utilización de infraestructuras viarias explotadas por la sociedad pública foral *Bidegi*, siendo así que, como expresan los antecedentes del Decreto Foral impugnado, -folio 35-, en la explotación de las autopistas A-8 y A-1 el canon se fija precisamente, -D.F 23/2.003, de 27 de Mayo-, a partir de la extinción producida en Junio de 2.003 de la concesión que el Estado adjudicó en su día a *Europistas S.A*, y situación que, con paralelismo, y respecto de la sociedad vizcaina *Interbiak S.A*, analizaba nuestra Sentencia de 20 de Febrero de 2.006 en R.C.A 758/2.003.

CUARTO.- En consecuencia, el recurso debe ser estimado en su faceta o proyección principal, -pues a las tres categorías de vehículos afecta el redondeo al alza que se tiene por injustificado-, y debe con ello decaer el impugnado Decreto Foral 54/2.006, de 26 de Diciembre, no debiendo hacer el Tribunal otros pronunciamientos sobre la fijación de la cuantía de la exacción, conforme al artículo 71.2 LRJCA. En aplicación del artículo 72.2 de la misma Ley procesal, y ya se trate de una disposición general o, -como tampoco descarta esta Sala-, simplemente de un acuerdo en ejercicio de la potestad tarifaria que adopta forma de Decreto Foral y que afecta a una pluralidad de personas, procederá la publicación de su fallo y contenido anulado en el periódico oficial de su publicación, una vez que, en su caso, alcance firmeza la presente. Sin costas.-Artículo 139.1 LJCA-.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso del pleito, la Sala emite el siguiente,

F A L L O

QUE ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA MARTA ARRUZA DOUEIL EN REPRESENTACIÓN DE "AUTOMOVILISTAS EUROPEOS ASOCIADOS, -AEA-" EN CONTRA DEL DECRETO FORAL DE LA DIPUTACIÓN DE GIPUZKOA Nº 54/2.006, DE 26 DE DICIEMBRE, PUBLICADO EN EL BOLETÍN OFICIAL DE GIPUZKOA Nº 246, DE 29-10-06, POR EL QUE SE FIJA LA CUANTÍA DEL CANON DE UTILIZACIÓN DE LAS AUTOPISTAS AP-8 Y AP-1 EN EL TERRITORIO HISTÓRICO DE GIPUZKOA, Y DECLARAMOS DISCONFORME A DERECHO Y ANULAMOS DICHO DECRETO FORAL EN SU INTEGRIDAD EN LO QUE DISPONE LAS CUANTIAS DE DICHO CANON A PARTIR DE 1 DE ENERO DE 2.007 PARA TODA CLASE DE VEHÍCULOS, Y CUANTÍAS QUE SON ESPECIFICADAS EN SU ARTICULO PRIMERO, SIN HACERSE ESPECIAL IMPOSICIÓN DE COSTAS.

CONTRA ESTA SENTENCIA **CABE RECURSO DE CASACIÓN** ANTE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO, EL CUAL HABRÁ DE PREPARARSE MEDIANTE LA PRESENTACIÓN DE ESCRITO ANTE ESTE ÓRGANO JURISDICCIONAL EN EL PLAZO DE 10 DIAS, A CONTAR DESDE EL SIGUIENTE A LA NOTIFICACIÓN DE ESTA RESOLUCIÓN.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se dejará certificación literal en los autos, con encuadernación de su original en el libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.