

## **EL RESCATE COMO FORMA DE EXTINCIÓN DE LAS CONCESIONES.**

La figura del rescate, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico y sin embargo apenas desarrollado en su seno, es una forma de extinción anormal de ciertos negocios jurídicos bilaterales que recaen sobre bienes o servicios de titularidad pública. En efecto, la regulación actualmente vigente en la materia, parca y fragmentaria, concibe el rescate como un modo de terminación anticipada de las concesiones de dominio público, pero también de los contratos de concesión de obra pública y de gestión de los servicios públicos. La existencia de elementos comunes a ambos tipos de concesiones, contractuales *stricto sensu* y demaniales, y el hallazgo de ciertas notas afines en la regulación de la resolución de unas y otras, permite esbozar las características definitorias del rescate como decisión unilateral de resolución acordada por la Administración Pública competente.

### **Grupo de Contratos del Sector Público**

#### **Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.**

Los pilares del moderno Derecho Público y en especial, del Derecho administrativo, se asientan en las construcciones doctrinales continentales posteriores a la Revolución Francesa, donde los conceptos de dominio público, obra pública y servicio público, se encontraban íntimamente unidos. Esta profunda conexión originaria se proyecta aún hoy sobre algunos aspectos de la dogmática *ius* administrativista, como acontece, por ejemplo y a estos efectos, respecto de la figura del rescate como forma de extinción anormal de aquellos **negocios jurídicos** en los que se da entrada a un particular al disfrute, la explotación o la gestión, del dominio público, la obra pública o el servicio público.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

Podría decirse así, desde una perspectiva general y alejada del derecho positivo, que el rescate se configura como un instrumento al servicio de la Administración Pública para recuperar algo que le corresponde o pertenece y que sin embargo se ha dejado en manos de un tercero.

El artículo 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece que las **concesiones y autorizaciones demaniales se extinguirán por las siguientes causas: d) Rescate de la concesión, previa indemnización, o revocación unilateral de la autorización.**

En este sentido, las normas reguladoras de los distintos bienes demaniales contemplan el rescate como una forma de terminación anormal del derecho de uso privativo del bien de dominio público. Así por ejemplo, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, establece en su artículo 78.1.i como una de las causas de **extinción del derecho de ocupación del dominio público marítimo-terrestre el rescate**. El artículo 89 de la misma norma regula dispone que la valoración de los rescates se atenderá a las siguientes reglas:

- a. Se **indemnizará** por el **valor de las obras no amortizadas**, incluidas en el acta de reconocimiento de la concesión, suponiendo una amortización lineal para el período de duración de aquella, actualizando los precios del proyecto, incluso honorarios del mismo y dirección de obras, con arreglo a las normas oficiales y considerando el estado de las obras.
- b. Se **indemnizará** también por la **pérdida de beneficios** en el ejercicio económico o año en curso, en el que se realiza el rescate, debidamente justificada con las declaraciones presentadas a efectos fiscales.
- c. En cualquier caso, no se tendrán en cuenta las obras e instalaciones realizadas por el concesionario sin previa autorización, que pasarán al dominio público sin derecho a indemnización.

El texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, reconoce el rescate como una de las **formas de extinción de las concesiones de dominio público portuario** en su artículo 96.h). El artículo 99 regula tanto el procedimiento de **rescate** como su valoración y dispone que aquél tendrá lugar siempre previa declaración de su necesidad por razones de interés general o por el interés portuario de las obras o de los servicios, y el acuerdo de la necesidad de ocupación de los bienes y derechos afectados por aquéllos, así como previa la oportuna indemnización. A este fin se prevé la posibilidad de acuerdo entre la Autoridad Portuaria y el concesionario – artículo 99.4 – y en su defecto, la aplicación de los siguientes criterios:

- a. El **valor de las obras e instalaciones rescatadas** que hayan sido realizadas por el concesionario y estén establecidas en el título concesional, calculado de acuerdo con los criterios establecidos a estos efectos en la letra c) del artículo 175 de dicha Ley.
- b. La **pérdida de beneficios imputables al rescate total o parcial de la concesión** durante el período de concesión restante, con un máximo de tres anualidades. Para ello se computará el beneficio medio anual de las actividades ordinarias realizadas en la concesión en los cuatro ejercicios anteriores, o en los dos últimos ejercicios si es más favorable para el concesionario.

En materia de contratos, la regulación del rescate se encuentra contenida en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El artículo 221 del TRLCSP se refiere a la extinción de los contratos en general, lo que acontece, como es sabido, por cumplimiento o resolución. El artículo 223 de la misma norma, relativo a las **causas de resolución**, no contempla entre ellas el rescate. Al contrario, la figura del rescate sólo se recoge en el TRLCSP como forma específica de resolución de dos tipos de contratos: el contrato de concesión de obras públicas – en el artículo 269 – y el contrato de gestión de los servicios públicos – en el artículo 286 -.

Respecto del **contrato de concesión de obras públicas**, el artículo 269.g) dispone es causa de resolución del mismo el **rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación**. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular; rescate que origina siempre la resolución del contrato ex artículo 270.2 TRLCSP.

El artículo 271 establece, en sus apartados 1 y 4, los efectos de la resolución, señalando que

En los supuestos de resolución la Administración abonará al concesionario el **importe de las inversiones realizadas** por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En el caso de rescate, además, la Administración concedente **indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen**. Para determinar la cuantía de la indemnización **se tendrán en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir**, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resulte posible, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, considerando su grado de amortización.

Por su parte, el artículo 286.b) TRLCSP configura el **rescate** como una de las **causas de resolución del contrato de gestión de los servicios públicos** a la que podrá acudir la Administración cuando concurren razones **de interés público y para gestionarlo directamente** – artículo 287.2 TRLCSP -.

Los efectos de la resolución los contempla el artículo 288, conforme al cual la Administración abonará, en todo caso, al contratista el **precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla**, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. la Administración **indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir**, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización (apartado 4).

Así las cosas, pueden extraerse de lo expuesto las siguientes notas características del rescate:

- Es una **forma de terminación** de ciertos contratos y concesiones demaniales.
- Es una forma de terminación **anormal**, frente a la forma normal de extinción de los contratos, que es su cumplimiento, y de las concesiones, que es el transcurso del plazo.
- En una **forma de terminación anticipada**, pues pone fin a la relación contractual o concesional antes de llegarse al plazo o fecha prevista para su finalización.
- **No tiene carácter sancionador**, pues no penaliza ningún incumplimiento del contratista o concesionario.
- Su **fundamento último** es la **protección del interés público** que preside la actuación administrativa que determinó el otorgamiento de la concesión o el contrato, de modo que sólo el interés público puede legitimar el rescate

- La protección y satisfacción de este interés público corresponde a la **Administración Pública** y la articula mediante la **potestad de rescatar**.
- La potestad de rescatar es **una potestad funcional y discrecional**, en tanto que solo exige constatar – y justificar – el concurso de un interés público cuya satisfacción exige extinguir la concesión o el contrato.
- El rescate produce un **efecto de privación en la persona física o jurídica concesionaria o contratista**, es decir, comporta la **privación de un derecho previamente reconocido**, ya sea:
  - a. A gestionar un servicio.
  - b. A explotar una obra.
  - c. A utilizar un bien de dominio público.
- Esta **privación es coactiva** en tanto que impuesta al contratista o concesionario, no obstante la obligación de audiencia al mismo y la necesidad del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente en caso de que se formule oposición del contratista o concesionario.
- Esta forma anticipada de extinción de la relación concesional exige el **abono al concesionario o contratista de la oportuna indemnización**, que se determinará conforme dispone la normativa reguladora del negocio jurídico de que se trate, si bien en todo caso deberá incluir:
  - a. El valor de las obras
  - b. La pérdida de beneficios imputables al rescate.

Todo ello siempre dentro del oportuno procedimiento de rescate, cuya regulación es tan escasa que solo puede encontrarse algunas referencias al *iter* procedimental de esta forma de resolución en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas, las leyes reguladoras de cada uno de los bienes demaniales, y la regulación general del procedimiento administrativo contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

**GRUPO DE CONTRATOS  
DEL SECTOR PÚBLICO Nº 38**

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma [jlpalma@gomezacebo-pombo.com](mailto:jlpalma@gomezacebo-pombo.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)