

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2023 N.º 162

El rescate de concesiones contractuales: requisitos

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo 3592/2023, de 25 de julio¹, resuelve un recurso de casación en el que se delimitan los requisitos legalmente exigibles a la Administración Pública para la resolución de una concesión contractual acudiendo al rescate de la actividad, esto es, el concurso de una causa de interés público – cualificada – y que esta razón sea posterior a la celebración del contrato de que se trate.

En 1988² la “Compañía Concesionaria SA” resultó adjudicataria del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación de la carretera de peaje, variante de la C-711 del túnel que cruza la Sierra de Alfabiá³.

Mediante Resolución del Pleno del Consell Insular de Mallorca de 2 de agosto de 2017 se acordó el rescate del contrato de concesión, culminado tras el Acuerdo del Pleno del Consell de 22 de diciembre de 2017 que actualiza el importe de la indemnización en 16.288.200, 50€ y fija la fecha de entrada en vigor.

Contra esta decisión se interpuso recurso contencioso administrativo por la “Compañía Concesionaria SA”, resuelto mediante Sentencia n.º 128/2020, de 13 de marzo dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Palma de Mallorca (rec. 104/2017), estimatoria.

Frente a esta sentencia se interpuso entonces recurso de apelación, por parte del Consell Insular, que fue resuelto mediante Sentencia n.º 108/2021, de 15 de febrero de 2021 (rec. apelación 252/2020) del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, desestimatoria.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo 3592/2023, de 25 de julio, ECLI:ES:TS:2023:3592, Sala de lo Contencioso, Sección 3. Número de recurso 2831/2021 y número de resolución 1097/2023.

² Decreto 86/1988, de 18 de noviembre.

³ Por un plazo inicial de 28 años (hasta el 22 de diciembre de 2016). El 24 de octubre de 2007 por mutuo acuerdo de las partes se prorrogó la duración de la concesión hasta el 30 de junio de 2022, en ejecución de Sentencia de la Sala C-A del TSJ de las Illes Balears núm. 212, de 12 de marzo de 2014 a los efectos de compensar el abono en concepto de reequilibrio de la concesión.

Finalmente, y contra la STSJIB n.º 108/2021 se formuló recurso de casación, que fue admitido a trámite mediante Auto de 3 de marzo de 2022 en el que se declaró que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

- a) Determinar el alcance que haya de darse al concepto de interés público en el ámbito del recate de una concesión contractual;
- b) En particular, si es equiparable ese concepto con el de “interés superior” y en qué medida el rescate ha de fundamentarse en circunstancias sobrevenidas que supongan un quebranto del interés público.
- c) Si la afectación de esa decisión discrecional de la Administración, adoptada como técnica de gestión pública, supone una intromisión ilegítima en el ámbito de sus competencias.

Las normas jurídicas objeto de interpretación, son las contenidas en:

- el artículo 32 de la ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión⁴,
- en relación con el pliego de cláusulas generales para la construcción conservación y ex-

plotación de autopistas en régimen de concesión aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero,

- el artículo 75.3 de la ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y
- el artículo 79 y la remisión al Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3410/1975 de 25 de noviembre⁵.

La cuestión fundamental que se debate en el proceso es, por tanto, el relativo a la identificación de los requisitos para que el rescate como forma de terminación anormal de las concesiones – en este caso contractuales – prospere; así como el alcance y características de tales requisitos.

Tanto el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Palma de Mallorca como el Tribunal Superior de Justicia en apelación, consideran que las razones alegadas por la Administración contratante no son admisibles pues no acreditan el concurso de un interés público que justifique el rescate concesional, además de que tales razones deben ser sobrevenidas a la adjudicación del contrato⁶.

El régimen jurídico aplicable a la concesión es, de conformidad con el Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, de 6 de ju-

⁴ Precepto derogado por la ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, cuyo artículo 264 contempla como causa de resolución del contrato de concesión de obras públicas, el rescate de la explotación, [actualmente artículo 279 y concordantes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (LCSP)].

⁵ Actual Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

⁶ El rescate debe apoyarse en razones sobrevenidas o posteriores que produzcan un perjuicio o quebranto a los intereses generales que justifique el sacrificio de las legítimas expectativas de la concesionaria.

lio de 1988 (BOIB n.º 87, de 21 de julio de 1987), la Ley 51/1974, de Carreteras y su Reglamento de desarrollo, la Ley 8/1972, de autopistas en régimen de concesión; el Pliego de Cláusulas General de la construcción y con carácter supletorio por la legislación de contratos del Estado (cláusula primera)⁷.

Conforme al Pliego de Cláusulas Generales⁸, “el rescate del servicio hecho por la Administración es causa de extinción de la concesión”, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32. 8 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo”.

El referido artículo 32 establecía que la concesión se extinguirá por “rescate del servicio por la Administración”. El artículo 79 de dicha norma añadía que “si la Administración antes de la conclusión del contrato estimase conveniente para el interés general gestionar el servicio por sí o por medio de un ente público, podrá

ordenar su rescate indemnizando al empresario el valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización y los daños y perjuicios que se le irroguen, así como los beneficios futuros que deje aquél de percibir atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio”. Esta regulación es de aplicación al contrato de concesión⁹ sobre cuyo rescate se pronuncia el Tribunal Supremo en la resolución que ahora se estudia.

En la actualidad, la figura del rescate se ha regulado con mayor detalle¹⁰, exigiendo no sólo que concurra un interés público, sino que el mismo justifique objetivamente que la Administración rescinda la concesión y vuelva a asumir la gestión directa previa acreditación de que dicha forma de gestión resulta para ese caso más eficaz y eficiente que la concesional.

⁷ “La concesión administrativa de construcción, conservación y explotación del túnel se regirá peculiarmente por la Ley 51/1974, de 19 de diciembre de carreteras y el Real Decreto 1073/1977, de 8 de febrero, que aprueba el Reglamento General de Carreteras, por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión; por las prescripciones de este Pliego de Cláusulas General para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero y con carácter supletorio por la legislación de contratos del Estado.”.

⁸ Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, (cláusula 111).

⁹ Ello es así porque aunque la disposición derogatoria única de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora de los contratos de concesión pública derogó, entre otros, el art. 32 de la Ley 8/1972, su Disposición Final 3ª indica expresamente que dicha Ley será de aplicación únicamente a los contratos cuya licitación se realice con posterioridad a su entrada en vigor, por lo que, en el presente caso, en que la adjudicación es de 1988, la Ley 8/1972 resultaría de aplicación en su totalidad, incluyendo el art. 32.

¹⁰ Así, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece en su artículo 269 que son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes: “g) 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”. Más recientemente la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en su artículo 279 ha matizado mucho más, al exigir la concurrencia de dos requisitos: por un lado, la existencia de un interés público y, además, que se acredite por la Administración que la gestión directa del servicio es más eficaz que la concesional. Y en los mismos términos se expresa el artículo 294 respecto del rescate de la gestión de servicios.

La regulación anterior, en cambio, contemplaba el rescate como una causa de extinción del contrato respecto del que sólo se disponía¹¹ que “si la Administración, antes de la conclusión del contrato, estimase conveniente para el interés general gestionar el servicio por sí o por medio de un ente público, podrá ordenar su rescate indemnizando al empresario el valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización y los daños y perjuicios que se le irroguen, así como los beneficios futuros que deje aquél de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio”¹².

Así las cosas, el rescate es (STS 3592/2023 FJ TERCERO) “una forma de extinción de una concesión que implica la resolución de una previa relación contractual por la decisión unilateral de la Administración, asumiendo la gestión directa del servicio, e implica el ejercicio de una facultad por parte de la Administración que ha de responder a la concurrencia de un interés público que se trate de preservar. Es decir, sólo el interés público puede justificar el rescate de una concesión”.

Ahora bien, “el ejercicio de esa facultad o potestad, además de estar sujeto a un determinado procedimiento, está delimitada por factores sujetos a control, cuales son que su ejercicio se justifique por razones de interés público, que ese interés exista y sea adecuado para justificar esta decisión y esté debidamente motivado. Y, además, debe tratarse de un interés público diferente respecto del que se tuvo en consideración

para acordar la concesión, bien porque se trate de un interés público distinto y posterior que ha surgido de forma sobrevenida y exija la recuperación de la gestión, bien porque el interés público inicialmente existente ha desaparecido o se ha transformado de modo que ya no sea posible seguir manteniendo la concesión sin dañar el interés público actualmente existente”.

El rescate concesional no está pensado para remediar una situación que concurría y que ya fue conocida y valorada en el momento del otorgamiento de la concesión, pues ello implicaría la posibilidad de rescindir unilateralmente un contrato por un mero cambio de parecer o una decisión de la Administración carente de una base objetiva que no puede ser controlada por los tribunales.

En lo concerniente al interés público esgrimido por la Administración para justificar el rescate de esta concesión, el Fundamento Jurídico CUARTO de la STS señala que no concurre, pues las razones aducidas ya existían y concurrían en el momento de formalizarse la concesión y posteriormente cuando se prorrogó su vigencia, esto es:

- a) la discriminación a favor de los que disfrutaban de bonificaciones en los peajes,
- b) la discriminación a favor de otros habitantes de la isla que no pagan peajes y
- c) las dificultades que presentaba la carretera alternativa a la autovía de peaje.

¹¹ En el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (LCE), aprobado por el Decreto 932/1965, de 18 de abril y sólo al regular la extinción del contrato de gestión de servicios públicos.

¹² (art. 79 del Decreto 932/1965 y el art. 232 y el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado).

En definitiva, la STS concluye en su FJ QUINTO, en respuesta a las cuestiones que presentaban un interés casacional, que el interés público que ha de concurrir para justificar el rescate de una concesión:

- ha de concurrir en el momento en que se adopta la resolución de rescate,
- ha de ser adecuado para justificar esta decisión y

— debe estar debidamente motivado.

— Y, además, debe tratarse de un interés público diverso respecto del que se tuvo en consideración para acordar la concesión¹³.

Además, en la actualidad, el artículo 279 LCSP exige no sólo la existencia de un interés público, sino que además se acredite por la Administración que la gestión directa del servicio es más eficaz que la concesional.

¹³ Bien porque se trate de un interés público distinto y posterior que ha surgido de forma sobrevenida y exija la recuperación de la gestión, bien porque el interés público inicialmente existente ha desaparecido o se ha transformado de modo que ya no sea posible seguir manteniendo la concesión sin dañar el interés público actualmente existente.