



El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Rafael Fernández Valverde
Magistrado del Tribunal Supremo y Vocal del CGPJ

NOTA BIOGRÁFICA

Rafael Fernández Valverde es vocal del Consejo General del Poder Judicial, magistrado del Tribunal Supremo y profesor del Centro de Estudios Financieros (CUNEF). Había pertenecido con anterioridad (1996/2001) al CGPJ.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL RESCATE DE LAS CONCESIONES EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: ASPECTOS DESTACADOS. 1.º NOVEDADES GENERALES DESATACADAS. 2.º NOVEDADES DESATACADAS EN RELACIÓN CON EL RESCATE. III. REFERENCIAS AL RESCATE EN OTRAS LEGISLACIONES SECTORIALES. IV. REFERENCIAS AL RESCATE Y SUS EFECTOS EN EL ANTERIOR TRLCSP. A) REDACCIÓN ORIGINARIA DEL TRLCSP EN RELACIÓN CON EL RESCATE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. B) MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL TRLCSP, ANTERIORES A LA APROBACIÓN DE LA LCSP, EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA. V. RESCATE DE LAS CONCESIONES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP). 1.º UBICACIÓN NORMATIVA. 2.º CONFIGURACIÓN DEL RESCATE DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS (ARTÍCULO 279) Y DE CONCESIÓN DE SERVICIOS (ARTÍCULO 294) EN LA LCSP. 3.º LOS EFECTOS DEL RESCATE. VI. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) ha sido publicada en el BOE de 9 de noviembre de 2017 y entrará en vigor el próximo 9 de marzo de 2018, con algunas concretas y puntuales excepciones, que anticipan o posponen la eficacia de la mismas en ciertos aspectos, de conformidad con lo establecido en la Disposición Final Décimo Sexta de la Ley.

La nueva LCSP ha venido a derogar (Disposición Derogatoria) el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP), así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la misma Ley.

La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la presente reforma es evidente, como pone de manifiesto el propio Preámbulo de la Ley, en el que si bien reconoce el carácter nacional de la legislación de contratos públicos, recuerda, sin embargo, que el fundamento de muchas de sus instituciones se encuentra más allá de nuestras fronteras:

«... en concreto, dentro de la actividad normativa de instituciones de carácter internacional, como es el caso de la OCDE, de UNCITRAL –en el ámbito de la ONU–, o, especialmente, de la

Unión Europea», recordando que «[l]a exigencia de la adaptación de nuestro derecho nacional a esta normativa ha dado lugar, en los últimos treinta años, a la mayor parte de las reformas que se han ido haciendo en los textos legales españoles.».

Pues bien, el Preámbulo de la LCSP insiste y ejemplariza dicha incidencia comunitaria:

«En concreto, la última Ley de Contratos del Sector Público encontró su justificación, entre otras razones, en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria, como fue la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.».

El mismo Preámbulo pone de manifiesto que tal influencia europea ha continuado produciéndose en los últimos años:

«En la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada “Estrategia Europa 2020”, dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.».

Con este fin, aparecen las tres nuevas Directivas comunitarias, como son la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la más novedosa, ya que carece de precedente en la normativa comunitaria, como es la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.».

Estas Directivas constituyen la culminación de un proceso iniciado en el seno de la Unión Europea en el año 2010, que después de diversas propuestas y negociaciones primero en la Comisión, luego en el Consejo de la Unión Europea y finalmente, entre el Parlamento y el Consejo, fue finalmente aprobado por aquel, el 15 de enero de 2014, siendo publicadas estas normas en el DOUE el 28 de marzo de 2014.».

Las nuevas directivas vienen a sustituir a la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, aprobadas hace ahora una década, y que habían sido transpuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –posteriormente derogada y sustituida por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre–, y la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente.».

Con esta normativa, la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, que permitan incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública, así como permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo, se hacía preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar diversos aspectos resaltados por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública, lo que también ha sido un logro de estas Directivas.».

Así lo reconoce de forma expresa la Disposición final quinta de la LCSP («Incorporación de derecho comunitario») cuando dispone:

«Mediante la presente Ley se incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; así como la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de

concesión, sin perjuicio de lo incorporado respecto a esta última Directiva a través de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.».

II. EL RESCATE DE LAS CONCESIONES EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: ASPECTOS DESTACADOS

1.º Novedades generales desatacadas

En la nueva LCSP se deben destacar diferentes aspectos novedosos: Así, se introducen la generalización de la declaración responsable para participar en las licitaciones, el fomento de la contratación económica en todos los aspectos del proceso, la introducción de un nuevo procedimiento abierto simplificado, o la inclusión en el ámbito de aplicación de la ley de partidos, sindicatos y patronales, que deberán someterse a la LCSP a la hora de realizar cualquier tipo de contrato, obteniéndose con esta medida una menor posibilidad de fraude y corrupción. Por otra parte, se lleva a cabo una ampliación del recurso especial en materia de contratación, incluyendo más supuestos; se suprime el concepto de oferta económicamente más ventajosa, lo que implicará que el precio no será determinante a la hora de elegir al adjudicatario, sino que se primará la oferta con mejor relación calidad-precio y la valoración de la calidad como criterio de adjudicación.

En consecuencia, la LCSP viene al Ordenamiento jurídico con clara vocación de simplificar el análisis y la aplicación de la normativa contractual, facilitando el conocimiento de los criterios manifestados por los diversos órganos administrativos y judiciales, y alcanzando, así, una contratación pública basada en los principios de integridad, transparencia, igualdad y competencia, habiendo introducido novedades dirigidas a la consecución de todos ellos y eliminando preceptos que atentaban claramente contra los citados principios.

Debe destacarse como novedad significativa la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía, que, a partir de ahora se usará de forma excepcional en los supuestos tasados de la LCSP. Por otra parte, se crean nuevos procedimientos con publicidad: el abierto simplificado, el de licitación con negociación (limitado a determinados supuestos tasados en la Ley debidamente motivado) y el de asociación para la innovación, que tiene como base encontrar soluciones innovadoras. Por otra parte, la LCSP recoge una serie de novedades para facilitar el acceso de las Pequeñas y Medianas Empresas (PYME) a la contratación, como son las modificaciones introducidas en relación con los requisitos de solvencia empresarial, pudiendo recurrir a la capacidad económica, financiera y técnica de otras empresas, lo que permitirá a la PYME hacer frente más fácilmente a requisitos de capacitación y solvencia financiera exigentes.

En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos, surgiendo en su lugar la nueva figura de la concesión de servicios. Sin embargo, con la nueva norma –y esto es lo más significativo a los efectos que nos ocupan–, tanto en los contratos de concesión de obras como en los de concesión de servicios, se ha producido una transferencia del riesgo de la Administración al concesionario. Desaparecen los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos de colaboración público-privada.

2.º Novedades desatacadas en relación con el rescate

En concreto, en la nueva LCSP –como en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP), derogado por la misma– existen diversas referencias al rescate de las concesiones, siendo conveniente que destaquemos estos aspectos con la finalidad de analizarlos luego de forma comparativa con normativas anteriores.

En la nueva LCSP se realizan las siguientes referencias a los rescates de los contratos y concesiones:

A) Recurso especial en materia de contratación

En el artículo 44 de la LCSP se regula el denominado «Recurso especial en materia de contratación», señalando que, entre otros, se consideran, actos recurribles a través de tal recurso especial en materia de contratación, «los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes

entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores», incluyéndose, en dicho ámbito (apartado c) a las «[c]oncesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros». Pues bien, entre los relacionados en el citado apartado 2 del artículo 44 de la LCSP, se consideran (apartado f) susceptibles de tal recurso especial «[l]os acuerdos de rescate de concesiones».

B) Causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas

En el artículo 279 de la LCSP se consideran causas de resolución del contrato de concesión de obras –además de las señaladas en el artículo 211, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e)–, las siguientes:

«c) El rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular, para su gestión directa por la Administración. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.»

Como después veremos, el artículo siguiente, 280, apartados 1 y 3, regula los efectos de la resolución del contrato de concesión de obra pública, y, en concreto, cuando la misma se produce como consecuencia del rescate de la concesión.

C) Causas de resolución del contrato de concesión de servicios

En el artículo 294 de la LCSP se consideran causas de resolución del contrato de concesión de servicios –además de las señaladas en el artículo 211, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e)–, las siguientes:

«c) El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.»

Por su parte, el siguiente artículo 295 determina los efectos de la resolución del contrato de concesión de servicios, y, en concreto, los efectos cuando la causa de resolución (apartado 4) del contrato ha sido el rescate de la concesión.

D) Efectos y extinción de los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas

El artículo 319 de la LCSP dispone que «[l]os efectos y extinción de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas se regirán por normas de derecho privado», siéndoles, no obstante, de aplicación determinadas normas de la LCSP en las materias que en el precepto se relacionan (obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; condiciones especiales de ejecución; supuestos de modificación del contrato; cesión y subcontratación; racionalización técnica de la contratación; así como las condiciones de pago establecidas en los determinados apartados).

Pero, no obstante la remisión a las normas de derecho privado, con las excepciones expresadas, el apartado 2 del citado artículo 319 dispone:

«En estos contratos será en todo caso causa de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 así como la recogida en la letra i) del artículo 211.

A los contratos de concesión de obras y concesión de servicios les será de aplicación las causas de resolución establecidas en los artículos 279 y 294, para cada uno de ellos. No obstante lo anterior, el rescate de la obra o el servicio, la supresión de su explotación así como el secuestro o intervención de los mismos, se tendrá que acordar por el Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela del poder adjudicador.»

E) La Disposición Transitoria Primera de la LCSP regula el régimen de transitoriedad de la misma, haciendo una referencia, en su apartado 3, a los acuerdos de rescate:

«La presente Ley será de aplicación a los acuerdos de rescate ... que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor.»

III. REFERENCIAS AL RESCATE EN OTRAS LEGISLACIONES SECTORIALES

A) La Ley 33/2003, del *Patrimonio de las Administraciones Públicas*, de 3 de noviembre, regula en su artículo 100 la extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales, incluyendo en su apartado d) el «Rescate de la concesión, previa la indemnización, o revocación unilateral de la autorización». En el artículo 101 siguiente se regula el destino de las obras a la extinción del título, señalando al efecto:

«Cuando se extinga la concesión, las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre el bien demanial deberán ser demolidas por el titular de la concesión o, por ejecución subsidiaria, por la Administración a costa del concesionario, a menos que su mantenimiento hubiera sido previsto expresamente en el título concesional o que la autoridad competente para otorgar la concesión así lo decida.

2. En tal caso, las obras, construcciones e instalaciones serán adquiridas gratuitamente y libres de cargas y gravámenes por la Administración General del Estado o el organismo público que hubiera otorgado la concesión.

3. En caso de rescate anticipado de la concesión conforme a lo previsto en el párrafo d) del artículo anterior, el titular será indemnizado del perjuicio material surgido de la extinción anticipada. Los derechos de los acreedores hipotecarios cuya garantía aparezca inscrita en el Registro de la Propiedad en la fecha en que se produzca el rescate serán tenidos en cuenta para determinar la cuantía y receptores.»

B) El artículo 78.1.i) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de *Costas* dispone que «[e]l derecho de ocupación del dominio público se extinguirá por: ... i) Rescate». Por su parte, la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de *Protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas*, ha introducido en dicho precepto cuatro nuevas causas (incurrir en prohibición de contratar, falta de comunicación de transmisión *mortis causa*, falta de reconocimiento previo por la Administración y revocación cuando las obras e instalaciones soporten riesgo cierto de ser alcanzadas por el mar). Esta Ley, sin embargo, no ha modificado las reglas sobre «la valoración de las concesiones, en caso de rescate total o parcial», previstas en el artículo 89 de la Ley de *Costas*:

«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 aquélla, 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.»

C) El Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, aprobó el Texto Refundido de la Ley de *Puertos del Estado y de la Marina Mercante*, en cuyo artículo 96.h) señala al rescate como causa de extinción de las concesiones portuarias. Cause de extinción que es desarrollada en el siguiente artículo 99, que dispone:

«1. En el caso de que el dominio público otorgado fuera necesario, total o parcialmente, por razones de interés general vinculadas a la seguridad, a la protección contra actos antisociales o a la protección del medio ambiente, así como para la ejecución de obras, para la ordenación de terminales o para la prestación de servicios portuarios y que, para realizar aquéllas o prestar éstos, fuera preciso disponer de los bienes otorgados en concesión o utilizar o demoler las obras autorizadas, la Autoridad Portuaria, previa indemnización del titular, podrá proceder al rescate de la concesión. Asimismo, se podrá proceder al rescate de una concesión cuando no sea posible alcanzar un acuerdo con el concesionario en un procedimiento de revisión de concesiones.

2. *El rescate de la concesión exigirá la previa declaración de su necesidad por razones de interés general vinculadas ... Corresponde al Consejo de Administración las declaraciones de interés general o de interés portuario, respectivamente, y al Presidente, previa audiencia del interesado, el acuerdo de necesidad de ocupación. La declaración de urgencia de la ocupación, cuando proceda, corresponderá adoptarla al Ministro de Fomento.*

El interés portuario se entenderá implícito con la aprobación de la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios. Asimismo, la aprobación de los proyectos llevará implícita la declaración del interés portuario de las obras y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos afectados por las mismas.

3. *Cuando el rescate implique la necesidad de ocupación de sólo una parte de la concesión, de tal modo que a consecuencia de aquél resulte antieconómica para el concesionario la explotación de la parte no rescatada, el titular podrá solicitar de la Autoridad Portuaria su rescate total.*

4. *La Autoridad Portuaria y el titular de la concesión podrán convenir el valor del rescate.*

En el supuesto de no llegar a un acuerdo, el valor del rescate será fijado por la Autoridad Portuaria de conformidad con los criterios establecidos en el apartado 6 de este artículo. Dicha valoración será notificada al concesionario a fin de que, en el plazo de 10 días, presente las alegaciones que estime pertinentes.

5. *El Director de la Autoridad Portuaria, a la vista de las alegaciones formuladas, dictará propuesta de resolución.*

En el caso de que el concesionario haya manifestado oposición al rescate, se deberá solicitar dictamen del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.12 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Corresponde al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria dictar la correspondiente resolución (...).».

Se trata, sin duda, de la regulación más completa del rescate de la concesiones, de la que debemos destacar:

- a) La causa del rescate es la necesidad de recuperación del dominio público cuyo uso fue otorgado con la concesión.
- b) A su vez, la necesidad de tal recuperación ha de fundamentarse en la concurrencia de razones de interés general o portuario (como son las vinculadas a la seguridad, a la protección contra actos antisociales o a la protección del medio ambiente, así como la necesidad de ejecución de obras, para la ordenación de terminales o para la prestación de servicios portuarios; igualmente dicha necesidad de recuperación concurre cuando no sea posible alcanzar un acuerdo con el concesionario en un procedimiento de revisión de concesiones). Es decir que la necesidad de recuperación y el rescate se fundamentan en la concurrencia de interés público, que la Autoridad portuaria deberá acreditar que concurre con base en alguna de las razones expresadas.
- c) Procedimentalmente es necesario proceder a la previa declaración de su necesidad de recuperación por razones de interés general o portuario (interés público), que se entiende implícito con la Delimitación de los espacios o portuarios o aprobación de proyectos.
- d) También, desde la perspectiva procedimental, el precepto requiere la audiencia del concesionario, y, en el caso de oposición, el dictamen del Consejo de Estado.
- e) El precepto contiene (apartado 6) unas detalladas reglas de valoración de las indemnizaciones, en relación con de las instalaciones rescatadas y con la pérdida de beneficios imputables al rescate.
- f) En el artículo 100 se regulan los efectos de la extinción de la autorización o rescate y la retirada de los materiales, equipos e instalaciones.

IV. REFERENCIAS AL RESCATE Y SUS EFECTOS EN EL ANTERIOR TRLCSP

A) **Redacción originaria del TRLCSP en relación con el rescate del contrato de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos**

Con la finalidad de poder llevar a cabo una comparación con lo establecido en la LCSP –y así obtener unas conclusiones–, debemos dejar constancia de algunas referencias contenidas en el TRLCSP de 2011,

que en sus artículos 221 y siguientes, regulaba la extinción de los contratos («por cumplimiento o por resolución»), no incluyéndose en el artículo 223 al rescate entre las causas generales de extinción de los contratos, aunque sí contemplaba, en su apartado b), «[l]a declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento». En términos similares se expresaba el artículo 266 en relación con las concesiones, que, sin embargo, si contemplaba al rescate, como causa de extinción de los contratos de concesión de obras públicas y de gestión de servicios públicos.

1. Así en artículo 269.g) del TRLCSP se recogía como causa de resolución del contrato de concesión de obra pública «[e]l 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 se dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular». Esta causa de resolución –junto con la declaración de insolvencia o de concurso (cuando se produzca la apertura de la fase de liquidación); el secuestro de la concesión (cumplidos ciertos plazos); la supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público; o la imposibilidad de explotación de la misma como consecuencia de acuerdos posteriores de la Administración– «originará(n) siempre la resolución del contrato». Esto es, que se consideraba una causa obligatoria y, por tanto, en modo alguno potestativa.

En el artículo 271 del TRLCSP se especificaban los efectos de la resolución:

a) Con carácter general (271.1):

«la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de los terrenos, ejecución de la obra de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión.»

b) Con carácter específico (271.3), para determinadas causas de resolución –entre las que se encuentra el rescate de la concesión–, el TRLCSP añade que, además, «la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen», incluyendo los «beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir», y la «pérdida de valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas», para cuya valoración se fijan reglas en el citado precepto.

2. Por su parte, el artículo 286.b) del TRLCSP señalaba como causa de resolución del contrato de gestión de servicios públicos «el rescate del servicio por la Administración», añadiéndose en el artículo 287.2 siguiente que «[p]or razones de interés público la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente».

a) Como en el supuesto anterior del contrato de concesión obras públicas, en caso de resolución (ahora artículo 288):

«la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por este, hayan de pasar a propiedad de aquella, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.»

b) Y, con carácter específico (288.4), para determinadas causas de resolución –entre las que se encuentra el rescate de la concesión–, el TRLCSP añade que, además, «la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen», incluidos «los beneficios futuros que deje de percibir», y «la pérdida de valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir» a la Administración, para cuya valoración se fijan reglas en el citado precepto.

B) Modificaciones introducidas en el TRLCSP, anteriores a la aprobación de la LCSP, en relación con el contrato de concesión de obra pública

El artículo 271 del TRLCSP, que regulaba los efectos de la resolución del contrato de concesión de obra pública, tuvo una doble modificación con anterioridad a la aprobación de la LCSP:

1.ª El Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero, introdujo un nuevo apartado 7 en dicho precepto, que disponía:

«Si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, esta quedará

subrogada en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo.».

2.ª Sin embargo, la modificación más significativa en el citado artículo 271 del TRLCSP es la llevada a cabo por la Disposición Final 9.ª de la Ley 40/2015, de 1.º de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LSP), que, por lo que aquí interesa, consistió en lo siguiente:

- a) Dar nueva redacción a los apartados 1 y 3 del artículo 271 del TRLCSP (apartado 8).
- b) Introducir el nuevo artículo 271 bis, en el que se regula el «Nuevo proceso de adjudicación en la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración». Y,
- c) Introducir el nuevo artículo 271 ter, en el que se regula la «Determinación del tipo de licitación de la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración».

En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la LSP los apartados 1 y 3 del TRLCSP quedaron redactados en los siguientes términos:

«1. En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará en todo caso 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, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En los casos en que la resolución se produzca por causas no imputables a la Administración, el importe a abonar a este por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deba revertir a la Administración al concesionario por cualquiera de las causas posibles será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme lo dispuesto en el artículo 271 bis.

En todo caso, se entenderá que la resolución de la concesión no es imputable a la Administración cuando obedezca a alguna de las causas previstas en las letras a), b), c), e) y f) del artículo 269 de esta Ley».

(...) 3. En los supuestos de los párrafos g), h) e i) del artículo 269, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, 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:

- a) *Los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, cuantificándolos en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último.*
La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario.
- b) *La pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquella, considerando su grado de amortización.».*

V. RESCATE DE LAS CONCESIONES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP)

1.º Ubicación normativa

En relación con la redacción existente en el TRLCSP en la materia, la LCSP introduce las siguientes novedades:

- a) Las causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas se contienen, ahora, en el artículo 279 de la LCSP, en cuyo apartado c) se incluye como causa «*el rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación*»; y, en el 294 de la LCSP, como causa de resolución del contrato de concesión de servicios, también apartado c), se incluye igualmente «*[e]l rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público*».
- b) El artículo 280 de la LCSP, asumiendo las novedades introducidas en el anterior artículo 271 del TRLCSP, mediante el Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero (apartado 7) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (apartados 1 y 3), introduce, no obstante, algunos matices de interés en los efectos derivados de la resolución de los contratos públicos.
- c) El artículo 281 de la LCSP es ahora el que regula el «*Nuevo proceso de adjudicación en la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración*». Y,
- d) El artículo 282 de la LCSP, el que regula la «*Determinación del tipo de licitación de la concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración*».

2.º **Configuración del rescate de los contratos de concesión de obras públicas (artículo 279) y de concesión de servicios (artículo 294) en la LCSP**

Efectivamente, dichos preceptos configuran al rescate como causa de resolución de los citados contratos:

- a) «*El rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular, para su gestión directa por la Administración. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional*».
- b) «*El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional*».

De tales disposiciones podemos extraer las siguientes consecuencias:

1. El rescate es una *declaración unilateral*.
Se configura, pues, el rescate como una forma anormal de finalización de determinados contratos y concesiones públicas, por oposición a la causa normal de hacerlo, cual su cumplimiento, en el caso de los contratos, o el transcurso del plazo, en el caso de las concesiones; se trata, pues, de una forma anticipada de concluir la relación contractual o concesional, con anterioridad al cumplimiento de la fecha prevista para su finalización.
Se está, pues, en presencia de una actuación administrativa cuyas presunciones de validez y eficacia se presumen, y, por tanto, susceptibles de control jurisdiccional, aunque, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, que regula el denominado «Recurso especial en materia de contratación», con carácter potestativo, esta decisión es susceptible de ser rescindida en dicha vía administrativa de control.
2. El contenido de la declaración implica, como efecto principal, que se dé *por terminada la concesión*.
Constituye, pues, el rescate una decisión ejecutiva de la Administración que, no obstante el cumplimiento de determinados requisitos procedimentales, –audiencia del contratista, dictamen del órgano consultivo, acreditación del interés público y mejor eficacia y eficiencia–, se impone irremisiblemente al contratista o concesionario; en el artículo 211 del TRLCSP se establecían dichos requisitos procedimentales.
Como consecuencia, implica la privación –a la persona física o jurídica concesionaria– de un derecho previamente reconocido (explotar una obra o gestionar un servicio público)
3. La declaración de rescate se lleva a cabo *por el órgano contratante*, con la excepción de los contratos de los órganos adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas (artículo 319 de la LCSP), pues en tales supuestos «*se tendrá que acordar por el Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela del poder adjudicador*».
4. La declaración se producirá, necesariamente, *por razones de interés público*. Es decir, que sólo el interés público constituye la causa del rescate, siendo su auténtica razón.

Sobre este particular, y comparando el actual artículo 279 LCSP con el anterior 269 del TRLCSP, se produce un importante y doble modificación.

- a) *Desaparece* la referencia expresa que, en el anterior precepto, se realizaba a la *discrecionalidad* (decisión «*discrecionalmente adoptada*»); y, por el contrario,
- b) *Se introduce* la citada referencia al *interés público como causa determinante* del rescate (decisión «*adoptada por razones de interés público*»).

Es cierto que no se especifican dichas razones de interés público (como con precisión realiza la legislación portuaria que antes reseñamos), pero, sin duda, tal doble modificación puede implicar un vuelco en la exigencia de motivación y justificación de la decisión de rescate que se pretenda adoptar. Esto es, la desaparición de la referencia a la discrecionalidad, junto con la introducción de la exigencia de la especificación del interés público determinante del rescate, llevará, sin duda, a los órganos administrativos y jurisdiccionales a una mayor exigencia de la motivación, justificación o acreditación del interés público para poder proceder al rescate.

La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama hoy el artículo 34 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (antes, artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y artículo 54 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 Constitución Española (CE) y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el artículo 24.2 CE, sino también por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa).

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al «Derecho a una buena Administración», entre otros particulares, «*la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones*». Tal precepto se integra hoy en el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Lisboa), de 13 de diciembre de 2007, ratificado por Instrumento de 26 de diciembre de 2008, que en su artículo 6 dispone que «*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*».

5. *Es indiferente la gestión llevada a cabo por el titular de la concesión*, por cuanto la decisión de rescate, se adopta «*no obstante la buena gestión de su titular*». Siendo ello así, sin embargo, el tipo de gestión realizada por el concesionario no es una realidad inocua en la decisión de rescate, pues no debe olvidarse –como acabamos de exponer– que la Administración ha de justificar el interés público por el que adopta la decisión de rescate, y que, por otra parte –como enseguida veremos– la Administración también debe justificar una mayor eficacia y eficiencia en la futura gestión, lo que, sin duda, implicará una valoración comparativa con la gestión llevada a cabo por el concesionario.
6. Otra novedad en la nueva LCSP –que no se encontraba en el TRLCSP– es la *finalidad perseguida*, cual es «*su gestión directa por la Administración*». Late, pues, la idea, que conecta con lo que veremos enseguida, de que el rescate sólo será posible cuando la Administración, con su futura gestión, se presente como más eficaz y eficiente, para el interés público.
7. Efectivamente, como novedad fundamental, la LCSP requiere una *mayor eficacia y eficiencia en la gestión de la concesión*: «*El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional*».

Tal requerimiento no se contemplaba en el rescate que se regulaba en los artículos 269 y 286 del TRLCSP, y que ahora se impone tanto en el 279 (concesión de obras públicas) como con el 294 (concesión de servicios) de la LCSP. La acreditación de tales requisitos se presentan como esenciales en el marco de la actual economía sostenible considerada en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (artículo 2.º) como «*un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo*

de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades».

8. La decisión de rescate *no supone el ejercicio de la potestad sancionadora*, por lo que no le son de aplicación las normas reguladoras de la misma tanto en la LPAC como en la LSP.
9. Por último, la extinción de la relación jurídica contractual o concesional, implica la correspondiente indemnización, cuyo contenido analizamos en el apartado siguiente.

3.º Los efectos del rescate

El actual artículo 280 de la LCSP regula los efectos de la resolución del contrato de concesión de obra pública; con anterioridad dichos efectos se encontraban en el TRLCSP que fue modificado, por el Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero y por la LSP. Por otra parte, el actual artículo 295 de la LCSP regula los efectos de la concesión de servicios, sin introducir variación alguna en el anterior artículo 288 del TRLCSP.

Como quiera que el rescate (artículo 279.c de la LCSP) es una causa de resolución imputable a la Administración (artículo 280.1, párrafo 3.º) nos limitaremos a la concreción de los efectos del rescate, en su consideración de causa imputable a la Administración, reproduciendo, sólo, los efectos con ello relacionados del citado artículo 280 de la LCSP:

«1. En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará en todo caso 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, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de tres meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

(...)

3. En los supuestos de las letras b), c), d) y e) del artículo 279, y en general en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, 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:

- a) Los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, cuantificándolos en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario.*
- b) La pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquella, considerando su grado de amortización.*

4. El órgano de contratación podrá acordar también la resolución de los contratos otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias. El órgano de contratación podrá acordar también, como consecuencia de la resolución de la concesión, la resolución de los contratos otorgados de explotación comercial, abonando la indemnización que en su caso correspondiera. Esta indemnización será abonada con cargo al concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a este. Cuando no se acuerde la resolución de los citados contratos, los titulares de los derechos de aprovechamiento seguirán ejerciéndolos, quedando obligados frente al órgano de contratación en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario, salvo que se llegara, de mutuo acuerdo, a la revisión del correspondiente contrato.

5. Si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, esta queda-

rá subrogada en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo (...).».

De tal precepto podemos deducir las siguientes consecuencias:

1. El rescate, en principio, es una causa de resolución del contrato de concesión imputable a la Administración (causa c del 279 de la LCSP)
2. En consecuencia, al concesionario le corresponde el abono de la correspondiente indemnización por los gastos efectuados por el mismo antes del rescate.
3. La indemnización abarca tres aspectos concretos, cuales son los gastos realizados por el concesionario por la expropiación de terrenos, por la ejecución de obras de construcción y por la adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión.
4. La regla general, para la determinación del importe de las indemnizaciones se atenderá al grado de amortización (en concreto el sistema de amortización lineal), variándose, así, el criterio anterior del TRLCSP (antes de su modificación por la LSP), en función del tiempo que restara para el término de la concesión y de lo establecido en el plan económico-financiero.
5. Se acorta a tres meses el plazo de determinación el importe de la indemnización (responsabilidad patrimonial de la administración, RPA), reduciendo el de seis del TRSLSP.
6. Además de tal indemnización, la Administración también indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen, como consecuencia [1] de los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, y [2] como consecuencia de la pérdida de valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a la Administración.
7. La liquidación de la indemnización por los beneficios se cuantificará, como regla general, con la aplicación de la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión, salvo que el tiempo que restare fuera superior al transcurrido. Para la determinación del importe de la indemnización por la pérdida de valor de las instalaciones se tendrá en cuenta el grado de amortización.
8. El rescate podrá implicar la de los contratos de aprovechamiento de zonas complementarias así como la de los contratos de explotación comercial abonando la correspondiente indemnización.
9. Por último, en el supuesto de que concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y, en virtud de resolución judicial, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, esta quedará subrogada en el crédito del expropiado, y las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda.

En términos similares sentencia expresa el artículo 295 de la LCSP, que regula los efectos de la resolución del contrato de concesión de servicios, una vez previsto el rescate como causa de resolución en el anterior artículo 294.c) de la misma LCSP.

VI. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Es de sobra conocida la situación de crisis económica de algunas concesionarias de autopistas de peaje, muchas de ellas participadas por empresas constructoras; sin entrar en otro tipo de causas, es información mediática económica que [1] el aumento del importe de las expropiaciones para construcción de estos sistemas generales (valorable, en síntesis, como suelo urbanizable –por cuanto crean ciudad–, y no como suelo rústico); [2] el descenso de utilización de las citadas vías de pago; y [3], en síntesis, la crisis económica iniciada en 2007, han sido los elementos determinantes de tal situación.

Las obligaciones económicas, sin embargo, resultaban claras en nuestro ordenamiento jurídico: La Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, dispone, en su artículo 17.2 que *«en el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales para la ejecución del proyecto»*.

Por su parte, el artículo 242 del TRLCSP de 2011 reiteró el tradicional principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras, que hoy se mantiene en el artículo 254 de la LCSP de 2017. Pues bien, las medidas –de tipo político, fundamentalmente– adoptadas por el Gobierno con la evidente finalidad de no incrementar el déficit público (préstamos participativos por sobreprecio de las expropiaciones, a partir de la Ley de Presupuestos de 2010; modificación de las concesiones con incremento de tarifas y aumento de plazos de concesión; y compensación a las concesionarias), no consiguieron la no interposición de acciones judiciales de las concesionarias contra el Estado con la finalidad de proceder a la resolución de las concesiones que habrían de ser asumidas por el propio Estado y, por otra parte, formulando, ante la jurisdicción civil la declaración de concurso de acreedores. Ello implicaría la puesta en marcha de la responsabilidad prevista en el artículo 271 del TRLCSP, antes examinado, que –posiblemente por ello– sería modificado por el Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Disposición Final 9.^a). Y, posiblemente ello, ha dado lugar, entre otras causas, a la actual redacción de los artículos 280 y siguientes de la LCSP de 2017.

En tal situación, hemos de limitarnos a dejar constancia de dos pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con la cuestión, teniendo en cuenta que el artículo 211 de la LCSP, que señala las causas de extinción de los contratos (sin hacer referencia al rescate), sí menciona (apartado 1.b) al concurso de acreedores –como antes hacía el 223.b) del TRLCSP–, habiéndose eliminado, no obstante, la concreción que se realizaba en el artículo 224.2 del TRLCSP, según la cual, era la apertura de la fase de liquidación del concurso la que determinaba la resolución del contrato. Dicha referencia ya no se contiene en el actual artículo 212 de la LCSP, tratando de eludir, posiblemente, lo expuesto por el Tribunal de Conflictos jurisdiccionales que a continuación citaremos.

1.º Por una parte debemos dejar constancia de la respuesta del Tribunal Supremo, en relación con la pretensión deducida por las concesionarias en relación con el restablecimiento económico-financiero de su concesión, derivado, según exponían, del descenso de tráfico por la autopistas de peaje. Al respecto citamos la STS de 28 enero de 2015 (RCA 449/2012), que se remite a otras anteriores. Como doctrina general previa, en relación con el citado equilibrio económico financiero, el Tribunal Supremo realiza las siguientes cuatro puntualizaciones:

«La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011.

La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (“ius variandi” o “factum principis”), o por hechos que se consideran “extra muros” del normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de “ius variandi”, “factum principis”, y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TR/LCAP de 2000, que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del “ius variandi”; el

artículo 248.2 de ese mismo TR/LCAP, introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de “ius variandi”, fuerza mayor, “factum principis” y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TR/LCSP de 2011, que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y en esa misma línea se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración.

Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla.».

Con base en tales puntualizaciones el Tribunal Supremo rechaza la pretensión de la recurrente sobre el restablecimiento económico-financiero de su concesión, por considerar insuficientes las especiales medidas de reequilibrio económico financiero de las concesiones de peaje, y sostener que la disminución de tráfico que invoca justificaría que se le otorgaran las concretas medidas de restablecimiento que reclamaba. En concreto, se alegaba [1] que una las bases del contrato era la previsión de obtener ingresos en un nivel financiero suficiente para sufragar los gastos de la explotación objeto de su concesión; y [2] que, por otra parte, la disminución de tráfico, acaecida desde el inicio mismo de la explotación, resultaba encuadrable en el riesgo imprevisible que dicha regulación general configura como uno de los supuestos en los que la Administración viene obligada a adoptar medidas del restablecimiento del equilibrio económico del contrato. La respuesta fue la siguiente:

«Ninguna de esas dos razones puede ser compartida. La primera porque la actora en ningún lugar de su reclamación administrativa, ni de su demanda, indica que las estipulaciones de su contrato incorporaran un concreto nivel de ingresos para la continuidad del vínculo contractual y de sus obligaciones como concesionaria, por lo que tal nivel económico fue tan sólo para ella una mera expectativa que no quedó incorporada en el contenido del contrato como una de sus bases.

En cuanto a la segunda, porque es de reiterar lo que ya declaró esta Sala en litigio similar al presente en la sentencia de 4 de febrero de 2014 (casación 486/2011) sobre que la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible, sino una consecuencia reconducible al principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa y la recurrente hubo de considerar cuando participó en el concurso que finalizó con la adjudicación de su concesión; y para reforzar lo anterior merece transcribirse de ella esta concreta declaración:

“Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción.

Actualmente llevamos años en crisis económica pero en época no muy lejana, década de los 1990 hubo otra crisis económica mundial que también afectó a España provocando reducción de la actividad económica y de consumo. Por ello los estudios de viabilidad de una autopista han de prever no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que pueden provocar la disminución del consumo.”.

Como también resulta conveniente reproducir de esa anterior sentencia su fundamento duodécimo, porque invoca otras sentencias anteriores de esta misma Sala para negar que puedan calificarse de hechos imprevisibles o extraordinarios tanto la disminución de tráfico debida a la remodelación y mejora de una vía paralela, como la puesta en servicio de una nueva autopista de peaje:

Ese fundamento se expresa en los siguientes términos:

“(…) La segunda cuestión relevante es la pretendida disminución de tráfico en razón de la remodelación y mejora de la A-4.

Procede aquí tomar en consideración lo vertido en el FJ Quinto de la STS de 16 de mayo de 2011, más arriba mencionada e invocada por el Abogado del Estado.

Se dijo que:

‘La carretera M-407 existía con anterioridad a la licitación de la concesión y era conocido que estaba prevista su mejora por constar así en los planes publicados con anterioridad. Por otro lado, no debe considerarse algo fuera de lo común que las Administraciones competentes procuren mejorar las infraestructuras del transporte y, en particular, las carreteras. Es su responsabilidad hacerlo para aumentar las condiciones de seguridad y agilidad en beneficio de los ciudadanos. Tampoco debe considerarse fuera de lo previsible que esa mejora consista en desdoblarse las calzadas conforme se incrementa el tráfico pues se viene haciendo desde hace años en distintas vías o tramos de vías. Por otro lado, hay coincidencia en que la decisión de transformar la M-407 en autovía se tomó por la Comunidad de Madrid a causa o después del período de información pública de su Estudio Informativo de abril y mayo de 2001. Y, si bien la presentación pública del proyecto correspondiente se produjo en enero de 2004, unas semanas más tarde del vencimiento del plazo de presentación de ofertas para la adjudicación de la concesión, parece difícil que empresas que operan en el sector no tuvieran noticia de ello’.

Se añadió por esta Sala y Sección que:

‘no nos parece que tal desdoblamiento sea un hecho extraordinario e imprevisible que deba quedar fuera del riesgo y ventura del contratista. De lo contrario, se estaría coartando la responsabilidad de las Administraciones competentes de mejorar las infraestructuras existentes, en especial cuando, como ocurre en este caso, ha sido otra Administración la que, atendiendo a los intereses públicos relacionados con la red de carreteras autonómicas ha decidido llevar a cabo el desdoblamiento de la M-407, es decir de 11,6 km’.

Lo acabado de exponer es extrapolable al supuesto de autos. La concesión de una autopista de peaje no puede ser una traba para que la administración mejore, amplíe o construya una nueva carretera es decir desarrolle las infraestructuras de transporte.

En tal sentido no solo se ha pronunciado la sentencia precitada sino también la STS de 20 de junio de 2011, recurso 62/2009 desestimando la pretensión impugnatoria de una concesionaria de la construcción, conservación y explotación de determinados tramos de autopista de un Real Decreto modificando los términos de la concesión al incluir un enlace sin peaje.

Y también la STS de 19 de diciembre de 2011, recurso 159/2010 considera que forma parte del riesgo y ventura del contrato la puesta en servicio de una nueva autopista de peaje que comunica con otra autopista conexiando dos ciudades que carecían de vínculo por autopista. (...)».

2.º Otro reciente pronunciamiento –al que hemos aludido antes– es el contenido en diversas Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción: 3/2016, de 5 de diciembre (Recurso 6/2016), 5/2016, de 15 de diciembre (Recurso 5/2016), 1/2017, de 9 de mayo (Recurso 3/2016) y 3/2017, de 12 de julio (Recurso 1/2017). Dejamos constancia de la doctrina contenida en la primera de ellas en la que se resolvía el Conflicto de Jurisdicción del artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (38-6-2016) suscitado entre el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid y el Ministerio de Fomento, en el seno del Concurso 701/2012 de una entidad concesionaria de autopista de peaje. En el requerimiento de inhibición el Ministerio de Fomento, formulado en relación con el Auto del Juzgado de 3 de mayo de 2016 (de apertura de la fase de liquidación del concurso), se solicitaba:

«1. Tenga por suspendidos por Ministerio de la Ley, hasta la resolución del conflicto jurisdiccional, los pronunciamientos de dicho auto en los que “declara resuelto por ministerio de la ley” el contrato de concesión adjudicado a la concursada ACCESOS DE MADRD, S. A. “poniendo a disposición del órgano concedente los bienes, derechos e infraestructuras a que esté obligada contractualmente” y “autoriza a la concursada a dejar de cumplir el contrato concesional”, y por ende, todos aquellos efectos que se derivan del fundamento jurídico octavo y dispositivo número 11 del auto de fecha 3 de mayo de 2016.

2. Se inhiba en su jurisdicción de tales pronunciamientos, revocándolos y reconociendo que, en el ejercicio de las prerrogativas administrativas aplicables a dicho contrato de concesión, corresponde a la Administración del Estado, con carácter previo a cualquier pronuncia-

miento judicial:

- a) *la potestad de declarar resuelto el contrato a todos los efectos, cuando concurra causa legal para ello y previa la tramitación del procedimiento administrativo legalmente establecido;*
- b) *la potestad, hasta que el contrato se extinga, de declarar la obligación de seguir cumpliéndolo, en garantía de su continuidad;*
- c) *la potestad de liquidar el contrato una vez extinguido por resolución.».*

La respuesta de la Sala de Conflictos fue la siguiente, contenida en el Fundamento Jurídico Sexto de la sentencia, rechazado la extralimitación jurisdiccional del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid en su Auto de 3 de mayo de 2016, de apertura de la fase de liquidación.

«Ninguna duda se plantea sobre el carácter administrativo del contrato de adjudicación de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista estatal de peaje R-3/R-5 (R. D. 1515/1999, de 24 de septiembre). El marco normativo que debe tenerse en cuenta lo constituye la Ley 8/1972, sobre construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de contratación, y la legislación sobre contratación del sector público, según la cual el servicio que presta la concesionaria constituye una actividad del Estado que el concesionario gestiona, en su nombre y durante el período establecido en el contrato, bajo la supervisión de la Administración.

Antes de abordar la cuestión en conflicto debe señalarse que las resoluciones invocadas por el Ministerio de Fomento, la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal abordan supuestos en los que se ha promovido procedimiento para resolver un contrato administrativo o en los que se ha acordado la resolución por el juez del concurso antes de declararse la apertura de la fase de liquidación. Con todo la doctrina contenida en ellas, cuyo contenido extractado puede formularse en el sentido de que el ejercicio de las facultades del Juez del concurso no puede vaciar de contenido las prerrogativas de la Administración contratante, no sólo no estorba en el presente, sino que constituye la base sobre la que asentar el análisis que abordamos; sucede sin embargo, que lo que no cabe es hacer supuesto de la cuestión, en el sentido de que precisamente de lo que se trata es de comprobar si en el auto que analizamos se ha producido dicho vaciamiento, invadiendo el Juez del concurso las competencias que le resultan ajenas por ser propias del órgano concedente.

El art. 67 de la L. Co., sobre Contratos con Administraciones públicas, en fase de declaración de concurso, distingue entre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con la Administración, cuyos efectos se regirán por lo establecido en su legislación especial, de los de carácter privado, que se regirán en cuanto a sus efectos y extinción, por lo establecido en la Ley concursal. Si bien es cierto que se dio por terminada la fase común de concurso, iniciándose la fase de liquidación, como bien señala el Sr. Abogado del Estado, establece el art. 147 de dicho texto, en relación con su Disposición Adicional Segunda ter, Ley 9/2017, aplicable conforme establece la Disposición Transitoria 1.8 de esta Ley, que durante esta fase seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo, encontrándose el art. 67 en el citado Título, y, además específicamente en los concursos de empresas concesionarias de obras y servicios públicos o contratistas de las Administraciones Públicas, se aplicarán las especialidades que se hallen establecidas en la legislación de contratos del sector público y en la legislación concreta reguladora de cada tipo de contrato administrativo.

No se discute que en la fase de liquidación concursal el Juez del concurso, como se pone de manifiesto expresamente en el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de 3 de octubre de 2016, tiene atribuida jurisdiccionalmente la competencia “de declaración de ineficacia sobrevenida del universo de contratos civiles, mercantiles y laborales”, es más se desprende de los términos en los que el Sr. Abogado del Estado ha formulado sus alegaciones, que este lo admite abiertamente, aunque a la par plantea la paradoja de que “resulta evidente que la resolución del contrato citado constituye un presupuesto de las medidas que hayan de adoptarse sobre los contratos civiles, mercantiles y laborales celebrados por la comisionaria no pudiéndose resolverse estos sin que previamente la Administración haya declarado resuelto el contrato de

concesión que constituye la piedra angular de la explotación de la autopista”, contradicción que solo cabe salvar entendiendo que lo que hace el Sr. Abogado del Estado es negar la propia jurisdicción del Juez concursal, que sólo la recuperará cuando la Administración siga el procedimiento resolutorio y establezca los efectos pertinentes de la extinción de la concesión, supeditando la culminación del proceso concursal a la decisión administrativa, como denuncia el Juez concursal en el auto que analizamos, con grave riesgo para las masas activa y pasiva y con perjuicio para el interés de los acreedores concursales, lo que quebranta el régimen concursal.

La disputa suscitada y los términos en los que se produce ponen en evidencia la inconsistencia, indeterminación y la aparente falta de coordinación entre ambas legislaciones, la concursal y la de contratación del sector público, en tema tan sensible para los intereses públicos como el que nos ocupa. Así es, atendiendo estrictamente a las competencias que la ley concursal le atribuye al Juez del concurso, en tanto que posee competencia exclusiva y excluyente sobre el conjunto de contratos civiles, mercantiles y laborales suscritos por la entidad concesionaria respecto de terceros, resulta diáfano que las medidas que tome sobre estas relaciones jurídicas afecta directamente a la propia vigencia de la concesión, en tanto que basta con declarar dentro de sus facultades la resolución de aquellos, lo que forma parte de las consecuencias obligadas de la fase de liquidación –ya no se trata de procurar la continuación de la actividad empresarial, sino de proceder a su cese y liquidación–, para que cese el contrato consesional ante la imposibilidad del desarrollo de la actividad empresarial-concesional; pero si atendemos a las potestades y prerrogativas que la Administración concedente tiene reconocidas legalmente, art. 249.1.d) TRLCSP, a la misma le corresponde por exigencia del interés público que subyace en la concesión, entre otras, “Acordar la resolución de los contratos en los casos y en las condiciones que se establecen en los artículos 269 y 270”, que comprende la liquidación ordenada de la concesión para evitar perjuicios a dicho interés público.

La aparente contradicción, en tanto que la lectura separada de las normas nos conduce a consecuencias jurídicas incompatibles y excluyentes, esto es, la apertura de la fase de liquidación del concurso conlleva la cesación de vigencia de la concesión, lo que resulta contradictorio a las previsiones normativas sobre concesiones que prevén que el cese de la vigencia de la concesión se haga ordenadamente para evitar perjuicios a los intereses públicos, debe salvarse mediante una interpretación que procure la concordancia y conexión entre ambos bloques normativos.

Acudiendo a la legislación especial de aplicación al contrato de concesión que nos ocupa, ha de estarse a la legislación que le es de aplicación, con carácter general y en lo que ahora interesa, arts. 221 y ss. del TRLCSP sobre extinción de los contratos, los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución, lo que se repite en el art. 266 de dicho texto sobre los modos de extinción de las concesiones.

El art. 269 hace una relación de las causas de resolución, entre las que se encuentra la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento; y el art. 270, después de prevenir que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del concesionario, mediante el procedimiento que resulte de aplicación de acuerdo con la legislación de contratos, establece en su apartado 2 que la declaración de insolvencia y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, así como las causas de resolución previstas en los párrafos e), g), h) e i) del artículo anterior originarán siempre la resolución del contrato, y en los restantes casos, será potestativo para la parte a la que no le sea imputable la causa instar la resolución.

De la regulación vista se colige un régimen distinto según estemos ante unas u otras causas de extinción de los contratos. En el concreto campo que nos ocupa en la fase de declaración de concurso, la resolución de la concesión es potestativa, de suerte que es factible que durante la misma continúe la actividad empresarial con los efectos jurídicos derivados de la vigencia de la concesión, precisando el art. 270.1 que la resolución se ordene por el órgano competente; ciertamente corresponde a la Administración, en virtud de la prerrogativa de autotutela que le atribuye el ordenamiento jurídico, la “facultad” de resolver el contrato; se trata de una potestad resolutoria discrecional de la Administración Pública en cuyo ejercicio no puede interferir el juez del concurso y que, al estar sujeta a la ley y al resto del ordenamiento jurídico, es susceptible

de control judicial en vía contencioso-administrativa.

Sin embargo, cuando a la declaración de concurso sigue, se inicia, la fase de liquidación, la resolución es obligada, opera por imperativo legal; no queda a voluntad de la Administración declararla, sino que como recoge el auto de 3 de octubre de 2016, «imponiendo al órgano concedente la obligación de resolver dicho contrato sin posibilidad de optar entre exigir su cumplimiento o resolverlo», así es, la Administración queda obligada por mandato legal, sin que quepa obviar que dicho mandato deriva directamente de la decisión del órgano judicial competente que inicia la fase de liquidación en el procedimiento concursal, pues es la consecuencia que anuda la ley a su declaración y que imperativamente se impone a la Administración. Por tanto, cabe convenir que la apertura de la fase de liquidación produce siempre la resolución de la concesión, como se desprende categóricamente del art. 224.2, “dará(n) siempre lugar a la resolución del contrato”, y 270.2, “originará(n) siempre la resolución del contrato”.

Los arts. 271 y ss. regulan los efectos de la resolución de la concesión y el destino de las obras a la extinción de la concesión; correspondiendo a la Administración, dentro de las prerrogativas propias que le confiere la legislación especial, proveer lo necesario para el cumplimiento de las disposiciones prevenidas al efecto, dentro de lo que puede considerarse liquidación de la concesión, esto es, el rescate de la misma y la asunción, en su caso, de la explotación por parte de la Administración, la determinación de las indemnizaciones pertinentes y, art. 272, la entrega a la Administración concedente por el concesionario, en buen estado de conservación y uso, de las obras incluidas en la concesión, así como de los bienes e instalaciones necesarios para su explotación y de los bienes e instalaciones incluidos en la zona de explotación comercial, si la hubiera, de acuerdo con lo establecido en el contrato, todo lo cual quedará reflejado en el acta de recepción y, en su caso de preverlo los pliegos las obras, bienes e instalaciones, o algunos de ellos, que deban ser demolidos por el concesionario, reponiendo los bienes sobre los que se asientan al estado en que se encontraban antes de su construcción.

El auto de 3 de mayo de 2016, dictado en el ejercicio de las facultades propias del Juez del concurso, ya se ha dicho, además de declarar la apertura de la fase de liquidación, lo que significa la renuncia a procurar la continuación de la actividad empresarial, se acuerda la suspensión a la deudora de las facultades de administración y disposición, el cese de los administradores sociales y, sobre todo, en lo que ahora interesa, la disolución de la sociedad, con la obligación por parte de los administradores concursales de presentación de un plan de liquidación sobre los bienes y derechos de la masa activa. Todo ello representa la consecuencia obligada de la apertura de la fase de liquidación concursal; la disolución de la sociedad ordenada por el Juez concursal en cumplimiento estricto de lo dispuesto en el art. 145 de la L. Co., con el resto de medidas previstas, conlleva, como no puede ser de otra manera, la extinción de la sociedad, pero durante el proceso de liquidación la concesionaria subsiste jurídicamente y conserva su personalidad jurídica, lo que constituye, en general, un fenómeno jurídico complejo, en tanto que la propia existencia de la sociedad y la concesión obtenida le ha permitido desarrollar una rica trama de relaciones jurídicas tanto con la Administración concedente como con terceros, que no finaliza de forma abrupta e instantánea con la mera declaración de disolución de la concesionaria, ni con que se prevea por ministerio de la ley la resolución de la concesión, sino que se requiere que a la declaración de disolución siga la liquidación de aquellas relaciones jurídicas, la liquidación de los vínculos que une a la concesionaria con la propia Administración concedente y la liquidación de las relaciones jurídicas con los terceros con los que ha entablado relaciones jurídicas civiles, mercantiles y laborales.

La apertura de la fase concursal conlleva, art. 145.3 de la L. Co., “Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución”, la disolución de la sociedad, tal y como así lo declaró el Juez concursal en el legítimo ejercicio de sus facultades por así disponerlo la norma. Conectado el referido artículo con las previsiones contenidas en los arts. 224.2 y 270.2 antes referidos, resulta que la apertura de la fase de liquidación concursal y la obligada declaración de disolución de la sociedad, produce siempre la resolución del contrato, como se desprende categóricamente del art. 224.2, “dará(n) siempre lugar a la resolución del contrato”, y 270.2, “originará(n) siempre la resolución del contrato”, resolución que se produce por “voluntad de la ley”, mediando la previa decisión

judicial abriendo la fase de liquidación del concurso. Mandato que obliga a la Administración a instar lo adecuado para subvenir ordenadamente los efectos derivados de la extinción contractual producida desde el momento en que se abrió la fase de liquidación concursal.

Con la disolución, pues, se inicia un proceso de liquidación, dentro del cual cabe distinguir la liquidación de los contratos civiles, mercantiles y laborales, sobre los que decide en plenitud jurisdiccional el Juez del concurso, y la liquidación de la concesión, sobre la que decide en plenitud la Administración concedente en los términos en que legalmente se establece, que en lo que ahora nos interesa, conlleva la de preservar el interés público mediante el rescate de la concesión y asumir, en su caso, su explotación directa con recepción de las obras y determinación de las indemnizaciones procedentes, asegurando la continuidad ininterrumpida del servicio de interés público.

La correcta lectura del auto de 3 de mayo de 2016 acredita que el Juzgador concursal no sustituye a la Administración en la declaración de resolución de la concesión, no se arroga unas prerrogativas propias de la Administración, sino que simplemente se limita a aplicar la norma y dar noticia de que la concesión se ha resuelto por así disponerlo la ley, porque si alguna confusión pudiera crear cuando en el apartado Octavo del auto de 3 de mayo de 2016, sobre “Resolución del contrato de concesión por Ministerio de la Ley” –ya sólo la propia titulación del apartado resulta esclarecedora– se afirma que “Abierta la fase de liquidación resulta imperativa acordar en sede concursal la resolución de pleno derecho del contrato concesional...”, se aclara y despeja con la lectura del citado apartado, del que se colige sin dificultad alguna que la resolución se ha producido *ope legis*, se habla de “mandato resolutorio”, no la ha acordado el Juez concursal, sino que este se limita a trasladar en sede concursal los efectos y consecuencias derivados de la extinción de la concesión por ministerio legal, cosa distinta es que producida la disolución y extinción de la concesión, sea preciso a partir de dicho instante proceder a su liquidación.

La segunda potestad que reclama la Administración carece de virtualidad alguna, pues se parte de un presupuesto inexistente, “hasta que el contrato se extinga”, pues como se ha dicho el contrato se ha extinguido al abrirse la fase de liquidación y declarar el Juez concursal la disolución de la sociedad, sin perjuicio, claro está, de atender a los efectos derivados de dicha extinción.

Queda por examinar si las medidas adoptadas recogidas en el apartado 11 de la parte dispositiva del auto de 3 de mayo de 2016 ha supuesto una inmisión en las prerrogativas de la Administración para la liquidación de la concesión, esto es la solicitada “potestad de liquidar el contrato una vez extinguido por resolución”.

Pues bien, para el Juez concursal las medidas acordadas se circunscriben en exclusividad al contenido material propio del concurso, quedando al margen la liquidación de la concesión, cuya potestad, no se discute ni se cuestiona por el Juez concursal. Así se expresa de manera clara y categórica en el apartado B del Primero de los Fundamentos de Derecho del Auto de 3 de octubre de 2016, “resulta que en modo alguno y en ninguna resolución judicial este tribunal se ha arrogado o ha procedido a liquidar el contrato concesional una vez extinguido por resolución, por lo que el apartado c) del requerimiento excede del ámbito jurisdiccional debatido”.

Recordemos, lo hemos recogido en el Primero de los Fundamentos Jurídicos de la presente sentencia, que se ordenó “el cese total de la actividad empresarial de la concursada a las 00.00 horas del día 1-10-2016 en relación con dicha concesión; poniendo a disposición del órgano concedente los bienes, derechos e infraestructuras a que esté obligado contractualmente, con las consecuencias concursales relativas al reconocimiento, calificación y clasificación crediticia inherente a dicho pronunciamiento”.

A pesar de la advertencia que se realiza por el Juez del concurso, el Sr. Abogado del Estado considera que lo ordenado constituye un indudable efecto de la resolución del contrato concesional, que excede de la liquidación concursal, en tanto que si esta se caracteriza por el conjunto de operaciones dirigidos a convertir en dinero los bienes que integran la masa activa para satisfacer a los acreedores, la puesta a disposición de los bienes ordenada en el auto constituye una actuación de liquidación del contrato de concesión, lo que se inserta dentro de las potestades administrativas que son imanes a los contratos administrativos.

La cuestión a debatir no es dilucidar si a la Administración le corresponde o no la potestad de liquidar el contrato concesional una vez extinguido por resolución, lo que le reconoce abiertamente el Juez del concurso, sino determinar si las medidas ordenadas constituyen operaciones propias de la liquidación de la concesión. Cabe hacer la advertencia de que conforme al art. 9 L. Co, sobre la extensión de la jurisdicción del Juez del concurso, su jurisdicción se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas «directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal».

Ya anteriormente se ha dejado constancia de las facultades que en el procedimiento concursal corresponde al Juez del concurso, y se ha dejado dicho que a la disolución de la sociedad sigue la liquidación de las relaciones jurídicas y contractuales, correspondiendo en plenitud jurisdiccional al Juez del concurso la liquidación de los contratos civiles, mercantiles y laborales. De los términos del Fundamento Jurídico Octavo del auto de 3 de mayo de 2016, en el que se deja razón y se justifica la adopción de la medida plasmada en el apartado 11 de la Parte Dispositiva, se desprende que el pronunciamiento se circunscribe al ámbito estrictamente concursal, se señala una fecha en la que definitivamente, por resolución de los contratos civiles, mercantiles y laborales se pone fin a la actividad empresarial de la concesionaria y con ello se pone fin a los efectos y consecuencias que para el concurso tenía la continuación de la explotación por parte de la concesionaria. En principio, pues, hubiera bastado que se estableciera una fecha para el cese completo de la actividad empresarial, por resolución definitiva de los contratos civiles, mercantiles y laborales con terceros, sin más, para permanecer en el marco competencial propio del procedimiento concursal; sucede sin embargo, que consciente de las implicaciones de interés público que se cierne con el cese de la explotación por parte de la concesionaria, en base “a la necesaria coordinación de múltiples aspectos entre la concursada y la Administración del Estado para dicho traslado de la gestión y la posesión de infraestructuras, y el establecimiento de una fecha de corte con puesta a disposición de la gestión, conservación, personal y explotación comercial a favor del órgano concedente”, establece un plazo para el cese total de la actividad empresarial de la concursada y el traslado de bienes, derechos e infraestructuras a la Administración, intentando asegurar con ello la continuidad del servicio al posibilitar a la Administración el rescate de la concesión y la prestación del servicio y la explotación de las infraestructuras sin consecuencia concursal alguna. Todo ello descubre, sin perjuicio de la mayor o menor oportunidad o corrección de las medidas, lo que no nos corresponde dilucidar en este, constando que el citado auto se ha recurrido ante la Audiencia Provincial, que la medida contenida en el referido apartado 11 se inscribe dentro del estricto ámbito del concurso, sin invadir ni inmiscuirse en potestades o prerrogativas administrativas, representando la misma simplemente una fecha determinante para que las consecuencias y efectos de la explotación de las infraestructuras recaiga no sobre el concursado sino sobre la Administración al tener que asumir directamente o a través de una nueva concesionaria la gestión de la autopista.».

Pues bien, con independencia de lo anterior, el artículo 212 de la LCSP, eliminando la referencia a la apertura de la fase de liquidación del concurso, deja abierta la cuestión. El Consejo de Ministros celebrado el 17 de julio pasado ha aprobado un convenio de gestión directa para que el Ministerio de Fomento, a través de la empresa pública Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre (SEITTSA), pueda hacerse cargo de las autopistas de peaje en quiebra una vez que el Juez de lo Mercantil establezca su reversión al Estado, por cuanto en la actualidad hay 8 concesiones de autopistas de peaje que se encuentran en concurso de acreedores. El convenio de gestión directa atribuye a SEITTSA la explotación de todas las infraestructuras que están incluidas en los ocho contratos de concesión que se van a liquidar, así como la preparación de la licitación de los nuevos contratos para la gestión de estas vías. SEITTSA estará obligada a explotar, conservar y mantener las infraestructuras desde que los juzgados aprueben los planes de liquidación de las mismas con las mismas exigencias que tiene hoy los contratos de concesión.

La Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre (SEITTSA) es una sociedad mercantil estatal creada al amparo del artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por Acuerdo del Consejo de Ministros del 29 de julio de 2005 y fue constituida el 30 de noviembre de 2005. La forma jurídica de la Seittsa es de sociedad anónima, con la particularidad de ser el Estado el propietario de la totalidad de sus acciones. Esto supone que su Junta General de Accionistas está representada por la Dirección General de Patrimonio del Estado y que su Consejo de Administración

está formado por personal y altos cargos de la Administración General del Estado, siendo su Presidente el Secretario General de Infraestructuras.

Como se ha expuesto, la LCSP prevé que cuando una concesión de obra pública inicia la fase de liquidación en un concurso de acreedores, existe la obligación legal de resolver el contrato de concesión y, por lo tanto, la infraestructura revierte a la Administración concedente. Técnicamente no se puede hablar de un rescate de las autopistas de peaje en quiebra porque no hay una acción de Gobierno dirigida a rescatar una concesión en vigor, ya que lo que existe son unos procedimientos judiciales que lleva a la liquidación de la concesión y a la reversión del activo a la Administración.