

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 3

PALMA DE MALLORCA

-

Modelo: S40120

CALLE JOAN LLUIS ESTELRICH, N°. 10.- 07003.- PALMA.-

Teléfono: 971.72.93.76 Fax: 971.71.37.87

Correo electrónico:

Equipo/usuario: 2

N.I.G: 07040 45 3 2017 0001041

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000104 /2017 /

Sobre CONTRATOS CON LA ADMINISTRACION

De D/ña: COMPAÑIA CONCESIONARIA DEL TUNEL DE SOLLER SA

Abogado:

Procurador Sr./a. D./Dña: FRANCISCO ARBONA CASASNOVAS

Contra D/ña: CONSELL INSULAR DE MALLORCA

Abogado: LETRADO CONSEJO INSULAR

Procurador Sr./a. D./Dña:

D./ D^a. MAYTE NIETO PEÑA, Letrado de la Administración de Justicia de JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 3 003, de los de PALMA DE MALLORCA.

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000104 /2017 ha recaído sentencia, del tenor literal:

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº3 DE PALMA DE MALLORCA

Recurso nº 104/2017

SENTENCIA Nº: 128/20

En Palma de Mallorca, a 13 de marzo de 2.020.

En nombre de S.M. El Rey, el Ilmo. Sr. D.Javier Eugenio López Candela, Magistrado-Juez de refuerzo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de Palma de Mallorca, habiendo visto en instancia los

presentes autos de recurso contencioso-administrativo n.º 104/2017, seguido a instancia del Procurador Sr. Francisco Arbona Casanovas, en representación de COMPAÑIA CONCESIONARIA DEL TUNEL DE SOLLER S.A, y asistido por el el letrado Sr. Juan Moreno Rodríguez, contra el CONSELL INSULAR DE MALLORCA, representado y defendido por sus Servicios Jurídicos, sobre rescate de concesión de carretera de peaje.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Francisco Arbona Casanovas, en representación de COMPAÑIA CONCESIONARIA DEL TUNEL DE SOLLER S.A, interpuso recurso contencioso-administrativo en fecha 16 de agosto de 2.017 contra la resolución del Pleno del Consell Insular de Mallorca, de fecha 2 de agosto de 2.017 que acuerda el rescate del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación, como carretera de peaje de la variante de la C- 711, del túnel que cruza la Sierra de Alfàbia.

Tras los trámites legales formalizó demanda en la que, tras las alegaciones de hecho y de derecho que estimó pertinentes, suplicó que se dictase una sentencia que anule la resolución impugnada, y subsidiariamente se reconozca una indemnización por el rescate de 30.968.000 euros, o subsidiariamente, que se anulen las partidas indemnizatorias de la valoración del Sr.Batlle Caravaca indicadas en el apartado 3º del Fundamento de derecho 5º de la demanda, incrementando la indemnización correspondiente a abonar a la actora a determinar en ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- Con posterioridad, tuvo lugar el trámite de contestación de la demanda por la Administración demandada, en la que se opuso a la demanda e interesó la confirmación del acto impugnado.

Con posterioridad se amplió el recurso al acuerdo del Pleno del Consell de fecha 22 de diciembre de 2.017, que actualiza el importe de la indemnización en 16.288.200,50 euros y fija la fecha de entrada en vigor.

Por auto de fecha 2 de octubre de 2.018 se acuerda el recibimiento del proceso a prueba, practicándose la misma en la vista de 21.10.2019.

TERCERO.- A continuación presentaron las partes sus escritos de conclusiones, quedando éstos conclusos y vistos para dictar sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del procedimiento de 13.022.799, 50 euros.

QUINTO.- Por acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 23 de mayo de 2019 se nombró a D. Javier Eugenio López Candela Magistrado de refuerzo del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº3 de Palma de Mallorca.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna la resolución del Pleno del Consell Insular de Mallorca, de fecha 2 de agosto de 2.017 que acuerda el rescate del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación, como carretera de peaje de la variante de la C- 711, del túnel que cruza la Sierra de Alfabia. Igualmente, y como consecuencia de la ampliación es también objeto del recurso el acuerdo del Pleno del Consell de fecha 22 de diciembre de 2.017, que actualiza el importe de la indemnización en 16.288.200,50 euros y fija la fecha de entrada en vigor.

SEGUNDO.- Son hechos probados en autos, por deducirse de los documentos que obran en el expediente administrativo, y sin perjuicio de lo que se exponga en ulteriores fundamentos jurídicos, que el 21 de julio de 1988 la Secretaría General Técnica de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares anunció la apertura del procedimiento de adjudicación de la Concesión y publicó en el Boletín Oficial de la CAIB (núm. 87 de 1988) el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que han de regir la concesión.

Tras valorar las diferentes ofertas presentadas por los participantes en la licitación, el Consejo de Gobierno de la CAIB dictó el Decreto 86/1988, de 18 de noviembre, por el que se adjudicaba la Concesión a la oferta encabezada por Don Antonio Cuart Ripoll que, conforme a lo exigido por el PCAP, constituyó la sociedad concesionaria Túnel de Sóller. Una vez constituida la sociedad concesionaria, el 23 de febrero de 1989, el Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de la CAIB y Túnel del Sóller firmaron el "*Documento administrativo de formalización de la Concesión*". El objeto de la Concesión era "*la construcción,*

conservación y explotación, como carretera de peaje de la variante de la C-711, del túnel que cruza la Sierra de Alfabia, con arreglo al Anteproyecto presentado por la Administración" y tendría un plazo de duración de 28 años, contados a partir de la entrada en vigor del Decreto de Adjudicación, de tal forma que el plazo concesional finalizaría el 22 de diciembre de 2016.

La demandada y Túnel del Sóller firmaron una modificación de la Concesión, por la que (en compensación a unas cantidades que el Consell debía pagar a Túnel de Sóller) se prorrogaba a duración de la Concesión en cinco años y medio, esto es, hasta el 30 de junio de 2022. Esta modificación del plazo concesional quedó recogida en un nuevo Plan Económico Financiero de la Concesión de 2.007, aprobado por el Consell, que tiene naturaleza contractual y *"constituye la base económico-financiera de la Concesión"*.

El 15 de marzo de 2017 se notificó a la actora el acuerdo del Pleno de Consell, de fecha 6 de marzo, en el que se acordaba iniciar el expediente de rescate de la Concesión (que tendría efectos a partir del 1 de septiembre de 2017 y un valor de rescate de 15.442.849,39€) y se le concedía a la actora un plazo de quince días para que presentase las alegaciones que estimase oportunas. Este acuerdo de inicio del rescate se acompañaba de un expediente administrativo, entre los que se encontraba un Dictamen Pericial sobre el valor de rescate de la Concesión, elaborado por el arquitecto de Tarragona D. Alvaro Batlle Caravaca con fecha 22 de septiembre de 2016.

Evacuando el traslado conferido en dicho acuerdo de inicio, tras solicitud de ampliación de plazo, Túnel de Sóller presentó el día 19 de abril de 2017 un escrito de alegaciones en el que se oponía al rescate de la Concesión y, subsidiariamente, argumentaba (apoyándose en un informe pericial elaborado por KPMG con fecha 12 de abril de 2012) que la compensación reconocida era arbitraria e insuficiente.

Con posterioridad se aportó una separata al dictamen pericial elaborado por el Sr. Batlle en la que se recalculaba el valor de la indemnización por rescate y se fijaba en 17.404.179,18 euros, así como un informe de la Interventora General de 15 de mayo de 2017 sobre la posible falta de consignación presupuestaria previa para acometer el rescate y un informe jurídico del Secretario General del Consell de 16 de mayo de 2017. La actora formuló alegaciones ante el Consejo Consultivo con fecha 26 de junio de 2017, aportando un "Informe Complementario" de KPMG de 21 de junio de 2017.

Tras el dictamen de dicho órgano consultivo de 26.7.2017, nº 91/2017 se dicta el acuerdo impugnado de 2 de agosto de 2.017 del Pleno del Consell que indica:

"1. Desestimar las alegaciones realizadas por la Compañía Concesionaria del Túnel de Sóller, S.A., con fundamento en el informe jurídico de la Secretaría General del Consell de Mallorca de día 16 de mayo de 2017, la separata 3 del dictamen pericial de día 22 de septiembre de 2016 y el dictamen pericial sobre el valor de rescate del Sr. Alvaro Batlle Caravaca, ambos de día 12 de mayo de 2017 y el informe de la Interventora General del Consell de Mallorca de día 15 de mayo de 2017.

2. *Acordar el rescate del contrato de construcción, conservación y explotación de la variante de la carretera Ma-11 de Palma a Sóller, por motivos de interés público que motivaron el inicio del expediente.*
3. *Fijar la indemnización a que tiene derecho el concesionario en la cantidad de 17.404.179,18 euros, de conformidad con el dictamen pericial del Sr. Álvaro Batlle de día 12 de mayo de 2017".*

Tras la suspensión del acuerdo de rescate impugnado en el recurso contencioso-administrativo por auto de fecha 25 de agosto de 2.017, y tras la estimación de la apelación por auto del TSJIB de fecha 13.12.2017 revocando el acuerdo de suspensión, se dictó el acuerdo del Pleno del Consell de 22 de diciembre de 2.017, que actualiza el importe de la indemnización en 16.288.200,50 euros y fija la fecha de entrada en vigor del rescate.

TERCERO.- El objeto de este recurso contencioso-administrativo viene dado por la impugnación del acuerdo de rescate, frente al que la actora alega:

- 1.- Falta de justificación del acuerdo de rescate.
- 2.- Inexistencia de crédito para costear el rescate.
- 3.- Procedencia de la valoración indemnizatoria del rescate con arreglo al informe de KPMG, o en su caso, del informe pericial practicado.
- 4.- Improcedencia del informe tenido en cuenta por el Consell en las partidas indicadas por la actora.

CUARTO.- Para la resolución del presente recurso contencioso-administrativo hay que tener en cuenta la normativa de aplicación al caso al acuerdo de rescate, que no es otra que la siguiente:

- 1.- Artículo 32 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de autopistas en régimen de concesión, conforme a la DT 1ª del RDL 2/2000, de 16 de junio, y DT única de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.
- 2.- El 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, nº 111, cuando indica "*Se entiende por rescate la declaración unilateral de la Administración, discrecionalmente adoptada, por la que da por terminada la concesión no obstante la buena gestión de su titular, en la forma y bajo el régimen establecidos en el Reglamento General de Contratación en relación con el presente pliego*".
- 3.- La Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, art. 75.3 y 79.
- 4.- El Reglamento General de Contratación, aprobado Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, art. 50 y 223.

Conviene tener en cuenta que si bien el rescate es una forma excepcional de conclusión del contrato administrativo a modo de resolución unilateral de la Administración o potestad expropiatoria de una concesión de servicio público ello precisa de la concurrencia de un interés público, que ha de concurrir de forma sobrevenida (STS de 5.4.1999, recurso 7541/1994, 25.9.1987). Por consiguiente, por muy política y discrecional que sea dicha potestad de rescate tropieza con el infranqueable límite de la concurrencia de un concepto jurídico indeterminado que necesariamente ha de concurrir de forma clara y meridiana: *el interés público*. Este concepto debe ser puesto en relación con el de adecuación a fin a que refiere el art.34.2 de la Ley 39/2015, de 1 d octubre del PAC, de aplicación y los principios de buena Administración a que se refiere la Legislación de contratos del Estado (art.3). Y esos principios de buena Administración, según se extrae del art.34.2 de la Ley 39/2015, exigen que dicho *interés público*:

- Ha de existir: REAL.
- Ha de estar contrastado en el expediente: DETERMINADO.
- Ha de ser conforme a la legislación: LÍCITO.
- Ha de representar una utilidad para la colectividad: EFICAZ (art.9.3 de la CE).

QUINTO.- Aunque no se mencionan expresamente en el Acuerdo de Rescate (que se limita a remitirse a lo ya dicho en el acuerdo de inicio del expediente de rescate y en los informes jurídicos de la Secretaría General del Consell), las razones de interés público en las que pretende basarse el rescate son las siguientes:

- (i) Discriminación a favor de los que disfrutaban de bonificaciones en los peajes.
- (ii) Discriminación a favor de otros habitantes de la isla que no pagan peajes.
- (iii) Las dificultades de la ruta alternativa.

Sin embargo, siendo de plena acogida los acertados argumentos expuestos en la demanda, que debemos reproducir, hay que considerar que las razones del rescate expuestas, reducidas a una sólo, la eliminación de las bonificaciones fiscales y la evitación de la aludida discriminación, existentes en la aplicación de los peajes, deben ser desestimadas por estos 10 argumentos:

- 1.- Si la causa del rescate por razones de interés público ha de ser posterior al momento de la adjudicación del contrato, no puede predicarse esto último de una concesión que se aprobó bajo la condición de imposición de un peaje. Ello no explicaría por qué no se rescató antes, ni por qué se celebró el contrato en esas condiciones.
- 2.- No hay constancia alguna en autos de que la gestión realizada por la recurrente haya supuesto perjuicio alguno para el interés público.

3.- La existencia de las bonificaciones fiscales a los usuarios beneficiados de dos municipios fue reconocida por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 4.7.2006, recurso de casación 9890/2003, como plenamente justificada y razonable. Que se alegue discriminación entre quienes usan esa carretera y pagan peaje y quienes usan otra y no pagan en Illes Balears supone, como indica la actora, olvidar la situación de las Carreteras en España entre diferentes Comunidades Autónomas, y en el seno de las mismas.

4.- Si la razón para rescatar una concesión de autopistas y carreteras fuese que se deben explotar de forma gratuita ello conllevaría el rescate de todas las concesiones de autopistas de peaje existentes, como bien dice la actora.

5.- En modo alguno puede defenderse que la legislación de carreteras imponga en cualquier caso, la gratuidad del régimen de explotación de las mismas, pues tal consideración ni se deduce del art.24 de la Ley balear de carreteras 5/1990 ni del art.22.1 de la Ley 37/2015 de 29 de septiembre.

6.- La consideración de que la explotación de la concesión como gratuita no tiene en cuenta los costes del rescate, así como que la explotación deberá ser financiada, probalmente, como indica la actora, con impuestos, a la que deberán contribuir quienes no son usuarios de la misma.

7.-La resolución impugnada, al margen del Informe de la Secretaria, y no de forma suficiente, no ha valorado las alternativas posibles a la existencia de bonificaciones fiscales. Y en este sentido, ha de reconocerse que incurre en *falta de proporcionalidad*, como bien indica la actora, con cita de las STS de 4.4.1991, 25.3.1998 (RA 4772/1990) y 14.7.1997 (RA 13738/1991), así como de la STJUE de 26.3.2015 caso Ambisig, y 21.12.2011, asunto C-242/2010; exigida por el art.6.2 del RSCL de 17.6.1955, y por el art.84.2 de la LBRL 7/1985, pues el recurso a a una figura excepcional como el rescate, privando a la contratista de su derecho a la continuación en la explotación del contrato requiere al menos que se acredite de forma suficiente su necesidad y adecuación a fin, en términos de beneficio directo y diáfano para el interés público, lo que en modo alguno consta, a la vista de los costes del rescate, y de la ausencia de previsión de la forma en que continuará la explotación y la de la financiación de dicha obra pública.

8.- La previsión de una carretera de peaje no precisa que exista una alternativa a su trazado de una determinada calidad, según la legislación de carreteras.

A los determinantes argumentos expuestos en la demanda habría que añadir otros también relevantes:

9.- No se han justificado las razones por las que no se han tenido en cuenta las valoraciones expuestas en el dictamen del Consell Consultiu, limitándose a indicar que no son vinculantes, pero sobre todo, la consideración de que la existencia del interés público debe constar en el expediente y no es carga de la actora, como indica el Secretario General.

10.- No se ha justificado suficientemente las razones por las que el acuerdo de rescate no podía esperar a la conclusión del plazo de prórroga previsto, 30.6.2022, pues dicho plazo de conclusión no se halla lejano en el tiempo comparado con toda la duración de la concesión, como tampoco constan las razones por las que es más conveniente proceder a su rescate que a esperar la conclusión de la concesión.

Tales argumentos no han sido desvirtuados por la demandada, que se remite, tácitamente, al informe del Secretario General. Por tanto, ante la ausencia de la justificación de un concreto, real y acreditado interés público concurrente en el acuerdo de rescate ello determina que deba ser anulado el acto impugnado, conforme al art.35.1.i de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en relación con el art.9.3 de la CE, por falta de motivación de los acuerdos impugnados de rescate, además de incurrir en arbitrariedad, pues por mucho que suponga el ejercicio de una potestad discrecional, como se ha dicho, no puede ser ejercitada en contra del fin de interés público que debe ampararlo.

Lo expuesto hace innecesario entrar en el examen sobre la validez de la consignación presupuestaria, así como del valor del rescate de la concesión, y del examen de todos los dictámenes periciales concurrentes, y de todas las cuestiones que ellos plantean.

SEXTO.- Procede, en consecuencia, la anulación de la resolución impugnada, estimándose el recurso contencioso-administrativo con todos los efectos inherentes a este pronunciamiento, que sin embargo, la actora no ha concretado en el suplico de la demanda.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, al haber tenido lugar la estimación del recurso contencioso-administrativo, procede la condena en cuanto a las costas procesales de la demandada.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, **el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de Palma de Mallorca** ha decidido:

1º.- **ESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Procurador Sr. Francisco Arbona Casanovas, en representación de COMPAÑIA CONCESIONARIA DEL TUNEL DE SOLLER S.A, contra las resoluciones impugnadas en los presentes autos y expresadas en el fundamento jurídico primero, las cuales se anulan por no ser conforme a derecho, con todos los efectos legales inherentes.

2º.- Condenar a la demandada al pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, haciéndoles saber que la misma no es firme, conforme a lo indicado en el antecedente de hecho cuarto, y frente a ella cabe recurso de apelación que se podrá interponer ante este Juzgado en el plazo de los quince días siguientes al de su notificación, llevándose testimonio de dicha sentencia a los autos principales.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACION.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior sentencia por el Señor Magistrado, estando celebrando audiencia pública el día de su pronunciamiento.

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y, para que así conste, extiendo y firmo el presente testimonio en PALMA DE MALLORCA, a veinticuatro de abril de dos mil veinte.

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.