



Roj: **STS 5025/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5025**

Id Cendoj: **28079130042016100412**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **10/11/2016**

Nº de Recurso: **397/2014**

Nº de Resolución: **2395/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 10 de noviembre de 2016

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo nº 397/2014, interpuesto por la mercantil Autopista Eje Aeropuerto Concesionaria del Estado, S.A., (AEA), representada por el procurador don Felipe Juanas Blanco, contra la desestimación presunta de la solicitud de restablecimiento del reequilibrio económico- financiero de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista Eje Aeropuerto. Se ha personado, como parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN, representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 5 de junio de 2014 en el Registro General de este Tribunal Supremo, el procurador don Felipe Juanas Blanco, asistido del letrado don José María Fernández-Daza Alvear, en representación de la mercantil Autopista Eje Aeropuerto Concesionaria del Estado, S.A., (AEA), interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por el Ministerio de Fomento de la solicitud de fecha 7 de mayo de 2009 sobre restablecimiento del reequilibrio económico-financiero de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista Eje Aeropuerto y, admitido a trámite, se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción .

SEGUNDO.- Verificado, se dio traslado a la parte recurrente para que dedujera la demanda quien, por escrito presentado el 25 de julio de 2014, solicitó la suspensión del plazo concedido y la ampliación del expediente administrativo a los documentos señalados en el apartado 4 de dicho escrito, lo que se acordó por diligencia de ordenación de 29 de julio de 2014.

Recibida la documentación solicitada, se hizo entrega a la recurrente para que formalizara la demanda por el plazo que le restaba.

TERCERO.- Evacuando el traslado conferido, el procurador don Felipe Juanas Blanco, en representación de la mercantil AEA, formuló la demanda mediante escrito registrado el 27 de octubre de 2014 en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó al a Sala que

«[...] dicte en su día sentencia por la que, estimando el presente recurso, se reconozca el derecho de AEA a ser compensada por los sobrecostes de las expropiaciones y se declare el derecho de AEA a que se produzca su pleno restablecimiento y, en consecuencia:

1.- Se condene a la Administración al abono de los sobrecostes de expropiaciones cuyo importe asciende a 116.109.125 euros, de acuerdo con lo manifestado en el Fundamento de Derecho Quinto, más los intereses que legalmente correspondan por la anterior cantidad hasta su efectivo pago, más los ajusten que resulten pertinentes, y a que se adopten las medidas adicionales necesarias para reequilibrar la Concesión, con todo lo demás que proceda en Derecho.



2.- Subsidiariamente a lo pretendido en el número 1 anterior, se condene a la Administración a atender y a hacer efectivas las ocho primeras solicitudes de desembolso de Préstamo Participativo presentadas por AEA por importe de 63.525.429,34 euros, así como las sucesivas que trimestralmente se presenten, más los intereses que legalmente correspondan por las cantidades anteriores hasta su efectivo pago, y a que modifique, en consecuencia, los términos de la Concesión y adopte las medidas adicionales necesarias para reequilibrar la Concesión.

Y reconozca el derecho de mi representada a ser restituida en la situación jurídica individualizada y se le reconozca el derecho a ser resarcida de los daños y perjuicios económicos y empresariales derivados de los incumplimientos de la Administración, cuya cuantía se determinará en trámite de ejecución de Sentencia de conformidad con lo indicado en el Fundamento de Derecho Quinto de la presente demanda.

Todo ello con imposición de costas a la Administración demandada si se opusiera, y todo lo demás que proceda en Derecho».

Por Primer Orosí Digo interesó el recibimiento a prueba, señalando los puntos de hecho sobre los que debería de versar. Por Segundo Orosí, señaló la cuantía del recurso como indeterminada. Y, por Tercero, pidió trámite de conclusiones escritas.

Respecto al traslado conferido por diligencia de ordenación de 31 de octubre de 2014, manifestó que nada tenía que alegar respecto a la documentación aportada como ampliación del expediente administrativo, salvo que debería haber sido aportada con el resto de documentos.

CUARTO.- El Abogado del Estado, contestó a la demanda por escrito registrado el 18 de diciembre de 2014 en el que suplicó a la Sala que se desestime íntegramente el recurso, con expresa imposición de costas, dijo, a la demandante.

Por Primer Orosí Digo manifestó que "con la demanda se adjuntan documentos, cuadros y gráficos de los que no se dice su autoría y que en todo caso no acreditan los hechos que describen".

Por Segundo Orosí, dijo que

«consideramos el mismo innecesario en la medida en que, como hemos expuesto, la disminución del tráfico en las autopistas de peaje de las que es concesionaria la demandante tienen un tratamiento especial en la normativa constituida por las Leyes 26/2009, 43/2010, Ley 2/2012 y Ley 17/2012, de forma que habrán de seguirse los procedimientos en ella previstos ante el Ministerio de Fomento (no ante el Consejo de Ministros) tal y como por lo demás ya está llevando a cabo la demandante, de forma que en ellos será donde habrá que probar los requisitos que condicionan la adopción de las medidas previstas en esa legislación especial.

En cualquier caso, la finalidad que se persigue con el recibimiento a prueba solicitado no es otra que ver cuál ha sido la diferencia entre los ingresos de peaje previstos en el PEF y los ingresos reales obtenidos por el peaje. Ahora bien, dado que estos últimos figuran en las cuentas auditadas y censuradas que deben remitir las sociedades concesionarias a la Delegación de Gobierno en las sociedades concesionarias de autopistas nacionales de peaje, resulta que se trata de un hecho que se basa en documentos de los que dispone la demandante y que ésta pudo y debió acompañar a la demanda».

QUINTO.- Por decreto de 23 de diciembre de 2014 se fijó la cuantía del recurso en indeterminada. Y por auto de 2 de febrero de 2015 se acordó el recibimiento a prueba admitiendo los medios propuestos por la recurrente.

SEXTO.- Habiéndose practicado toda la prueba propuesta y no estimándose necesaria la celebración de vista, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días, a fin de que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado por escritos de 27 de abril y 12 de mayo de 2016, incorporados a los autos.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 29 de junio de 2016 se señaló para la votación y fallo el día 25 de octubre del corriente y se designó como magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

OCTAVO.- El acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio de 2016 (BOE núm. 163, de 7 de julio de 2016) ha establecido una nueva organización de las secciones de la Sala Tercera para acomodarla al nuevo régimen del recurso de casación. Como consecuencia de lo previsto en la regla segunda de dicho acuerdo las materias de las que conocía la anterior Sección Séptima pasan a esta nueva Sección Cuarta.

NOVENO.- En la fecha acordada, 25 de octubre de 2016, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente procedimiento, en cuyo acto, el ponente, por no participar del criterio mayoritario, declinó la ponencia y anunció el voto particular que está incorporado, y el presidente de la Sala asumió la redacción de la sentencia.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Autopista Eje Aeropuerto, Concesionaria del Estado, S.A. (AEA) solicitó el 7 de mayo de 2009 ante la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas de Peaje la adopción de las medidas que evitaran la inminente ruptura del equilibrio económico-financiero de su concesión para hacerla viable y, por tanto, también al servicio público viario que prestaba. Alegaba como causa de su situación la magnitud absolutamente desproporcionada de los justiprecios expropiatorios fijados o en trance de ser fijados por los Jurados Provinciales de Expropiación o por los tribunales de justicia. El incremento que suponían sobre los importes considerados en su oferta, explicaba AEA, era de tal naturaleza que debía ser considerado una circunstancia constitutiva del riesgo imprevisible que justifica su pretensión de reequilibrio.

La solicitud recordaba las posibles técnicas de restablecimiento de su equilibrio económico-financiero --(i) la compensación en metálico de modo directo; (ii) la revisión de precios y tarifas; (iii) las subvenciones y beneficios fiscales; (iv) la ampliación del plazo de la concesión; y (v) la modificación de cualquier cláusula del contrato concesional que tenga contenido económico-- pero señalaba que la solución preferible era la de que la Administración abonara en metálico a AEA las cantidades que la concesionaria debiera satisfacer para el pago de las expropiaciones si excedían de las previstas en la oferta. O, subsidiariamente, que utilizara la prevista en el artículo 13 de la Ley de Autopistas . O sea, que le concediera subvenciones, anticipos reintegrables o los préstamos participativos regulados en el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

SEGUNDO.- En su demanda la recurrente, además de recordar el contenido de su solicitud, explicaba que, de haber sido atendida, no habría llegado a una situación de desequilibrio como la que condujo a que fuera declarada en concurso por auto de 12 de diciembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Madrid .

Así, vuelve a relatar el extraordinario incremento de los justiprecios, señala que el mismo legislador ha reconocido que entraña un riesgo imprevisible en la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, y que, por esa razón, ha previsto que diversas concesionarias afectadas por esa circunstancia --que relaciona nominativamente y entre las que se encuentra AEA-- puedan servirse del instrumento de los préstamos participativos para hacerle frente y restablecer así su equilibrio económico-financiero. Explica que, por reunir todos y cada uno de los requisitos exigidos por esa disposición adicional formuló hasta ocho solicitudes de préstamos participativos por un importe total de 63.525.429,34€ que tampoco merecieron respuesta por parte de la Administración pese a existir dotación presupuestaria para atenderlos. También advierte que con esta cantidad sólo no basta, sino que es preciso modificar la concesión para que AEA pueda devolver los préstamos. En todo caso, su reclamación principal es por el total de los incrementos que se ha visto obligada a satisfacer, 116.109.125€, y sólo subsidiariamente pide el importe aquellos: 63.525.429,34 €.

En la fundamentación jurídica de sus pretensiones subraya que la Administración ha incumplido con su deber de mantener el equilibrio de la concesión ante la concurrencia del mencionado riesgo imprevisible tal como lo ha entendido la jurisprudencia y ha apreciado en este caso concreto el legislador, cuyos mandatos, resalta, ha incumplido la Administración.

Afirma que la declaración en concurso de acreedores de AEA no es óbice a su derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero de su concesión pues, de un lado, las solicitudes de desembolso que ha efectuado fueron anteriores a esa declaración. Y, de otro, enfatiza que, si se ha encontrado en esta situación, ha sido porque la Administración no ha cumplido con su obligación. En todo caso, rechaza en su escrito de conclusiones que aquí se trate de un contrato. El préstamo participativo, dice, es una obligación de la Administración nacida de la Ley. Por tanto, solamente hay una solicitud de desembolso de la que debió derivarse el efecto del pago inmediato.

Además, considera que esta última ha ido contra sus propios actos e infringido los principios de buena fe, confianza legítima e igualdad. Explica a este último respecto que, mientras le ha denegado por silencio las solicitudes de préstamos participativos que presentó, a otras concesionarias que se hallaban en la misma situación que AEA, como HENARSA y AMSA, sí se los concedió. A partir de aquí, dice que la Administración ha desconocido también la prohibición del enriquecimiento injusto, en este caso de la propia Administración, y formula las pretensiones principal y subsidiaria que hemos señalado.

TERCERO.- El Abogado del Estado nos dice en su contestación a la demanda que la Administración "no ha contestado expresamente a la solicitud de restablecimiento porque ni podía ni debería" ya que cuando AEA pidió los préstamos participativos su situación era tal que no permitía, desde una perspectiva racional y prudente financieramente hablando, plantear un adecuado reequilibrio concesional que, previa modificación de las tarifas o del plazo, generase ingresos suficientes para su devolución.



Cuestiona, igualmente, que pueda considerarse el incremento de los justiprecios un riesgo imprevisible, tal como lo contempla la legislación sobre contratos del sector público. Y señala que el concurso de acreedores se ha debido principalmente a la reducción del tráfico respecto de las previsiones de la oferta, fenómeno que obedece a la recesión que ha traído la crisis económica y que debe asumir la concesionaria porque forma parte del riesgo y ventura.

Por lo demás, observa que los artículos 27 y 156 de la Ley de Contratos impiden el otorgamiento de los préstamos participativos porque el artículo 60.1 b) prohíbe contratar a la sociedad que se halle en concurso de acreedores. De haberse concedido, el artículo 32 b) habría llevado a la declaración de su nulidad. Asimismo, entiende que la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009 no ha querido que se formalice préstamo participativo alguno con concesionarias declaradas en concurso de acreedores. Y ve confirmada su inviabilidad por la circunstancia de que la regulación de los préstamos participativos exige la modificación de la concesión pero esa modificación no se puede producir cuando la concesionaria está en concurso.

A los argumentos anteriores añade que han desaparecido las circunstancias que justificaban los préstamos participativos pues, declarada en concurso AEA, no podrían destinarse las cantidades correspondientes a la satisfacción de los justiprecios ya que se integrarían en la masa del concurso. Y que numerosas sentencias están declarando la responsabilidad patrimonial del Estado para el abono de los justiprecios de manera que el otorgamiento de los préstamos supondría un enriquecimiento injusto de AEA.

La última línea de argumentación que desarrolla la contestación a la demanda reprocha a la recurrente una deficiente fijación de las tarifas y destaca que la Administración solamente está obligada a reequilibrar económica y financieramente la concesión en los supuestos previstos por el artículo 248 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ninguno de los cuales concurre en este caso en el que, tampoco cabe hablar de riesgo imprevisible.

CUARTO.- Antes de recordar las razones que imponen la desestimación de este recurso contencioso-administrativo debemos hacer una precisión importante.

Según se ha visto, la contestación a la demanda explica el silencio de la Administración ante la solicitud de AEA diciendo que ni podía ni debía darle respuesta. Se refiere el Abogado del Estado a que no era procedente acoger las pretensiones que la concesionaria hacía valer. Ahora bien, una cosa es que la Administración entendiera que no estaba jurídicamente fundada la solicitud y otra bien distinta que no le diera ninguna respuesta.

Y es que la Administración está legalmente obligada a resolver expresamente. El artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así lo establece. Y en el mismo sentido se manifiesta el artículo 21.1 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por tanto, si consideraba que no podía ni debía atender la solicitud de AEA, así debió manifestarlo dictando una resolución denegatoria de las pretensiones de ésta pero en modo alguno puede escudarse en su parecer negativo para incumplir la obligación que legalmente tiene impuesta de resolver de forma expresa.

QUINTO.- Recordado ese extremo elemental, hay que decir que, efectivamente, el recurso debe ser desestimado porque la jurisprudencia se ha pronunciado ya sobre pretensiones sustancialmente semejantes a las que quiere hacer valer AEA.

En efecto, la Sección Séptima de esta Sala ha tenido la ocasión de hacerlo al resolver otros recursos de sociedades concesionarias de autopistas que han solicitado de la Administración medidas de reequilibrio de sus concesiones a causa del aumento experimentado por los justiprecios de las expropiaciones o, sencillamente, que se les reconociera el derecho a percibir los préstamos participativos que habían solicitado conforme a la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009 y se hallaban, como AEA, en concurso de acreedores.

Por lo que se refiere a los préstamos participativos, la jurisprudencia formada por esas sentencias de la Sección Séptima [sentencias nº 1040/2016, de 10 de mayo (recurso 64/2014), nº 1071/2016, de 12 de mayo (recurso 439/2013), nº 1234/2016, de 31 de mayo (recurso 549/2012)] ha concluido que la regulación establecida en la citada disposición adicional no exime de la aplicación de la regla legal que prohíbe a la Administración contratar con las sociedades declaradas en concurso de acreedores. Por eso, constituyendo los préstamos participativos un contrato, ha desestimado los recursos que pretendían el reconocimiento del derecho de las concesionarias en concurso a percibirlos aun cuando los hubieran solicitado antes de ser declaradas en tal situación.

Los razonamientos de la sentencia nº 1040/2016, plenamente aplicables aquí son los que siguen:



«La cuestión objeto de debate entre las partes, como decíamos al principio, no es otra que la de si una empresa declarada en situación de concurso puede o no ser beneficiaria de un crédito participativo en los términos de la DA 41 de la ley 26/2009 .

En nuestra opinión la respuesta ha de ser negativa en base a las siguientes razones.

En primer lugar, aunque es cierto que la Ley 33/2003 excluye del concepto de bienes patrimoniales el dinero, valores, créditos y demás recursos financieros, no lo es menos que en el caso que nos ocupa estamos ante un contrato de préstamo a celebrar con la Administración del Estado y que por tanto se encuentra dentro del ámbito subjetivo de aplicación a que se refiere el artículo 2 del TRLCSP y que la prohibición del artículo 60 del mismo se extiende a todo tipo de contratos con el sector público cualquiera que sea su naturaleza. Pero es que aunque así no fuera, aunque considerásemos que no estamos ante un contrato sino ante una subvención, tesis que esta Sala no comparte, es lo cierto que el artículo 13 de la Ley de Subvenciones , en su número 2 apartado b, establece que no podrán obtener la condición de beneficiario quienes hayan solicitado la declaración de concurso voluntario. Esta Sala entiende que estamos ante un supuesto claro de contrato con el sector público y si se hace referencia a la Ley 38/2003 lo es sólo para poner de relieve que de ella, en relación con el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cabe extraer un principio general, la prohibición de otorgar fondos públicos a empresas en situación de concurso cualquiera que sea la modalidad de que pretenda hacerse uso a tal fin.

Pero es más, la propia sociedad recurrente, admite que el otorgamiento del préstamo participativo implica una modificación del contrato de concesión, basta la lectura del apartado II.3 del fundamento segundo de la demanda para darse cuenta de que la propia recurrente admite que ha de procederse a dicha modificación, si bien afirma que será el Ministerio de Fomento, previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda, el que debe proponer al Gobierno la modificación de la concesión, modificación que no podría tener lugar como consecuencia de la prohibición del artículo 60 de la TRLCSP, por tanto como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 60 del TRLCSP tampoco podría llevarse a cabo dicha modificación.

Tampoco podemos compartir la interpretación que hace la recurrente del apartado 2.7ª de la DA 41 de la ley 26/2009 en la que se establece que "en caso de declaración de concurso de acreedores de la sociedad concesionaria dichos ingresos adicionales no forman parte de la masa del concurso y se ingresarán directamente en el Tesoro para la amortización el préstamo". Sostiene la recurrente que la norma comprende las situaciones de concurso declaradas tanto antes como después de la concesión del préstamo.

La Sala, como decimos, no comparte esa interpretación. La norma en cuestión en nuestra opinión se refiere claramente a supuestos de situación concursal sobrevenida y por esa razón se refiere exclusivamente al destino de los ingresos adicionales a que se refiere el subapartado c del apartado 2º.7ª a que nos venimos refiriendo, excluyéndolos de la masa, en tanto que nada dice del destino del préstamo cuyo importe se sobrentiende ha sido entregado con anterioridad por la concesionaria a los expropiados. Interpretación ésta que avala el hecho de que los ingresos adicionales exigen como condición previa la concesión del préstamo participativo, y la modificación del contrato concesional.

Si el legislador hubiera querido admitir la concesión del préstamo también a los casos en que la solicitante estuviera ya declarada en concurso lo habría hecho expresamente habría previsto sus consecuencias y no hubiera excepcionado de la masa del concurso sólo los ingresos adicionales, sin que quepa argumentar en contra el fin específico que la Ley da al préstamo participativo, que no tiene otra finalidad que impedir que el mismo sea destinado a un fin distinto por el prestatario, sin que podamos olvidar tampoco el principio general que cabe inferir de la interpretación conjunta del artículo 60 del TRLCSP y el artículo 13 de la Ley de Subvenciones .

Lo hasta aquí expuesto, justifica una sentencia desestimatoria sin necesidad de entrar en otras cuestiones tales como los efectos que la Ley Concursal pudiera tener sobre el destino de unos fondos de la naturaleza de los que son objeto de este recurso que ingresen en la sociedad una vez ésta ha sido declarada en situación de concurso, ello sin perjuicio de poner de relieve que en la opinión mayoritaria de la Sala la vinculación directa que establece la Ley 26/2009, en su DA 41 , al pago de los justiprecios debe entenderse, tal como hemos interpretado la misma, a las situaciones en que el préstamo participativo puede ser concedido que no es la de concurso».

En cambio, la Sala ha reconocido el derecho a percibir los préstamos participativos a la concesionaria que, cumpliendo los requisitos contemplados por la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, no había sido declarada en concurso de acreedores [sentencia nº 1028/2016, de 9 de mayo (recurso 517/2013)]. Además, aprovechó esta ocasión para explicar que el préstamo participativo contemplado por la tantas veces citada disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009 no puede ser equiparado a una subvención, ya que no sólo debe ser devuelto sino que la prestataria ha de abonar un interés por su disfrute.



SEXTO.- Las anteriores premisas jurisprudenciales llevan directamente, según se ha anticipado, a la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

AEA se halla en concurso de acreedores en virtud del auto de 12 de diciembre de 2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Madrid . En consecuencia, se ve afectada por la prohibición de contratar impuesta por el artículo 20 b) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Esa circunstancia le impide acogerse a los mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico-financiero previstos por el legislador para las sociedades concesionarias afectadas por los incrementos en los justiprecios que en ese precepto se indican no sólo porque no puede establecerse con ella la relación jurídica que implica ese préstamo sino también porque tampoco cabe, en tales condiciones, modificar la concesión.

Es cierto que la solicitud presentada por AEA el 7 de mayo de 2009 de medidas de restablecimiento del equilibrio económico financiero es anterior a la Ley 26/2009. También lo es que la demanda mantiene las pretensiones esgrimidas entonces, además de las relacionadas con las solicitudes de préstamos participativos. No obstante, el legislador ha encauzado la solución a las consecuencias que para la economía de las sociedades concesionarias de las autopistas de peaje que identifica en esa disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, entre las que se encuentra AEA, han tenido los incrementos de los justiprecios de las expropiaciones a través del mecanismo previsto en ella. No siendo viable esta solución por las razones expuestas tampoco cabe acoger la pretensión principal, precisamente por la situación de concurso en la que se halla, la cual, según explica la sentencia nº 1040/2016 , le impide beneficiarse de fondos públicos.

SÉPTIMO.- Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , siguiendo la pauta sentada por las sentencias nº 1040 y 1234/2016 , no hacemos imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1º Desestimar el recurso contencioso- administrativo nº 397/2014, interpuesto por Autopista Eje Aeropuerto, Concesionaria del Estado, S.A. contra la desestimación por silencio de su solicitud de 7 de mayo de 2009 de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de su concesión. 2º No hacer imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el magistrado Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva , al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , a la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictada en el recurso contencioso-administrativo número 397/2014, interpuesto por Autopista Eje Aeropuerto Concesionaria del Estado, S.A. (AEA) contra la desestimación presunta por el Ministerio de Fomento de la solicitud de fecha 7 de mayo de 2009 sobre restablecimiento del reequilibrio económico-financiero de la concesión para la construcción, conservación y explotación de la autopista Eje Aeropuerto.

Con el mayor respeto al parecer de la Sala me considero obligado a mantener la posición que he considerado correcta y defienden los votos particulares a las sentencias nº 1040/2016 , 1071/2016 y 1234/2016 de la Sección Séptima de esta Sala.

En mi opinión, el fallo debió ser estimatorio de la pretensión subsidiaria de la recurrente pues sus solicitudes de préstamos participativos desatendidas por la Administración reúnen los requisitos requeridos por la disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010 .

Como en las ocasiones anteriores, el Abogado del Estado se ha cuidado de sostener lo contrario. En efecto, frente al detalle con que la demanda explica que se dan todas y cada una de las exigencias legales a las que se someten los préstamos participativos, nada concreto dice al respecto. Actitud ésta que corrobora la falta de fundamento de su posición y la procedencia de la decisión que defiende. Sin embargo, el mismo planteamiento que defiende aquí consiguió eludir con éxito un debate en el que no tiene argumentos al lograr que la Sala se pronunciara en virtud de razones ajenas a las que debían considerarse.

Al igual que las anteriores a las que sigue y de las que he discrepado, la sentencia, en efecto, en vez de examinar si, efectivamente, se daban o no los presupuestos establecidos por la citada disposición adicional para tener



derecho a tales préstamos, se desentiende de tal comprobación y deriva su atención hacia las cuestiones suscitadas por la contestación a la demanda. De ese modo, lo que en realidad hace la sentencia es prescindir de la propia disposición adicional 41ª.

Es así porque ese precepto establece una regulación legal específica, mejor dicho, especial, de aplicación directa y preferente al caso y la sentencia la elude absolutamente. Hace como si no existiera. Ignora así la voluntad del legislador que ha querido ofrecer, en las circunstancias excepcionales que describe la exposición de motivos de dicha Ley 26/2009, a determinadas concesionarias, identificadas *nominatim*, el instrumento de los préstamos participativos para hacer frente al desequilibrio que necesariamente les ha supuesto la necesidad de satisfacer justiprecios extraordinariamente superiores a los considerados al formular las correspondientes ofertas y, así, mantener las concesiones.

Esta omisión es particularmente llamativa a la vista de que la disposición adicional 41ª considera expresamente la posibilidad de que la concesionaria se halle en concurso y no deduce de ello la consecuencia de que carezca de capacidad para recibir los préstamos participativos. Y, también, a la vista de que el propósito último perseguido con este instrumento es la continuidad de la concesión a la vez que vincula esos préstamos con los justiprecios a que se refiere de manera que les impone una finalidad propia sancionada con la autoridad de la Ley. Préstamos que, en cuanto tales, la prestataria deberá devolver con el interés y las condiciones que también contempla dicho precepto.

Frente a tan claras prescripciones, observadas por la Administración hasta diciembre de 2011, a partir de ese momento, sin argumentación ninguna, sino de manera tácita, pasó a desatenderlas y sólo, tardíamente, ya en el seno de los procesos que se han ido incoando, ha venido a alegar, incorporando progresivamente objeciones, que la situación de concurso inhabilita a las concesionarias para contratar, como si estos préstamos participativos fueran un negocio ordinario o común sujeto a reglas previstas para situaciones de normalidad. Y que los préstamos no podrían cumplir su finalidad porque entrarían en la masa del concurso y beneficiarían a los acreedores con créditos preferentes cuando es la ley la que marca su destino. O que, como se está condenando al Estado a satisfacer directamente justiprecios, se pagaría dos veces por lo mismo, elevando a categoría un aspecto circunstancial sobrevenido que puede resolverse de otro modo sin alterar el principio.

Asimismo, se ha terminado advirtiendo que, al no ser posible su devolución, dada la declaración del concurso, los préstamos vienen a ser subvenciones que, naturalmente, no pueden percibir los concursados. E, incluso, se les califica de ayuda de Estado. De este modo, el Estado –que no ha satisfecho los préstamos incumpliendo las normas legales especiales que los regulan y ha contribuido así decisivamente a que las concesionarias entren en concurso– no paga lo que estaba obligado a satisfacer, contribuye así a que esas sociedades sean declaradas en concurso y, llegados a este punto, aduce esa situación para definitivamente exonerarse de las obligaciones que le impuso el legislador. No me parece que sea un proceder que la Sala deba avalar.

Obsérvese, además, que todo esto sucede en un contexto en el que el legislador que quiso ofrecer a las concretas concesionarias señaladas en la disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009 el medio de los préstamos participativos para afrontar las consecuencias del extraordinario incremento de los justiprecios, no ha modificado ni una coma de este precepto. Ni siquiera cuando ya podía percibirse el horizonte del concurso para esas sociedades alteró lo más mínimo esas prescripciones que, se debe insistir, aceptan la posibilidad de que la beneficiaria de tal medida se halle en concurso de acreedores.

En definitiva, la sentencia inaplica la ley especial que regula el supuesto planteado y acude a un abanico de normas generales que la regulación especial dictada específicamente para el caso desplazó.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, junto con el voto particular, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.