ADMINISTRACION DE JUSTICIA

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00108/2021

PLAÇA DES MERCAT, 12
Teléfono: [redacted] **Fax:** [redacted]
Correo electrónico: [redacted]
N.I.G: 07040 45 3 2017 0001041
Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000252 /2020
Sobre CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
De CONSELL INSULAR DE MALLORCA
Contra COMPAÑIA CONCESIONARIA DEL TUNEL DE SOLLER SA
Abogado: JUAN MORENO RODRIGUEZ
Procurador: FRANCISCO ARBONA CASASNOVAS
APELACIÓN ROLLO SALA Nº 252/2020
AUTOS DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 104/2017
JUZGADO CONTENCIOSO Nº 3

SENTENCIA

En Palma de Mallorca a 15 de febrero de 2021.

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE
D. Gabriel Fiol Gomila
MAGISTRADOS
D. Pablo Delfont Maza
Dª: Carmen Frigola Castillón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos en el Juzgado de los Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma, con el número de autos P.O. nº 104/2017 y nº de rollo de apelación de esta Sala 252/2020. Actúa como parte apelante el CONSELL INSULAR DE MALLORCA representado y defendido por Letrado S. Cristófol Barceló y como parte apelada la COMPAÑÍA CONCESIONARIA DEL TÚNEL DE SÓLLER, S.A., representada por el Procurador Sr. D. Francisco Arbona Casasnovas y defendido por el Letrado Sr. D. Juan Rodríguez Moreno.

Firmado por: MARIA CARMEN FRIGOLA CASTILLON 15/02/2021 12:30 Minerva
Firmado por: Gabriel FIOL GOMILA 15/02/2021 12:36 Minerva
Firmado por: M. LOURDES LORENCE MARTINEZ 15/02/2021 12:38 Minerva
Firmado por: Pablo DELFONT MAZA 15/02/2021 19:05 Minerva

Código Seguro de Verificación [redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Constituye el objeto del recurso la resolución del Pleno del Consell Insular de Mallorca, de fecha 2 de agosto de 2017, que acordó el rescate del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación como carretera de peaje de la variante de la C-711 que cruza la Sierra de Alfabia.

La sentencia número 128/2020 de 13 de marzo de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Palma estima el recurso contencioso-administrativo.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castillón, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: La sentencia nº 128/2020 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Palma en los autos seguidos por los trámites de procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación decía literalmente en su fallo:

"1º.- ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Procurador Sr. Francisco Arbona Casasnovas, en representación de COMPAÑÍA CONCESIONARIO 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.".

SEGUNDO: Contra la anterior resolución interpuso la demandada recurso de apelación en plazo y forma siendo admitida en ambos efectos.

Se opone a la apelación la defensa de la concesionaria recurrente que solicita su desestimación y la confirmación de la sentencia de instancia.

TERCERO: No se solicita práctica de prueba ni trámite de vista o conclusiones.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

CUARTO: Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 18 de diciembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: El Consell Insular de Mallorca apela la sentencia dictada por el Juez de instancia que estimó el recurso contencioso interpuesto por la Compañía Concesionaria del Túnel de Sóller SA contra la Resolución del Pleno del Consell Insular de Mallorca de 2 de agosto de 2017 que acordó el rescate del contrato de concesión para la construcción, conser4vación y explotación, como carretera de peaje de la variante de la C-711 del túnel que cruza la Sierra de Alfabia.

La sentencia tras exponer los hechos probados y la normativa aplicable estima el recurso "*ante la ausencia de la justificación de un concreto, real y acreditado interés público concurrente en el acuerdo de rescate*". La sentencia señala:

"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)"

Y resuelve la cuestión en los siguientes fundamentos jurídicos:

"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

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

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 disfrutan 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 sóla, 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, probablemente, 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 3972015, 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".

Solicitada aclaración de la sentencia por la recurrente concesionaria para que se hiciera constar en la sentencia "*que los "efectos legales inherentes" son el derecho a explotar la concesión hasta el 30 de junio de 2022 y el abono de la indemnización por daños y perjuicios correspondiente al período en que no se haya podido explotar la concesión, determinando las*

bases de cálculo para fijar dicha indemnización" fue denegada por auto de 25 de junio de 2020 sobre la base de este razonamiento:

"Tercero. No puede accederse a dicha solicitud, toda vez que lo que pretende la parte, más que una aclaración, complementación o rectificación, consiste en pronunciamiento respecto de cuestiones cuyo alcance y contenido deberá ser determinado en el seno del correspondiente incidente de ejecución de la sentencia, sea con carácter provisional o definitiva.

No cabe duda de que la expresión "con todos los efectos legales inherentes" que aparece en el fallo tras declarar que se anulan los actos impugnados, ha de ponerse en relación con el objeto del litigio y las pretensiones ejercitadas por la parte actora, lo que conlleva, obviamente, una vez anulado el acto de rescate, su derecho a ejercer la concesión hasta el momento en que ésta debía finalizar por transcurso del tiempo, así como el derecho a ser indemnizada por el período en que se haya visto privada de la misma. Éstos son los efectos inherentes, pero ello podrá hacerse valer ante la propia Administración o el Juzgado, caso de falta de ejecución voluntaria de la sentencia, sin que sea preciso alterar el texto del pronunciamiento jurisdiccional, suficientemente explícito.

En palabras de la STS de 17 de diciembre de 2018: "...por lo que no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la contestación a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión".

Por todo ello, no puede accederse a lo solicitado".

En la apelación, la representación del Consell Insular de Mallorca fundamenta su recurso sobre los siguientes argumentos:

a) El rescate está justificado
b) El rescate se ampara en razones de interés público
c) El rescate no es desproporcionado
d) Critica cada uno de los argumentos señalados por el Juzgador para considerar improcedente el rescate

Se opone a la apelación la defensa de la recurrente concesionaria. Para esa parte el rescate de la concesión como bien señala la sentencia de instancia ha de fundamentarse en un interés público sobrevenido, "*y no obedecer a circunstancias que ya se daban cuando se otorgó la concesión.*". A continuación la apelada concuerda cada uno de los argumentos señalados por el Juez de instancia.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

SEGUNDO: Para una mejor comprensión es menester detallar los hechos ocurridos. La concesión para la construcción, conservación y explotación como carretera de peaje de la variante de la C. 711 que cruza la Sierra de Alfabia fue adjudicada por Decreto 86/1988 de 18 de noviembre y se formalizó por contrato el 23 de febrero de 1989 con una duración de 28 años a partir de la entrada en vigor del Decreto de adjudicación de forma que se extinguía el 22 de diciembre de 2016.

El 24 de octubre de 2007 la concesionaria y el Consell firmaron una modificación de la concesión, acordándose una prórroga de cinco años y medio, de forma que la concesión debía finalizar el 30 de junio de 2022, plasmándose esa modificación en el año 2007 en un nuevo Plan Económico Financiero de la concesión.

El 6 de marzo de 2017 se dictó Acuerdo del Pleno del Consell iniciando el expediente de rescate de la concesión, notificado a la parte el 15 de marzo de 2017, con efectos a partir del 1 de septiembre de 2017. En esa resolución se fijaba como valor de rescate la suma de 15.442.849'39 euros según dictamen pericial emitido por el arquiecto Sr. Alvaro Batlle Caravaca. De ello se dio traslado a la concesionaria que se opuso, y subsidiariamente aportó su propia pericial.

La propia administración cuando remitió el expediente al Consell Consultiu adjuntó: a) una separata o informe complementario del Arquitecto Sr. Batlle que recalculó el valor de rescate fijándolo en la suma de 17.404.179'18 euros; b) 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 c) un informe jurídico del Secretario General del Consell de 16 de mayo de 2017.

El Consell Consultiu emitió el dictamen nº 91/2017 de 27 de julio, informando favorablemente la propuesta de rescate del contrato de concesión "*sempre que s'atenguin les observacions fetes en la consideració jurídica sisena*", observaciones que hacen referencia al cálculo para valorar el importe del rescate.

Los motivos alegados por la Administración para justificar el interés público que permite la extinción de la concesión de forma unilateral son:

2.1 El garantir la igualtat de tracte per a tots els usuari del túnel, ja que únicament els veins de Sóller i Fornalutx gaudeixen d'unes bonificacions en les tarifes.

2.2 Acabar amb el greuge comparatiu que el pagament del peatge representa pels residents d'uns municipis de Mallorca respecte a altres municipis de l 'illa, que també compten amb infraestructures de similars característiques, pero no han de pagar peatge.

2.3 Que la via alternativa existent a la de peatge té unes característiques de traçat molt dificultases i que converteix al túnel en la única alternativa funcional, la qua/ cosa representa un majar sobrecost per a l 'economía local. A més aquesta via es veu afectada per les condicions climatologiques, que la van intransitable en determinades epoques de /'any.

Y después de transcribir esos motivos y apuntar que la ley 5/1990 de 4 de mayo de carreteras de la CAIB señala en su artículo 24 que el tráfico por las carreteras de las islas será libre y gratuito y también que el Ayuntamiento de Sóller se ha manifestado de forma reiterada y unánime a favor del rescate de la concesión, el Dictamen concluye que se ha motivado *"d'una manera raonable l'existència de raons d'interés públic que prevalen sobre l'interés privat de la societat concessionària de mantener la vigència del contracte".*

Finalmente el 2 de agosto de 2017 se dictó el Acuerdo del Pleno del Consell Insular que dispone:

1. Desestimar les al.legacions fetes per la Compañia Concesionaria del Túnel de Sóller, SA, amb fonament a l'informe jurídic del secretari general del Consell de Mallorca de dia 16 de maig de 2017, la separata 3 del dictamen pericial de dia 22 de setembre de 2016 i el dictamen pericial sobre el valor de rescat del Sr. Álvaro Batlle Caravaca, ambdós de dia 12 de maig de 2017 i l'informe de la Interventora general del Consell de Mallorca de dia 15 de maig de 2017.

2. Acordar el rescat del contracte de construcció, conservació i explotació de la variant de la carretera Ma-11 de Palma a Sóller, pels motius d'interés públic que varen motivar l'inici de l'expedient.

3. Fixar la indemnització a que té dret el concessionari en la quantitat de 17.404.179,18 euros, de conformitat amb el dictamen pericial del Sr. Álvaro Batlle de dia 12 de maig de 2017.

4. Autoritzar i disposar una despesa per un import total de desset milions quatre-cents quatre mil sent setanta-nou euros amb devuit céntims (17.404.179,18 €), que es finançarà

amb cárrec a la partida pressupostária 55 45300 60903 (document comptable RC 220170007660, de dia 2 de maig de 2017, per un import de 15.442.849,39 euros i un document RC 220170009551, de dia 19 de maig de 2017, per un import de 1.961.329,79 euros, amb cárrec a la partida pressupostària 55 45300 60903).

TERCERO: El punto de partida es la normativa aplicable perfectamente detallada en la sentencia de instancia, esto es, el artículo 32 de la ley 8/1972 de 10 de mayo de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que señala que el rescate del servicio es una forma de extinción de la concesión; 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 cuya cláusula 11 dispone:

El rescate del servicio hecho por la Administración es causa de extinción de la concesión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32, 8, de la Ley 899i2, de 10 de mayo.

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.

(...)"

También los artículos 75-3 de la ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923/1965 de 8 de abril el rescate es una forma de extinción de la concesión, y el artículo 79 y la remisión al Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3410/1975 de 25 de noviembre.

El rescate es una declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, por la que se da por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular. Esa figura tiene un claro sentido expropiatorio, y así lo afirma la STS de 24 de diciembre de 2001 (RC4380/1995) que señala que el rescate es una privación singular de derechos de contenido patrimonial, de manera que debe ampararse, siempre y en todo caso, en razones de interés público. La STS de 18 de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:883 RC 5668/2017) a propósito del análisis de si el interés general apreciado en las obras públicas resultaba equivalente al concepto de interés público superior impuesto por las Directivas comunitarias para autorizar determinados cambios en proyectos ambientales, señala:

"En consecuencia, la respuesta a la cuestión precisada por la Sala de Admisión es la siguiente: Aún teniendo ciertas similitudes el «interés general» y el «interés público superior», no puede concluirse que «sean equivalente o puedan equipararse». El «interés público superior» exige inexcusablemente una comparación, en exposición propia e independiente, un plus respecto del «interés general.

CUARTO: Si no son equivalentes o equiparables el «interés general» con el «interés público superior», la Sala de Admisión pregunta entonces en esta primera cuestión, «cuál es el alcance, grado de detalle y especificidad de ese «interés público superior».

La respuesta a esta subcuestión no es fácil, pues estamos en presencia de un «concepto jurídico indeterminado», y como tal, su determinación, con el detalle que pregunta la Sala de Admisión, iría contra la esencia de la indeterminación del concepto jurídico indeterminado. (...)

Es fundamental la observancia, formalista y de fondo, de los requisitos procedimentales. Y la ausencia de la explicación del «interés público superior» en este caso, no puede justificarse en el número de papeles y de informes y de pericias y de escritos. Sería como admitir, lo que no puede admitirse, que el volumen documental sobre el embalse de Biscarrués ha cubierto dicho embalse, no con agua, sino con papeles y papeles. El procedimiento, los ritos, son esenciales, en garantía de todos y para concluir en decisiones conforme a Derecho, fruto del estudio y de la transparencia.".

El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), como la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.1 CE), la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE) y el control judicial de la Administración (art. 106.1 CE) consagran un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa, en el que, salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes, no se producen exenciones a la regla general de sujeción de aquélla al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia. Igualmente en la sentencia del TS 242/2020 de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:491 RC 626/2017) a propósito del ius variandi de la Administración en una concesión de autopistas el Alto Tribunal señala que la facultad o potestad, que comporta un elemento de discrecionalidad, además de estar sujeto a un determinado procedimiento, está delimitado por factores sujetos a control, cuales son, que su ejercicio se justifique por razones de interés público. Lo mismo sucede en el caso que aquí examinamos.

CUARTO: La esencia de toda actividad discrecional se constituye por la apreciación singular del interés público. La Administración identifica ese interés en razones de discriminación de la ciudadanía, bien a favor de los que disfrutan de bonificaciones en los

peajes, o en la discriminación frente a otros habitantes de la isla que no pagan peajes cuando se desplazan así como también las dificultades de la ruta alternativa.

Llama la atención lo lacónico de la conclusión del dictamen 91/2017 del Consell Consultiu en el último párrafo del fundamento jurídico quinto que considera *"s'ha motivat d'una manera raonable l'existència de raons d'interés públic que prevalen sobre l'interés privat de la societat concessionària de mantener la vigencia de contracte*", siendo dichas razones, exclusivamente, a) la excepcionalidad de la figura del peaje, y b) el interés del Ayuntamiento de Sòller en la gratuidad de la infraestructura.

Si atendemos a las razones de discriminación esgrimidas, no pueden ser aceptadas, porque el peaje es causa consustancial de la concesión en el modo y forma en que en su día fue adjudicada. Si fuera una injusticia o una discriminación no sería entendible ni que se hubiera autorizado dicha adjudicación, ni que la Administración la hubiera consentido y tolerado durante tan largo tiempo. Y llegado a su término, además, la prorrogara, como así sucedió.

El hecho de que la ley 25/1988 de 29 de julio de carreteras, en vigor al tiempo de adjudicarse la concesión, configurara como regla general las carreteras como de utilización gratuita y excepcionalmente de peaje, no significa como indicaba su artículo 16, y el artículo 24-2 de la ley 5/1990 de la CAIB en la redacción anterior a la reforma de 2001, que no pudiera autorizarse excepcionalmente la explotación de tales vías por el sistema de peaje, lo que naturalmente repercute sobre el usuario que debe afrontar el pago del peaje correspondiente. La excepcionalidad a que se refieren esos artículos, lo es frente a la gratuidad. El régimen general es la gratuidad y la excepcionalidad, el peaje. Pero una vez se ha resuelto que una infraestructura se ejecute y explote por el sistema de peaje, decisión de naturaleza claramente política, es perfectamente legítima y fundada también en razones de interés general. De forma que el rescate de tal concesión, que es también una decisión política, no puede dejar de fundamentarse en razones de interés público. No puede identificarse ese interés público en la gratuidad que la ley proclama como régimen general, porque precisamente en su día se consideró y por razones también de orden público autorizar la construcción y explotación de esa infraestructura por el régimen de peaje. Máxime cuando

la concesionaria ha venido explotando con total normalidad ese contrato y sin que conste en el debate que se hubieran producido desencuentros ni irregularidades.

El hecho de que el legislador permita que puedan ejecutarse vías y carreteras de peaje a lo largo de todo el territorio nacional, está permitiendo y facultando un distinto trato entre los ciudadanos que en él residen. Algunos ciudadanos residentes en determinados territorios podrán optar en sus desplazamientos entre utilizar carreteras de peaje y las convencionales alternativas. Otros en cambio solo dispondrán de éstas últimas. El esquema legislativo permite esa dualidad. Por ello no puede ahora aducirse un trato discriminatorio que fundamente un rescate de la concesión, porque esa opción está perfectamente permitida y contemplada en la ley.

Tampoco puede la Administración sin que concurran circunstancias novedosas desdecirse de la decisión tomada en su día, que la tomó basada en razones de interés público. En la apelación el Consell Insular se esfuerza en rebatir ese argumento defendiendo que la causa expresada ha de concurrir y ser real en el momento de acordar el rescate, pero no tiene porqué ser posterior a la adjudicación porque ello sería hacer imposible e inviable cualquier rescate. No aceptamos el argumento. La temporalidad de la concesión debe ser respetada salvo cuestiones que basadas en un interés superior permita privar a la concesionaria de su derecho a disfrutar del contrato legítimamente suscrito. Desde luego no lo es el argumento de que al tiempo de la adjudicación el Govern Balear no disponía de dinero suficiente para sufragar el coste de ejecución de la obra, pero ahora el Consell Insular sí dispone de esa capacidad económica. La decisión de haber hecho la carretera bajo las condiciones establecidas de peaje, son vinculantes para la Administración, de manera que la excepcionalidad del rescate ha de apoyarse en circunstancias sobrevenidas o posteriores que produzcan bien un perjuicio o quebranto a los intereses generales que justifique el sacrificio de las legítimas expectativas de la concesionaria. Aquí lo que se pretende exclusivamente es beneficiar a los usuarios liberándolos del pago de un peaje. Por muy comprensible y generalizada que sea tal reclamación social, ello no es incluible en lo que es el concepto jurídico indeterminado de interés general, pues tan es el perjuicio de esa carga la de ahora como la del primer día en que tuvo que pagarse, y el interés general es lo único que permite tan excepcional facultad de resolución unilateral. Aquí ese interés debe identificarse en

razones que buscan bien la buena y eficaz administración, bien el cumplimiento de los fines que la Administración tiene encomendados o bien ambas cosas. Las razones esgrimidas ciertamente satisfacen una reclamación social, pero no son jurídicamente suficientes para ser identificadas como razones de interés general que soporten y fundamenten el rescate acordado. La Administración pudo no prorrogar esa concesión en diciembre de 2016, fecha en que aquella terminaba, y decidió hacerlo, cualquiera que fueran las razones que empujaron a esa decisión y esa decisión fue legítima. Pero surte sus efectos, de forma que con los motivos expuestos, no es posible fundamentar el rescate de esa prórroga concesional.

Por lo tanto debemos desestimar los argumentos de que el rescate está justificado y amparado en razones de orden público.

QUINTO: Tampoco el acuerdo adoptado, con las referencias a los informes a los que se remite, supera el juicio de proporcionalidad pues no hacen aquellos un análisis que justifique los criterios de necesidad, idoneidad y de estricta proporcionalidad de la decisión excepcional del rescate. O dicho de otra forma, no se hecho valoración alguna de la existencia de otras alternativas que, con satisfacción de los intereses generales, no causaran una situación tan gravosa para los intereses de la contratista.

La Administración describe la peligrosidad y dificultad de la carretera convencional y sostiene que no es carretera alternativa a la ruta a Sóller pues los usuarios que la utilizan, en una proporción de 9 a 1, lo hacen porque o bien se dirigen a una planta embotelladora o bien a un hotel que allí se encuentra. No mejor suerte ha de correr ese argumentos. Como bien indica la sentencia de instancia la ley de carreteras no impone la existencia de alternativas de determinada calidad. Y en cuanto al alto precio del peaje , lo que cabe señalar aquí es únicamente que la Administración dispone de facultades para revisar precios si fuere necesario y conveniente.

En definitiva la argumentación del Juez en los nueve motivos expuestos en la sentencia, la Sala los comparte en su integridad.

SEXTO: Por último debemos hacer mención a lo señalado en la apelación en cuanto al auto nº 185/2017 de 13 de diciembre dictado por esta Sala en el rollo de apelación

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

370/2017. Ese auto estimó la apelación planteada contra el auto del Juzgado que suspendió la ejecutividad del Acuerdo impugnado. La resolución se limitó al conocimiento de la medida cautelar, y se limitó a valorar los perjuicios que podía ocasionar la ejecutividad del acto impugnado, concluyendo la Sala que aquellos eran estrictamente de índole económica y por lo tanto no irreversibles, motivo por el cual no procedía la suspensión cautelar. Nada más debía señalarse en ese procedimiento sumario y nada más dijo el auto, por mucho que la apelante busque una lectura interesada. Por lo tanto, la interpretación y cita que del mismo hace ninguna trascendencia ha de tener. Son dos resoluciones de esta misma Sala que examinan distintas cuestiones. Esta sentencia, la legalidad del acto impugnado y el fondo del asunto, y aquel auto sólo su ejecutividad, perfectamente compatibles entre sí, a pesar de que tengan signo opuesto.

Llegados a este punto desestimamos la apelación y confirmamos la sentencia de instancia en su integridad.

SÉPTIMO: En materia de costas la desestimación del recurso determina que conforme al artículo 139 de la ley jurisdiccional, impongamos las costas causadas en esta instancia a la parte apelante que ha visto rechazada su argumentación, que limitamos a un total de 500 euros.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

FALLAMOS:

1º) **DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la Sentencia nº 128/2020 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 que CONFIRMAMOS íntegramente

2º) Con imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte apelante en atención al principio de vencimiento objetivo y hasta un máximo de 500 euros.

Contra esta sentencia y de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 7/2015 en la Ley 29/1998, caben los siguientes recursos:

1.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea. Téngase en cuenta el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo -BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-, y/o

2.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sección de casación esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears. Se tendrá en cuenta también el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación -BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrado de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castillon, que ha sido Ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.