



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 649/2017, de 6 de abril de 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª)

Rec. n.º 870/2015

SUMARIO:

Concesión de autopista de peaje. Préstamos participativos. Derecho al reequilibrio financiero de la concesión. Sobrecoste de las expropiaciones. Impago de justiprecio por la beneficiaria, concursada. Resulta innegable que la solicitante se encuentra sometida a proceso concursal desde antes de la interposición de la demanda por lo que le afecta la prohibición de contratar. Es hecho notorio que en el desarrollo de los préstamos de tal naturaleza por los distintos organismos públicos figura la exigencia de poder contratar con el Estado para poder obtener un préstamo participativo. De concederse el préstamo, se integraría en la masa concursal con el consiguiente perjuicio para los acreedores cuyo origen es una expropiación forzosa al tener que concurrir a la masa del concurso con el resto de acreedores de la concursada. Los préstamos que se conceden a sociedades inmersas en procesos de concursos de acreedores y a empresas con pérdidas recurrentes son considerados a efectos de contabilidad nacional como transferencias de capital, con efectos en el déficit público. Lo relevante no es el eventual déficit público, sino la consideración de transferencia de capital lo que viene a equivaler a una transferencia financiera encubriendo una subvención lo que no permite, en una situación como la de autos, ni la normativa nacional ni la comunitaria por cuanto podría vulnerar la libre competencia. Si se atiende al notorio criterio del inversor privado empleado por los órganos comunitarios, Comisión y Tribunal de Justicia, permite, en el concreto caso examinado, considerar ayuda estatal el antedicho préstamo. Es patente que un inversor no público no ha considerado viable la actividad empresarial que ha devenido en situación de concurso de acreedores. Voto particular.

PRECEPTOS:

Constitución Española, arts. 9.3, 10 y 33.

Ley 8/1972 (Autopistas), art. 17.

Ley 22/2003 (Concursal), art. 76.1.

Ley 47/2003 (LGP), art. 24.

Ley 26/2009 (PGE 2010), disp. adic. cuadragésima primera.

RDLeg. 3/2011 (TRLCS), arts. 20 b), 60.1 b) y 271.

RD 3540/2000 (concesión de la autopista Madrid-Ocaña), art. 13.

PONENTE:

Doña Celsa Pico Lorenzo.

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de abril de 2017



www.civil-mercantil.com

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo nº 870/2015, interpuesto por el procurador de los tribunales D. Juan Pedro Marcos Moreno y de D. Juan Pablo y de D. Bernardino , administradores concursales de AUTOPISTA MADRID SUR CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A, contra la desestimación por silencio administrativo de las siguientes solicitudes de préstamo participativo por el sobrecoste de expropiaciones a otorgar por el Estado de conformidad con lo previsto en el Apartado Dos de la Disposición Adicional Cuadragésimo Primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010: Solicitud de 8 de abril de 2014 (10ª); Solicitud de 8 de abril de 2014 (10ª); Solicitud de 10 de julio de 2014 (11ª) y Solicitud de 13 de octubre de 2014 (12ª). Ha sido parte demandada, la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por escrito presentado ante este Tribunal Supremo, el procurador don Juan Pedro Marcos Moreno y de D. Juan Pablo y de D. Bernardino , administradores concursales, en representación de AUTOPISTA MADRID SUR CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de las solicitudes de 8 de abril de 2014 (10ª), de 10 de julio de 2014 (11ª); y de 13 de octubre de 2014 (12ª), de préstamo participativo por el sobrecoste de expropiaciones a otorgar por el Estado de conformidad con lo previsto en el apartado dos de la Disposición Adicional Cuadragésimo Primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

Segundo.

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 . Verificado, se dio traslado a la parte recurrente para que dedujera la demanda.

Tercero.

Evacuando el traslado conferido, el procurador don Juan Pedro Marcos Moreno y de D. Juan Pablo y de D. Bernardino , administradores concursales, en representación de AUTOPISTA MADRID SUR CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A. formalizó la demanda por escrito en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que dicte en su día sentencia por la que se condene a la Administración a lo siguiente:

«(i) Aprobar la relación completa e individualizada de las fincas y derechos expropiados, en la que se fija el justiprecio, incluidas en las tres solicitudes de préstamo participativo presentada(s) por mi representada con fechas (i) 8 de abril de 2014 (10ª), (ii) de 10 de julio de 2014 (11ª); y (iii) de 13 de octubre de 2014 (12ª) .



www.civil-mercantil.com

(ii) Otorgar los tres préstamos participativos solicitados mediante los referidos escritos de 8 de abril de 2014, de 10 de julio de 2014 ; y de 13 de octubre de 2014 por un importe respectivamente de 5.677.618,16 Euros, 28.950,49 Euros, y de 619.009,25 Euros.

(iii) Reconocer el derecho al cobro del interés legal del dinero sobre las cantidades referidas en el apartado (ii) anterior de este Suplico, a contar desde la fecha en la que la Administración debió hacer efectivo el préstamo participativo conforme a lo previsto en la DA 41 apartado Dos.b), esto es, desde el transcurso de 15 días naturales contados desde la fecha límite con la que contaba la Administración para responder a cada una de las tres solicitudes de préstamo participativo formuladas por mi representada y referidas en el apartado (i) de este Suplico (es decir, los 15 días naturales se cuentan desde que "expire el trimestre en el que se presentaron" respectivamente cada una de las solicitudes de préstamo participativo).».

Por Primer Otrosí Digo, interesó el recibimiento a prueba indicando los puntos sobre los que debería versar y proponiendo los medios que estimó pertinentes. Por Segundo, señaló la cuantía del recurso como indeterminada. Por Tercero, pidió el trámite de conclusiones. Y, por Cuarto, suplicó a la Sala que

«para el caso de que no se estimara la interpretación de la expresión "dentro de los límites de las dotaciones asignadas cada año en el Presupuesto del Ministerio de Fomento" del apartado 2 A) de la DA 41 de la LPGE 2010, que se recoge en el Fundamento de derecho Cuarto de esta demanda, se tenga por solicitado el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, en los términos y con el alcance señalado en este Otrosí Digo Cuarto».

Cuarto.

Evacuando el traslado conferido por diligencia de ordenación de 11 de abril de 2016, el Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito en el que pidió a la Sala que

«dicte sentencia desestimando este recurso con los demás pronunciamientos legales».

Quinto.

Fijada la cuantía del recurso en indeterminada por decreto de 6 de mayo de 2016 y por auto de 17 de mayo de 2016 se acordó tener por aportada la documentación que se acompaña a la demanda y el expediente administrativo sin que sea preciso el recibimiento a prueba, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días, a fin de que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado por escritos presentados el 6 y el 10 de junio de 2016, incorporados a los autos.

Sexto.

Declaradas concluidas las actuaciones, por providencia de 2 de febrero de 2017, se señaló para votación y fallo el día 4 de abril de 2017, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La representación procesal de AUTOPISTA MADRID-SUR CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A. interpone recurso contencioso administrativo 870/2015 contra las



www.civil-mercantil.com

desestimaciones presuntas, por silencio administrativo, de las solicitudes trimestrales de Préstamos Participativos formuladas ante la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, con fecha 8 de abril, 10 de julio y 13 de octubre de 2014, interesando se dicte sentencia en la que se condene a la Administración a desembolsar a la recurrente dichos Préstamos Participativos por importe de 5.677.618,16 euros, 28.950,49 euros y de 619.009,25 euros con los intereses que correspondan y todo lo demás que proceda en Derecho.

La sociedad actora justifica su pretensión en que la DA 41 de la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado , PGE para 2010 reconoce a las concesionarias que relaciona (entre las que se incluye la concesión atribuida a la recurrente mediante RD 1834/2000, de 3 de noviembre) un derecho al reequilibrio financiero de la concesión, derivado de la ruptura de la economía del contrato producida por sobrecoste de las expropiaciones.

Arguye que tal derecho supone la correlativa obligación de la Administración de dar virtualidad efectiva a esos instrumentos previstos por el legislador.

Recalca que desconoce porque no existe dotación presupuestaria en los Presupuestos Generales del Estado del ejercicio 2014 para hacer frente a los préstamos participativos solicitados .

Sostiene que la administración ha vulnerado la doctrina de los actos propios y el principio de confianza legítima al no desembolsar los préstamos participativos lo que ha determinado que se encuentre en concurso.

Rechaza fuere aplicable el art. 60.1.b TRLC 3/2011, de 14 de noviembre.

Reputa inconstitucional el apartado 2A) de la D.A. 41, LPGE 2010 por lo que pide planteamiento de la cuestión por vulneración de arts. 9.3 , 33 y 10 CE .

Segundo.

1. El Abogado del Estado pone de manifiesto que la sociedad actora fue declarada en estado de concurso por auto de 4 de octubre de 2012 del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid .

Aduce que de la D.A. 41.2 de la Ley 26/2009 se desprende que no cabe otorgar préstamos participativos a sociedades en concurso.

2. Añade la necesidad de la existencia de dotación presupuestaria como condición suspensiva de la que depende el nacimiento del derecho al crédito participativo por sobrecoste de expropiaciones.

Objeta que la D.A. 41^a.2 de la Ley 26/2009 , en su apartado a) bajo la rúbrica "Concesión y requisitos para acceder al préstamo" establece que: "Dentro de los límites de las dotaciones asignadas cada año en el presupuesto del Ministerio de Fomento, el Estado otorgará un préstamo participativo a las sociedades concesionarias..."

No cabe duda de que para el ejercicio de 2014 no existen asignadas dotaciones presupuestarias para atender a los préstamos participativos y así lo reconoce la demanda.

Defiende que, sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de abril de 2015, recurso núm. 295/2013 .

Recuerda que los préstamos participativos se conceden solo "dentro de los límites de las dotaciones asignadas cada año en el Presupuesto del Ministerio de Fomento". (Disposición adicional 41^a de la Ley 26/2009).

Concluye que ese derecho al otorgamiento de los préstamos participativos no ha llegado a nacer por falta de disponibilidad presupuestaria.

3. Arguye que el otorgamiento de los préstamos participativos desde la perspectiva de la contratación pública implica que de concederse serían nulos dado el tenor del art. 60.1. b) de la Ley de Contratos .

Alega también que la modificación del contrato concesional requiere el consentimiento del concesionario ya que la modificación se opera a su instancia -el préstamo lo solicita él-. Estando incurso la recurrente en prohibición de contratar- y por lo mismo de modificar el contrato concesional-, al haber sido declarada en concurso de acreedores. De conformidad con el artículo 20.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos , esta vez aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (en relación a la disposición final 12 de la Ley Concursal que asimila las situaciones descritas en la Ley de Contratos, en el apartado citado, a la declaración de concurso). Indica que es la normativa contractual aplicable al contrato concesional, según el artículo 13 del Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre , por el que se adjudicó la concesión a la recurrente.

4. Finalmente sostiene que la Administración del Estado ha asumido el pago de los justiprecios de las concesionarias declaradas en concurso.

Razona que al haber sido declarada la concesionaria recurrente en concurso, impide que se cumpla la finalidad del posible préstamo, por la mecánica del procedimiento concursal ya que el importe del préstamo no puede destinarse a la finalidad para la que fue prevista; es decir, el pago de los justiprecios e intereses debidos.

No introduce la disposición adicional 41 de la Ley 26/2009 modificaciones en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio. Excepto en lo relativo a los ingresos generados y derivados de la modificación de la concesión que quedan excluidos de la masa del concurso.

El importe de los préstamos participativos se integraría así en la masa activa del concurso (artículo 76.1 Ley Concursal). Destaca que no existe ninguna norma que establezca que con el importe del préstamo participativo se atienda el pago de los justiprecios e intereses debidos pues, en principio, los expropiados deberían concurrir con el resto de los acreedores de la concursada.

Indica que es jurisprudencia consolidada que los expropiados no tienen necesidad de acudir a la masa del concurso para percibir sus justiprecios al responder la Administración del Estado de los justiprecios que no puedan abonar las concesionarias en concurso, bien por vía de la responsabilidad patrimonial o directamente de la expropiación a través de diversos cauces (inactividad de la Administración, ejecución de actos firmes de la Administración o ejecución de sentencias).

Concluye que el sistema diseñado en la Ley 26/2009 ha cambiado totalmente y que aquél tenía por objeto evitar que las concesionarias cayesen en concurso. Mas una vez declaradas en concurso las concesionarias y establecida la obligación de la Administración del Estado de asumir el pago de los justiprecios carece de sentido la figura de los préstamos participativos por sobre coste de expropiaciones.

Ante la falta de pronunciamiento por la Administración respecto a las cuantías solicitadas en concepto de préstamos participativos, considera las mismas como no justificadas. Otro tanto respecto a los intereses, añadiendo que, ante la ausencia de normas al respecto en la Ley 26/2009, sería aplicable el art. 24 de la Ley General Presupuestaria .

Tercero.

Sentado el marco de la controversia resulta oportuno exponer, tal cual hemos hecho en las Sentencias de 9 de mayo de 2016, recaída en el recurso ordinario 517/2013 y de 12 de mayo de 2016, recurso 439/2013 , la situación sobrevenida en el ámbito del impago de



www.civil-mercantil.com

justiprecio por las beneficiarias, sometidas a un procedimiento de concurso, de las expropiaciones forzosas derivadas de la construcción de determinadas autopistas.

Constituye un hecho notorio para esta Sala que ha sido puesto de relieve por el Abogado del Estado.

Debe partirse de que en el FJ noveno de la Sentencia de 17 de diciembre de 2013, se desestima el recurso 1623/2013, en interés de la ley interpuesto por el Abogado del Estado frente a una Sentencia que condenaba al Estado como responsable subsidiario en el abono de un justiprecio dada la situación de concurso de acreedores voluntario de la beneficiaria de la expropiación.

Se afirma que " la Administración no es ajena al procedimiento expropiatorio por el hecho de existir un beneficiario de la expropiación, muy al contrario, sigue siendo la titular de la potestad expropiatoria, conserva el control del procedimiento y de las decisiones más relevantes que en el mismo han de producirse y en modo alguno puede desentenderse del cumplimiento del presupuesto -que no sólo obligación- esencial de la expropiación como es el pago del justiprecio. Las condiciones en que podrá serle exigido el pago a la Administración subsidiariamente, es una cuestión que deberá examinarse caso por caso".

En sentencia de 18 de febrero de 2016, recurso de casación 2196/2014, FJ Quinto se insiste en lo declarado en la Sentencia de 18 de noviembre de 2014, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina 1261/2014; seguida por otras posteriores de esta misma Sala para supuestos similares (de 18 de noviembre de 2014; 6 de julio y 16 de noviembre de 2015, dictadas en los recursos, respectivamente, 1261/2014; 3349/2013 y 609/2014), en que se constató que la beneficiaria, como principal obligada, no podía atender el pago por estar sujeta a un concurso de acreedores, por lo que se declaró la responsabilidad de la administración expropiante.

Hay, pues, constante jurisprudencia que ha declarado al Estado responsable del abono de los justiprecios no satisfechos por los beneficiarios de las expropiaciones de terrenos necesarios para la construcción de autopistas de peaje en razón de la situación concursal en que habían devenido determinadas sociedades.

Por tanto, la finalidad de la D.A. 41 de la Ley 26/2009 se cumple por otra vía tal cual manifiesta el Abogado del Estado.

Cuarto.

Tras lo acabado de exponer procede subrayar que el presente recurso presenta notorias particularidades respecto al antedicho recurso 517/2013 fallado por Sentencia de 9 de mayo de 2016.

En aquel la sociedad demandante de préstamos participativos no había sido declarada en concurso voluntario de acreedores, situación que si acontece en el caso de autos similar al supuesto enjuiciado en las Sentencias de 12 de mayo de 2016, recurso 439/2013, 31 de mayo de 2014, recurso 327/2014, 31 de mayo de 2014, recurso 549/2012.

Quinto.

Dado que lo impugnado es una desestimación por silencio se desconocen las razones para no aceptar la pretensión ejercitada al amparo de la Disposición Adicional 41 de la Ley 26/2009, aprobada para un limitado número de destinatarios, entre los que se encuentra la sociedad aquí recurrente.

Igual acontecía en las SSTs de 9 de mayo de 2016, rec. 517/2013, 12 de mayo 2016, recurso 439/2013, 31 de mayo 2016, rec. 327/2014 cuyo criterio se sigue en unidad de



www.civil-mercantil.com

doctrina y seguridad jurídica al no prosperar como decisión mayoritaria de la Sala la opinión contenida en el voto particular al que alude la recurrente.

Tampoco acepta la Sala proceda planteamiento de cuestión de constitucionalidad al no apreciar dudas sobre la citada Disposición. Sobre la necesidad de existencia de disponibilidad presupuestaria nos hemos pronunciado reiteradamente también en lo que se refiere a la D.T. 8ª de la Ley 43/2010 (por todas la STS de 1 de febrero 2017 , rec. casación 2048/2015 y las sentencias allí referidas).

Partimos, como hecho acreditado que la solicitante de los préstamos participativos había sido declarada ya en situación de concurso en la fecha en que los interesó.

Estamos, pues, ante una situación societaria distinta a la enjuiciada en el recurso 517/2013 mas, en cambio, análoga a la examinada en la jurisprudencia citada en el fundamento cuarto, párrafo segundo.

Al reequilibrio económico para compensar los sobrecostes por obras adicionales y expropiaciones, según lo establecido en la DA 41 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 se refiere el RD 1610/2010, de 26 de noviembre modificando determinados términos de la concesión administrativa otorgada a la recurrente mediante RD 1834/2000, de 3 de noviembre en el sentido de incrementar el plazo de la concesión y de tarifas.

Sexto.

La razón de dejar reflejada jurisprudencia de la Sección Sexta de esta Sala en el fundamento tercero es que analiza parte de las normas aquí esgrimidas.

Deja patente que ha sido el legislador el que ha reestablecido el reequilibrio económico-financiero de las concesionarias de autopistas de peaje por mor del previo ejercicio de la potestad expropiatoria.

Restablecimiento que ha tenido lugar, esencialmente (independientemente de los Reales Decretos incrementando tarifas y plazo de concesión) mediante la concesión de préstamos participativos, sin perjuicio de la jurisprudencia expresada y sus efectos.

Pero, además la antedicha jurisprudencia ha provocado modificaciones legales llevadas a cabo por el RD Ley 1/2014, de 25 de enero. Su art. Sexto modificó la Ley 8/1972, de 10 de mayo , de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, en el apartado dos de su artículo diecisiete en los siguientes términos:

«Dos. 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 necesarias para la ejecución del proyecto.

No obstante, si el concesionario no cumpliera dichas obligaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, el Estado tuviera que hacerse cargo de abonar tales indemnizaciones a los expropiados, éste quedará subrogado en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo del Estado, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración.»

Mediante su artículo séptimo, modificó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , añadiendo un nuevo apartado 7 al art. 271, con la siguiente redacción :

«7. 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



www.civil-mercantil.com

Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, ésta 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.»

Y, aunque el RD Ley señala que entra en vigor al día siguiente de su publicación, contiene una Disposición transitoria segunda en relación a Normas transitorias en relación con las modificaciones en materia de autopistas en régimen de concesión y con los contratos de concesión, según la cual " Lo dispuesto en los artículos sexto y séptimo de este real decreto-ley será aplicable a los contratos de concesión cualquiera que sea su fecha de adjudicación".

Justifica el preámbulo del Real Decreto Ley la modificación. Así tiene por objeto evitar que el Estado acabe asumiendo dos veces el pago de las expropiaciones.

Señala que no obstante lo establecido en el artículo 17 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo , en relación con el artículo 5 del Reglamento de Expropiación Forzosa , existen sentencias que obligan al Estado a hacerse cargo de dichas deudas en caso de impago por la sociedad concesionaria declarada en concurso de acreedores.

Séptimo.

Como anticipamos en la precitada Sentencia de esta Sala y Sección de 9 de mayo de 2016 , no es este recurso el ámbito para dilucidar la complejidad de los préstamos participativos, instrumentos de financiación ventajoso. El art. 20 del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio , sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica los reputó fondos propios a los efectos de la legislación mercantil. Mas la Disposición adicional segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de Medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas los reputó patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil intermedios entre el capital y el préstamo a largo plazo.

Su gran auge tuvo lugar en las últimas décadas del siglo XX por mor del Real Decreto Ley 8/1983, de 30 de noviembre y la Ley 27/1984, de 26 de julio, en el ámbito de la reconversión y reindustrialización de los ochenta.

Luego se expandieron a ámbitos distintos como instrumento para proporcionar ayudas y subvenciones públicas a pequeñas y medianas empresas industriales (OM Industria y Energía de 8 de mayo de 1995).

A la vista de tales antecedentes resulta oportuno señalar que su incorporación como aportación de la Administración Pública a la explotación de una concesión para garantizar su viabilidad económica, art. 256 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, con regulación previa en el art. 239 de La Ley 30/2007, de 30 de octubre, Contratos del Sector Público , tiene su antecedente en el art. 247 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RDL 2/2000 de 16 de junio añadido por Ley 13/2003 Contrato de Concesión de Obras Públicas.

Quizás es esa novedosa incorporación al ámbito contractual público la que ha provocado que la Abogacía del Estado no hubiese sido unívoca al defender su concesión o su denegación en situaciones como la aquí controvertida.

También se prevén en diversas adjudicaciones de concesiones de autopistas de peaje. Ejemplo claro el art. 10 del RD 1808/1998, de 31 de julio , por el que se adjudica la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje



www.civil-mercantil.com

Alicante-Cartagena, Tramo, desde la autovía A-7, es decir, lo acontecido con la sociedad recurrente en el tantas veces mencionado recurso 517/2013.

No obstante su novedad, si resulta patente su carácter de préstamo subordinado. En consecuencia, su reembolso está subordinado al pago de otros préstamos preferentes, por lo que los acreedores de esta naturaleza están en situación de riesgo como se evidencia de lo establecido en el citado RD 1808/1998, art. 10 .

Resulta, pues, apropiado el argumento del Abogado del Estado sobre que, de concederse el préstamo, se integraría en la masa concursal con el consiguiente perjuicio para los acreedores cuyo origen es una expropiación forzosa al tener que concurrir a la masa del concurso con el resto de acreedores de la concursada.

Octavo.

Tiene razón la sociedad recurrente cuando afirma forma parte de las sociedades concesionarias de autopistas de peaje competencia de la Administración General del Estado enumeradas en la DA 41. Reequilibrio económico de las concesiones de autopistas de peaje de la Ley 26/2009 , luego desarrollada en el RD 1610/2010, de 26 de noviembre.

Asimismo es cierto que la citada Ley 26/2009 ha reconocido que el justiprecio de los terrenos ha sido superior a las estimaciones que sirvieron de base a la concesión.

Cuestión del sobrecoste no previsto de las expropiaciones también mencionada en el precitado RD 1610/2010, de 26 de noviembre que modifica determinados términos de la concesión de la recurrente mediante una modificación de la concesión por incremento de tarifas hasta el año en que queden totalmente amortizados los préstamos participativos por sobrecostes de expropiaciones, concedidos por el Estado a la sociedad concesionaria, establecidos en el apartado dos de la disposiciones adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

También aduce cumple las condiciones del préstamo participativo, apartado b). Así presentó relación detallada de los acuerdos firmes del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa y sentencias firmes en cuanto el justiprecio pagado excedió del 175% de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta para el abono de las expropiaciones.

Noveno.

Resulta innegable que la solicitante se encuentra sometida a proceso concursal desde antes de la interposición de la demanda por lo que le afecta la prohibición de contratar (art. 60.1.b LCSP), certeramente aducido aquí por el Abogado del Estado al contestar la demanda.

Es hecho notorio que en el desarrollo de los préstamos de tal naturaleza por los distintos organismos públicos figura la exigencia de poder contratar con el Estado para poder obtener un préstamo participativo. A título de ejemplo, ENISA , empresa pública dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a través de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, que, desde 1982, participa en la financiación de proyectos empresariales viables e innovadores.

Décimo.

No dice aquí el Abogado del Estado, como si hizo en el recurso 439/2013 al contestar la demanda, que si el préstamo no es susceptible de reintegro, lo que acontece con una empresa inmersa en concurso de acreedores, aquel adquiere naturaleza de subvención lo que no contempla la tantas veces reiterada DA 41 de la Ley 26/2009 .



www.civil-mercantil.com

Se aceptó en la Sentencia de 12 de mayo de 2016 el argumento de la Secretaria de Estado de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas expresado en el oficio de 19 de diciembre de 2012 sobre que los préstamos que se conceden a sociedades inmersas en procesos de concursos de acreedores y a empresas con pérdidas recurrentes son considerados a efectos de contabilidad nacional como transferencias de capital, con efectos en el déficit público.

Lo relevante no es el eventual déficit público sino la consideración de transferencia de capital lo que viene a equivaler a una transferencia financiera encubriendo una subvención lo que no permite, en una situación como la de autos, ni la normativa nacional (art. 13.2.b Ley 38/2003 de 17 de noviembre) ni la comunitaria por cuanto podría vulnerar la libre competencia (art. 9 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones).

Si se atiende al notorio criterio del inversor privado empleado por los órganos comunitarios, Comisión y Tribunal de Justicia, permite, en el concreto caso examinado, considerar ayuda estatal el antedicho préstamo. Es patente que un inversor no público no ha considerado viable la actividad empresarial que ha devenido en situación de concurso de acreedores.

Basta con remitirse a la relevante Sentencia de 3 de abril de 2014 del Tribunal de Justicia examinando el recurso de casación 224/12 formulado por la Comisión Europea frente a la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 2 de marzo de 2012 que había anulado parcialmente una Decisión sobre una ayuda del Reino de los Países Bajos en favor de un grupo bancario.

Recuerda la Abogado General Sra. Sharpston, en el punto 27 de sus conclusiones que el Tribunal General en las reflexiones contenidas en los apartados 95 a 114 de su sentencia señaló que "para calificar una medida como ayuda estatal, entre otras cosas, debe conferir una ventaja económica a la empresa beneficiaria que ésta no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado".

Lo hasta ahora argumentado nos permite concluir la improcedencia de la obtención de los préstamos participativos interesados .

Undécimo.

A tenor del art. 139 LJCA procede la imposición de las costas a la recurrente. Y al amparo del artículo 139.3 de la LJCA se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil , la cantidad de 6000 euros.

Por lo expuesto,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución,

www.civil-mercantil.com

esta Sala ha decidido

Se desestima el recurso deducido por la representación y los administradores concursales de AUTOPISTA MADRID SUR CONCESIONARIA ESPAÑOLA, S.A, contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitudes elevadas entre abril de 2014 y octubre de 2014 a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje en razón del sobrecoste de expropiaciones participativo al amparo de lo previsto en la Disposición Adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR que formula el EXCMO. SR. DON PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA a la sentencia dictada el 6 de abril de 2017 en el recurso contencioso-administrativo nº 870/2015.

1. Con el mayor respecto al parecer de la mayoría disiento de las razones que ofrece la sentencia para desestimar el presente recurso contencioso-administrativo. Sus fundamentos recogen los argumentos utilizados en ocasiones anteriores [sentencias de 10 de mayo de 2016 (recurso nº 64/2014), 12 de mayo de 2016 (recurso nº 439/2013), 30 de mayo de 2016 (recursos nº 327/2014 y nº 549/2012), 2 de noviembre de 2016 (recurso nº 397/2014)], para desestimar las pretensiones de concesionarias que solicitaron al amparo de la disposición adicional 41ª de la Ley 26/2009, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, los préstamos participativos a los que se consideraban con derecho por reunir todos los requisitos exigidos en ese precepto.

2. He discrepado de esas sentencias en los votos particulares que he hecho a ellas y en los de otros magistrados de la antigua Sección Séptima a los que me he adherido, que también entendieron que se debían acoger los recursos de las concesionarias.

Ahora, la Sala añade a los motivos para la desestimación utilizados anteriormente -- fundamentalmente la situación de concurso de acreedores de la concesionaria-- el de que, en este caso, el préstamo participativo sería, en realidad, una subvención constitutiva de una ayuda de Estado y prohibida por el Derecho de la Unión Europea.

Sigo manteniendo que la situación de concurso no impide atender las solicitudes de préstamos participativos que cumplan los requisitos establecidos por la disposición adicional 41ª citada. Sobre ello me remito a los votos particulares a las sentencias indicadas. Considero, por otra parte, que no procede traer a colación la cuestión de la ayuda de Estado porque el Abogado del Estado no la plantea, no se hace un mínimo examen de las previsiones de ese precepto sobre las condiciones a las que están sujetos esos préstamos y, además, las sentencias nº 1040/2016 y 2395/2016 han dicho que la Sala no comparte que el préstamo participativo implique, en vez de un contrato, una subvención.

3. No obstante, entiendo que este recurso debe ser desestimado, sencillamente, porque no se da una de las condiciones a las que la disposición adicional 41ª somete a estos préstamos: la existencia de crédito presupuestario.

En efecto, el apartado dos a) del precepto dice que el Estado otorgará los préstamos participativos "dentro de los límites de las dotaciones asignadas cada año al Presupuesto del Ministerio de Fomento". Y ha quedado establecido que en el de 2014 no estaban previstas dotaciones al efecto.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Esta Sala ya ha dicho, a propósito de otro de los instrumentos creados por el legislador para el reequilibrio económico financiero de las concesionarias de autopistas, el de las cuentas de compensación previstas por la disposición adicional 8ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, a propósito de la misma condición que la falta de previsión presupuestaria impide atender las pretensiones de las concesionarias [sentencias de 28 de abril de 2015 (recurso 295/2013), 8 de junio de 2016 (casación 3846/2014), 15 de junio de 2016 (casación 1905/2015), 8 de julio de 2016 (casación 1712/2015) y 18 de julio de 2016 (casación 1807/2015)], porque de su existencia depende el nacimiento mismo del derecho que reclaman.

Las razones dadas en esos casos son perfectamente trasladables a éste y llevan, por tanto, a la desestimación del recurso de Autopista Madrid-Sur.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.