

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066746

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1097/2023, de 25 de julio de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 2831/2021

SUMARIO:**Contratos administrativos. Concesión. Rescate de concesiones. Requisitos. Carreteras de peaje.**

Extinción de concesión por rescate, requisitos y características del interés público justificativo del rescate. Rescate de una concesión de una concesión para la construcción, conservación y explotación como carretera de peaje.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en su artículo 279 ha matizado más, el rescate de una concesión pública al exigir la concurrencia de dos requisitos: por un lado, la existencia de un interés público (Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular, para su gestión directa por la Administración) y, además, que se acredite por la Administración que la gestión directa del servicio es más eficaz que la concesional. Debe tratarse de un interés público diferente respecto del que se tuvo en consideración para acordar la concesión, bien porque se trate de un interés público distinto y posterior que ha surgido de forma sobrevenida y exija la recuperación de la gestión, bien porque el interés público inicialmente existente ha desaparecido o se ha transformado de modo que ya no sea posible seguir manteniendo la concesión sin dañar el interés público actualmente existente. El rescate concesional no está pensado para remediar una situación que concurría y que ya fue conocida y valorada en el momento del otorgamiento de la concesión, pues ello implicaría la posibilidad de rescindir unilateralmente un contrato por un mero cambio de parecer o una decisión de la Administración carente de una base objetiva que no puede ser controlada por los tribunales. El contratista está legitimado para impugnar el rescate que rescinde unilateralmente su contrato y los tribunales deben ejercer un control sobre el interés público invocado para determinar si se ajusta a las exigencias antes mencionadas.

El interés público esgrimido por la Administración para efectuar el rescate se centraba en el intento de conseguir la gratuidad del uso de la carretera por sus usuarios, tratando así de evitar (i) la discriminación a favor de los que disfrutaban de bonificaciones en los peajes, (ii) la discriminación a favor de otros habitantes de la isla que no pagan peajes por el uso de las carreteras, y (iii) las dificultades que presentaba la carretera alternativa a la autovía de peaje. Y este pretendido interés público ya existía cuando la Administración balear estableció la concesión y fue adoptada, con conocimiento y beneplácito de los municipios afectados y tampoco se justifican las razones por las que el acuerdo del rescate no podía esperar a la conclusión del plazo de la prórroga.

PRECEPTOS:

Ley 39/2015 (LRJPAC), art. 35.1.i).

Ley 9/2017 (Contratos del Sector Público), arts. 279 y 294.

PONENTE:*Don Diego Córdoba Castroverde.*

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Don EDUARDO CALVO ROJAS

Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR

Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.097/2023

Fecha de sentencia: 25/07/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2831/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 2831/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1097/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D.^a María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 25 de julio de 2023.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, en su Sección Tercera, el recurso de casación número 2831/2021, interpuesto por la Abogada del Consell Insular de Mallorca, en la representación que ostenta, contra la sentencia nº 108/2021, de 15 de febrero dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, dictada en el recurso de apelación nº 252/2020.

Ha intervenido como parte recurrida el procurador de los tribunales don Francisco Arbona Casanovas, en nombre y representación de Compañía Concesionaria del Túnel de Soller S.A., bajo la dirección letrada de don José Giménez Cervantes y doña Lucía Hurtado Merediz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El representante del Consell Insular de Mallorca interpone recurso de casación contra la sentencia nº 108/2021, de 15 de febrero de 2021 (rec. apelación 252/2020) del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares por la que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por dicho Consejo contra la sentencia nº 128/2020, de 13 de marzo dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Palma de Mallorca (rec. 104/2017) por la que se estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la "Compañía Concesionaria del Túnel Soller SA" contra la resolución del Pleno del Consell Insular de Mallorca de 2 de agosto de 2017 por la que se acordó el rescate del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación, como carretera de peaje, variante de la C-711 del túnel que cruza la Sierra de Alfabia y el Acuerdo del Pleno del Consell de 22 de diciembre de 2017 que actualiza el importe de la indemnización en 16.288.200, 50 € y fija la fecha de entrada en vigor.

Segundo.

Mediante Auto de 3 de marzo de 2022 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

(i) Determinar el alcance que haya de darse al concepto de interés público en el ámbito del recate de una concesión contractual;

(ii) En particular, si es equiparable ese concepto con el de "interés superior" y en qué medida el rescate ha de fundamentarse en circunstancias sobrevenidas que supongan un quebranto del interés público.

(iii) Si la afectación de esa decisión discrecional de la Administración, adoptada como técnica de gestión pública, supone una intromisión ilegítima en el ámbito de sus competencias.

Identificando como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en el artículo 32 de la ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (precepto derogado por la ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, cuyo artículo 264 contempla como causa de resolución del contrato de concesión de obras públicas, el rescate de la explotación, actualmente artículo 279 y concordantes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), ello en relación con 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, 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 (actual Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

Tercero.

El recurso se interpone aduciendo, en síntesis, lo siguiente:

La disposición derogatoria única de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora de los contratos de concesión pública derogó, entre otros, los arts. 32 y 34 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo Pero la Disposición Final 3ª indica expresamente que dicha Ley será de aplicación únicamente a los contratos cuya licitación se realice con posterioridad a su entrada en vigor, por lo que, en el presente caso, en que la adjudicación es de 1988, la Ley 8/1972 resultaría de aplicación en su totalidad, incluyendo el art. 32, que contempla, como posible causa de extinción de la concesión, el rescate de la concesión por parte de la Administración y el art. 34 que indica que, resuelto el contrato, se procederá a la liquidación de la concesión en las condiciones que se especifiquen en los Pliegos.

Desde el punto de vista de la normativa contractual administrativa de carácter general, resulta de aplicación el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado (LCE), aprobado por el Decreto 932/1965, de 18 de abril (BOE nº 97, de 23 de abril de 1965) y el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado (RGCE).

El art. 75.3 LCE prevé como causa posible de extinción del contrato de gestión de servicio público el rescate y el art. 79 de la misma Ley dispone lo siguiente: "Si la Administración, antes de la conclusión del contrato, estimase conveniente para el interés general gestionar el servicio por sí o por medio de un ente público, podrá ordenar su rescate indemnizando al empresario el valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización y los daños y perjuicios que se le irroguen, así como los beneficios futuros que

deje aquél de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio". En idénticos términos se expresa el art. 232 RGCE.

La entidad recurrente obtiene, como primera conclusión, que el rescate es una forma de extinción de las concesiones en firme, con independencia de cuál haya sido el resultado de la gestión, en la que la Administración acuerda poner término a su existencia, al concurrir una simple causa de interés público, identificada como la "conveniencia" de esa gestión por sí o por medio de un ente público, y mediando indemnización en favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo le produce.

Por su parte, la cláusula 111 del Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, prevé expresamente que: "El rescate del servicio hecho por la Administración es causa de extinción de la concesión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.6 de la Ley 8/1972, 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".

Atendida la regulación del rescate contractual en los términos expresados, resulta que la Administración dispone de una habilitación legal concreta (aceptada explícitamente por el concesionario porque se prevé, incluso, en las cláusulas del propio contrato) que le permite, unilateral y discrecionalmente, rescatar la concesión con la única exigencia de la concurrencia de un interés público y con el único límite de la interdicción de la arbitrariedad. En definitiva, del complejo entramado normativo citado -incluidos los pliegos- se deduce que no se exigía -ni tampoco se exige ahora- que deba existir un "interés público superior" (como especie cualificada de interés público) ni ninguna causa sobrevenida posterior para que pueda llevarse a cabo el rescate de la concesión.

En contraste con lo anterior, sí que exige una causa sobrevenida en otros supuestos, como es el caso del artículo 80.10ª del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RD 1372/1986 de 13 de junio, RBEL), que regula al rescate de las concesiones sobre bienes de dominio público.

Tanto la Sentencia dictada en primera instancia como la que ahora se recurre -al referirse a los motivos alegados para justificar el interés público por parte de la Administración Insular- coinciden en afirmar que la inicial decisión -que califican de "decisión política"- de haber hecho la carretera bajo las condiciones de un peaje vinculan a la Administración sine die, de manera que "la excepcionalidad del rescate ha de apoyarse en circunstancias sobrevenidas o posteriores que produzcan un perjuicio o quebranto a los intereses generales que justifique el sacrificio de las legítimas expectativas del concesionario".

La decisión de la Administración está motivada y razonada de conformidad con el art. 35 LPAC, motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica, legalidad y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por los arts. 9.3 y 103 CE. La garantía de que un rescate no va a ser arbitrario ni resultado de una mala administración es que se exterioricen los motivos en que se fundamenta, de los que el concesionario era perfectamente conocedor, y que el expediente refleje el cumplimiento del "deber de razonar las decisiones" (STS de 15 de noviembre de 1995). Cuando la decisión esté motivada, la realidad de su existencia no podrá ser negada o desconocida en función de que se compartan, o no, la argumentación o las conclusiones a las cuales se llegue (STC 77/2000, de 27 de marzo).

La sentencia recurrida cercena la actividad discrecional de Administración considerándose insuficientes las causas de interés público esgrimidas y la exigencia de un interés público superior sobrevenida a la firma del contrato, por lo que sustituye con su decisión la adoptada por la Administración.

La Sentencia contra la que se interpone recurso de casación no tiene en cuenta que la decisión de rescatar supone el ejercicio de una potestad discrecional por cuanto el propio ordenamiento jurídico es el que reconoce, en favor de la Administración, un ámbito de decisión en función de evaluaciones de distinta naturaleza, que pueden ser basadas en distintas consideraciones.

Considera que se vulnera la STS 424/2020, de 18 de mayo (casación 5668/2017), que cita en el FD 3º, cuya correcta aplicación al caso debería conducir a una conclusión opuesta. En dicha sentencia se afirma "Aun teniendo ciertas similitudes el "interés general" y el "interés público superior", no puede concluirse que sean equivalentes o puedan equipararse". El "interés público superior" exige inexcusablemente una comparación, en exposición propia e independiente, un plus respecto del "interés general". Y la Sentencia del TS 424/2020, reitera lo ya expuesto en el recurso de casación 5727/2017, y dice que el "interés superior" sólo es exigible, como tal, cuando normativamente se prevé y, sólo en ese caso, procedería motivar que ese interés público superior existía (quo) y razonar también de qué modo (quomodo) ese interés público sería superior a los otros intereses afectados.

La Sentencia del TS, de 5 de abril de 1999 (casación 7541/1994) y que se invoca por la Sentencia de primera instancia y que transcribe en el FD 1º la Sentencia ahora recurrida, anula el rescate de la concesión por inexistencia de interés público alguno, en la medida que el rescate fue seguido del otorgamiento de la concesión a un tercero, en ejecución de sentencia y con contravención del régimen fijado en la LCE, sin que exista semejanza alguna con el supuesto que nos ocupa. La única referencia en esa Sentencia a la "causa sobrevenida" se contiene en el FD 4º a efectos meramente explicativos, para distinguir entre las denominadas concesiones forzosas y las contractuales.

Y refiriéndose exclusivamente al rescate forzoso, la sentencia cita el art. 80.10ª RBEL, que regula el rescate demanial.

La Sentencia que ahora se recurre no distingue entre las concesiones demaniales y contractuales, y refiriéndose al rescate en general, cita la STS, de 24 de diciembre de 2001 (casación 4380/95), que tampoco es extrapolable al presente caso ya que se refiere a un rescate de concesión demanial sobre dominio público marítimo terrestre.

La Sentencia recurrida, con su interpretación, vulnera también la jurisprudencia contenida en Sentencias como la del TS, de 22 de octubre de 1999 (casación 3038/1992): "La situación del concesionario de servicios públicos es temporal. El rescate constituye una forma excepcional de terminación del contrato de concesión que tiene su fundamento en la potestad exorbitante que a la Administración puede concederse para acortar el plazo estipulado".

La propia Sentencia recurrida, en el FD 2º, reconoce que la concesión fue adjudicada en 1989 con una duración de 28 años, extinguiéndose el 22 de diciembre de 2016, y que fue el 24 de octubre de 2007 cuando la concesionaria y el Consell firmaron una prórroga de 5 años y medio, prórroga que fue acordada en ejecución de Sentencia de la Sala Cont. Adm. del TSJ de las Illes Balears núm. 212, de 12 de marzo de 2014 a los efectos de compensar el abono en concepto de reequilibrio de la concesión.

Lo que específicamente exige ese interés general o público es que se trate de un interés que esté por encima de los intereses privados o parciales, es decir que satisfaga las necesidades de una importante mayoría de la población, beneficiando aspectos muy fundamentales de la colectividad, como es el caso.

También se vulnera la jurisprudencia vertida por el TS en relación con la discrecionalidad. La Sentencia recurrida infringe también esta jurisprudencia que afirma que en decisiones discrecionales el control de la actividad administrativa se limita a dos supuestos básicos: el de la inobservancia de los elementos reglados, cuando existan, y, el del error ostensible o manifiesto.

La Sentencia recurrida no efectúa el control de la actividad administrativa discrecional de conformidad con la jurisprudencia del TS invocada. Y ello porque, en su interpretación, parte de una premisa errónea, al exigir un "interés superior" o una causa sobrevenida, aplicables respecto a otras figuras, pero no al rescate de un contrato administrativo, y, en consecuencia, no considerar suficientes las razones de interés público alegadas por la Administración.

La Administración, a quien el ordenamiento jurídico confía la decisión objeto de controversia, cumpliendo precisamente los principios citados, valora que el rescate no sólo es más sostenible y eficiente que la gestión indirecta, sino que, además, los beneficios que reporta a la sociedad (sociales y económicos) superan los costes que infringe. Y ello tras una adecuada valoración fruto de los numerosos informes obrantes en el expediente (económicos, jurídicos, de asunción de personal, técnicos y hasta tres informes, firmados por Ingenieros, que acreditan que la vía alternativa existente a la del peaje tiene unas características de trazado que convierten al túnel en la única alternativa real, situación agravada por los desprendimientos de rocas habituales de aquella vía, de imposible protección total por sus características). Especialmente el Informe del Secretario General, obrante en los folios 867 a 879 del expediente, donde se analizan pormenorizadamente los motivos en que se fundamenta el rescate, haciendo especial mención a los motivos técnicos, sociales y económicos, a la inexistencia técnica de alternativa viable, al cambio de las circunstancias por el tiempo transcurrido y al hecho de que el interés general no es un concepto estático sino dinámico.

El Juez no puede entrar a fiscalizar la entraña de la decisión en su componente de discrecionalidad, ni, tampoco, exigir un plus al interés público cuando la normativa de aplicación no lo requiere.

Por ello, si se cumplen las obligaciones de buena administración y existe justificación suficiente, la decisión discrecional no puede ser anulada, puesto que su acierto o desacierto, no corresponde decidirlo al poder judicial, de acuerdo con el principio de división de poderes (reflejado en el artículo 71.2 LJCA).

En conclusión, considera que:

a) El interés público exigido normativamente para llevar a cabo un rescate contractual no es un interés público "superior" ni exige la concurrencia de circunstancias sobrevenidas y posteriores al momento del rescate. La normativa prevé únicamente que la Administración pueda valorar, antes de la conclusión del contrato, si estima conveniente para el interés general el rescate, atendiendo a las circunstancias del momento en que se adopta la decisión de rescate, e independientemente de la decisión originaria de licitar la gestión del servicio mediante un sistema de peaje.

b) La decisión de rescatar es una manifestación de una potestad discrecional como técnica de gestión pública, "reinternalizar" y/o recuperar servicios o infraestructuras cedidas en concesión.

c) La Administración al acordar el rescate decide cambiar el modelo de gestión, en aplicación del principio de libertad que el art. 2.1 de la Directiva 2014/23/UE reconoce a las Administraciones en la gestión de obras y servicios, gestión que pasa a ser directa, y lo hace de manera totalmente motivada, y por ello, legal, legítima y compatible con los principios de buena administración. En ese sentido, procede afirmar que tal decisión de gestión pública, adoptada en el ámbito propio de las competencias del órgano que la adoptó y que decidió, de manera

justificada, sobre la forma de gestionar un determinado servicio, es una decisión suficiente, válida y eficaz. La Administración valora que la gestión directa es más sostenible y eficiente que la gestión indirecta existente. En este caso, consta en el expediente administrativo, que el órgano decisor efectuó un análisis coste-beneficio antes de tomar la decisión.

Por el contrario, la Sentencia recurrida considera, que lo que se pretendía con el rescate era, exclusivamente, beneficiar a los usuarios de la infraestructura mediante la liberación del pago de un peaje y no considera suficientes las razones de interés público alegadas por la Administración al requerir un "interés superior", no exigible al rescate de un contrato administrativo, no identificando correctamente los motivos, susceptibles de control judicial, sobre los que descansa el acuerdo de rescate.

Considera que la sentencia recurrida se excede de las facultades de control y vulnera el art. 71.2 LJCA y el art. 24 CE. Finalmente, debe recordarse que la concurrencia del interés público y la adecuación del acto administrativo al fin que lo justifica (art. 34 LPAC) no puede examinarse de modo absolutamente desvinculado de la notoria incidencia pública y social que tiene todo lo relacionado con esta infraestructura en la isla de Mallorca. Se trata de una decisión de gran calado social y que excede el ámbito propio de los habitantes del municipio de Sóller e incluso de la isla de Mallorca, dado que es una infraestructura que da acceso a un municipio eminentemente turístico, al que acceden multitud de visitantes que, dando vida a la actividad de mayor importancia económica de la Isla, transitan por dicha vía como turistas. La dejación sin efecto de un rescate concesional, adoptado por la Administración Pública en el ejercicio legítimo de sus competencias y en beneficio de la población de la Isla de Mallorca y quienes la visitan como turistas o por trabajo, adoptada por razones de interés público, resulta que lo que provoca -con su anulación- es una perturbación grave al interés público incardinado en dicha decisión de gestión, interés que, además, en principio, va ínsito en los actos de una Administración Pública.

Por todo ello, suplica una sentencia que estime el recurso de casación y, en consecuencia, la revoque, desestimando el recurso contencioso-administrativo, así como declare el criterio jurisprudencial consistente en que el alcance del concepto de interés público, en el ámbito del rescate de una concesión contractual, no es equiparable al concepto de interés público superior, ni es exigible que el interés público haya de fundarse necesariamente en circunstancias sobrevenidas que supongan un quebranto del interés público, así como que, la decisión unilateral adoptada en el ámbito propio de las competencias de gobierno del órgano que decide, de manera justificada, sobre la forma de gestionar un servicio, es suficiente para considerar ajustado a derecho el rescate de la concesión, de manera que la afectación de esa decisión discrecional de la Administración supone una intromisión ilegítima en el ámbito de sus competencias.

Cuarto.

El representante leal de la "Compañía concesionaria del túnel del Soller SA" se opone al recurso.

Considera que la primera cuestión que aborda se refiere al alcance del control judicial sobre la decisión de rescate. La Sentencia Recurrida considera (FD Tercero) que la decisión de rescate es una más de las decisiones discrecionales que puede adoptar la Administración que, obviamente, está sujeta al control de los Tribunales

La recurrente, sin embargo, entiende que el control judicial del acuerdo de rescate ha de limitarse a la competencia del órgano administrativo, a si existe motivación (es decir, control puramente externo de la existencia de motivación) y al importe de la indemnización. Pero no al control "interno" de la motivación, es decir, si el interés general invocado lo es realmente y es suficiente para justificar el rescate. A juicio del Consell la decisión del rescate entraña "un juicio de oportunidad", que no sería fiscalizable por los Tribunales. En definitiva, el Consell parece considerar que el interés público está implícito y es consustancial a la decisión administrativa de rescate, en la medida en que implica una opción por la gestión directa del servicio público, que no es revisable judicialmente. En esta concepción, daría igual cuál fuera el concreto interés público que se invocara. Lo importante sería que la decisión de cambiar el modo de gestionar un servicio ha sido tomada por un órgano con legitimidad democrática.

Considera que es necesario distinguir entre la decisión que se toma cuando se pone en marcha un servicio público, y el rescate de la concesión cuando se ya se ha optado por esta modalidad de gestión.

La Administración tiene distintas formas de gestionar los servicios públicos y la Administración puede decidir si una infraestructura se paga por los que la usan o por los impuestos. Pero cuando la Administración ya ha tomado esta decisión y firma un contrato de concesión no es reversible en los mismos términos en los que fue acordada. No puede ser dejada sin efecto simplemente porque cambie la orientación política de los gestores del órgano de contratación, y los nuevos entiendan que entre sus prioridades a la hora de asignar los recursos públicos ha de estar la gratuidad en el uso de las carreteras.

La decisión de extinguir anticipadamente la concesión es una decisión reglada (ha de existir un interés público) que si bien es discrecional no puede estar basada en razones de mera oportunidad y es fiscalizable por los tribunales. Es más, en la regulación actual del rescate (Ley 9/2017, no aplicable al caso de autos) la concurrencia de un interés público ya no es suficiente, sino que se "requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa

-por la Administración- es más eficaz y eficiente que la concesional". Por lo tanto, se introduce un elemento reglado más para la procedencia del rescate.

El rescate es una medida excepcional :(i) es un supuesto de terminación anticipada y, como tal, anormal, del contrato de concesión que altera la duración del contrato prevista inicialmente; (ii) es una excepción al principio general pacta sunt servanda y al principio general del artículo 1.256 del Código civil de que "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"; y (iii) es, en la práctica, una medida que se toma por la Administración solo excepcionalmente, y siempre por razones fundadas.

Por lo que respecta a las características del "interés público" que justifica el rescate analiza dos cuestiones:

a) Interés público superior.

A juicio del Consell el rescate de una concesión sólo exige dos cosas: la concurrencia de una causa de interés público y la pertinente indemnización para el concesionario afectado por dicho rescate, y afirma que la sentencia recurrida yerra al exigir un "interés público superior" que "ninguna ley, reglamento de aplicación o los propios pliegos del contrato lo exigen".

La Sentencia recurrida no exige para el rescate que concurra un interés público especialmente cualificado.

b) El interés público ha de ser sobrevenido.

Aun cuando este requisito no se exige de forma expresa en las normas, no es posible justificar un rescate de una concesión basándose en circunstancias que ya concurrían cuando se decidió otorgar la concesión. Si las circunstancias concurrentes son las mismas que ya concurrían en el año 1988, ya fueron valoradas como conformes al interés público en 1988, de modo que no hay un interés público en 2017 que justifique el rescate.

En la misma línea, el dictamen del Consejo de Estado 25/02/1993 lo sostiene al afirmar que el interés público debe aparecer y ser incompatible con el mantenimiento de la concesión.

Por lo demás, y aunque la LCE no alude al carácter sobrevenido del interés público, no existen razones para que se aplique una regla distinta en las concesiones demaniales y en las de obra pública. En ambos casos, se trata de contratos administrativos, normalmente otorgados tras un procedimiento de concurrencia, que quedan unilateral y anticipadamente extinguidos por voluntad de una de las partes (la Administración); ambos suponen, como señalamos antes, una excepción al principio pacta sunt servanda y a la regla general del artículo 1256 del Código Civil. En este sentido, la citada Sentencia de esa Excm. Sala de 5 de abril de 1999, interpreta que el interés público ha de ser sobrevenido, aunque dicha exigencia no esté expresamente prevista en la normativa aplicable, como es el caso del art. 127 .1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.

Y en este caso las tres razones invocadas por el acuerdo de rescate ya existían en 1988, a saber: el diferente trato de los ciudadanos de baleares que pagaban o no peaje y los que disfrutaban o no de un peaje bonificado; las dificultades de la carretera alternativa.

Tampoco puede invocarse ahora una razón nueva no tomada en consideración en el expediente de rescate (la insuficiencia presupuestaria cuando se construyó frente a la situación actual en el que el Consell tiene mayor capacidad económica) al margen de que no ha quedado demostrado que fueran esas las razones que llevaron a licitar la gestión del servicio público por vía de la gestión indirecta. Lo cierto es que entonces decidió, por razones de oportunidad, que no aplicaría recursos públicos para construir el túnel de Soller, dejándolo a la iniciativa privada. Y en este caso no existen motivos para pensar que la empresa concesionaria no pueda seguir gestionando el servicio público como hasta ahora, al contrario, la sentencia recurrida afirma que lo ha venido haciendo con normalidad, sin que se hayan producido desencuentros ni irregularidades.

En este caso no existe interés público en el rescate, así lo explica la sentencia recurrida sin que el Consell haya asumido la carga procesal de impugnar los razonamientos ofrecidos por la sentencia. La sentencia recurrida ejerciendo un control sobre los hechos determinantes ha examinado si las razones que se dan para justificar el rescate son ciertas y son consistentes (y no son arbitrarias) y ha concluido que no lo son.

Tales razones fueron:

1º La existencia de un peaje es injusta y discriminatoria para los ciudadanos de baleares que no lo pagan.

Si fuera una injusticia o una discriminación la existencia de peaje 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,

La Sentencia recurrida afirma que la legislación señala que la regla general será la gratuidad (también puede ser gratuita una carretera con peaje en la sombra), pero una vez tomada la decisión de que se pague un peaje, esa decisión "es perfectamente legítima y fundada también en razones de interés general".

Lo cierto es que tanto la Ley estatal de Carreteras en vigor (art. 22 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre) como la normativa balear contempla con naturalidad que se pague por el uso de carreteras. Por lo tanto, no puede decirse que exista un "interés general" en la gratuidad como contraposición al pago por peaje, perfectamente

aceptado por la normativa y ampliamente extendido en numerosos servicios públicos. No puede pretender que existe un interés público "objetivo" en que las concesiones ya otorgadas en el pasado se extingan anticipadamente, usando como justificación para ello precisamente la concurrencia de elementos que son consustanciales a cualquier concesión de una obra pública.

2º La Sentencia recurrida que no es discriminatorio que unos ciudadanos de la isla (los que usan el túnel) paguen peajes y otros que usan otras carreteras mallorquinas no los paguen, ni tampoco lo es que unos usuarios del túnel vean sus tarifas bonificadas y otros no, pues según razona la sentencia "El esquema legislativo permite esa dualidad", el legislador, que permite construir vías de peaje "está permitiendo y facultando un distinto trato entre los ciudadanos que en él residen".

Al conferir el legislador a las Administraciones la posibilidad de optar por los distintos modos de gestión de servicios públicos está admitiendo implícitamente que los ciudadanos que residan en el ámbito geográfico de actuación de las Administraciones que decidan construir carreteras de peaje reciban diferente tratamiento. Hay zonas donde hay más carreteras de peaje y zonas donde menos; ambos modelos coexisten sin que la existencia de autopistas gratuitas pueda justificar la desaparición de autopistas de peaje, o viceversa, o que se pueda apreciar discriminación entre los que usan normalmente la carretera gratuita o los que usan la de peaje. Estas diferencias son, pues, consustanciales al modelo, por lo que no se puede decir que generen discriminación en términos jurídicos (que son los relevantes). El hecho de que la concesión de Sóller sea la única de la isla tampoco supone nada. Cuando se adjudicó, era la primera concesión de una carretera autonómica de peaje de toda la isla, y entonces fue una decisión no discriminatoria, y no puede serlo ahora. Fue entonces la Administración la que introdujo esa diferencia de trato entre los ciudadanos de distintas partes de la isla. Además, si fuera correcto decir que es discriminatorio que unos usuarios paguen y otros no (porque aquellos usan carreteras de peaje y estos no), sería tanto como decir que existe un "interés público" en rescatar todas y cada una de las concesiones de peaje existentes en España lo que, obviamente, es disparatado.

3º Por último, la inexistencia de una alternativa de calidad no justifica el rescate. Justificó la construcción del túnel. Ante todo, la recurrente no cuestiona que la ley no exige que existan alternativas al peaje, lo que de por sí invalida que esta pueda ser una causa que justifique el rescate. Más aún, es la inexistencia de carreteras alternativas de calidad (en términos de trazado, intensidad de ocupación, etc.) la que normalmente justifica desde el punto de vista económico que una empresa privada opte a un contrato de concesión de una carretera de peaje. Si la carretera alternativa es de calidad, ¿quién pagará por usar la de peaje? Insiste la recurrente en poner de manifiesto las peculiaridades del acceso al Valle de Sóller y las características de la carretera de montaña alternativa al uso del túnel. Sin embargo, es un hecho acreditado que la carretera alternativa no se usa. En este sentido, el propio informe de la Secretaría General de 16 de mayo de 2017 (documento 45 del expediente administrativo) demuestra que la existencia de peaje no disuade a los conductores para usar el túnel, ya que señala que "casi todos" los que utilizan la carretera alternativa se dirigen a una embotelladora o a un hotel restaurante allí ubicados. Esto demuestra que lo que aquí se discute no es un problema de seguridad vial, sino una simple cuestión de asignación de recursos del que ya hemos debatido ampliamente, y que con el rescate no se conseguirá en realidad disminuir el tráfico de la carretera alternativa ni mejorar la seguridad vial.

Por ello en respuesta a las cuestiones controvertidas afirma:

- Los Jueces y Tribunales están plenamente facultados, usando para ello las técnicas habituales de control de la discrecionalidad, para verificar si el interés público invocado para el rescate es tal, si está adecuadamente motivado, y si ese interés es idóneo y tiene entidad suficiente como para justificar la terminación anticipada del contrato de concesión. La mera decisión de cambiar el modo de gestión de un servicio público no es un interés público suficiente y no está exenta de control judicial. Si el Juez o Tribunal concluye que no se ha justificado debidamente el interés público, o que el invocado no es idóneo para justificar el rescate, o que se infringen principios generales del derecho, la decisión de rescate deberá ser anulada.

- La mención puntual de la Sentencia recurrida al concepto "interés público superior" es intrascendente. Lo que precisa el rescate es la concurrencia de un interés público que prevalezca sobre la normal continuidad del contrato de concesión.

- La herramienta del rescate, que la legislación de contratos confiere a la Administración, está diseñada para hacer frente a razones de interés público sobrevenidas, que no pudieron ser contempladas en el momento en que se decidió contratar con un tercero y que, años después, tienen entidad suficiente como para justificar la terminación anticipada del contrato con ese tercero, para que la Administración se haga cargo directamente de la explotación de la carretera.

Pero aun cuando la Sala entendiese que algunas de las normas analizadas se han vulnerado por la Sentencia recurrida, la consecuencia no podría ser otra que la confirmación de la misma. Dado que la sentencia fue estimatoria no solo porque no se apreció la concurrencia de un interés público en el rescate sino también por infracción del principio de proporcionalidad.

Quinto.

Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 27 de junio de 2023, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

El presente recurso de casación impugna la sentencia nº 108/2021, de 15 de febrero de 2021 (rec. apelación 252/2020) dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia nº 128/2020, de 13 de marzo dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Palma de Mallorca (rec. 104/2017).

Las sentencias impugnadas estimaron el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la "Compañía Concesionaria del Túnel Soller SA" y anularon la resolución del Pleno del Consell Insular de Mallorca de 2 de agosto de 2017 por la que se acordó el rescate del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación de la carretera de peaje, variante de la C-711 del túnel que cruza la Sierra de Alfabia y el Acuerdo del Pleno del Consell de 22 de diciembre de 2017 que actualiza el importe de la indemnización en 16.288.200, 50 € y fija la fecha de entrada en vigor.

La sentencia del juzgado consideró que el rescate es una forma excepcional de conclusión del contrato administrativo a modo de resolución unilateral de la Administración que precisa la concurrencia de un interés público que ha de concurrir de forma sobrevenida y, tras analizar las razones proporcionadas por la Administración para el rescate (la eliminación de bonificaciones fiscales y de la discriminación con otros habitantes de la isla que no pagan peajes), llega a la conclusión que no concurren las circunstancias para que proceda el rescate "ante la ausencia de la justificación de un concreto, real y acreditado interés público concurrente en el acuerdo de rescate", por lo que debe ser anulado conforme al art. 35.1.i de la ley 39/2015, de 1 de octubre, por falta de motivación de los acuerdo de rescate que incurre en arbitrariedad.

El Tribunal Superior de Justicia en apelación confirma este criterio sosteniendo que las razones de discriminación entre la ciudadanía (los que pagan peaje y los que no lo pagan en las islas) no puede ser aceptadas por cuanto el pago del peaje ya se valoró al tiempo de la adjudicación y no se apreciaron durante el tiempo que se explotó ni cuando se prorrogó su duración. Tampoco la circunstancia de que la ley de carreteras 25/1988, de 29 de julio establezca como regla general la gratuidad y la excepcionalidad sea el peaje, pues ello debió tomarse en consideración cuando se adjudicó, valorando las razones de interés general para dicha elección. Rechaza también la pretendida discriminación, pues la diferencia de trato a la población que paga o no peaje por la utilización de determinadas autovías se produce a lo largo de todo el territorio nacional. Y porque las razones de interés público deben ser sobrevenidas a la adjudicación del contrato pues el plazo estipulado de la concesión debe respetarse y son vinculantes para la Administración, de manera que el rescate debe apoyarse en razones sobrevenidas o posteriores que produzcan un perjuicio o quebrante a los intereses generales que justifique el sacrificio de las legítimas expectativas de la concesionaria.

Segundo. Normativa aplicable.

Antes de cualquier otra consideración procede determinar la normativa aplicable para la extinción del contrato de concesión. Para ello han de tomarse en consideración como acontecimientos relevantes los siguientes:

La "Compañía concesionaria del túnel del Soller SA" por Decreto 86/1988, de 18 de noviembre resultó adjudicataria del "contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación, como carretera de peaje de la variante de la C-711, del túnel que cruza la Sierra de Alfabia" por un plazo inicial de 28 años (hasta el 22 de diciembre de 2016). El 24 de octubre de 2007 por mutuo acuerdo de las partes se prorrogó la duración de la concesión hasta el 30 de junio de 2022, en ejecución de Sentencia de la Sala Cont. Adm. del TSJ de las Illes Balears núm. 212, de 12 de marzo de 2014 a los efectos de compensar el abono en concepto de reequilibrio de la concesión.

En marzo de 2017 se inició por el Pleno del Consell un expediente de rescate de la concesión y el 2 de agosto de 2017 (cinco años antes del plazo de terminación de la Concesión), el Consell dictó acuerdo de rescate de la Concesión, fijando una indemnización de 17.404.179,18 euros.

El Acuerdo de rescate fue actualizado por otro acuerdo de fecha 22 de diciembre de 2017 en el que se extiende la fecha de rescate al 29 de diciembre de 2017 y se ajusta la indemnización a 16.288.200,50 euros.

El Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, de 6 de julio de 1988 (BOIB nº 87, de 21 de julio de 1987) señala en su cláusula primera que: "La concesión administrativa de construcción, conservación y

explotación del túnel se registrará peculiarmente por la Ley 51/1974, de 19 de diciembre de carreteras y el Real Decreto 1073/1977, de 8 de febrero, que aprueba el Reglamento General de Carreteras, por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión; por las prescripciones de este Pliego de Cláusulas General para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero y con carácter supletorio por la legislación de contratos del Estado."

Y la cláusula vigesimosexta de esos mismos pliegos indica que la concesión se regula, en cuanto a la cesión, extinción y suspensión de la concesión, por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y los Pliegos de Cláusulas Generales del Contrato.

Y conforme al 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, "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 8/1972, de 10 de mayo" (cláusula 111).

La Ley 8/1972 de 10 de mayo de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, en su artículo 32 establecía que "La concesión se extinguirá por las causas siguientes: Seis. Rescate del servicio por la Administración". Y el artículo 79 de dicha norma añadía que "si la Administración antes de la conclusión del contrato estimase conveniente para el interés general gestionar el servicio por si o por medio de un ente público, podrá ordenar su rescate indemnizando al empresario el valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización y los daños y perjuicios que se le irroguen, así como los beneficios futuros que deje aquél de percibir atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio".

Y aunque la disposición derogatoria única de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora de los contratos de concesión pública derogó, entre otros, el art. 32 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, su Disposición Final 3ª indica expresamente que dicha Ley será de aplicación únicamente a los contratos cuya licitación se realice con posterioridad a su entrada en vigor, por lo que, en el presente caso, en que la adjudicación es de 1988, la Ley 8/1972 resultaría de aplicación en su totalidad, incluyendo el art. 32, que contempla, como posible causa de extinción de la concesión, el rescate de la concesión por parte de la Administración.

La normativa contractual vigente en el momento de adjudicación de la concesión (noviembre de 1988) era el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado ("LCE") en cuyo artículo 75.3 se disponía como causas de extinción del contrato de gestión de servicios públicos disponía como causa de extinción "el rescate del servicio por la Administración".

La normativa posterior, aunque no resulta de aplicación al supuesto que nos ocupa, tampoco contiene una regulación detallada de esta figura, aunque si introduce algunas precisiones. Así, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece en su artículo 269 que son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes: "g) El rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular".

Más recientemente la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en su artículo 279 ha matizado mucho más, al exigir la concurrencia de dos requisitos: por un lado, la existencia de un interés público ("El rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular, para su gestión directa por la Administración") y, además, que se acredite por la Administración que la gestión directa del servicio es más eficaz que la concesional ("El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional."). De modo que no solo se exige que concurra un interés público, sino que el mismo justifique objetivamente que la Administración rescinda la concesión y vuelva asumir la gestión directa previa acreditación de que dicha forma de gestión resulta para ese caso más eficaz y eficiente que la concesional. Y en los mismos términos se expresa el art. 294 respecto del rescate de la gestión de servicios.

Tercero. Sobre el rescate de la concesión.

En definitiva, de acuerdo con lo previsto en las cláusulas administrativas generales y particulares del contrato, y en la normativa tanto contractual como reguladora de la explotación de las autovías que resultaba aplicable a esta concesión, el rescate estaba previsto como una causa de extinción de la concesión.

Ahora bien, fuera de una mención fugaz al rescate como causa de extinción de la concesión tales normas carecían de una regulación precisa de los requisitos que han de concurrir para que pueda proceda la extinción de la concesión por esta causa antes del plazo estipulado.

Tan solo el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado (LCE), aprobado por el Decreto 932/1965, de 18 de abril (BOE nº 97, de 23 de abril de 1965) al regular la extinción del contrato de gestión de servicios públicos

disponían que "Si la Administración, antes de la conclusión del contrato, estimase conveniente para el interés general gestionar el servicio por sí o por medio de un ente público, podrá ordenar su rescate indemnizando al empresario el valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización y los daños y perjuicios que se le irroguen, así como los beneficios futuros que deje aquél de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio". (art. 79 del Decreto 932/1965 y el art. 232 y el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado).

El rescate es una forma de extinción de una concesión que implica la resolución de una previa relación contractual por la decisión unilateral de la Administración, asumiendo la gestión directa del servicio, e implica el ejercicio de una facultad por parte de la Administración que ha de responder a la concurrencia de un interés público que se trate de preservar. Es decir, sólo el interés público puede justificar el rescate de una concesión.

La Administración tiene la potestad de rescindir unilateralmente un contrato suscrito por ella, pero dicha posibilidad está vinculada a la concurrencia de un interés público dado que la Administración, como gestora de los intereses públicos vinculados a la ejecución del contrato administrativo, no puede venir obligada por el pacto celebrado si ello va en perjuicio del interés público que se pretendía satisfacer con la ejecución del contrato en los términos pactados.

Ahora bien, el ejercicio de esa facultad o potestad, además de estar sujeto a un determinado procedimiento, está delimitada por factores sujetos a control, cuales son que su ejercicio se justifique por razones de interés público, que ese interés exista y sea adecuado para justificar esta decisión y esté debidamente motivado. Y, además, debe tratarse de un interés público diferente respecto del que se tuvo en consideración para acordar la concesión, bien porque se trate de un interés público distinto y posterior que ha surgido de forma sobrevenida y exija la recuperación de la gestión, bien porque el interés público inicialmente existente ha desaparecido o se ha transformado de modo que ya no sea posible seguir manteniendo la concesión sin dañar el interés público actualmente existente.

El rescate concesional no está pensado para remediar una situación que concurría y que ya fue conocida y valorada en el momento del otorgamiento de la concesión, pues ello implicaría la posibilidad de rescindir unilateralmente un contrato por un mero cambio de parecer o una decisión de la Administración carente de una base objetiva que no puede ser controlada por los tribunales.

El contratista está legitimado para impugnar el rescate que rescinde unilateralmente su contrato y los tribunales deben ejercer un control sobre el interés público invocado para determinar si se ajusta a las exigencias antes mencionadas.

Cuarto. *Sobre el interés público esgrimido por la Administración para justificar el rescate de la concesión que nos ocupa.*

El interés público esgrimido por la Administración para efectuar el rescate se centraba en el intento de conseguir la gratuidad del uso de la carretera por sus usuarios, tratando así de evitar (i) la discriminación a favor de los que disfrutaban de bonificaciones en los peajes, (ii) la discriminación a favor de otros habitantes de la isla que no pagan peajes por el uso de las carreteras, y (iii) las dificultades que presentaba la carretera alternativa a la autovía de peaje.

Tanto el tribunal de primera instancia como el de apelación valoraron las razones esgrimidas por la Administración para ejercer el rescate llegando a la conclusión de que estas ya concurrían y no habían sufrido modificación sustancial respecto de las existentes en el momento de formalizarse la concesión y posteriormente cuando se prorrogó la vigencia del mismo diez años antes de iniciarse el procedimiento de rescate.

La existencia misma de autopistas de peajes no es discriminatoria sino una decisión de la Administración Pública que con la finalidad de poder contar con una obra pública sin hacer recaer sobre las arcas públicas el coste de su construcción -bien mediante "peajes en la sombra" bien directamente con cargo a los presupuestos generales- opta por su gestión indirecta siendo los usuarios de la autopista los que con sus pagos compensan a la adjudicataria de los costes de construcción y explotación de la autopista. Con el peaje pagan los que utilizan la vía, sin él se costea por todos los ciudadanos. Y este pretendido interés público ya existía cuando la Administración balear estableció la concesión y fue adoptada, con conocimiento y beneplácito de los municipios afectados.

Tampoco el que se establezca una bonificación a favor de los residentes de determinados municipios que deben utilizar la autopista con mayor frecuencia puede considerarse una razón de trato discriminatorio carente de justificación objetiva que avale el interés público en el rescate, y así lo declaró ya la STS de 4 de julio de 2006 (rec. 9890/2003) en la que ya se razonaba respecto de esta cuestión "Y es que esas tarifas especiales que ciertamente pueden beneficiar a determinados usuarios de la vía, en este caso a los residentes en los dos municipios mencionados a los que más directamente afecta la construcción de la carretera de peaje, aprovecha también económicamente a la concesionaria por que induce a aquellos al uso continuado del servicio que en otras condiciones más gravosas, como las que soportan los usuarios sujetos al precio del peaje general, podrían prescindir de utilizar la carretera prefiriendo circular por la antigua vía como opción alternativa para no someterse al pago del peaje.

Desde luego esa bonificación no afecta a la igualdad de trato de los usuarios de la vía ni es discriminatoria para ninguno de ellos por que responde a razones objetivas y razonables como son las pretendidas y a las que hemos hecho referencia, y sobre todo en absoluto afectan como veremos más adelante al contrato que en su día convinieron las partes".

Y finalmente la existencia de una vía alternativa más complicada ya existía también cuando pese a ello se optó por la autovía de peaje y por la prórroga del plazo de duración.

Y como acertadamente señala también la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de Palma de Mallorca tampoco se justifican las razones por las que el acuerdo del rescate no podía esperar a la conclusión del plazo de la prórroga (30/06/2022) cinco años después de que se acordase el rescate. Maxime cuando el interés público subyacente se había vuelto a ponderar para prorrogar la concesión apenas diez años antes del rescate acordado.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de casación y confirmar las sentencias de instancia.

Quinto.

En respuesta a las cuestiones que presentaban interés casacional ha de afirmarse que el interés público que ha de concurrir para justificar el rescate de una concesión ha de concurrir en el momento en que se adopta la resolución de rescate, ha de ser adecuado para justificar esta decisión y debe estar debidamente motivado. Y, además, debe tratarse de un interés público diverso respecto del que se tuvo en consideración para acordar la concesión, bien porque se trate de un interés público distinto y posterior que ha surgido de forma sobrevenida y exija la recuperación de la gestión, bien porque el interés público inicialmente existente ha desaparecido o se ha transformado de modo que ya no sea posible seguir manteniendo la concesión sin dañar el interés público actualmente existente.

Tras la modificación operada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público su artículo 279 se exige no solo la existencia de un interés público sino que además se acredite por la Administración que la gestión directa del servicio es más eficaz que la concesional.

Y corresponde a los tribunales contencioso-administrativos ejercer un control sobre si las razones esgrimidas por la Administración para fundar el rescate cumplen las exigencias que acaban de señalarse respecto del interés público invocado.

Sexto. Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación sin que se aprecien circunstancias que justifiquen la condena en costas en casación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJ.

Por lo que respecta a las costas de instancia se mantienen los pronunciamientos sobre costas contenidos en dichas sentencias.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico quinto:

Desestimar el recurso de casación interpuesto por Consell Insular de Mallorca contra la sentencia nº 108/2021, de 15 de febrero de 2021 (rec. apelación 252/2020) dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

No imponer las costas de casación a ninguna de las partes y mantener el pronunciamiento sobre costas contenido en las sentencias de instancia.

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

Así se acuerda y firma.

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.