



Roj: STS 2113/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2113
Id Cendoj: 28079130072016100160
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 517/2013
Nº de Resolución: 1028/2016
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CELSA PICO LORENZO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Mayo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el recurso contencioso administrativo número 517/2013, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Pilar Cermeño Roco en nombre y representación de AUTOPISTA DEL SURESTE, C.E.A, SA contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud elevada en fecha 26 de abril de 2013 a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, por la que se interesa el abono de las cantidades que luego se expresan, correspondientes al tercer y cuarto préstamo participativo por sobrecoste expropiaciones, de la que es beneficiaria en virtud de lo previsto en el Disposición Adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en cuya virtud la Autopista de Peaje Alicante-Cartagena: Tramo desde la Autovía A-7 /Alicante-Murcia) hasta Cartagena, adjudicada por Real Decreto 1808/1998, de 31 de julio, resulta beneficiaria de las medidas de reequilibrio económico financiero previstas en dicha disposición, habiendo sido parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de AUTOPISTA DEL SURESTE, C.E.A, SA, se interpone recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud elevada en fecha 26 de abril de 2013 a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, que fue admitido por la Sala y reclamado el expediente administrativo.

Una vez recibido el expediente administrativo, se entregó a la recurrente para que formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala que se dicte sentencia en la que se estime el recurso interpuesto y ,

a) Que se declare el derecho de mi representada a percibir el importe íntegro de la cantidad de seis millones setecientos sesenta y un mil ciento veintidós euros (6.761.122,00 €), correspondiente a la suma de los importes de la solicitud de tercer y cuarto préstamo participativo por sobrecoste de expropiaciones, tal y como se expresa en el escrito de 26 de abril de 2013, elevado ante la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje 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 y, consecuentemente, que se condene a la Administración demandada a su pago.

b) Subsidiariamente, que se declare el derecho de mi representada a percibir el importe de la cantidad de cinco millones trescientos cuarenta y un mil quinientos cuarenta y ocho euros (5.341.548,00 €), correspondiente al importe de la solicitud de tercer préstamo participativo por sobrecoste de expropiaciones, tal y como se expresa en el escrito de 26 de abril de 2013, elevado ante la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje 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 y, consecuentemente, que se condene a la Administración demandada a su pago.

e) Subsidiariamente, para el caso de que se acoja en sentencia el anterior extremo, que se condene a la Administración demandada a proseguir el trámite correspondiente a la solicitud de cuarto préstamo participativo hasta su finalización en sede administrativa.

d) Que se condene a la Administración demandada al pago de la indemnización al importe de los daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de su obligación por el importe que proceda, cuyo importe definitivo deberá determinarse en ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado en el trámite otorgado de contestación demanda presentó escrito interesando se desestime íntegramente la demanda, confirmando los actos recurridos y con condena en costas.

TERCERO.- Concluidas las actuaciones, por providencia de 20 de enero de 2016 se señaló para votación y fallo el 4 de mayo de 2016. Por providencia de 12 de abril de 2016 se acuerda adelantar la deliberación al día 27 de abril de 2016 en cuya fecha tuvo lugar el referido acto

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de AUTOPISTA DEL SURESTE, C.E.A, SA, interpone recurso contencioso administrativo 517/2013 contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud elevada en fecha 26 de abril de 2013 a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje en pretensión de percibir la cantidad de seis millones setecientos sesenta y un mil ciento veintidós euros (6.761.122,00 e), correspondiente a la suma de los importes de la solicitud del tercer y del cuarto préstamo participativo por sobrecoste de expropiaciones 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 y, consecuentemente.

Funda su pretensión en la Ley 8/1972, de 19 de mayo, en el pliego de bases particulares aprobado por Orden de 14 de enero de 1998, del Ministerio de Fomento, así como en el pliego de cláusulas generales sobre autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero y en el Real Decreto 1808/1998, de 31 de julio, que adjudica a la recurrente la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Alicante-Cartagena.

Llama la atención sobre el oficio obrante en el expediente de fecha 19 de diciembre de 2013 de la Secretaria de Estado de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por el que, previo acuse de recibo de los expedientes de préstamos participativos remitidos, se señala que *"al ser una norma de rango legal la que regula el tipo de interés aplicable a estos préstamos, no resulta necesaria la autorización expresa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas para la Concesión de los mismos"*.

Añade el citado Oficio que *"No obstante lo anterior, en las actuales Circunstancias económicas, que obligan a una estricta disciplina presupuestaria, el Gobierno ha asignado a la consecución de los objetivos de control del déficit y de estabilidad presupuestaria una prioridad absoluta sobre el Conjunto de objetivos y necesidades en los diferentes ámbitos sectoriales, debiendo restringirse aquellas actuaciones que incidan en el déficit público"*.

Puntualiza que *"En este sentido, los préstamos que se conceden a sociedades inmersas en procesos de concurso de acreedores y a empresas con pérdidas recurrentes son considerados a efectos de contabilidad nacional como transferencias de capital"*.

En consecuencia, esta Secretaría de Estado no considera adecuada la concesión de estos préstamos participativos, correspondiendo al Departamento valorar la conveniencia y oportunidad de su concesión".

A su vista objeta que el precepto invocado por el Delegado del Gobierno (art. 17 de 1 Real- Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo , por el que se modifica el art. 63 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010), no es de aplicación en el presente supuesto. Aduce que la Sociedad Concesionaria AUSUR, no se hallaba inmersa en procedimiento concursal, ni se preveía ningún expediente de tal naturaleza en el corto y medio horizonte.

Señala que el art. 17 del citado Real Decreto -Ley, de 20 de mayo, modifica el art. 63 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (en la que se inserta la disposición adicional cuadragésima primera) que ha quedado sin efecto en virtud de lo dispuesto en el apartado tres de

la disposición adicional cuadragésima quinta de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, a cuyo tenor:

"Tres. Las normas contenidas en esta disposición sustituyen a las establecidas en los artículos 63 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 y 58 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011".

Insiste en que la autorización previa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas no es necesaria, puesto que el tipo de interés de estos préstamos queda regulado en la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 .

Recalca que la Delegación del Gobierno, entidad gestora y tramitadora de las medidas de reequilibrio previstas en la Ley, ha sido siempre favorable al préstamo interesado por AUTOPISTA DEL SURESTE, C.E.A., S.A. Lo demuestra la certificación del Jefe de Sección del Ministerio de Fomento, de 18 de enero de 2013 (doc. nº 8 del expediente administrativo, 3ª solicitud), por la que se acredita la existencia de saldo disponible por importe de 5.341.548,00 €, con cargo al presupuesto de 2013, a fin de cumplimentar el importe del tercer préstamo participativo.

Se apoya en que en fecha 11 de junio de 2013 (doc. nº 10 del expediente administrativo, 3ª solicitud), la Delegación del Gobierno de las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje dirige escrito al Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento, al que acompaña, para su elevación al Consejo de Ministros, acuerdo por el que se autoriza la concesión de un préstamo participativo por importe de 5.341.548,00 €.

Destaca que en el expediente adjunto al acuerdo remitido al Consejo de Ministros, órgano al que, en última instancia, corresponde autorizar el préstamo incluye la siguiente documentación:

1) Real Decreto 1609/2010, de 26 de noviembre en el que se contempla un incremento de tarifas a los solos efectos de generar ingresos adicionales destinados, directa y exclusivamente, a amortizar el principal y los intereses del préstamo participativo. Ello en obediencia a lo previsto en el apartado Dos.b) 2ª.a) de la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

2) Certificación relativa a la aplicación presupuestaria 17.20.451N.834, de los Presupuestos Generales del Estado (consta como doc. nº 8 del expediente administrativo, 3ª solicitud), a fin de abonar el importe correspondiente al tercer préstamo participativo por valor de 5.341.548,00 €.

3) Borrador de resolución por la que la Ministra de Fomento acuerda otorgar a AUTOPISTA DEL SURESTE, C.E.A., S.A., un préstamo participativo por importe de 5.341.548,00 €, conforme a lo estipulado en la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

4) Justificación del pago del préstamo participativo interesado, con expresión de la aplicación presupuestaria asignada.

5) Copia del Oficio de 20 de febrero de 2013, remitido por el Director del Gabinete de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos al Delegado del Gobierno (consta como doc. nº 7 del expediente administrativo, 3ª solicitud).

Finalmente respecto al iter del tercer préstamo aduce que se acompaña al expediente administrativo trasladado a la parte certificación emitida por el Jefe de Contabilidad del Ministerio de Fomento, de 12 de noviembre de 2013 (doc. no 11 del expediente administrativo, 3ª solicitud), por la que se da cuenta de la anulación de la retención de crédito prevista para el pago del tercer préstamo participativo (aplicación presupuestaria 17.20.451N.834, por el importe mentado de 5.341.548,00 €).

Arguye que la aparición de tal documento en el expediente -del cual la parte no tenía conocimiento alguno -suscita preguntas. Alega que, huérfano de motivación y vinculación con cualquier otro de los actos administrativos precedentes constituye, no sólo una actuación contraria a los propios actos.

También expone el iter de la solicitud del cuarto préstamo respecto del cual no se ha verificado por la administración el sobre coste de expropiaciones, por justiprecios e intereses de demora.

SEGUNDO.- 1. Razona que resultó beneficiaria de las medidas de reequilibrio económico financiero de la DA 41 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010

respecto de las que se dictaron, en desarrollo diversos Reales Decretos, en concreto el RD 1609/2010 en lo que se refiere a la recurrente.

Aduce que ha cumplido las condiciones previstas en la antedicha Disposición Adicional para lo cual relata la prolija documentación aportada.

Insiste en que a la fecha de petición del tercer y cuarto préstamos participativos, 13 de abril de 2012 y 11 de octubre de 2012 respectivamente, y, ende, en la fecha en que éstos debieron abonarse, no estaba en situación de concurso de acreedores ni preveía estarlo. Adiciona que la falta de desembolso de los préstamos participativos le ha supuesto un gravísimo perjuicio.

Indica que en fecha 13 de diciembre de 2013, AUSUR puso en conocimiento del Juzgado de lo Mercantil N° Tres de Alicante, con sede en Elche, la comunicación prevista en el art. 5 bis de la Ley concursal, de inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a propuesta anticipada de convenio.

2. Arguye luego sobre el reequilibrio económico de la concesión como un derecho adquirido por Autopista del Sureste, C.E.A., S.A. frente a la administración.

Recalca que la disposición adicional cuadragésimo primera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, previó la necesidad de reequilibrar los eventuales sobrecostes derivados de las expropiaciones a cuyo abono venían obligadas las sociedades concesionarias de autopistas mediante el mecanismo del préstamo participativo.

Subraya que el préstamo se otorgará a solicitud de la concesionaria, para el abono del justiprecio fijado por acuerdos firmes del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa o sentencias firmes y solo por la suma del justiprecio pagado o pendiente de pago que exceda del 175 % de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta para el abono de las expropiaciones.

Reseña que la concesión del préstamo implica modificaciones del estatuto concesional -como es el caso del aumento escalonado de tarifas- con objeto de generar los ingresos necesarios para amortizar aquél por el importe equivalente a la diferencia entre el coste real (establecido por los Jurados o por Sentencias firmes) de las expropiaciones (hubiesen sido abonadas o no, e incluyendo los intereses por demora no imputables a la sociedad concesionaria) y el importe que representa el 175 % de la oferta realizada en su día por este concepto.

Por último la disposición adicional cuadragésima primera establece que el acogimiento por las sociedades concesionarias a cualquiera de las medidas reguladas en la disposición adicional implica la renuncia a entablar acciones contra el Estado, o el compromiso de desistir de las ya iniciadas, por razón del reequilibrio económico de la concesión, basadas tanto en el sobrecoste de las expropiaciones como en la ejecución de obras adicionales.

Remite al doc. n° 5 de la demanda, *consistente en el escrito de AUSUR, de marzo de 2010, por el que se traslada a la Delegación del Gobierno el Consejo de Administración de AUSUR, de fecha 26 de marzo de Sociedad Concesionaria renuncia a entablar acciones contra del reequilibrio económico de la concesión, basadas tanto en el sobrecoste de las expropiaciones como en la ejecución de obras adicionales.* (el subrayado es de la demanda)

Concluye que el nuevo marco normativo, reconoce la existencia de un derecho a las sociedades concesionarias (y, en contrapartida, una obligación de la Administración) al restablecimiento del equilibrio económico-financiero de los contratos roto como consecuencia de la existencia de un riesgo imprevisible derivado del incremento del coste de las expropiaciones respecto de las cantidades previstas en la oferta.

Para concluir esta cuestión considera los siguientes aspectos:

a) Tanto la Ley de presupuestos como los reales decretos aprobados en los años 2010 y 2011 para aplicar las medidas previstas en aquélla, parten del *reconocimiento expreso de que la economía de la concesión se ha roto por la concurrencia, entre otras causas, de riesgos imprevisibles y, en particular, por el incremento del coste de las estimaciones incluidas en la oferta por este concepto.* (el subrayado es de la demanda)

Así, la Exposición de Motivos de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, anteriormente comentada, reconoce que el justiprecio de los terrenos se ha fijado por el Jurado Provincial de Expropiación o por Sentencias de los Tribunales muy por encima de las estimaciones que sirvieron de base al contrato de

concesión, circunstancia que, según el preámbulo de los Reales Decretos aprobados en el ámbito de algunas concesiones de autopistas, *"ha afectado significativamente el equilibrio económico ro de la concesión"*.

En este sentido, inciden los citados Reales Decretos en que *"el problema mencionado de sobrecoste no previsto de las expropiaciones (...) ha afectado a varias concesiones de titularidad estatal adjudicadas en los últimos quince años, lo que ha provocado que las citadas sociedades interpusiesen ante la Administración reclamaciones para que se les compensase por el exceso de los costes reales respecto a previstos, al considerar que los mismos no podrían considerarse dentro del riesgo y ventura del negocio concesional, al constituir un riesgo imprevisible que afecta mente su equilibrio económico-financiero"*.

Insiste en que es el legislador el que ha calificado dichas medidas como medidas de reequilibrio. En este marco, la disposición adicional regula una serie de mecanismos de concretos que, de resultar insuficientes, podrían completarse con otras medidas cuyo fin último es *"posibilitar el reequilibrio de la concesión"*

Finalmente destaca que las anteriores medidas son introducidas por una norma con rango legal, dada la modificación que el reconocimiento del sobrecoste de expropiación como causa de riesgo imprevisible determinante de la necesidad de reequilibrar las concesiones suponía respecto del régimen previsto hasta la fecha en la normativa legal vigente.

Subraya que la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, ha supuesto el conocimiento de la ruptura del equilibrio económico-financiera de las concesiones de autopistas por la aparición de un riesgo imprevisible (derivado de los sobrecostes de expropiación siempre que excedan del 175 % del importe consignado en la oferta por este concepto, sin perjuicio de la disminución del tráfico) que, como tal, genera el derecho al reequilibrio.

Concluye que la Ley implica, un verdadero reconocimiento del derecho de las sociedades concesionarias de autopistas de peaje al restablecimiento del equilibrio económico-financiero roto de los contratos por causa del *"riesgo imprevisible"* concretado, entre otras circunstancias (disminución del tráfico), en los costes de expropiación siempre que su importe exceda del 175 % de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta.

Tras lo argumentado considera que el acto es anulable, art. 63 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común , LRAJAPAC por infringir lo dispuesto en la DA 41 de la Ley 26/2009, de 23 diciembre . Adiciona ha habido un apartamiento injustificado del precedente.

TERCERO.- El Abogado del Estado muestra su oposición argumentando que no procede el otorgamiento de los préstamos participativos solicitados por no concurrir los presupuestos legales establecidos para ello en la DA 41. Su otorgamiento desvirtuaría su carácter de préstamo del sector público, dada la situación financiera de la sociedad solicitante y recurrente.

Analiza extensamente la situación económica de la compañía recurrente y sus efectos en el posible préstamo solicitado para lo cual acompaña los estados financieros auditados de la sociedad del año 2012, 2011 y 2010. Destaca se advertía del riesgo de liquidez en la memoria del año 2011.

De la documentación concluye que: 1. Estaba previsto que la sociedad a fin de 2011 incurriría en situación de concurso de acreedores al no poder atender al vencimiento del préstamo senior de 211 millones de euros, según *el artículo 2.2* de la Ley Concursal . 2. No es posible la devolución de tal préstamo en las condiciones más favorables. 3. El saneamiento financiero de la compañía requiere una reducción de su deuda, bien mediante una quita bien ampliando su capital social. 4. En caso de liquidación no se lograría satisfacer el importe del pasivo bancario.

Añade que los créditos a favor del Estado tienen el carácter, de subordinados, por señalarlo así la DA 41. Dos.b).séptima y la cláusula 6 de la Orden de 14 de enero de 1998 del Ministerio de Fomento documento 5), en relación al artículo 20.uno.c) del Real Decreto- ley 7/1996, de 7 de junio. En relación al 92.2º de la Ley Concursal .

A su entender, el otorgamiento de los préstamos participativos reclamados en este recurso, según los datos objetivos examinados, determinaría que antes de su otorgamiento existe la imposibilidad material de su devolución.

En el caso que nos ocupa resulta la imposibilidad de reintegro del préstamo solicitado, y, en consecuencia no se trata de una petición de préstamo, sino de subvención, caso que no contempla la DA 41.

Como señala la Secretaría de Estado de Presupuestos en su oficio de 19 de diciembre de 2013 (documento 4 del expediente administrativo) *los préstamos que se conceden a sociedades inmersas en*

procesos de concurso de acreedores ya empresas con pérdidas recurrentes son considerados a efectos de contabilidad nacional como transferencias de capital.

Es decir si el préstamo, total o parcialmente, no es susceptible de reintegro deja de ser un préstamo y se transforma en subvención.

Según el artículo 1713 del Código Civil , *el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.* Lo que quiere decir que un préstamo para que sea tal requiere que su devolución esté prevista y sea, por consiguiente, factible.

No existen ni está previstas legalmente subvenciones para atender el pago de sobrecoste de expropiaciones, por justiprecios e intereses de demora.

Aduce no es de aplicación la DA 41 de la Ley 26/2009 porque un préstamo a una entidad en concurso o con pérdidas recurrentes no es un préstamo, sino una subvención, porque no puede reintegrarse. Es decir, los préstamos participativos están concebidos y regulados a favor de empresas solventes, no para las que no lo son, porque se desvirtuaría el concepto legal. Y por consiguiente no existe el presupuesto de hecho para su otorgamiento.

Se incumpliría también, caso de otorgamiento del préstamo la DA 41 dos. c) en cuanto establece que: *Con el fin de compensar los sobrecostes por expropiaciones, el Ministerio de Fomento, previo informe del Ministerio*

Economía y Hacienda, propondrá al Gobierno modificar las concesiones a que se refiere esta disposición acordando, conjunta o aisladamente, una elevación de tarifas o una ampliación del plazo de concesión, a los solos efectos de generar ingresos adicionales directa y exclusivamente destinados a amortizar el principal y los intereses a que

refiere el apartado Dos.b). 2a.a) del préstamo participativo otorgado al amparo de esta disposición.

Porque la elevación de tarifas (que fue lo establecido en el Real Decreto de 26 de noviembre (documento 8), no puede destinarse a generar ingresos adicionales directa y exclusivamente destinados a amortizar el principal e intereses del préstamo participativo. Ya que según datos financieros de la sociedad concesionaria, con el resto de ingresos por tarifas (que son los únicos que tiene, aparte de los marginales por arrendamiento de áreas de servicio) no pueden cubrirse sus obligaciones,

acarrea o la reducción por convenio de acreedores del préstamo del Estado o su imposibilidad de retorno por liquidación o extinción de la concesión.

No es óbice a los fundamentos anteriores lo establecido en la DA 41.dos.c), párrafo cuarto, que dice: *En caso de declaración de concurso de acreedores de la sociedad concesionaria, dichos ingresos adicionales no formarán parte de la masa del concurso y se ingresarán directamente en el Tesoro para la amortización del préstamo.*

También reputa de aplicación lo establecido en el artículo 1124 del Código Civil , pudiendo la Administración resolver el préstamo, en el supuesto que hubiese sido otorgado, por ser imposible, como sostiene el cumplimiento de la obligación recíproca de reintegro por parte del prestatario.

CUARTO.- Sentado el marco de la controversia resulta oportuno exponer la situación sobrevenida en el ámbito del impago de 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, mas ha sido puesta de relieve por el Abogado del Estado en el recurso.

Así el Abogado del Estado ha aportado copia de la Circular CA16.14. de la Subdirección General de los servicios contenciosos de fecha 29 de diciembre de 2014 por las que, a la vista de las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014 , autoriza a las distintas Abogacías del Estado a no formular recurso frente a autos o sentencias en que se condene a la Administración del Estado al pago del justiprecio por declaración en situación concursal del beneficiario de la expropiación, cuando el único motivo de impugnación fuere el referido a la responsabilidad del pago del justiprecio, así como a no preparar recurso de casación frente a tales autos y sentencias condenatorias.

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 fecha reciente, 18 de febrero de 2016, recurso de casación 344/2016, 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. Y tras prolijos razonamientos adiciona:

Incluso es necesario añadir a lo expuesto que, en puridad de principios, la misma declaración de concurso es causa legal de resolución del contrato de concesión (artículos 223 y 269 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) con la importante relevancia que tendría en relación con las obligaciones legales del concesionario, como sería el pago del justiprecio; dejando sin resolver la condición en la que concurriría el expropiado en un concurso de acreedores, con fundamento en unos créditos que ofrecen serias dificultades de calificarse como de carácter público, a los efectos de su exclusión y beneficios en el concurso de acreedores, cuestión propia del ámbito concursal que debe quedar al margen de la cuestión aquí suscitada y en todo caso desnaturalizando la condición de la deuda, que no responde a un crédito derivado de un negocio jurídico sino a una indemnización establecida como presupuesto del ejercicio de la potestad expropiatoria y como tal no se satisface mediante el régimen del convenio y garantías propias del procedimiento concursal.

Aparte de los pronunciamientos judiciales ante esta indeseable situación, el propio Legislador ha adoptado medidas encaminadas al reequilibrio económico-financiero de las concesionarias de autopistas de peaje, competencia de la Administración del Estado (Disposición Adicional Cuadragésima Primera de la Ley 26/09, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010), entre las que se encontraba la aquí recurrida, habiendo, incluso, asumido una eventual responsabilidad del Estado en caso de impago por el concesionario en el art. 17.2 de la Ley de autopistas (modificación operada por el Real Decreto-Ley 1/14, de 24 de enero), del siguiente tenor: <<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>>.

En esa misma línea, el art. 7 del citado Real Decreto-Ley 1/2014 , ha modificado también el art. 271 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/11, de 14 de noviembre), añadiendo un nuevo apartado 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 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>>. Previendo, en fin, su Transitoria Segunda que: <<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...>>.

Tales preceptos evidencian la conciencia del serio problema, ajeno totalmente a los expropiados y del que, obviamente, la Administración del Estado, que es quien ejerció la potestad expropiatoria, eligió el procedimiento, adjudicó la concesión y es titular de la infraestructura a la que se destinaron los bienes expropiados, no puede desentenderse porque, en modo alguno, es ajena al pago del justiprecio ya que, en su condición de Administración expropiante, deberá responder (en defecto del primer obligado), en la medida que

dicho pago -garantía constitucional de toda expropiación- no sólo es una obligación, sino como decíamos en el Fundamento de Derecho Noveno de nuestra precitada Sentencia de 17 de diciembre de 2013 , presupuesto de aquélla.

En suma, lo que se quiere poner de manifiesto es que existiendo aquel deber de la Administración frente a ciudadano al que se somete a la expropiación de sus bienes y derechos, la declaración en concurso del obligado principal le genera tal grado de incertidumbre en cuando y cuanto podrá percibir en concepto de justiprecio que dejaría burlado su derecho garantizado a nivel constitucional; burla que se obviaría de asumir la obligación el deber que está ínsito en el mismo ejercicio de la potestad expropiatoria que la misma Administración impuso..."

QUINTO.- Tras lo acabado de exponer procede subrayar que tiene razón la sociedad demandante cuando aduce que su situación es distinta a la examinada en las Sentencias a que hace mención el Abogado del Estado.

En aquellas sentencias se declaraba 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.

Mas aquí no consta que la sociedad demandante hubiere sido declarada en concurso voluntario de acreedores.

En trámite de conclusiones la sociedad actora argumentó que su situación financiera en el año 2014 es mejor que hace cuatro años en razón de un cambio en la tendencia del tráfico y de los ingresos incrementándose ambos.

Y, lo que es más relevante, aportó, al ser un hecho nuevo, un contrato de préstamo mercantil y un contrato de préstamo subordinado convertible refinanciando la totalidad de su deuda, 196.242.750 euros en sendos documentos notariales de 15 diciembre de 2014, así como instrumento público de la misma fecha elevando acuerdos sociales ampliando el capital social en 9.999.000 euros.

También justificó el abono en 5 de febrero de 2015 de 262.935,42 euros en concepto de liquidación de intereses de un préstamo participativo a 31 de diciembre de 2014 de 26.640.895, 70 euros.

SEXTO .- Dado que lo impugnado es una desestimación por silencio se desconocen los argumentos 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.

Debe acudirse no solo a lo argumentado por el Abogado del Estado al contestar la demanda sino también a la documentación obrante en el expediente administrativo y puesta de relieve por la sociedad actora.

Partimos, pues, como hecho acreditado que la solicitante de los préstamos participativos Autopista del Sureste, C.E.A. SA no había sido declarada en situación de concurso en la fecha en que interesó los denominados tercero y cuarto préstamos de aquella naturaleza . Y si bien con posterioridad a su solicitud de percepción de los antedichos préstamos se encontró en la denominada situación de pre-concurso lo cierto es que en 2014 obtuvo la refinanciación de su deuda financiera.

Estamos, pues, ante una situación distinta a la examinada en la jurisprudencia más arriba citada por lo que no cabe invocar ni la doctrina sentada en la misma ni todas las consecuencias que de la misma se extrae.

No obstante la hemos dejado reflejada por cuanto analiza parte de las normas aquí esgrimidas en cuanto 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, mediante la concesión de préstamos participativos.

SÉPTIMO.- No es este recurso el ámbito para dilucidar la complejidad de los préstamos participativos, instrumentos de financiación ventajoso , en que 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, si bien 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.

También 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 Alicante-Cartagena, Tramo, desde la autovía A-7, es decir, lo acontecido con la sociedad aquí recurrente.

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 Cuadragésima primera. Reequilibrio económico de las concesiones de autopistas de peaje de la Ley 26/2009.

Asimismo es cierto el contenido que atribuye a la Exposición de Motivos de la antedicha Ley 26/2009, más arriba consignado, en cuanto 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 RD 1609/2010, 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 concesionarias, establecidos en el apartado dos de la disposición 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 por 1000 de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta para el abono de las expropiaciones, llegando la solicitud del tercer préstamo participativo a ser informada favorablemente por existencia de saldo disponible.

Y finalmente, cumple, la condición cuarta de la antedicha Disposición Adicional, ya que renunció a entablar acciones para el pago de justiprecios por razón del reequilibrio económico como más arriba quedó reflejado.

NOVENO.- A la vista de sus antecedentes y su específica regulación en la situación examinada el préstamo participativo a que hace mención la DA 41 Ley 26/2009 no puede ser equiparado a subvención tal cual en cierta manera alude el Abogado del Estado por cuanto no solo hay compromiso de devolución sino que se abona un interés por su disfrute.

Tampoco existen elementos en la causa que conduzcan a que los préstamos participativos aquí interesados hubieran de ser reputados necesariamente transferencia de capital a efectos de contabilidad nacional como objeto el Abogado del Estado.

Así el oficio del Director de Gabinete de la Secretaria de Estado de Presupuestos y Gastos a que hace mención la demandante se refiere a empresas en procesos de concursos de acreedores y con pérdidas recurrentes.

La solicitante no se encuentra sometida a proceso concursal por lo que no le afecta la prohibición de contratar (art. 60.1.b LCSP) y si bien presentaba pérdidas ha justificado un incremento de capital social así como el abono puntual de los intereses de un préstamo participativo anterior.

Y lo que es más relevante ha justificado la obtención de un préstamo mercantil para refinanciar su deuda lo que, con apoyo en el notorio criterio del inversor privado empleado por los órganos comunitarios, Comisión y Tribunal de Justicia, permite, en el concreto caso examinado, no considerar ayuda estatal el antedicho préstamo ya que un inversor no público ha considerado viable la actividad empresarial.

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".

Además la tercera y cuarta reclamación cuentan con la aprobación por el Delegado del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje de la relación actualizada de fincas y derechos expropiados para la construcción de la autopista Alicante-Cartagena (acuerdos de 22 de octubre de 2012 y 14 de junio de 2013), y respecto de la tercera, el trámite administrativo llegó a la elevación, con fecha 11 de junio de 2013, por el Delegado del Gobierno de propuesta de acuerdo de concesión de los préstamos para su aprobación por el Consejo de Ministros, lo que implica hubo comprobación de los datos obrantes en el expediente.

Y también los presupuestos generales del Estado para los ejercicios 2012 y 2013 disponían de dotación presupuestaria al efecto, según informe Ministerio de Fomento, Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias Autopistas Nacionales de Peaje.

Por tanto se reconoce el derecho de la recurrente a percibir el importe íntegro de la cantidad de seis millones setecientos sesenta y un mil ciento veintidós euros (6.761.122,00 €), correspondiente a la suma de los importes de la solicitud de tercer y cuarto préstamo participativo y, consecuentemente, se condena a la Administración demandada a su pago.

No ha lugar a la pretensión de indemnización por los daños y perjuicios causados a determinar en ejecución de sentencia por cuanto no se han justificado. No pueden presumirse ni existen bases para su fijación que puedan deferirse a tal momento procesal sin que como tales puedan ser computados hipotéticos intereses desde la fecha de las solicitudes al no haber sido formulada tal petición en el suplico de la demanda.

DÉCIMO.- A tenor del art. 139 LJCA procede la imposición de las costas a la Administración. 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,

FALLAMOS

Se estima el recurso deducido por la representación de AUTOPISTA DEL SURESTE, C.E.A, SA, contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud elevada en fecha 26 de abril de 2013 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.

Se declara el derecho de la recurrente a percibir el importe íntegro de la cantidad de seis millones setecientos sesenta y un mil ciento veintidós euros (6.761.122,00 €), correspondiente a la suma de los importes de la solicitud de tercer y cuarto préstamo participativo y, consecuentemente, se condena a la Administración demandada a su pago.

En cuanto a las costas, estése al último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.