



Roj: STS 2224/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2224
Id Cendoj: 28079130072016100174
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 439/2013
Nº de Resolución: 1071/2016
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CELSA PICO LORENZO
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Contencioso-Administrativo**

Sección: SÉPTIMA

S E N T E N C I A

Sentencia Nº: 1.071/2016

Fecha de Sentencia: 12/05/2016

REC.ORDINARIO(c/a) Recurso Núm.: 439/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 27/04/2016

Procedencia:

Ponente: Excm. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Escrito por: PMS

Nota:

DESESTIMACIONES PRESUNTAS DE LAS SOLICITUDES TRIMESTRALES DE PRESTAMOS PARTICIPATIVOS. SOCIEDAD EN CONCURSO DE ACREEDORES.

REC.ORDINARIO(c/a) Num.: 439/2013

Votación: 27/04/2016

Ponente Excm. Sra. D^a.: Celsa Pico Lorenzo

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

S E N T E N C I A 1071/2016

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: SÉPTIMA

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Luis María Díez Picazo Giménez

Magistrados:

D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. José Díaz Delgado

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

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el recurso contencioso administrativo número 439/2013, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Gloria Messa Teichman en nombre y representación de AUTOPISTA DEL HENARES, SOCIEDAD ANONIMA, CONCESIONARIA DEL ESTADO, SOCIEDAD UNIPERSONAL ("Henarsa" o "Concesionaria") contra las desestimaciones presuntas, por silencio administrativo, de las solicitudes trimestrales de Préstamos Participativos formuladas ante la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, entre octubre de 2011 y octubre de 2013, habiendo sido parte recurrida la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de AUTOPISTA DEL HENARES, SOCIEDAD ANONIMA, CONCESIONARIA DEL ESTADO, SOCIEDAD UNIPERSONAL ("Henarsa" o "Concesionaria"), se interpone recurso contencioso administrativo contra las desestimaciones presuntas, por silencio administrativo, de las solicitudes trimestrales de Préstamos Participativos formuladas ante la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, entre octubre de 2011 y octubre de 2013, 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 se condene a la Administración a desembolsar a Henarsa dichos Préstamos Participativos, con los intereses que correspondan y todo lo demás que proceda en Derecho.

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.- Comparece la Administración Concursal manifestando su conformidad a la interposición del recurso contencioso- administrativo, acompañando certificación expedida por dicho Administrador, mediante la cual, ratifica no solo dicha conformidad sino también la virtualidad del modo en que puso de manifiesto mediante la suscripción del escrito de interposición del recurso junto al letrado y procuradora de la sociedad concursada.

CUARTO.- Conclusas 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.

QUINTO.- Sometida a deliberación fue rechazada la ponencia de D. José Díaz Delgado designándose por el Sr. Presidente como nuevo Ponente a D^a Celsa Pico Lorenzo.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de AUTOPISTA DEL HENARES, SOCIEDAD ANONIMA, CONCESIONARIA DEL ESTADO, SOCIEDAD UNIPERSONAL ("Henarsa" Administrador Concursal de la Autopista del Henares, SA Concesionaria del Estado) interpone recurso contencioso administrativo 439/2013 contra las desestimaciones presuntas, por silencio administrativo, de las solicitudes trimestrales de Préstamos Participativos formuladas ante la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, entre el 3 de octubre de 2011 y el 2 de octubre de 2013, interesando se dicte sentencia en la que se condene a la Administración a desembolsar a Henarsa dichos Préstamos Participativos que totalizan 97.850.032,00 euros con los intereses que correspondan y todo lo demás que proceda en Derecho.

La sociedad actora justifica su pretensión en que la DA 41 de la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado, PGE para 2010 reconoce a las concesionarias que relaciona (entre las que se incluye

la concesión atribuida a la recurrente mediante RD 1834/2000, de 3 de noviembre) un derecho al reequilibrio financiero de la concesión, derivado de la ruptura de la economía del contrato producida por sobrecoste de las expropiaciones.

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

Recalca que existe dotación presupuestaria para hacer frente a los préstamos participativos solicitados. Aduce que en los Presupuestos Generales del Estado del ejercicio 2013 consta una partida presupuestaria para hacer frente a este compromiso de la Administración.

Sostiene que la administración ha vulnerado la doctrina de los actos propios y el principio de confianza legítima al no desembolsar los préstamos participativos lo que ha determinado que en fecha 25 de julio de 2013 presentase solicitud de concurso, por hallarse en iliquidez.

Indica que mediante el recurso contencioso administrativo 451/2012 (desestimado por sentencia de esta Sala y Sección tras deliberación en la misma fecha que el presente) ha interesado el restablecimiento del equilibrio financiero en razón de la disminución de ingresos provocada por la crisis económica y la no continuidad de la autopista Madrid -Tudela.

SEGUNDO.- 1. El Abogado del Estado objeta que la sociedad actora fue declarada en estado de concurso por auto de 5 de septiembre de 2013 del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Madrid .

Reputa inadmisibles el recurso según el artículo 69.b) de la LJCA , al no tener la sociedad capacidad necesaria para interponer recursos que puedan afectar a su patrimonio. Aduce se requiere la conformidad de la Administración Concursal, de acuerdo con los artículos 54.2 y 40.1 de la Ley Concursal . Objeta no consta tal conformidad al haberse interpuesto el recurso el 8 de noviembre de 2013 .

2. Asimismo lo reputa inadmisibles respecto el préstamo participativo solicitado el 2 de octubre de 2013, de acuerdo con el artículo 69.c), en relación al 25.1, de la LJCA , por no existir acto presunto, al no haber transcurrido antes de la interposición del recurso el plazo de silencio de tres meses previsto en la DA 41. Dos.b), párrafo quinto: *Las solicitudes se resolverán antes de que expire el trimestre en el que se presentaron. El vencimiento de este plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa determinará que la correspondiente solicitud se entienda desestimada por silencio administrativo, sin perjuicio de la resolución que deba dictarse.*

3. Adiciona que la recurrente carece de capacidad para contratar con el Estado por lo que no puede otorgarse el contrato de préstamo.

Subraya que los préstamos participativos de la DA 41 se enmarcan dentro de un contrato de préstamo y aunque fuera procedente el otorgamiento de los préstamos reclamados, no podría perfeccionarse y formalizarse el contrato, al concurrir sobrevenidamente a la solicitud de los préstamos la prohibición de contratar establecida en el artículo 60.1.b) de la Ley de Contratos , haber sido declarada la contraparte en concurso. Señala que tal circunstancia es apreciable de oficio, a tenor del artículo 61.1 de la misma Ley .

Al perfeccionar los contratos de préstamo con su formalización, a tenor de los artículos 27 y 156 de la Ley de Contratos habría lugar a la nulidad de pleno derecho del contrato de préstamo de acuerdo con el artículo 32.b) de la Ley de Contratos , caso que llegara a otorgarse.

4. Sostiene que tampoco procede el otorgamiento de los préstamos solicitados por concurrir circunstancias sobrevenidas que han hecho desaparecer los presupuestos de hecho que los justifican.

Invoca entre otros muchos en los recursos 2837, 3529, 3531, 3706, 3707, 3714, 3875, 3889, 3905, 3906, 3915, 3916, 4067, 4068, 4070 todos de 2013, 21, 24, 25, 29, 106, 133, 212, 213, 218, 240, 242, 243, 244, 259, 260, 277, 278, 353, 382, 384 de 2014, que se siguen ante la Sección 1ª de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla La Mancha y Madrid, se están dictando autos en ejecución de sentencia por los que se exige directamente al Estado el importe de los justiprecios debidos por las concesionarias beneficiarias de las expropiaciones forzosas por su impago.

Cita también el Real Decreto Ley 1/2014, de 25 de enero, aplicable a la concesión en cuestión en función de su disposición transitoria 2 , que expresamente prevé el pago directo por parte del Estado de las expropiaciones, a reserva de los que ocurra en los procesos pendientes.

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

Invoca que la Secretaría de Estado de Presupuestos en su oficio de 19 de diciembre de 2012 (documento 12 del expediente administrativo relativo al 7º préstamo participativo), de 20 de febrero de 2013 (documento 10 del 8º préstamo, documento 8 del 9º y 10º préstamos), señala que *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*. Es decir si el préstamo, total o parcialmente, no es susceptible de reintegro deja de ser un préstamo y se transforma en subvención.

No reputa de aplicación la DA 41 de la Ley 26/2009 porque los préstamos participativos están concebidos y regulados a favor de empresas solventes.

Señala que los créditos a favor del Estado tienen el carácter, en principio, 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 . Adiciona que han sido calificados como tales por la Administración Concursal en su informe página 203, que adjunta a la contestación. Sin perjuicio de la impugnación que el Estado ha efectuado a tal informe para que sean calificados en un 50% como privilegiados.

Aduce que al menos en un 50% de los préstamos participativos, en cuanto subordinados, carecen de derecho de voto en el posible convenio de un concurso de acreedores, a tenor del artículo 122.1.1º de la misma Ley . Sin embargo están sujetos al resultado del convenio (artículos 134.1 y 136 de la Ley Concursal). Lo que lleva consigo que los titulares de créditos ordinarios decidan acerca de la posible quita de los créditos contra la sociedad. Quita que es imprescindible, salvo que la compañía aumente su capital social, algo que es indiscernible.

Esgrime que afectados de quita los préstamos participativos aún no otorgados, resultarían automáticamente minorados en su reembolso, por lo que no serían préstamos sino subvenciones.

Si no hubiera lugar al convenio con los acreedores la sociedad entraría en fase de liquidación a tenor del artículo 143 de la Ley Concursal . Que puede dar lugar a que la Administración concedente declare extinguida la concesión, en aplicación del artículo 32.4 -quiebra del concesionario- de la Ley 8/1972, de 10 de mayo , de autopistas en régimen de concesión, cláusula 109 del pliego de cláusulas generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, y artículo 939, entonces vigente, del Código de Comercio . En cuanto la declaración de quiebra es asimilable a la apertura de la fase liquidación en el concurso de acreedores, según el derogado artículo 938 del Código de Comercio , vigente al tiempo de la Ley de autopistas.

6. Aduce que 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 .*

A su entender esta disposición no significa que el préstamo participativo no se integre, en su caso, en la masa pasiva del concurso. Lo que no se integran son los ingresos adicionales en la masa del concurso durante su decurso. La masa del concurso es distinta a la masa pasiva y activa, y consiste en los créditos relacionados en el artículo 84.2 de la Ley Concursal .

Lo que dice el precepto constituye una excepción a la regla general de pago de los créditos que integran la masa pasiva del concurso y la masa del concurso, en el sentido que los ingresos procedentes de la elevación de tarifas durante el procedimiento concursal se destinan al pago de una obligación integrada en la masa pasiva o en la masa del concurso.

7. Por último recuerda que esta Sala se ha pronunciado, en sentido desestimatorio, sobre las pretensiones de reequilibrio económico de las concesiones de autopistas, en su Sentencia de 4 de febrero de 2014 (recurso 486/2011) .

TERCERO.- Sentado el marco de la controversia resulta oportuno exponer, tal cual hemos hecho en la Sentencia 1028/2016 de 9 de mayo de 2016 , recaída en el recurso ordinario 517/2013, 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 que ha sido puesto de relieve por el Abogado del Estado.

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 recientes Sentencias

de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014, dictadas en recurso de casación 3028/2013 y 1261/2014 , 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 recientísima, 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 estitular 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..."

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

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

En aquel la sociedad demandante de préstamos participativos no había sido declarada en concurso voluntario de acreedores, situación que si acontece en el caso de autos tras el auto de 5 de septiembre de 2013 (BOE de 17 de septiembre) dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 10 de los de Madrid.

Mas no procede atender a la pretensión de inadmisibilidad del recurso suscitada por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, ya que con posterioridad a aquella ha quedado acreditada la capacidad procesal.

Así la administración concursal ha comparecido mediante escrito de 8 de junio de 2015, tras el emplazamiento efectuado por esta Sala al no constar se hubiera dado cumplimiento a lo exigido por el art. 50.4 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, manifestando su conformidad a la pretensión inicialmente ejercitada por la concesionaria recurrente HENARSA.

Si prospera el argumento de que no hay acto presunto respecto del préstamo participativo petitionado el 2 de octubre de 2013 por cuanto no había transcurrido el plazo establecido el plazo establecido en la DA 41.2.b)5, tal cual opondrá el Abogado del Estado.

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

Por ello debe acudir a lo argumentado por el Abogado del Estado al contestar la demanda, así como al aportar documentación ulterior y también a la documentación obrante en el recurso aportada por la recurrente.

Partimos, como hecho acreditado que la solicitante de los préstamos participativos no había sido declarada en situación de concurso en la fecha en que los interesó pero sí estaba en tal situación al formular la demanda objeto del presente enjuiciamiento.

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

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

sentido de incrementar el plazo de la concesión y de tarifas. En su Preámbulo reseña que en el año 2010 Henarsa solicitó préstamos participativos por importe total de 128.860.986,77 euros.

La recurrente, tanto en su escrito de interposición del recurso como en su demanda, alegó que a lo largo del año 2011 habían sido desembolsados a favor de la concesionaria 275.318.899, 45 euros en concepto de los seis préstamos participativos interesados desde el 7 de abril de 2010 al 1 de julio de 2011.

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

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

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

Pero, además, como dice el Abogado del Estado, la antedicha jurisprudencia ha provocado modificaciones legales llevadas a cabo por el RD Ley 1/2014, de 25 de enero. Su art. Sexto modificó la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, en el apartado dos de su artículo diecisiete en los siguientes términos: «*Dos. En el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto.*

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

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

«7. Si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, ésta quedará subrogada en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo.»

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

Justifica el preámbulo del Real Decreto Ley la modificación. Así tiene por objeto evitar que el Estado acabe asumiendo dos veces el pago de las expropiaciones. Señala que no obstante lo establecido en el artículo 17 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, en relación con el artículo 5 del Reglamento de Expropiación Forzosa, existen sentencias que obligan al Estado a hacerse cargo de dichas deudas en caso de impago por la sociedad concesionaria declarada en concurso de acreedores.

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

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

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

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

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

También se prevén en diversas adjudicaciones de concesiones de autopistas de peaje. Ejemplo claro el art. 10 del RD 1808/1998, de 31 de julio, por el que se adjudica la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Alicante-Cartagena, Tramo, desde la autovía A-7, es decir, lo acontecido con la sociedad recurrente en el tantas veces mencionado recurso 517/2013.

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

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

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

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

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

Y finalmente, señala reúne la condición cuarta de la antedicha Disposición Adicional, ya que desistió del recurso para solicitar el reequilibrio económico.

También es cierto que el Ministerio de Fomento, según informe de la delegación del Gobierno en las sociedades concesionarias de autopistas de peaje de 13 de febrero de 2015, había dotado con 250 millones de euros, la correspondiente aplicación presupuestaria de los años 2011 y 2012, reduciendo a 200 millones la dotación para 2013.

También indicó la lista de las distintas sociedades que entre octubre de 2011 y octubre de 2013 interesaron los citados préstamos en una cuantía próxima a los 300 millones de euros, así como que el procedimiento administrativo de concesión se regía por riguroso orden de incoación. Por tal razón la recurrente subraya su preferencia respecto a Accesos de Madrid, concesionaria española, SA, en la distribución de los fondos presupuestarios.

Otro informe de 21 de octubre de 2015 añadió la dotación de 200 millones de dotación en 2010, incrementando la relación de solicitudes al constar la peticionadas entre abril de 2010 a las ya antes referenciadas que se acercaban a los 150 millones.

A su vista ha argumentado la recurrente que la situación de las distintas sociedades no es homogénea ya que no se ha dictado resolución respecto al desarrollo de la DA 41 de la Ley 26/2009 respecto a todas ellas aunque si ha tenido lugar respecto de la recurrente, RD 2610/2010.

Finalmente, en el trámite de alegaciones a la documentación antedicha, aportó copia de un informe atribuido al Abogado del Estado Jefe en la Delegación del Gobierno en las sociedades concesionarias de autopistas nacionales de peaje de fecha 19 de octubre de 2012 respecto a la situación de concurso de Accesos de Madrid, concesionaria española SA en que manifiesta que la solicitud de concurso voluntario o la declaración de concurso de aquella sociedad no afecta al derecho para obtener los préstamos que pudiera tener derecho conforme a la DA 41ª de la Ley 26/2009 . Sostiene la aplicación de tal criterio a Henarsa.

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

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

Por ello resulta plausible el argumento del Abogado del Estado al contestar la demanda acerca de que si el préstamo no es susceptible de reintegro, lo que acontece con una empresa inmersa en concurso de acreedores, aquel adquiere naturaleza de subvención lo que no contempla la tantas veces reiterada DA 41 de la Ley 26/2009 .

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

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

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

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

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

Lo hasta ahora argumentado nos permite concluir la improcedencia de la obtención de los préstamos participativos interesados aunque la Abogacía del Estado hubiera considerado viable su concesión en el informe de 2012 que se le atribuye.

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

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Se desestima el recurso deducido por la representación de AUTOPISTA DEL HENARES, SOCIEDAD ANONIMA, CONCESIONARIA DEL ESTADO, SOCIEDAD UNIPERSONAL ("Henarsa"), contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitudes elevadas entre octubre de 2011 y octubre 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.

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

VOTO PARTICULAR

que emite el Magistrado Don José Díaz Delgado, a la sentencia de esta Sala de fecha 12 de mayo de 2016, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 439/2012:

Con el máximo respeto a la mayoría de la Sala formulamos el presente voto particular, aceptando los hechos probados por la sentencia, por los siguientes fundamentos:

Primero.- La ley 26/2009, de Presupuestos Generales para 2010 prevé en su Disposición Adicional 41^a, con efectos de 1 de enero de 2010, respecto de las concesiones administrativas, que relaciona, entre las que se encuentra la recurrente, y con vigencia idéntica a la del plazo inicial o prorrogado de las mismas, el establecimiento de una serie de medidas para las sociedades concesionarias de autopistas de peaje competencia de la Administración General del Estado.

En el apartado Dos de dicha Disposición adicional se establece que:

"b) Condiciones del préstamo.

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 sólo por la suma del justiprecio pagado o pendiente de pago que exceda del 175 por 100 de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta para el abono de las expropiaciones.

Podrá igualmente solicitarse el préstamo por los intereses abonados o adeudados por retraso en el pago del justiprecio, siempre que dicho retraso no sea imputable a la concesionaria. A tal fin, deberá aportarse la correspondiente resolución judicial o administrativa firme en que se determine su importe.

Las solicitudes de préstamo se presentarán ante la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje en los 15 primeros días naturales de cada trimestre, con referencia a las cantidades fijadas en el trimestre inmediatamente anterior. En la primera solicitud que se presente tras la entrada en vigor de esta Ley podrán incluirse todas las cantidades fijadas en cualquier fecha anterior.

Las solicitudes se acompañarán de los documentos que acrediten el derecho al préstamo. Con la primera solicitud se aportará además el listado de expropiaciones regulado en el apartado Dos. a) anterior.

Las solicitudes se resolverán antes de que expire el trimestre en el que se presentaron. El vencimiento de este plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa determinará que la correspondiente solicitud se entienda desestimada por silencio administrativo, sin perjuicio de la resolución que deba dictarse.

El préstamo se hará efectivo en los 15 días naturales siguientes a la expiración del plazo señalado para resolver la correspondiente solicitud.

Las condiciones del préstamo serán las siguientes:

1ª El plazo será el que reste de la vigencia, inicial o prorrogada, de la concesión o 50 años, si el primero es mayor.

2ª El Estado percibirá como remuneración del préstamo, anualmente, la mayor de las cantidades siguientes:

a) La cantidad resultante de aplicar, sobre el saldo del préstamo participativo vivo a 31 de diciembre, un tipo de interés fijo de 175 puntos básicos.

b) La cantidad resultante de aplicar el porcentaje que suponga el saldo del préstamo participativo vivo a 31 de diciembre respecto al valor de la inversión total, incluido el importe total de las expropiaciones definido en el apartado Dos. a), a la diferencia obtenida de extraer del 75 por 100 de los ingresos netos de peaje, la cuantía anual de amortización lineal de la inversión total, conforme a la siguiente expresión:

$R = C \times (0,75 \text{ INP} - A)$ Siendo:

$C = \text{PPV}/IT$ $A = IT/N$ $R = \text{Remuneración}$.

$\text{PPV} = \text{Saldo del préstamo participativo vivo}$.

$IT = \text{Inversión total en autopista incluidos el importe total de las expropiaciones y los adicionales por obra}$.

$\text{INP} = \text{Ingresos netos de peaje que figuran en las cuentas de la sociedad concesionaria}$.

$N = \text{Número de años de concesión, inicial o prorrogada, en su caso}$.

3ª Se establece un período de carencia de tres años, que alcanzará tanto a la amortización del capital como al pago de la remuneración del préstamo. Los intereses devengados en este período se capitalizarán junto con el principal del préstamo, considerándose como tal a todos los efectos.

4ª El préstamo se liquidará, por años naturales vencidos, conforme a las siguientes reglas:

1. Antes del 31 de enero la Administración notificará la amortización que proceda y la liquidación provisional de los intereses exigibles según el apartado Dos .b) .2ª.a). Estos importes se ingresarán por el concesionario en el Tesoro a más tardar el 15 de febrero siguiente.

2. En los primeros 10 días naturales del mes de julio y verificada por un auditor de cuentas, el concesionario presentará ante la Administración la liquidación definitiva de los intereses, por comparación de las cantidades señaladas en el apartado Dos.b).2ª, letras a) y b). El saldo resultante deberá aprobarse por la Administración antes del 31 de julio y se abonará por el obligado al pago en el mes siguiente a dicha aprobación.

3. El importe de la amortización anual, se realizará en la forma que se determine en la resolución que otorgue el préstamo, y será el correspondiente a los ingresos adicionales a que se refiere este apartado Dos letra c).

4. El pago de los intereses del préstamo participativo y la amortización del principal del mismo se harán por este orden, con los ingresos anuales generados como consecuencia de las medidas de reequilibrio que se adopten. En su caso, los intereses devengados y no pagados se capitalizarán junto con el principal del préstamo, considerándose como tal a todos los efectos.

El Ministerio de Fomento podrá autorizar, a instancia del concesionario y previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda, la amortización, total o parcial, del préstamo de forma anticipada.

5ª Sin perjuicio de lo anterior, el vencimiento del préstamo se producirá a su término.

6ª Cada préstamo que se haga efectivo, figurará separadamente como préstamo de interés variable en el pasivo a largo plazo del balance social. No computará la inversión en expropiaciones asociada al préstamo a los efectos de la determinación de los ratios de solvencia que figuran en los decretos de adjudicación.

7ª La deuda con el Estado tendrá el carácter de subordinada, salvo respecto de cualesquiera créditos no privilegiados que correspondan a los accionistas.

c) Ampliación del plazo de las concesiones, elevación de tarifas y liquidación de ingresos adicionales.

Con el fin de compensar los sobrecostos por expropiaciones, el Ministerio de Fomento, previo informe del Ministerio de 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 se refiere el apartado Dos. b).2ª.a) del préstamo participativo otorgado al amparo de esta disposición.

La elevación de las tarifas será escalonada.

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.

Si con estos ingresos adicionales se amortizase totalmente el préstamo antes de su vencimiento, se procederá a su cancelación anticipada y al reequilibrio económico-financiero de la concesión".

Y en el apartado Cuatro de dicha Disposición Adicional se establece que:

" Reclamaciones y recursos.

El acogimiento por las sociedades concesionarias a una cualquiera de las medidas reguladas en los anteriores apartados Dos y Tres 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".

De esta normativa se desprende:

1.- Que nos encontramos ante una actividad reglada que impone a la Administración la concesión del préstamo, si se cumplen las condiciones que la misma establece, como se desprende del término *" el préstamo se otorgará , a solicitud de la concesionaria"*, con carácter imperativo.

2.- Que la finalidad de estos préstamos participativos es el abono del justiprecio fijado por acuerdos firmes del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa o sentencias firmes y sólo por la suma del justiprecio pagado o pendiente de pago que exceda del 175 por 100 de las cantidades previstas por la concesionaria en su oferta para el abono de las expropiaciones.

En consecuencia, no existe riesgo alguno de doble pago del exceso de justiprecio por parte de la Administración del Estado, ya que de conformidad con el apartado cuatro la solicitud del préstamo 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 en el sobrecoste de las expropiaciones.

En cualquier caso, si la Administración del Estado hubiera hecho frente al abono de las expropiaciones con carácter subsidiario, en virtud de la jurisprudencia de esta Sala, debería haber restado dichos abonos de la cantidad solicitada como préstamos participativos por no concurrir las condiciones para su concesión. Cuestión que no se suscita por la Administración.

4.- La norma, con rango de ley, y en consecuencia derogatoria de toda aquella del mismo rango que se le oponga, prevé que a pesar de la concesión del préstamo participativo, la solicitante pueda entrar en concurso de acreedores, con el único efecto de que si, con el fin de compensar los sobrecostes por expropiaciones, el Ministerio de Fomento, previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda, hubiera propuesto 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 se refiere el apartado Dos. b). 2ª.a) del préstamo participativo otorgado al amparo de esta disposición, *" dichos ingresos adicionales no formarán parte de la masa del concurso y se ingresarán directamente en el Tesoro para la amortización del préstamo"*.

Segundo.- Frente a la claridad de la norma se alega de una parte la ley concursal, que impide a la Administración contratar con empresas declaradas en concurso y de otra con el artículo 9 de la ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones . Al ser la Ley de presupuestos posterior a estas leyes, concursal y de subvenciones derogaría en su caso las disposiciones de éstas, además por su carácter especial. Pero es que la recurrente solicitó los préstamos participativos, cumpliendo todas las condiciones requeridas por la norma, incluso la de existencia de crédito presupuestario, acreditada en las actuaciones, antes de ser declarada en concurso, siendo así que como hemos visto en la Disposición Adicional tantas veces citada se dispone que *"l as solicitudes se resolverán antes de que expire el trimestre en el que se presentaron. El vencimiento de este plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa determinará que la correspondiente solicitud se entienda desestimada por silencio administrativo, sin perjuicio de la resolución que deba dictarse. El préstamo se hará efectivo en los 15 días naturales siguientes a la expiración del plazo señalado para resolver la correspondiente solicitud"*. Es evidente que cuando se solicita el préstamo participativo la empresa no se encontraba en concurso, y es a dicha fecha a la que ha de estarse.

Tercero.- Que en cualquier caso el silencio de la Administración ante el incumplimiento de la ley de Presupuestos de 2009, contradiciendo sus actos propios para reclamaciones precedentes en las mismas circunstancias, no puede beneficiarle excluyéndole de la masa del concurso, en perjuicio de la empresa que tenía derecho a dichos préstamos y del resto de acreedores que no podrían integrar dichos créditos, dicho esto sin perjuicio de las competencias del Juez del Concurso.

Cuarto .- Al tratarse de una norma legal, caso de entender que su aplicación pudiera vulnerar algún precepto constitucional o comunitario, lo que no se sostiene en la sentencia, hubiera sido necesario plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad o de prejudicialidad.

Quinto.- En consecuencia, el recurso debió ser estimado en los términos solicitados en la demanda, con condena en costas a la Administración demandada hasta la suma de 6000 euros, en virtud de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D.

Pablo Lucas Murillo de la Cueva AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO D. Nicolás Maurandi Guillén, A LA SENTENCIA DE **12 DE MAYO DE 2016 DICTADA EN EL RECURSO 439/2013**

Con el mayor respeto al parecer de la mayoría, disiento de la decisión que ha tomado en el presente recurso y de las razones que le han llevado a adoptarla.

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

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

La sentencia, en efecto, en vez de examinar si, efectivamente, se daban o no los presupuestos establecidos por la citada disposición adicional para tener derecho a tales préstamos, se desentiende de tal comprobación y deriva su atención hacia las cuestiones suscitadas por la contestación a la demanda. De ese modo, lo que en realidad hace la sentencia es prescindir de la propia disposición adicional 41ª.

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

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

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

Asimismo, se ha terminado advirtiendo que, al no ser posible su devolución, dada la declaración del concurso, los préstamos vienen a ser subvenciones que, naturalmente, no pueden percibir los concursados. E, incluso, se les califica de ayuda de Estado. De este modo, el Estado --que no ha satisfecho los préstamos



incumpliendo las normas legales especiales que los regulan y ha contribuido así decisivamente a que las concesionarias entren en concurso-- no paga lo que estaba obligado a satisfacer, contribuye así a que esas sociedades sean declaradas en concurso y, llegados a este punto, aduce esa situación para definitivamente exonerarse de las obligaciones que le impuso el legislador. No me parece que sea un proceder que la Sala deba avalar.

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

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ