



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER
ESPECIALIDAD DE POLÍTICAS PÚBLICAS

María Paula Jijón Andrade
Máster de Acceso a la Abogacía (Grupo D)

Tutor: Prof. José Ignacio Vega

Madrid
Enero 2022

Escrito de interposición de recurso contencioso administrativo

Con solicitud de suspensión cautelarísima *ex* artículo 135 LRJCA

De: TÚNEL DE TEIDE , S.A.

Contra: CABILDO INSULAR DE TENERIFE

**AL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE
SANTA CRUZ DE TENERIFE QUE CORRESPONDA POR REPARTO**

María Paula Jijón Andrade, procurador de los Tribunales y de la sociedad **TÚNEL DE TEIDE, S.A.** (en adelante, **TÚNEL DE TEIDE**) según se acredita en el poder adjunto, comparezco y, como mejor proceda en Derecho, respetuosamente

DIGO

PRIMERO. Que por medio del presente escrito interpongo, de acuerdo con los artículos 45 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, la **LRJCA**), **RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO** contra la resolución del **ACUERDO DEL PLENO DEL CABILDO INSULAR DE TENERIFE** (en adelante, el **CABILDO**) con fecha 2 de agosto de 2021 en la que se acordó el rescate de la concesión del Túnel de Teide (en adelante, el **ACUERDO DE RESCATE O ACUERDO**).

En el otrosí primero de este escrito se solicita la **SUSPENSIÓN CAUTELAR *INAUDITA PARTE*** de dicha resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 135 de la LRJCA.

SEGUNDO. Que el conocimiento del presente recurso corresponde a la **JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**, ya que se trata de dirimir la conformidad a Derecho de un acto dictado por la Administración pública (como es el **CABILDO**) que está sujeto al Derecho Administrativo. Son aplicables el artículo 1 de la LRJCA y el artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

TERCERO. Que la **COMPETENCIA** para conocer del presente recurso es del Juzgado al que nos dirigimos, *ex* artículos 8 y 14 de la LRJCA.

CUARTO. Que **TÚNEL DE TIEDE, S.A.** tiene **CAPACIDAD PROCESAL**, a los efectos previstos en el artículo 18 de la LRJCA en relación con el artículo 6.1 3º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, **LEC**), en la medida en que se trata de una sociedad mercantil válidamente constituida, investida por lo tanto de personalidad jurídica.

QUINTO. Que **TÚNEL DE TIEDE, S.A.** tiene **LEGITIMACIÓN ACTIVA**, según el artículo 19.1 a) de la LRJCA, en la medida en que el **ACUERDO DE RESCATE** referido acuerda tanto:

- (i) el rescate de la **CONSESIÓN** de mi representada, que se hará efectivo con fecha 31 de agosto de 2021; y
- (ii) el pago de una indemnización por el rescate a **TÚNEL DE TEIDE**, que se fija en 40 millones de euros.

En este sentido, es evidente que (i) dicha resolución afecta de manera directa e inmediata a los derechos e intereses legítimos de **TÚNEL DE TEIDE**, y que (ii) si el presente recurso se estima, mi representada obtendrá un beneficio patrimonial evidente.

SEXTO. Que la **LEGITIMACIÓN PASIVA** corresponde al **CABILDO INSULAR DE TENERIFE**, que es la Administración pública que dicta la resolución impugnada, de acuerdo con el artículo 21.1 a) de la LRJCA. El **CABILDO** tiene, obviamente, capacidad procesal.

SÉPTIMO. Que este recurso contencioso administrativo se interpone dentro del **PLAZO** establecido en el artículo 45 de la LRJCA¹.

Si bien el mes de agosto es inhábil en base al artículo 128 de la LRJCA, por los motivos de urgencia que se expondrán en el otro sí de este escrito, mi representada solicita que el mes de agosto se habilite para este procedimiento. Ya que la LJCA no establece un procedimiento para la habilitación del mes de agosto explícitamente, en base a su Disposición Final Primera², nos referimos a la LEC para esta cuestión. Esta establece, en su artículo 131 que:

1. De oficio o a instancia de parte, los Tribunales podrán habilitar los días y horas inhábiles, cuando hubiere causa urgente que lo exija. Esta habilitación se realizará por los Letrados de la Administración de Justicia cuando tuviera por objeto la realización de actuaciones procesales que deban practicarse en materias de su exclusiva competencia, cuando se tratara de actuaciones por ellos ordenadas o cuando fueran tendentes a dar cumplimiento a las resoluciones dictadas por los Tribunales.

2. Se considerarán urgentes las actuaciones del tribunal cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial.

3. Para las actuaciones urgentes a que se refiere el apartado anterior serán hábiles los días del mes de agosto, sin necesidad de expresa habilitación. Tampoco será necesaria la habilitación para proseguir en horas inhábiles, durante el tiempo indispensable, las actuaciones urgentes que se hubieren iniciado en horas hábiles.³

Además, como lo estableció la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia del 10 de abril de 2008, atendidas las circunstancias de este caso, el Juzgado puede tomar la decisión de habilitar este mes sin necesidad de oír a la parte contraria. La Sala entiende que (página 5):

“en esta jurisdicción contencioso-administrativa- modulada por la posibilidad de habilitación de oficio (del mes de agosto) que se contempla en el artículo 131 de la posterior LEC, de aplicación supletoria de conformidad con la Disposición Final Primera, sobre todo en un supuesto como el de autos en el que la medida cautelar

¹ La fecha de interposición de este escrito, para conservar la posibilidad de interponerlo, se asume que es el día 12 de agosto de 2021.

² Disposición final primera. Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil.

³ Énfasis añadido.

provisinalísima e in audita parte es adoptada (artículo 135 de la LRJCA (EDL 1998/44323)) por el Juez o Tribunal "atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso... sin oír a la parte contraria". Resultaría absurdo tener que oír previamente a las partes -que, además, procesalmente todavía no existen- para poder habilitar el mes de agosto y no ser necesario hacerlo en cuanto a la medida cautelar"⁴

En este caso, considerando que el **ACUERDO** es del 2 de agosto y se realizará el **RESCATE** el 31 de agosto, de no habilitarse el mes de agosto con la mayor brevedad posible, **TÚNEL DE TEIDE** quedaría en completa indefensión ya que el **ACUERDO DE RESCATE** se ejecutará y se rescatará la **CONCESIÓN** de mi representada antes de que esta pueda presentar si quiera su caso. Además, sin la habilitación de este mes, como se expondrá a continuación, se perderá el fin legítimo de este recurso de interposición. Por ende, considerando el gravísimo perjuicio que esto puede ocasionar a **TÚNEL DE TEIDE** y la necesidad de buena administración de justicia, el mes de agosto debe habilitarse sin necesidad de oír previamente a la contraparte como bien estableció el Tribunal Supremo.

OCTAVO. Que, en cumplimiento de lo exigido por el artículo 45 de la LRJCA, se adjuntan al escrito de interposición del recurso los **DOCUMENTOS** siguientes:

- a. Poder del procurador (**documento n° 1**).
- b. Acuerdo para el ejercicio de acciones, adoptado por el consejo de administración de **TÚNEL DE TEIDE** (**documento n° 2**). El consejo tiene atribuidas por la ley y por los estatutos (**documento n° 3**) las funciones de representación de la sociedad, por lo que es competente para adoptar este acuerdo.
- c. Acto administrativo impugnado, el **ACUERDO DE RESCATE DE LA CONCESIÓN** (**documento n° 4**).

⁴ Énfasis añadido.

DÉCIMO. Que el presente recurso tiene que tramitarse por los cauces propios del **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**, ya que no concurren los supuestos para la tramitación del procedimiento abreviado previsto en el artículo 78 de la LRJCA.

UNDÉCIMO. Que a efectos de tramitación procesal, y sin perjuicio de lo que se acuerde en el momento oportuno conforme al artículo 40 de la LRJCA, se indica que la **CUANTÍA** del presente recurso queda indeterminada hasta posteriores momentos procesales.

DUODÉCIMO. Que no es exigible la **TASA** por el ejercicio de la potestad jurisdiccional para la interposición del recurso contencioso administrativo.

Por lo expuesto, al Juzgado respetuosamente

SUPLICO

Que habilite el mes de agosto para tramitación de este recurso y esta medida cautelar, que tenga por presentado este escrito con sus documentos adjuntos y, previas las actuaciones oportunas, admita el recurso contencioso administrativo contra la resolución del **ACUERDO DE RESCATE** y emplace el **CABILDO** para que se persone y remita el expediente administrativo.

Es Justicia.

OTROSÍ DIGO: SUSPENSIÓN CAUTELAR *INAUDITA PARTE* DE LA EJECUTIVIDAD DEL ACUERDO DE RESCATE CON FECHA DE 31 DE AGOSTO DE 2021.

Solicitamos al Juzgado que, en atención a las muy especiales circunstancias que concurren en este caso, adopte *inaudita parte* la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del **ACUERDO DE RESCATE**.

Esta solicitud se formula al amparo del artículo 135 de la LRJCA, con base en las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA. PLANTEAMIENTO

1. La resolución que es objeto del presente recurso ordena:
 - (i) el **RESCATE DE LA CONCESIÓN** para la construcción, conservación y explotación de la carretera de peaje del túnel que cruza el pico del Teide, por motivos de interés público, que se hará efectivo con fecha 31 de agosto de 2021;
y
 - (ii) el pago de una indemnización por el rescate a **TÚNEL DE TEIDE**, que se fija en 40 millones de euros.

SEGUNDA. REFERENCIA A LOS HECHOS DEL CASO

2. Glosamos en esta alegación los hechos que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgado a la hora de resolver la presente solicitud.
3. Mi representada, la empresa concesionaria **TÚNEL DE TEIDE, S.A.** fue la adjudicataria del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación como carretera

del peaje del túnel que cruza el pico de Teide (en adelante, el “**CONTRATO**” o la “**CONCESIÓN**”). Esta **CONCESIÓN** fue licitada en el año 1990 por la autoridad competente, el **CABILDO** Insular de Tenerife. Es importante mencionar que el único objeto social de mi representada es llevar a cabo la **CONCESIÓN**, como establecen sus estatutos sociales (**documento nº 3**). En otras palabras, mi representada fue creada y existe solamente en condición de **CONCESIONARIA** de la carretera y el túnel del Teide.

4. Tanto los pliegos de licitación como lo previsto en el **CONTRATO**, a mi representada **TÚNEL DE TEIDE** se le otorgó:

(i) la obligación de construir una carretera de 40 kilómetros en los municipios de Puerto de la Cruz y Arona. Esta incluía la construcción de un túnel de 10 kilómetros que cruza el pico del Teide y,

(ii) el derecho de explotar esta **CONCESIÓN** durante 33 años (hasta el 31 de diciembre de 2023) cobrando un peaje de 5 euros a cada usuario que la utilice.

5. Cumpliendo con lo pactado, mi representada construyó tanto la carretera como el túnel, y la obra se inauguró en el año 1991. Esta obra permitió que los residentes de Arona y otros 20 municipios cercanos finalmente puedan acceder al Puerto de la Cruz, dado que antes no existía otra vía de acceso para estos residentes. Considerando la necesidad y frecuencia de uso de la carretera y el túnel por estos usuarios, se acordó una bonificación en el precio del peaje para los residentes de la zona. Los residentes por lo tanto tienen un carné especial y pagan solamente 1 euro por el uso de la carretera y el túnel, mientras que el propio **CABILDO** paga los 4 euros restantes a mi representada. Estas condiciones se pactaron en el **CONTRATO** desde su inceptión en el año 1990. En ningún momento de la **CONCESIÓN**, ninguna de las partes mostro insatisfacción con este arreglo ni sugirió una modificación del sistema de bonificaciones para residentes.

6. Sin embargo, con fecha 2 de agosto de 2021, y fuera del plazo de 6 meses para hacerlo ya que el expediente de incoó el 14 de enero de dicho año, se notificó a mi representada que el Pleno del **CABILDO** acordó lo siguiente (en adelante el “**ACUERDO DE RESCATE**”):

- (i) el rescate de la **CONCESIÓN**, por motivos de interés público, que se haría efectivo el 31 de agosto de 2021 y,
- (ii) el pago de una indemnización a **TÚNEL DE TEIDE** de 40 millones de euros.

7. En dicho **ACUERDO DE RESCATE**, el **CABILDO** ha decidido ejercitar su potestad de rescate mediante esta declaración unilateral que reversará el derecho de explotación al **CABILDO**, que procederá con la eliminación de todos los peajes de la carretera y el túnel volviéndose así gratuita para todos los usuarios, pendiente el pago de la mencionada indemnización. El motivo de interés público que se ha dado por parte del **CABILDO** para justificar este **RESCATE** es que se pretende acabar con la situación de discriminación que actualmente sufren los habitantes de Arona y los otros municipios, mientras que el resto de los habitantes de la isla no están en esa situación ya que las otras carreteras que emplean son gratuitas.

8. Cabe mencionar que durante los 30 años que la **CONCESIÓN** funcionó, no hubo ni incidencias ni reclamos por parte del **CABILDO**, manteniéndose tanto el precio regular de 5 euros para los usuarios no residentes y de 1 euro para residentes, con el **CABILDO** asumiendo esta diferencia de 4 euros. Las condiciones de contratación y de explotación han permanecido exactamente iguales desde el año 1990, sin que el **CABILDO** reclamase nada a mi representada. Esta supuesta “discriminación o interés público” que permite el rescate por motivos de orden público, no nace de ningún cambio en las condiciones de contratación originalmente pactadas que han sido respetadas y honoradas por ambas partes durante tres décadas.

**TERCERA. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 135 DE LA LRJCA A ESTE CASO:
CONCURREN CIRCUNSTANCIAS DE ESPECIAL URGENCIA QUE
JUSTIFICAN QUE SEA ADOPTADA *INAUDITA PARTE* LA SUSPENSIÓN
CAUTELAR**

9. Lo primero que esta parte acreditará es la existencia, en este caso, de las circunstancias establecidas en el artículo 135 LRJCA para la adopción de esta medida cautelar *inaudita parte*. Este artículo, en su primer apartado dicta lo siguiente:

“Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130”.

10. Si bien las “circunstancias de especial urgencia” constituyen un concepto jurídico indeterminado, que jurisprudencialmente se identifica con el contexto fáctico que revele una notable urgencia en la adopción de las medidas cautelares. BUENO ARMIJO Y RODRÍGUEZ PORTUGÉS⁵ definen esta especial urgencia como:

Se trata de la concurrencia de unas «circunstancias de especial urgencia», es decir, un peligro, un periculum in mora de especialísima intensidad, «de modo que sólo adoptando las medidas adecuadas inmediatamente puede evitarse o paliarse». (...)»⁶

11. Esto lo corrobora la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su auto de 21 de diciembre de 2017 en el cual establece que:

“El referido precepto procesal permite la adopción de medidas cautelares, sin oír a la parte contraria, cuando concurren circunstancias de especial urgencia, es decir, circunstancias que pongan de manifiesto que, caso de seguir la tramitación ordinaria del incidente, prevista en el art. 131, la adopción de la medida cautelar resultaría ineficaz, ante una ejecución inmediata y difícilmente reversible del acto impugnado. Son, fundamentalmente, estas dos circunstancias, inmediatez de la ejecución del acto y dificultad o imposibilidad de reversión de esta, las que justifican, en su caso, que el interesado acuda

⁵ ANTONIO BUENO ARMIJO MANUEL A. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, *El Fumus Boni Iuris Como Criterio Contrario Al Solicitante De Medidas Cautelares. ¿Un Traidor Entre Los Aliados?* Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 172, Madrid, enero-abril (2007), pág. 236.

⁶ Énfasis añadido.

diligentemente a la adopción de la medida cautelar con carácter de urgencia, (...)⁷”

12. Pues bien, entendemos que en el caso que nos ocupa concurre esta especial urgencia en la adopción de la suspensión cautelar de la ejecutividad del **ACUERDO DE RESCATE** de la **CONCESIÓN** de mi representada, ya que se cumplen con ambos requisitos de la especial urgencia.

(i) **Inmediatez de la ejecución del acto.** Como se ha establecido en los hechos la urgencia temporal imposibilita la tramitación de esta medida cautelar por vía ordinaria. En el **ACUERDO DE RESCATE**, se fechó el rescate de la carretera y el túnel tan solo 29 días después de su acuerdo el 2 de agosto de 2021, ósea el 31 de agosto de 2021. Considerando que la tramitación de una medida cautelar ordinaria comúnmente requiere 3 o 4 meses, la tramitación ordinaria sería fútil ya que el rescate ya se hubiera llevado a cabo y la medida, al igual que el recurso buscado, perderían su finalidad *de facto*. Por ende, *hay una especial urgencia meramente logística* de adoptar esta medida cautelar antes del 31 de agosto, fecha en la cual sería efectivo el rescate y cualquier otra medida cautelar perdería toda eficacia.

(ii) **Dificultad o imposibilidad de revertir la misma.** Una vez efectuado el **RESCATE**, terminaría *de facto* la **CONCESIÓN** y se retirarían todos los peajes pasando a ser gratuito el uso de la carretera y el túnel. Si bien el inmenso peligro en la demora de suspender el **ACUERDO** se expondrá más a fondo en la siguiente sección de este escrito (párrafos 16 al 26), en resumen, hay tres principales peligros que crean gran dificultad o imposibilidad de revertir la situación si no se procede a otorgar esta medida cautelarísima.

i. En primer lugar, no suspender el **ACUERDO** hace imposible revertir la situación si consideramos el el tiempo de duración restante de la **CONCESIÓN** en sí. La **CONCESIÓN** esta pactada hasta el 31 de

⁷ Énfasis añadido.

diciembre de 2023. Si no se toma esta medida cautelarísima, es imposible tomar cualquier tipo de otra medida cautelar ya que el **RESCATE** habrá ocurrido. Una vez realizado el **RESCATE**, habría que esperar a la tramitación de todo este recurso contencioso administrativo, que con sus respectivas instancias. Este proceso entero puede tomar mucho tiempo, probablemente más del que queda de **CONCESIÓN**. Por ende, incluso si mi representada recibe una sentencia favorable no habrá **CONCESIÓN** que recuperar si no se toma esta medida *inaudita parte* siguiendo el procedimiento del art. 135 de la LRJCA. En otras palabras, si no se adopta esta medida cautelarísima y no se suspende el **ACUERDO** antes del 31 de agosto, el **RESCATE** fuera irreversible *de facto*, porque en el caso de obtener una sentencia favorable, para cuando mi representada pueda recuperar su **CONCESIÓN**, ya no existiría **CONCESIÓN** que recuperar. El peligro en la demora es la pérdida total del fin legítimo de este recurso.

- ii. En la misma línea, si no se toma esta medida cautelar **ANTES** de que ocurra el **RESCATE**, revertir este es imposible, no solo por tiempo que tomaría este recurso, sino por la infraestructura actual y necesaria de mi representada para mantener la **CONCESIÓN**. Dado que parte de la **CONTRATO** involucra la mantención de la vía y la utilización del peaje, hoy en día mi representada dispone de toda la maquinaria, equipos y personal necesaria para cumplir con esta obligación contractual. Si no se suspende el **ACUERDO** a tiempo, toda esta infraestructura tendrá que liquidarse de algún modo ya que no puede quedar a la expectativa de si se recupera o no la **CONCESIÓN** durante años. Mantener toda la infraestructura (maquinaria, equipos, personal, etc) en *stand-by* sin tener ingresos algunos es económicamente imposible para mi representada. Por ende, si no se toma esta medida de manera inmediata, se perderá toda la infraestructura necesaria para el funcionamiento de la **CONCESIÓN**.
- iii. Finalmente, otro importante peligro de la demora es la orden de demolición de los peajes que contiene el **ACUERDO DE RESCATE**.

Toda la infraestructura de los peajes fue diseñada y construida por el famoso arquitecto Calatrava y tal es su importancia artística que la autoridad competente nombró todos los peajes Bienes de Interés Cultural de las Islas Canarias. Si no se procede con esta medida cautelar urgente *inaudita parte*, se destruirán estos bienes y su reposición será imposible antes de que se pueda adoptar una medida cautelar tradicional o tramitar todo este recurso contencioso-administrativo.

13. Dado que se cumplen con los requisitos de “**especial urgencia**” contenidos en el artículo 135 LRCA, esta medida cautelar debe adoptarse siguiendo este tipo procesal, ya que, de no ser así, no solo se perdería el objeto de este recurso, sino que la imposibilidad temporal crearía una gravísima indefensión a los intereses de mi representada.

CUARTA. SE CUMPLEN LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA LRJCA PARA ADOPTAR LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA

14. Una vez establecida la especial urgencia del caso, mi representada cumple con todos los requisitos de los artículos 129 y siguientes de la LRJCA para la adopción de medidas cautelares. Estos vienen definidos en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en su (por ejemplo, sentencias de 5 de marzo de 2014 y de 18 de junio de 2013):

- a. La existencia del *periculum in mora*, que se identifica con la pérdida de la finalidad legítima del recurso en caso de que la cautela solicitada no se adopte. En el artículo 130.1 de la LRJCA, inciso segundo, se establece que:

“...la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

- b. Además, la LRJCA exige una detallada *ponderación del interés general o de tercero* que pueda verse afectado por la adopción de la medida cautelar. En

concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*:

“...la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”.

- c. Como aportación jurisprudencial debe tenerse en cuenta la doctrina de la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* de la pretensión de fondo. Esta doctrina permite, en un marco de provisionalidad, dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, a los fines de la tutela cautelar.

15. Una vez que hemos explicado en qué consisten los requisitos establecidos en la LRJCA y la aportación jurisprudencial del *fumus bonis iuris* para la adopción de las medidas cautelares, tenemos que referirnos a la aplicación de dichos requisitos en el caso que nos ocupa:

A. PERICULUM IN MORA

16. En cuanto al *periculum in mora*, hay que partir de la base de que la finalidad última de toda medida cautelar es evitar “perjuicio de difícil o imposible reparación” según la doctrina del Tribunal Constitucional, que en su sentencia 14/1992 lo define como:

“...situación impeditiva o gravemente obstaculizadora del derecho de tutela judicial efectiva”.

17. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia del 22 de junio de 2004 establece que:

"El periculum in mora, según su configuración tradicional, en lo que se traduce es en la necesidad de que, al menos indiciariamente, se constate que la

ejecución del acto administrativo objeto de impugnación podrá tener una incidencia lesiva sobre los intereses o derechos del recurrente, de tal entidad o naturaleza que, en el supuesto de que la impugnación jurisdiccional tenga éxito, el resultado procesal obtenido resultará inútil para reparar de manera satisfactoria la lesión producida."⁸

18. Básicamente, el requisito de *periculum in mora* establece que, en el caso de no adoptársela medida cautelar, incluso si la decisión del recurso interpuesto en este escrito favorece a mi representada, se perdería el objeto del litigio: la **CONCESIÓN**. Este requisito se cumple al pie de la letra en el caso que nos ocupa considerando las acciones planeadas por el **CABILDO** para finales del mes de agosto por tres motivos en particular.
19. El primer motivo, siendo el más preocupante, es meramente logístico. La finalidad de este recurso es la preservación de la **CONCESIÓN** a manos de **TÚNEL DE TEIDE**. Si no se procede a la suspensión del **ACUERDO DE RESCATE** mediante la medida cautelarísima, y se continua la tramitación regular del recurso, incluyendo los subsiguientes recursos, van a haber pasado más de dos años, que es más que el tiempo restante de la **CONCESIÓN** (pactada hasta el 31 de diciembre de 2023). Así que de prosperar este recurso y anularse el **RESCATE**, ya no habrá **CONCESIÓN** que devolver a mi representada.
20. Es más, **TÚNEL DE TEIDE** se constituyó con el único objeto social de manejar la **CONCESIÓN** como consta en los estatutos de mi representada (**documento nº 3**) y se preestableció en su escritura, realizada ante el Notario 14 de La Palma en Tenerife, una fecha para su disolución en cuanto esta terminara el 31 de diciembre de 2023. Por ende, aún cuando prospere nuestro recurso, mi representada estaría en causal de resolución para cuando se anule el **RESCATE** y pueda recuperar la **CONCESIÓN**. En otras palabras, sin esta medida cautelar, para cuando **TÚNEL DE TEIDE** consiga una sentencia favorable en un par de años, no habrá quien ni que recuperar habiéndose perdido completamente el fin legítimo de este recurso.

⁸ Énfasis añadido.

21. El segundo motivo, y en la misma línea del primero, involucra la logística de esta **CONCESIÓN**. Dentro del derecho de explotar la carretera y el túnel, mi representada tiene la obligación de mantener y preservar las vías. Para esto se requiere una basta infraestructura de maquinaria, equipos y personal de mantenimiento y operacional del peaje. Si no se adopta la medida cautelarísima en cuestión, y llegado el 31 de agosto, se lleva acabo el **RESCATE**, mi representada se verá obligada a liquidar toda esta infraestructura ya que es imposible mantenerla a la expectativa de si se recuperará o no la **CONCESIÓN**, sobre todo considerando que una vez que ocurra el **RESCATE**, mi representada se quedará sin ingreso alguno al ser esta **CONCESIÓN** su única actividad económica. Sin infraestructura, recuperar la **CONCESIÓN** es *de facto* imposible para mi representada.
22. Finalmente, el último motivo, pero no menos severo, sí no se adopta la medida cautelarísima de suspender el **ACUERDO DE RESCATE**, el día 31 de agosto, el **CABILDO** rescatará la **CONCESIÓN** y según los términos del **ACUERDO** mi representada se verá obligada a demoler los peajes del túnel. Si bien esta es una pérdida económica relevante para **TÚNEL DE TEIDE**, la pérdida cultural y artística, no solo es invaluable, sino ilegal bajo la normativa cultural pertinente.
23. Diseñados y contruidos por el famoso arquitecto Santiago Calatrava Valls, los peajes y toda la infraestructura de la concesión, dado su contribución a la malla cultural de la isla, fueron declaradas Bienes de Interés Cultural de las Islas Canarias. Recogido en el Título II, artículo 9 de la Ley 1/2019 de 25 de abril, del Patrimonio Cultural de las Islas Canarias. Este establece:

1. Los bienes que componen el patrimonio cultural de Canarias se clasificarán en alguno de los siguientes niveles de protección:

a) Bienes de interés cultural. Se declararán bienes de interés cultural aquellos bienes muebles, inmuebles e inmateriales más sobresalientes de valor histórico, artístico, arquitectónico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico, documental, lingüístico, paisajístico, industrial, científico o técnico o de naturaleza cultural, así como los que constituyan testimonios singulares de la cultura canaria.

24. En este caso, el **CABILDO** no solo esta infringiendo su deber establecido en el artículo 14 y 16 de la citada ley⁹ de proteger estos Bienes de Interés Cultural, sino que esta cometiendo una infracción muy grave, reguladas en el artículo 140 de dicha ley, en materia de patrimonio cultural de Canarias al incluir tan imprudente orden de destruir estos peajes sin debida autorización en el **ACUERDO DE RESCATE**. Este artículo incluye como infracción grave:

Artículo 140. Infracciones muy graves.

Constituyen infracciones muy graves en materia de patrimonio cultural de Canarias:

a) Demoler total o parcialmente, sin autorización para ello, cualquier bien de interés cultural, bien catalogado, o con procedimiento incoado al efecto, o, en su caso, cualquier elemento específicamente protegido.¹⁰

25. Considerando que el **CABILDO** no ha obtenido ninguna autorización detallada en el artículo 73.1¹¹ de dicha ley para llevar a cabo la destrucción de estos peajes, su destrucción, a manos de mi representada como ordena el **ACUERDO**, constituiría una infracción muy grave sancionada en el artículo 141.1.c de la mencionada ley “*con una multa desde ciento cincuenta mil un euros hasta seiscientos mil euros.*” Por ende, no solo hay un gran peligro

⁹ **Artículo 14. Disposiciones generales.**

En el marco de sus respectivas competencias, las administraciones públicas de Canarias, respecto del patrimonio cultural de Canarias, deberán:

a) Asegurar su mantenimiento, conservación y utilización compatible con los valores que ostenta, con independencia de su titularidad y régimen jurídico, garantizando que su gestión se produzca sin merma de su potencialidad y de modo compatible con la finalidad de protección, preservándolo para las generaciones futuras, bien llevando a cabo directamente las medidas oportunas, bien facilitando a entidades públicas y personas físicas y jurídicas privadas las ayudas pertinentes para el cumplimiento de dichos fines.

Artículo 16. Competencias de los cabildos insulares.

Corresponden a los cabildos insulares las siguientes competencias:

k) Adoptar, en caso de urgencia, medidas cautelares para impedir las actuaciones que signifiquen riesgo de destrucción o deterioro para el patrimonio cultural de Canarias.

¹⁰ Énfasis añadido.

¹¹ **Artículo 73.** Autorización previa para intervenciones en bienes inmuebles.

1. En los bienes inmuebles declarados de interés cultural o con procedimiento incoado al efecto será necesaria la autorización del respectivo cabildo insular, previo dictamen favorable de la comisión insular, para la realización de cualquier intervención, interior o exterior, o el cambio de uso. De dicha autorización se dará cuenta al Registro de Bienes de Interés Cultural, para su constancia. Asimismo, en los bienes inmuebles incluidos en el catálogo insular o con procedimiento iniciado al efecto también será necesaria la autorización del cabildo insular para la realización de cualquier intervención, interior o exterior, o el cambio de uso, sin que sea preceptivo el dictamen de la comisión insular.

de pérdida cultural, sino un peligro económico muy importante para mi representada en la demora de esta suspensión que hacen necesaria esta medida cautelar *inaudita parte*.

26. Como se ha expuesto, el peligro en la demora de tomar esta medida cautelarísima es exactamente el requerido por el artículo 130.1 de la LRJCA: la pérdida del fin legítimo de este recurso, o imposibilidad de mantener la **CONCESIÓN** en manos de **TÚNEL DE TEIDE** aún con una sentencia favorable tras el procedimiento contencioso-administrativo pendiente.

B. PONDERACIÓN DE INTERESES

27. En cuanto a la *ponderación de intereses*, es necesario llevar a cabo un juicio de valoración de los perjuicios que provocaría al recurrente la no adopción de la medida cautelar, en este caso que se suspenda el **ACUERDO DE RESCATE** frente a los perjuicios que al interés general o a los intereses de terceros provocaría la adopción de dicha medida, o que se lleve a cabo el **RESCATE**; y de este juicio valorativo se tiene que desprender la ausencia o levedad de la lesión del interés general o de terceros, frente a la evidencia de la lesión del interés del recurrente por la no adopción de las medidas cautelares solicitadas. Es decir: tiene que ser mayor el perjuicio que provoca la ejecución inmediata del **ACUERDO**, que el perjuicio que provoca la suspensión solicitada.
28. Además, el auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2003 afirma:

*“... cuando la suspensión cautelar sea la única vía para la efectividad de la futura sentencia estimatoria que pueda dictarse, los intereses públicos a considerar en ese juicio de ponderación deberán ser muy relevantes, y la necesidad de la inmediata ejecución del acto recurrido para atender tales intereses deberá constar de manera inequívoca”.*¹²

29. Dado que nos encontramos ante una situación en que la única vía para la efectividad de la futura sentencia estimatoria es la solicitada medida cautelarísima, el interés público para

¹² Énfasis añadido.

la inmediata ejecución del **ACUERDO DE RESCATE** debe ser muy relevante. ¿Cuáles son, entonces, los intereses a los cuales nos enfrentamos? Procederemos a analizar estos en ambas situaciones, con o sin la suspensión del **ACUERDO DE RESCATE**.

30. Si se acuerda la suspensión aquí solicitada, la situación de la carretera queda exactamente igual que los últimos 28 años. Los residentes de la zona deben abonar 1 euro, mientras que el resto de circulantes 5 euros en el peaje. Los gastos de esta bonificación permanecen idénticos para el **CABILDO**. No hay alteración alguna al interés general ni de terceros.
31. Sin embargo, si no se procede con la suspensión y de lleva acabo el **RESCATE** el día 31 de agosto, la situación cambia dramáticamente. Si bien esta carretera pasa a ser gratis para todos los usuarios, ¿que sucede con los 250 trabajadores y operarios que hoy en día mantienen el peaje? Sin la **CONSESIÓN**, nos vemos ante un despido objetivo masivo que sin duda afectará gravemente a muchas familias.
32. Además, como se mencionó en el apartado anterior, el **ACUERDO** tal y como está pactado, ordena la destrucción de las estructuras necesarias para el peaje, construidas por el famoso arquitecto Calatrava. La pérdida de estos Bienes de Interés Cultural es claramente de interés general y es invaluable.
33. Igualmente, invaluable es la pérdida completa de seguridad jurídica a la que se enfrenta mi representada. Al incumplir este plazo contractual sin correcta motivación, como prueba la jurisprudencia que se presentará en la siguiente sección, el **CABILDO** y su **ACUERDO** están poniendo en juego el principio de la seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), el principio de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y el principio de legalidad de la actuación administrativa (art. 103 CE). La importancia de estos principios y la gravedad de su incumplimiento son de gran interés público, en las palabras de FERNÁNDEZ VALVERDE¹³:

“La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama hoy el artículo

¹³ RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE, *El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Documentación Administrativa Nueva época, N. 4, (enero -diciembre 2017)

34 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (antes, artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y artículo 54 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 Constitución Española (CE) y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el artículo 24.2 CE, sino también por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa).

34. Todo esto sin mencionar la gravísima lesión económica que representa para mi representada este **RESCATE**, que dejará de percibir ingresos algunos y tendrá que liquidar toda su maquinaria y equipos, al igual que trabajadores.
35. Considerando las circunstancias del caso queda claro que la suspensión del **ACUERDO DE RESCATE** no trae lesiones *muy relevantes* al interés público, como requiere la jurisprudencia. Es más, esta medida no trae lesión alguna, ya que el *estatus quo* queda intacto. Sin embargo, si no se toma esta medida cautelarísima se afecta i) evidentemente, el interés privado de **TÚNEL DE TEIDE**, ii) el interés de terceros, o todos los trabajadores y operarios del peaje que perderían su sustento, Y iii) el interés general, aparte del despido masivo mencionado, la pérdida cultural que viene de la destrucción de las obras de Calatrava y por la vulneración de los principios de seguridad jurídica, de tutela efectiva y de legalidad de la actuación administrativa.
36. Por estos motivos, la ponderación de intereses demuestra que la no adaptación de la medida aquí solicitada traería consecuencias inmensurables e irreparables para todos los diversos intereses involucrados.

C. FOMUS BONIS IURIS

37. Por último, en cuanto al *fumus boni iuris*, la jurisprudencia ha declarado que este criterio es subalterno y complementario. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de diciembre de 2016 establece que:

“Como segunda aportación jurisprudencial ---y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia--- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.”

38. En primer lugar, y como se argumentará más a fondo en el debido momento procesal, este **ACUERDO DE RESCATE** es anable en base al artículo 48.3 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ya que se dictó en un procedimiento administrativo que ya había caducado. Según la normativa aplicable, el plazo del que disponía el **CABILDO** para resolver y notificar el expediente del **RESCATE** era de seis meses desde su incoación. Considerando que el procedimiento se incoó el 14 de enero de 2021 y no se resolvió hasta el 2 de agosto del mismo año, este plazo claramente había caducado y el **ACUERDO** es anulable.
39. Si bien el **CABILDO** entiende que el cómputo de este plazo estuvo interrumpido durante 30 días ya que **TÚNEL DE TEIDE** tardó en responder a un requerimiento de información que le formuló el **CABILDO**, esta supuesta suspensión del plazo es completamente artificial y ficticia como establece la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de febrero de 2021:

"En respuesta a las cuestiones, que según el Auto de admisión, presentan interés casacional, ha de afirmarse que la posibilidad de suspender el plazo para resolver el expediente, (...) procede cuando se precise la aportación de documentos y otros elementos de juicio que resulten "necesarios" para dictar la resolución oportuna. Lo determinante no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes sino que la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de

forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo".¹⁴

40. En este caso, el requerimiento del **CABILDO** a **TÚNEL DE TEIDE** no interrumpió el plazo por todos los motivos recalcados en la citada sentencia. Los documentos requeridos a mi representada no guardaban relación alguna con el **RESCATE**. Por ende, no eran “necesarios” para la resolución tardía a la cual llegó el **CABILDO**. Esto se probará mediante su presentación como prueba en el momento procesal correspondiente. Es más, y como corroborará el expediente administrativo, todos los documentos requeridos YA obraban en el poder del **CABILDO** cuando fueron requeridos a **TÚNEL DE TEIDE**. Tanto la falta de necesidad *de facto* (pues ya los tenían) como *de iuris* (no eran necesarios para la resolución), nos llevan a la conclusión de que su requerimiento es una forma artificial que perseguía la interrupción artificial del plazo que tenía el **CABILDO** para resolver el **ACUERDO DE RESCATE** evitando así, infructuosamente, su caducidad.
41. Si bien este argumento formal y de procedimiento por si solo bastará para anular el **ACUERDO**, en el caso de que no prospere, el fondo de este asunto determinará este recurso a favor de mi representada.
42. La jurisprudencia dicta que este requisito de *fumus bonis iuris* sólo puede ser **determinante de la adopción de la medida cautelar** en determinados supuestos tasados: en particular, cuando el acto impugnado se dicta en ejecución de una ley declarada inconstitucional o de un reglamento anulado, o cuando dicho acto sea idéntico a otros que ya han sido anulados.
43. En este caso, si bien no nos enfrentamos ni a una ley declarada inconstitucional ni a un reglamento anulado, nos enfrentamos un acto, el **ACUERDO DE RESCATE**, idéntico a otro que ya ha sido anulado por el Juzgado Contencioso Administrativo n. 3 de Palma en su sentencia n. 128/2020, y dicha anulación ya confirmó la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en su sentencia de 15 de febrero del 2021.

¹⁴ Énfasis añadido.

44. La asombrosa similitud de los hechos de este caso (en adelante, **TÚNEL DE SÓLLER**) en el que se anuló un acuerdo de rescate permiten que este se utilice para mostrar la solidez de los argumentos de mi representada. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en su sentencia de 15 de febrero del 2021 expone los siguientes hechos:

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

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

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

(...)

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

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

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

2.3 Que la via alternativa existent a la de peatge té unes característiques de traçat molt dificultoses i que converteix al túnel en la única alternativa funcional, la qual cosa representa un major sobrecost per a l'economia local. A més aquesta via es veu afectada per les condicions climatològiques, que la fan intransitable en determinades èpoques de l'any.¹⁵

45. La similitud entre estos hechos y los hechos de nuestro caso es basta. Ambas son concesiones de carreteras con peajes por 30 o 28 años tras licitaciones públicas. En ambas concesiones los residentes de la zona tenían bonificaciones y por ende pagaban menos por el peaje que los otros usuarios. Del mismo modo, en ambas concesiones, a pocos años de terminar, las diferentes autoridades, en el caso de **TÚNEL DE SÓLLER**, el *CONSELL DE LAS ISLAS BALEARES*, y en nuestro caso el *CABILDO INSULAR DE TENERIFE*, acordaron el rescate de las concesiones y lo justificaron en el interés público en base a unas supuestas discriminaciones.

46. Es tal la coincidencia de hechos que la resolución alcanzada por el Juzgado de Contencioso – Administrativo n. 3 de Palma en su sentencia 128/2020 y confirmada por el Tribunal

¹⁵ Énfasis añadido. (Traducción al español): *2.1 El garantizar la igualdad de trato para todos los usuarios del túnel, ya que únicamente los vecinos de Sóller y Fornalutx disfrutaban de unas bonificaciones en las tarifas.*

2.2 Terminar con el agravio comparativo que el pago del peaje representa por los residentes de unos municipios de Mallorca respecto a otros municipios de la isla, que también cuentan con infraestructuras de similares características, pero no deben pagar peaje.

2.3 Que la vía alternativa existente a la de peaje tiene unas características de trazado muy difíciles y que convierte al túnel en la única alternativa funcional, lo que representa un mayor sobrecoste para la economía local. Además, esta vía se ve afectada por las condiciones climatológicas, que la hacen intransitable en determinadas épocas del año.

Superior de Justicia de las Islas Baleares, o la anulación del acuerdo de rescate del **TÚNEL DE SÓLLER**, confirma la solidez de nuestras pretensiones y la procedencia de este recurso, sin entrar en el fondo del asunto.

47. La Sala del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares al analizar el recurso de apelación estableció que:

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

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

"Conviene tener en cuenta que si bien el rescate es una forma excepcional de conclusión del contrato administrativo a modo de resolución unilateral de la Administración o potestad expropiatoria de una concesión de servicio público ello precisa de la concurrencia de un interés público, que ha de concurrir de forma sobrevenida (STS de 5.4.1999 (RJ 1999, 4510) , recurso 7541/1994 , 25.9.1987). Por consiguiente, por muy política y discrecional que sea dicha potestad de rescate tropieza con el infranqueable límite de la concurrencia de un concepto jurídico indeterminado que necesariamente ha de concurrir de forma clara y meridiana: el Interés público. Este concepto debe ser puesto en relación con el de adecuación a fin a que refiere el art.34.2 de la Ley 39/2015 (RCL 2015, 1477) , de 1 de octubre del PAC, de aplicación y los principios de buena Administración a que se refiere la Legislación de contratos del Estado (art.3). Y esos principios de buena Administración, según se extrae del art.34.2 de la Ley 39/2015 , exigen que dicho Interés público-

-Ha de existir: REAL.

-Ha de estar contrastado en el expediente: DETERMINADO.

-Ha de ser conforme a la legislación: LÍCITO.

-Ha de representar una utilidad para la colectividad: EFICAZ (art.9.3 de la CE (RCL 1978, 2836))"

Y resuelve la cuestión en los siguientes fundamentos jurídicos:

"QUINTO.- Aunque no se mencionan expresamente en el Acuerdo de Rescate (que se limita a remitirse a lo ya dicho en el acuerdo de inicio del expediente de rescate y en los informes jurídicos de la Secretaría General del Consell), las razones de interés público en las que pretende basarse el rescate son las siguientes:

(i) Discriminación a favor de los que disfrutan de bonificaciones en los peajes.

(ii) Discriminación a favor de otros habitantes de la isla que no pagan peajes.

(iii) Las dificultades de la ruta alternativa.¹⁶

48. En el caso que nos ocupa tanto los hechos como el motivo del rescate son muy similares. El **CABILDO** motiva el **ACUERDO DE RESCATE** en un supuesto “*interés público*” de acabar con la situación de discriminación que actualmente sufren los habitantes de Arona y los veinte municipios cercanos al Teide. Como se probará en su debido momento procesal, al igual que el rescate de **TÚNEL DE SÓLLER**, el **RESCATE** en cuestión no está motivado por “*interés público*” ni REAL, ni DETERMINADO, ni LÍCITO, y sobre todo no responde a una utilidad EFICAZ para la colectividad. Por estas bases jurídicas ya

¹⁶ Énfasis añadido.

sentadas por el Tribunal Superior de Justicia, nuestro caso prosperará y se anulará el **ACUERDO DE RESCATE**.

49. Sin embargo, y considerando la semejanza tanto de los hechos como de las supuestas razones establecidas para los rescates, esta parte señala 5 de los 10 conclusiones del propio Tribunal Superior de Justicia para negar la apelación del *Consell Insular de Mallorca* en el caso de **TÚNEL DE SÓLLER**, que recalcan la insuficiencia de la motivación y la falta de proporcionalidad, que sirvieron de base para anular el rescate de **TÚNEL DE SÓLLER** y que prueban la solidez de los argumentos jurídicos de mi representada, sin entrar a juzgar el fondo del asunto.
50. En cuanto la discriminación de los usuarios del túnel de Teide como motivo interés público para justificar un rescate de la concesión, el Tribunal Superior de Justicia llegó a estas cuatro conclusiones acerca de esta misma motivación en **TÚNEL DE SÓLLER**:

Conclusión 1.- Si la causa del rescate por razones de interés público ha de ser posterior al momento de la adjudicación del contrato, no puede predicarse esto último de una concesión que se aprobó bajo la condición de imposición de un peaje. Ello no explicaría por qué no se rescató antes, ni por qué se celebró el contrato en esas condiciones.

51. En este caso, los hechos nos llevan a estas mismas conclusiones. Primeramente, y como se ha explicado con anterioridad, las diferencias en el precio del peaje se pactaron desde el comienzo de la **CONCESIÓN** hace 30 años. No hay circunstancias nuevas de ningún tipo que permitan alegar, con estos mismos precios, hoy en día una supuesta discriminación. Como bien dice el Tribunal Superior de Justicia, ¿Si estas condiciones de peajes resultaran, por si solas, discriminantes a los habitantes de Arona y de los veinte municipios cercanos, porque no se rescató antes? No queda ahí, si la discriminación es tal que justifica el **RESCATE**, ¿por qué se pactaron estos términos o/y por qué nunca se revisaron?

Conclusión 3.- La existencia de las bonificaciones fiscales a los usuarios beneficiados de dos municipios fue reconocida por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 4 de julio de 2006, recurso de casación 9890/2003 , como

*plenamente justificada y razonable. Que se alegue discriminación entre quienes usan esa carretera y pagan peaje y quienes usan otra y no pagan en Illes Balears supone, como indica la actora, olvidar la situación de las Carreteras en España entre diferentes Comunidades Autónomas, y en el seno de las mismas.*¹⁷

52. En segundo lugar, esta supuesta discriminación naciente de las diferentes bonificaciones no es discriminatoria sino lo opuesto. Como lo establece el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 4 de julio de 2006:

“Desde luego esa bonificación no afecta a la igualdad de trato de los usuarios de la vía ni es discriminatoria para ninguno de ellos por que responde a razones objetivas y razonables como son las pretendidas y a las que hemos hecho referencia, (...).

*Lo que prohíbe el principio de igualdad ante la Ley son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según pautas o juicios de valor generalmente aceptados. Y de igual manera para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es preciso que las diferencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.*¹⁸

53. En este caso, y como bien demuestran los pliegos de contratación de esta **CONCESIÓN**, claro que hay una desigualdad. Los habitantes de Arona y de los veinte municipios cercanos al Túnel solo deben pagar 1 euro en el peaje, mientras que el resto deben pagar 5 euros. Sin embargo, la discriminación no nace de las diferencias de precio, sino del trato desigual a iguales, o igual a distintos. Por ende, y al pie del principio de igualdad, esta disparidad viene dada de la diferencia entre los usuarios. Los residentes deben utilizar el túnel con mucha más frecuencia que los no residentes, dada la falta de vías alternas, por ende, la distinción en el precio es objetiva y razonable.

¹⁷ Énfasis añadido.

¹⁸ Énfasis añadido.

54. Habiendo probado la falta de discriminación a ciertos usuarios, la **CABILDO** alega igualmente en su **ACUERDO DE RESCATE**, que el mero hecho que existan en el resto de la isla carreteras completamente gratuitas ya es discriminatorio y motiva el “interés público” del **RESCATE**. Este argumento fue completamente rechazado por el Tribunal Superior de Justicia, en base a las siguientes conclusiones:

Conclusión 4.- Si la razón para rescatar una concesión de autopistas y carreteras fuese que se deben explotar de forma gratuita ello conllevaría el rescate de todas las concesiones de autopistas de peaje existentes, como bien dice la actora.¹⁹

Conclusión 6.- La consideración de que la explotación de la concesión como gratuita no tiene en cuenta los costes del rescate, así como que la explotación deberá ser financiada, probablemente, como indica la actora, con impuestos, a la que deberán contribuir quienes no son usuarios de la misma.

55. Como bien dice el propio Tribunal Superior de Justicia, la idea de que la mera existencia de carreteras públicas no puede implicar discriminación. Si el hecho que existan carreteras gratis sería suficiente para justificar este **ACUERDO DE RESCATE**, se podrían rescatar todas las concesiones de autopistas con peaje de España. La sentencia especifica que:

“No puede identificarse ese interés público en la gratuidad (...) porque precisamente en su día se consideró y por razones también de orden público autorizar la construcción y explotación de esa infraestructura por el régimen de peaje. Máxime cuando la concesionaria ha venido explotando con total normalidad ese contrato y sin que conste en el debate que se hubieran producido desencuentros ni irregularidades.”²⁰

56. **TÚNEL DE TEIDE** recalca que, en los 30 años de **CONCESIÓN**, tanto los precios como el sistema de bonificaciones originalmente pactado en 1990, nunca se cuestionaron, aún a

¹⁹ Énfasis añadido.

²⁰ Énfasis añadido.

sabiendas de la existencia de otras vías gratuitas en la isla. El **CABILDO** nunca solicitó la revisión de estos términos ni su insatisfacción con lo originalmente pactado.

57. Todas estas conclusiones del Tribunal Superior de Justicia demostraron la falta de motivación del acuerdo de rescate del *Consell Insular de Mallorca* en el caso de **TÚNEL DE SÓLLER**, y demostrarán esta misma falta de motivación que llevará al mismo resultado en nuestro caso: la anulación del **ACUERDO DE RESCATE DEL CABILDO INSULAR DE TENERIFE**. Sin embargo, hay otro motivo de anulación de **TÚNEL DE SÓLLER** que aplica directamente a los hechos de nuestro caso: la completa falta de proporcionalidad de la medida.

Conclusión 7.- La resolución impugnada, al margen del Informe de la secretaria, y no de forma suficiente, no ha valorado las alternativas posibles a la existencia de bonificaciones fiscales. Y en este sentido, ha de reconocerse que incurre en falta de proporcionalidad, como bien indica la actora, con cita de las STS de 4.4.1991 , 25.3.1998 (RA 4772/1990) y 14.7.1997 (RA 13738/1991), así como de la STJUE de 26.3.2015 caso Ambisig , y 21.12.2011 , asunto C-242/2010 ; exigida por el art.6.2 del RSCL de 17.6.1955, y por el art.84.2 de la LBRL (RCL 1985, 799, 1372) 7/1985, pues el recurso a a una figura excepcional como el rescate, privando a la contratista de su derecho a la continuación en la explotación del contrato requiere al menos que se acredite de forma suficiente su necesidad y adecuación a fin, en términos de beneficio directo y diáfano para el interés público, lo que en modo alguno consta, a la vista de los costes del rescate, y de la ausencia de previsión de la forma en que continuará la explotación y la de la financiación de dicha obra pública.²¹

58. LÓPEZ GONZÁLEZ²² define la proporcionalidad:

²¹ Énfasis añadido.

²² José Ignacio López González, *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Cuadernos de Derecho Público, núm 5 (septiembre-diciembre 1998), págs. 154- 156

“(...) como principio general de Derecho Administrativo que condiciona la actividad administrativa e instrumento de control jurisdiccional. De conformidad con la jurisprudencia, el principio de proporcionalidad exige de la actuación administrativa que exista siempre una justa adecuación de su contenido con los fines que se le determinan por el Ordenamiento jurídico.”²³

59. El autor procede a listar tres requisitos básicos para que se cumpla este principio. Estos son:

- (i) que el contenido de la actuación administrativa sea adecuado a los fines que la justifican,
- (ii) que la medida adoptada sea la necesaria, por menos restrictiva y moderada, para la consecución eficaz del fin perseguido por el Ordenamiento jurídico, y
- (iii) que la medida resulte equilibrada por derivarse de ella, para el interés general, beneficios superiores a las limitaciones o restricciones de derechos que la medida comporta.

60. Tanto en el caso de **TÚNEL DE SÓLLER**, como en el nuestro, la actuación del **CABILDO** no cumple con estos requisitos del principio de proporcionalidad. En primer lugar, el contenido de la actuación administrativa, en estos casos los rescates, no justifican el fin que busca. Estos en teoría buscan reparar una supuesta discriminación, sin embargo, como concluyó el Tribunal Superior de Justicia, no existe tal discriminación por ende rescatar las concesiones no es la actuación adecuada ya que el supuesto fin no existe. En segundo lugar, el rescate, siendo muy restrictivo para los derechos de los concesionarios, no es necesario ya que no solventa el supuesto problema. Finalmente, y similar a la ponderación de intereses que se llevó a cabo en la anterior sección (párrafos 27-36), los beneficios que supondría retirar el peaje no superan las limitaciones y restricciones de derechos que la medida comporta. Por ende, y llegando el Tribunal Superior de Justicia a esta misma conclusión, no se cumple con el principio de proporcionalidad con la que las Administraciones Públicas deben actuar en este **ACUERDO DE RESCATE**.

²³ Énfasis añadido.

61. Considerando el análisis de hechos idénticos tanto por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n. 3 de Palma, como el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, no cabe duda alguna que el **ACUERDO DE RESCATE** buscado por el **CABILDO** no justificado bajo interés público y, por ende, este recurso se basa en fundamentos sólidos que prosperarán, cumpliéndose así el requisito jurisprudencial de *fomus bonis iuris* de la medida cautelarísima que se solicita.

QUINTA. REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO

62. Dispone el artículo 135 de la LRJCA que, en caso de que se estime la solicitud de adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, el juez:

“...dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente, o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida”.

63. Entendemos que en el caso que nos ocupa no es precisa la celebración de vista, dado que la presente solicitud va acompañada de material probatorio suficiente en relación con las circunstancias que esta parte alega.

64. No obstante, si el Juzgado considerara oportuna la celebración de la comparecencia a que se refiere el citado precepto, esta parte entiende que es necesario que a dicha comparecencia se emplace, en condición de **testigos**, a las siguientes personas:

- Alberto Amestoy, Director de **TÚNEL DE TEIDE**
- Pablo Nbono Nka, Gerente de **TÚNEL DE TEIDE**
- María Cortez, Encargada de la plantilla de **TÚNEL DE TEIDE**
- Lourdes Aguilar, catedrática de historia del arte de la Universidad de La Laguna

65. La comparecencia de estas personas en la vista se considera necesaria, porque son ellas quienes conocen de primera mano cuáles son los perjuicios que este **ACUERDO DE RESCATE** ocasionaría a mi representada, a los terceros involucrados y a la malla cultural de la isla.

66. Por otro lado, el propio artículo 135 de la LRJCA establece que, en caso de que no se aprecien las circunstancias de especial urgencia, se ordenará la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131 de dicha ley.

SEXTA. COSTAS

Conforme al artículo 139.2 de la LRJCA, las costas del incidente de medidas cautelares deberán imponerse al **CABILDO**, en caso de que se oponga a la adopción de la medida solicitada por esta parte.

Por lo expuesto, al Juzgado respetuosamente

SOLICITO

Que una vez habilitado el mes de agosto, tenga por formuladas las alegaciones que anteceden y, en su virtud y previas las actuaciones oportunas:

Primero. Aprecie la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en este caso, y dicte un auto que ordene *inaudita parte* la suspensión cautelar de la ejecutividad del **ACUERDO DE RESCATE** del Túnel del Teide.

En caso de que tras dictar este auto el Juzgado convoque a las partes a la vista prevista en el artículo 135 de la LRJCA, acuerde el emplazamiento como testigos de las siguientes personas:

- Alberto Amestoy, Director de **TÚNEL DE TEIDE**
- Pablo Nbono Nka, Gerente de **TÚNEL DE TEIDE**
- María Cortez, encargada de plantilla en **TÚNEL DE TEIDE**
- Lourdes Aguilar, Catedrática de Historia del Arte

Esta parte se compromete a citar personalmente a los indicados testigos.

Segundo. Con carácter subsidiario respecto de lo anterior, dicte un auto que ordene la suspensión cautelar de la ejecutividad del **ACUERDO DE RESCATE** del Túnel del Teide, tras la tramitación ordinaria prevista en el artículo 131 de la LRJCA.

Es Justicia.

En Madrid, a 12 de agosto de 2021.

Letrado

María Paula Jijón

Procurador

ANEXO

RELACIÓN DE DOCUMENTOS ADJUNTOS A ESTE ESCRITO

Documento nº 1 Poder del procurador

Documento nº 2 Acuerdo para el ejercicio de acciones

Documento nº 3 Estatutos sociales de **TÚNEL DE TEIDE**

Documento nº 4 Resolución del **CABILDO** del **ACUERDO DE RESCATE**