



**FACULTAD DE DERECHO**

## **CASO PRÁCTICO ESPECIALIDAD POLÍTICAS PÚBLICAS**

Máster de Acceso a la Abogacía

Curso 2021-2022

**ENERO DE 2022**

**Realizado por:**

**Lourdes Aguilar Gutiérrez-Bolívar**

**Dirigido por:**

**Luis Seijo Resino**

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

DOÑA CRISTINA DE LA CUESTA ARANGO, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la empresa TÚNEL DEL TEIDE S.A. (en adelante, *Túnel del Teide*), cuya representación acredito mediante Poder General para Pleitos que adjunto como **Documento número 1**, bajo la Dirección Letrada de DOÑA LOURDES AGUILAR GUTIÉRREZ-BOLÍVAR, con número de colegiada del I.C.A.M. C899567, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

1) Con fecha de 2 de agosto de 2021, se notificó a mi representada el Acuerdo del Pleno del Cabildo Insular de Tenerife de 31 de julio de 2021 (en adelante, el *Acuerdo de Rescate*), por el que se acordó el rescate, con efectos del 31 de agosto de 2021, de la concesión de obra otorgada el 31 de diciembre de 1990, por motivos de interés público, y cuyo objeto es la construcción, conservación y explotación durante 33 años (es decir, hasta el 31 de diciembre de 2023), como carretera de peaje, del túnel que cruza el pico del Teide con la correspondiente indemnización a la empresa adjudicataria de 40 millones de euros.

Aunque la concesión administrativa fue licitada siguiendo las estipulaciones del entonces Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, la regulación aplicable al rescate de esta concesión administrativa es la recogida en la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, *LCSP*). Así se desprende del apartado tercero de la disposición transitoria primera de la LCSP, en virtud de la cual, ésta será de aplicación a los acuerdos de rescate y a los *encargos que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor*.

2) Entendiendo esta parte que el Acuerdo de Rescate no se ajusta a Derecho, interpone contra él, por medio del presente escrito y dentro del plazo de dos meses previsto por el artículo 46 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (en adelante, *LJCA*), **RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**.

Esta parte conoce que, de acuerdo con el artículo 128.2 de la LJCA, se presenta este recurso contencioso-administrativo dentro del período inhábil, como es agosto, para la actividad de los órganos de la jurisdicción contenciosa-administrativa. Pese a ello, se interpone con el objeto de manifestar, con carácter inmediato, su total y frontal oposición por considerar que el Acuerdo de Rescate no se ajusta a Derecho.

En mérito de lo expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO** que, teniendo por presentado este escrito y sus documentos adjuntos, se sirva admitirlo y que tenga por interpuesto **RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO** contra el Acuerdo de Rescate, con los efectos legales.

**OTROSÍ DIGO** que, con independencia de la inhabilidad del mes de agosto, se formula este recurso para solicitar, en aplicación del artículo 135 de la LJCA, la adopción de la medida cautelarísima suspensiva del Acuerdo de Rescate, es decir, *inaudita parte debitoris*, a la vista de la especial urgencia y para evitar la generación de un conjunto de perjuicios irreversibles como consecuencia de la ejecutividad del Acuerdo que ni la futura estimación favorable del recurso podría reparar, sin perjuicio y, de acuerdo con la previsión contenida en el mencionado artículo, de la posterior audiencia a la parte contraria en el plazo de tres días siguientes a su adopción.

Para ello, y al existir una clara inmediatez por parte del Cabildo en la ejecutividad del Acuerdo de Rescate que debe producirse el 31 de agosto de 2021, esta parte se ve obligada a solicitar a este Juzgado la habilitación del mes de agosto al amparo de la excepción prevista en el ya mencionado artículo 128 de la LJCA. El apartado tercero de este precepto recoge una serie de supuestos que la persona interesada-recurrente podrá invocar en aras de que el órgano jurisdiccional acuerde la habilitación. En concreto, la adopción de las medidas cautelares es uno de los casos expresamente previstos y que esta parte se ve en la tesitura de invocar.

De no acordarse esa suspensión cautelarísima, por no apreciarse las circunstancias de especial urgencia anteriormente invocadas, se solicita que la indicada medida cautelar de suspensión se acuerde con audiencia del Cabildo, pero, también con urgencia, antes del próximo día 31 de agosto y haciendo uso de la indicada habilitación.

En todo caso, empecemos por recordar los tres requisitos que deben darse para acordar la medida cautelar: en primer lugar, el *fumus boni iuris*; en segundo lugar, el *periculum in mora* y, por último, la ponderación de intereses en conflicto:

#### **I. FUMUS BONI IURIS**

Para hacer valer la necesidad de adoptar esta medida cautelar, esta parte invoca la existencia del *fumus boni iuris*, también conocido como la apariencia de buen derecho.

Significa que debe existir una apariencia fundada de que la pretensión planteada en el correspondiente recurso tiene una base sólida. Aun cuando no deba todavía entrarse a juzgar el fondo del asunto, hay un “humo” de buen derecho, es decir, una primera impresión de que el recurso tiene un fundamento consistente, lo que debe tomarse en consideración a efectos de valorar la procedencia de la medida cautelar.

A diferencia de los otros dos requisitos (el *periculum in mora* y la ponderación de intereses en conflicto), que se encuentran expresamente recogidos por la norma legal (en concreto, en el artículo 130 de la LJCA), *el fumus boni iuris* es un presupuesto configurado por la jurisprudencia. Como sienta reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, en Sentencias como la 1296/2017, de 18 de julio, y 244/2017, del 27 de enero de 2017), la doctrina de la apariencia de buen derecho tiene por finalidad valorar, en un marco de provisionalidad como es la tramitación de la pieza de las medidas cautelares y sin prejuzgar el fondo del litigio, *la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar*.

A la luz de lo expuesto, destacan dos datos o elementos de este primer requisito como son:

De un lado, la imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto, dado que no se está en esa fase procesal, de manera que tal enjuiciamiento estaría contraviniendo la naturaleza misma de las medidas cautelares, puesto que, como bien señala la STC 148/1993, de 29 de abril, *el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal*.

De otro, es preciso que concurra justificación o prueba, aun incompleta o por indicios racionales, de aquellas realidades que muestren la solidez, a primera vista, del recurso como así lo ha destacado el Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1997 (en el que, posteriormente, se basa el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su Sentencia 1098/2018, de 19 de diciembre, sobre la adopción de una medida cautelar que recae sobre un acto).

Sentado lo anterior y sin entrar en el debate de fondo puesto que esta parte es conocedora de que no forma parte de esta fase procesal, y en trance sólo de suspensión, se anuncian los datos que acreditan claramente la concurrencia del *fumus boni iuris*: **(1)**

**por un lado**, los datos que concurren en nuestro caso y, **(2) por otro**, los defectos ostensibles que afean el acto recurrido.

**(1) En cuanto a lo primero, destacaremos:**

**a) La antigüedad de la concesión administrativa y el irreprochable comportamiento de esta parte**

Como se apuntó con anterioridad, esta concesión fue licitada el 31 de diciembre de 1990 por el Cabildo Insular de Tenerife, cuyo objeto fue la construcción, conservación y explotación de una carretera de peaje del túnel que cruza el pico Teide. Se previó que el plazo de explotación que contaba mi representada fuese de 33 años, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2023, fecha en la que la obra revertiría a la Administración.

No obstante, el Cabildo Insular, siendo perfectamente conocedor de la absoluta diligencia y rigor que mi patrocinada ha venido realizando desde el inicio y quedando únicamente dos años restantes, adoptó, sorpresivamente, la medida más drástica para poner fin a este contrato. Además, y pese a que el Cabildo lo omita, durante los 31 años en los que mi representada ha ejercitado su función, en ningún momento, ha habido ningún tipo de reclamación o reserva por parte del Cabildo, sino que hay una apariencia totalmente regular del modo de llevar a cabo su actuación. Siendo una concesión administrativa de tan larga duración, es sumamente anómalo que el Cabildo invoque la urgencia inmediata para resolver este contrato tal y como se pone de manifiesto en el hecho de que el Acuerdo de Rescate fue notificado a mi representada el 2 de agosto de 2021, pretendiendo hacer efectivo el rescate el 31 de agosto de ese mismo año.

Con ello, se aprecia la voluntad del Cabildo de desposeer a mi representada de la posibilidad de rematar la gestión de la carretera, manteniendo la intachable línea que ha venido realizando.

**b) La finalidad social de la concesión administrativa**

Ante la situación de aislamiento que venían padeciendo hasta entonces los habitantes de Arona y los otros veinte municipios cercanos al Teide, la construcción de esta carretera de peaje se configuró como la solución para solventar las notorias dificultades de comunicación que tenían. Se aprecia, pues, la finalidad social que motivó el otorgamiento de esta concesión administrativa a mi representada, quien velaría por conservar y explotar la carretera durante los años establecidos en el contrato, garantizando

a estas personas la utilización de esta carretera. Además, existe otra concreción de esta finalidad que se refleja en las bonificaciones que gozan estas personas en el precio del peaje y que consisten en que solo pagasen 1 euro cada vez que utilizarasen la concesión, haciéndose cargo del pago de los cuatro euros restantes el Cabildo Insular, quien los abonaría a mi representada.

Conviene hacer hincapié en que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 6/1990, de 26 de abril, dispuso que la *imposición de un peaje no es de por sí discriminatorio, pues lo relevante es que se introduzcan en la gestión del peaje diferencias no objetivas ni razonables entre los usuarios.*

De tal manera que las bonificaciones para determinados usuarios quedan suficientemente justificadas en criterios objetivos que no son otros que fomentar a los usuarios para que utilicen, de forma continuada, la obra pública (la carretera de peaje) puesto que, al no haber carretera alternativa y al tener limitadas sus capacidades de movilidad, esta carretera se constituyó como el único medio por el cual se resolvería la verdadera discriminación que estaban sufriendo (“situación de aislamiento”) frente a los demás usuarios que, en cambio, sí contaban con la posibilidad de circular por otras carreteras alternativas por no tener que someterse al pago del peaje.

**(2) En cuanto a lo segundo**, y frente a la razonabilidad de la posición de esta parte, que acredita la apariencia fundada en Derecho de su recurso, como el primer elemento para conseguir la suspensión del Acuerdo de Rescate, se exponen, a continuación, las llamativas deficiencias, de tipo formal como también de fondo, que presenta este acto administrativo y que ofrecen a este Juzgado más elementos para apreciar el *fumus boni iuris* de la pretensión de esta parte.

**a) Irregularidades de la forma en que se ha adoptado y notificado el Acuerdo de Rescate**

a.1) Informes que debe tener en cuenta el Cabildo Insular en el proceso administrativo de rescate

La emisión de los informes es una de las fases de todo procedimiento administrativo regulado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015), que

se configura como norma básica. Esta norma legal expresa, en su artículo 80.1, el carácter facultativo de los informes, salvo que exista una disposición legal que diga lo contrario.

No obstante, hay algunos casos en los que es preceptivo solicitar determinados informes. Tal es el caso del artículo 22.12 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que prevé el deber de consultar a la Comisión Permanente del Consejo de Estado cuando se trate de cuestiones de *nulidad, interpretación, modificación y extinción de concesiones administrativas, cualquiera que sea su objeto, cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables.*

Sin embargo, en este caso, al tratarse de una Administración Autónoma (en concreto, las Islas Canarias), no es competente el Consejo de Estado, sino que la consulta preceptiva corresponde al Consejo Consultivo de las Islas Canarias. En concreto, el artículo 11 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias recoge, en su apartado d), el deber de solicitar informe preceptivo a este órgano cuando el correspondiente procedimiento se refiera a la *nulidad, interpretación, modificación y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario*, a fin de dictaminar sobre la adecuación al ordenamiento jurídico de los asuntos que le sean sometidos por esta Ley.

Conviene aclarar de antemano que no existe una “superposición” entre los órganos de consulta instituidos en España (como son el Consejo de Estado y los órganos similares a éste en el ámbito de las Administraciones Autónomas), pues el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, reconoce que las Comunidades Autónomas pueden crear órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado, por cuestiones de autoorganización y exclusivamente dentro de su respectivo ámbito autonómico.

Por tanto, traemos a colación el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, que previene, en su artículo e), la nulidad de aquellos actos que fuesen *dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.* En este caso, es cierto que no se ha omitido totalmente el procedimiento y que, si se realiza una interpretación literal del apartado e) se observa que el hecho de haber prescindido de un trámite esencial no se incluye dentro de esta causa de nulidad. No obstante, esta parte

invoca la interpretación jurisprudencial efectuada por el Tribunal Supremo con relación a esta cuestión.

El Alto Tribunal (véanse, por ejemplo, sus Sentencias de 15 de febrero de 1988; 15 de marzo de 1991 y 29 de julio de 2014) determina que se engloba dentro del supuesto e) del mencionado artículo 47.1 los casos en los que *se prescinda de alguno de los trámites de carácter esencial, asimilando a la omisión total del procedimiento legalmente establecido el caso de que se omita la solicitud de dictamen del Consejo de Estado u otro órgano consultivo equivalente en el ámbito autonómico.*

En esa misma línea, los dictámenes del Consejo de Estado (por ejemplo, los números 173/2008, de 30 de abril y 2002/2008, de 11 de diciembre) sostienen que la omisión de su dictamen constituye un *vicio de especial gravedad* para los intereses de mi representada y conlleva la nulidad de pleno derecho del acto dictado sin tal consulta preceptiva.

Por tanto, en este caso, esta parte sostiene que el Cabildo ha prescindido de un trámite esencial y necesario para el procedimiento de rescate como es el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de las Islas Canarias. La importancia de cumplir con este trámite radica en su relevancia para cada una de las partes del procedimiento, es decir, tanto para la Administración como también para el interesado-administrado: de un lado, para la primera puesto que la decisión que vaya a adoptar (el Acuerdo de Rescate) se vería reforzada por la revisión de conformidad a Derecho que efectúa este órgano independiente y, de otro, para el interesado pues la intervención de este órgano se instituye como garantía de salvaguarda de sus derechos, sirviendo de freno a los vicios del procedimiento y a las tesis carentes de fundamento.

a.2) En cuanto a la irregularidad manifiesta en el pie de recurso

El Cabildo cometió un error en el pie de recurso del Acuerdo de Rescate al identificar a la Audiencia Nacional (Sala Tercera) como órgano judicial competente para conocer del recurso contencioso-administrativo que pueda interponerse contra el Acuerdo de Rescate. No obstante, y al amparo del artículo 8.1 de la LJCA, corresponde, en realidad, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife conocer, en única o primera instancia, de aquellos recursos que se deduzcan *frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes vinculadas*

*a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico.*

El término “pie de recurso” está recogido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, *LOPJ*), en virtud del cual, cuando se notifique a las partes una resolución, la Administración debe indicar si la misma *es firme o no y, en su caso, los recursos que procedan, el órgano ante el que deban interponerse y el plazo para ello*. La importancia de determinar correctamente estos elementos se basa en dotar a los interesados de aquellas herramientas, materializadas a través del recurso, que les permiten actuar en defensa de sus derechos e intereses legítimos. De lo contrario, se estaría afectando a un derecho fundamental previsto en el artículo 24 de la Constitución cual es el derecho de defensa.

Dado que el órgano que debe conocer el recurso se configura como uno de los elementos o datos que debe figurar en el pie de recurso, conviene abordar, a continuación, las consecuencias que se producirían en caso de que se cometa un error como puede ser su falta de inclusión o haber dispuesto, de forma equivocada, el órgano competente:

De un lado, partimos de la base de que la notificación defectuosa de un acto administrativo (en este caso, el Acuerdo de Rescate) por parte de la Administración nunca puede causar un perjuicio al interesado-recurrente, pues, como se desprende de las Sentencias del Tribunal Supremo del 24 de noviembre de 2001 y del 19 de noviembre de 2007, la falta de certeza jurídica acerca del órgano ante quien debe formularse el recurso o el plazo para interponer el mismo induce a una situación de indefensión que la Administración debe solventar puesto que es su deber notificar, de forma diligente, esos extremos al interesado.

De otro, y con relación en lo anterior, hay que tener presente que la seguridad jurídica es un valor fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como reconoce el artículo noveno de la Carta Magna y, por lo tanto, se atribuye a los Tribunales la encomienda de salvaguardarlo frente a situaciones que pudiesen suponer un posible quebranto o perjuicio a éste. En ese sentido, se establece en las Sentencias del Tribunal Supremo (véanse, por ejemplo, las de 2 de junio de 2003; 25 de octubre de 2012 y 12 de julio de 2012) que *la omisión o error en los pies de recursos puede conllevar a la anulación del acto si tal situación es susceptible de provocar indefensión al interesado*.

A la vista de lo anterior, esta parte considera que el acto tiene un grave error puesto que se han omitido todos esos objetivos, lo que ha llevado a esta parte a extremar su diligencia para identificar el órgano judicial competente para conocer del presente recurso, superando la errónea información transmitida por la Administración con grave incumplimiento de su deber.

**b) Irregularidades del fondo del Acuerdo de Rescate**

Expuestas las irregularidades formales que afectan al procedimiento seguido para adoptar y notificar el Acuerdo de Rescate, se exponen las llamativas deficiencias de “fondo” que presenta este acto y que comprenden: en primer lugar, falta de proporcionalidad; en segundo lugar, manifiesta contradicción y, por último, falta de motivación.

**b.1) Falta de proporcionalidad**

Esta parte considera que el Cabildo no ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad al acordar la medida de “rescate” y para acreditar tal realidad se trae a colación lo sentando por la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995, en virtud del cual, para determinar si una medida que adopta la Administración puede considerarse “proporcionada”, es preciso que ésta cumpla tres requisitos, que no se ha producido:

Primero. El juicio de necesidad, es decir, si una medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto.

Segundo. El juicio de idoneidad, que no exista otra medida más apta para el cumplimiento del fin propuesto.

Tercero. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, si la medida adoptada por la Administración era la más equilibrada y menos lesiva para el perjudicado.

Como se desprende del Acuerdo de Rescate, el Cabildo defiende, de manera infundada, que el rescate es la única solución que puede solventar la discriminación que llevan sufriendo durante 31 años los habitantes de Arona al tener que pagar una tasa de peaje frente a otras personas que circulan por esa carretera objeto de una concesión administrativa.

Sin embargo, el Cabildo no ha acreditado que el rescate sea el medio exclusivo que puede utilizar para cumplir con tal fin cuando, en realidad, la LCSP ofrece otra

medida, por el mismo motivo que se invoca en el Acuerdo de Rescate, que es el interés público. Concretamente, el artículo 261 apartado b) de esa Ley reconoce a la Administración la potestad de modificar, unilateralmente, una concesión de obra por *razones de interés público debidamente justificadas y de acuerdo con lo previsto por el ordenamiento*. Junto a ello, no debe olvidarse que mi patrocinada, desde el momento de la adjudicación del contrato, ha llevado a cabo la labor encomendada con total rigor, sin desviarse del objetivo definido en el año 1990.

b.2) Manifiesta contradicción

Resulta difícilmente explicable la inmediatez del Cabildo en su afán por resolver, de manera unilateral, este contrato, pues si se tratase de una realidad tan urgente que requiriese una respuesta inmediata, debería entonces haber ejercitado su potestad de rescate mucho antes.

A este respecto, esta parte se ve obligada a destacar que:

Primero. El hecho de que unas personas paguen peaje y otras no ya existía cuando se adjudicó el contrato y, por lo tanto, no puede utilizarse tal razonamiento genérico y falta de motivación, dado que la consecuencia inmediata sería entonces que todas las carreteras de peaje deberían ser rescatadas por apreciarse tal realidad.

Para demostrar que la pretensión del Cabildo no tiene cabida, esta parte invoca lo dispuesto en las Sentencias dictadas por el Alto Tribunal, por ejemplo, de 4 de julio de 2006 y 29 de enero de 1998 en las que se decidió que *la bonificación que gozaban determinadas personas no afectaba a la igualdad de trato de los usuarios de la vía ni era discriminatorio porque respondía a razones objetivas, precisando que se vulnera el principio de igualdad aquellas decisiones que resulten injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos, sino meramente en juicios de valor*.

En apoyo de esta idea, esta parte recuerda que el Cabildo Insular ha venido pagando cuatro de las cinco partes del peaje desde la adjudicación y, por lo tanto, era un reconocimiento elocuente del interés público que subyacía en la concesión.

Segundo. El Cabildo Insular pasa por alto que, precisamente, el interés público que alega para rescatar la concesión, fue el mismo por el que la concesión se adjudicó a mi representada, cuyo objeto era conseguir que los habitantes de Arona y los veinte municipios cercados al Teide dejaran de estar aislados. Por lo tanto, no será tan grave esa

situación si, como se ha apuntado, fue la razón por la que la concesión fue adjudicada a mi representada.

Por último. La otra parte parece desconocer que, para que pueda resolverse unilateralmente este contrato, es necesario que concurren circunstancias nuevas que motiven tal actuación. Sin embargo, en este caso, nada ha cambiado, puesto que, además de no haber surgido circunstancias nuevas respecto del momento de adjudicación del contrato, mi representada ha seguido realizando sus labores con la misma diligencia que ha venido aplicando desde el inicio de sus actuaciones.

### b.3) Falta de motivación

El Cabildo Insular no puede desconocer lo impuesto por el artículo 35 de la Ley 39/2015, según el cual, es deber de la Administración motivar, *con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos (apartado a), así como los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales (apartado i). Ambos casos concurren en el presente caso dado que, de un lado, la potestad de rescate se inscribe dentro de las potestades que puede ejercitar la Administración y que expresamente refleja el apartado i) de este artículo y, de otro, por medio del ejercicio de dicha potestad, se ha ocasionado, en la posición de mi patrocinada, una limitación a su interés legítimo de continuar explotando la concesión administrativa (supuesto al que se refiere el apartado a) del mismo artículo.

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión, como se recoge, por ejemplo, en sus Sentencias 451/2001, de 3 de diciembre; 1699/2018, de 29 de noviembre y 713/2020, de 9 de junio, erigiendo la motivación como derecho subjetivo público del administrado-interesado y garantía esencial, por medio de la cual, puede comprobar que la decisión que adopte la Administración es consecuencia de una aplicación y exteriorización razonada y justificada (*ratio decidendi*). Es más, esta exigencia no requiere una argumentación extensa, *sino que basta con una justificación fundada* que permita al administrado tener conocimiento de las razones que sustentan la decisión, a fin de que éste pueda ejercitar su derecho de defensa en caso de que aprecie una posible disconformidad a Derecho.

La importancia de cumplir este requisito queda reflejada en la consecuencia que se produce en caso de que no se motive, de manera fundada, un acto de ese tipo y que como recogen las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (por ejemplo, las de 1 de

octubre de 2008; 31 de mayo de 2012 y 16 de noviembre de 2010) puede conllevar *la nulidad del acto y la retroacción del procedimiento al momento de dictarse la resolución, con el fin de que el órgano decisorio motive adecuadamente la decisión.*

A la luz también de la doctrina del Consejo de Estado (por ejemplo, en su Dictamen 50197/1987), para que el interés público se considere debidamente acreditado *no basta una abstracta invocación, sino que es esencial que debe estar suficientemente justificada en términos razonables, debiendo ser cierto y sobrevenido.*

Por lo tanto, y respecto del interés público que invoca la Administración para poder rescatar, esta parte sostiene que:

Por una parte, ya hemos acreditado que el Acuerdo de Rescate manifiesta una patente contradicción por las razones anteriormente expuestas. Además, esta parte sostiene que la motivación del acto no se ha cumplido en este caso puesto que el Cabildo alega, de manera genérica y abstracta, cuál es el apremiante interés público para que pueda rescatar.

A este respecto, se trae a colación lo establecido por la Sentencia 128/2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Palma de Mallorca, de 13 de marzo de 2020 (que posteriormente confirma el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares por medio de la Sentencia 108/2021, de 15 de febrero), que conocen un supuesto que ofrece similitud con este caso al tratarse de un rescate de una concesión para la construcción, conservación y explotación como carretera de peaje que cruza la Sierra de Alfabia, de la que fue adjudicataria la compañía concesionaria del Túnel de Sóller S.A., en virtud del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

Aun siendo jurisprudencia menor, el criterio sentado en ambas Sentencias coincide de pleno con la posición del Tribunal Supremo a la hora de configurar los elementos o parámetros que deben concurrir en todo interés público para que éste pueda ejercitarse como razón que justifique el rescate de una concesión administrativa y que son: primero, que sea real; segundo, debe ser determinado; tercero, que sea conforme a la legislación y, por último, debe representar una utilidad para la colectividad.

Sin embargo, y a la vista de lo anterior, tales características no concurren en este caso, y, además, a la luz de lo configurado, por ejemplo, en las Sentencias dictadas por el

Tribunal Supremo el 5 de abril de 1999 y 24 de diciembre de 2001, *el rescate es una privación singular de derechos de contenido patrimonial, por lo que debe ampararse siempre en razones de interés público*. Sin embargo, por el contrario, en este caso, no existe dato concreto que fundamente ese supuesto interés en resolver la concesión administrativa.

Y, por otra, se trata de una concesión que el Cabildo pretende resolver en 25 días cuando mi representada ha venido realizado una labor ejemplar en el mantenimiento y explotación de la concesión sin que haya habido, como se ha acreditado con anterioridad, ninguna queja o irregularidad que pudiese motivar la resolución del contrato.

En definitiva, 27 años de cumplimiento ejemplar se condenan al olvido para conseguir una resolución contradictoria, no proporcionada y no motivada en 25 días.

## II. PERICULUM IN MORA

Para que proceda una medida cautelar, el segundo requisito que ha de concurrir es el *periculum in mora*, es decir, un riesgo fundado de que, a la vista del tiempo exigido para tramitar el recurso y de producirse durante ese período la ejecución del acto (en este caso, el Acuerdo de Rescate), la eventual estimación del recurso perdería su finalidad legítima de restablecer al recurrente en su situación porque se le habría producido entretanto un perjuicio que la estimación del recurso no podría compensar.

Esta parte interesa la suspensión de la ejecución del Acuerdo de Rescate trayendo a colación el criterio recogido en la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que son buenos ejemplos sus Sentencias de 22 de julio de 2002, 11 de noviembre de 2003 y 26 de septiembre de 2007, en las cuales se establecen los dos elementos que conforman este requisito y que han de ser probados a fin de que el Juzgado competente estime la medida cautelar: de un lado, la irreparabilidad o dificultad en la reparación del perjuicio que ocasionaría la ejecución del Acuerdo de Rescate y, de otro, la inutilidad de la ejecución de la eventual Sentencia que anulase el acto impugnado para reparar ese perjuicio. Perjuicios que no podrían repararse incluso con la estimación del recurso y que comprenden dos criterios: tanto (1) el daño emergente como también (2) el lucro cesante.

**(1) Daño emergente**

El daño emergente comprende los siguientes conceptos: primero, el importe de las inversiones que esta parte no va a poder amortizar; segundo, la imposibilidad de practicar las deducciones del IVA que mi representada tenía previstas realizar; tercero, la liquidación de los compromisos laborales y, por último, el coste que tiene que asumir el concesionario por desmontar las instalaciones de peaje.

**a) Respecto de la amortización**

Como gestor de la carretera de peaje, mi representada tiene el derecho de poder deducir fiscalmente las amortizaciones (como si fuera un gasto) en los impuestos que tiene que satisfacer en Hacienda Pública (en concreto, el Impuesto de Sociedades, en adelante, IS).

Sin embargo, debido a la decisión unilateral de la Administración, se produce un daño real y efectivo a mi representada puesto que, al dejar de ser la gestora de la concesión, esa ventaja fiscal desaparecerá y, por lo tanto, pierde la posibilidad de aplicar las amortizaciones en los impuestos (directamente el IS).

**b) En cuanto a las deducciones del IVA**

Junto a lo anterior, se produce un daño irrogado a mi representada con motivo de verse privada de practicar las deducciones del IVA que tenía previstas realizar. En ese sentido, conviene recordar al Cabildo que, a la hora de ejercitar sus funciones y para conseguir una mejor explotación de la concesión, mi patrocinada adquirió determinados bienes, en atención a la previsión dispuesta en el artículo 110 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, según la cual, aquellas cuotas del IVA soportadas por la concesionaria podrán ser por ello deducidas en un periodo que va más allá de la fecha de ejecución del Acuerdo de Rescate y que, con motivo de la resolución anticipada del contrato, ahora mi representada no va a poder disfrutar.

Por lo tanto, aun en el supuesto de que se estimase este recurso, ya se habrían cumplido los plazos de las declaraciones tributarias donde se incluyen esas amortizaciones y las deducciones del IVA en los que se podrían aplicar, y de ahí la prueba manifiesta de la irreparabilidad de los perjuicios que va a tener que soportar esta parte.

**c) Liquidación de los compromisos laborales**, sin los cuales la concesionaria no puede realizar sus funciones y que se traducen en:

c.1) Los salarios de los trabajadores pendientes de abonar y las cotizaciones a la Seguridad Social, por lo que los trabajos por los que fueron contratados se ven desprovistos de contenido.

c.2) Los referidos a las relaciones mercantiles con los proveedores y suministradores que proporcionan las herramientas y medios para que la concesionaria pueda realizar su actividad.

De no ser por el rescate, estos gastos que forman parte de la gestión ordinaria de la concesión serían compensados por los ingresos que recibe mi representada por su labor de explotación y mantenimiento de la carretera, pero que, sin embargo, se encuentra en una situación crítica puesto que se interrumpe la actividad (y, en consecuencia, su fuente de ingresos), y siguen existiendo un gran número de gastos a los que hacer frente y sin tener los medios que puedan solventar este problema como es el caso de tener que pagar el IBI sobre las instalaciones inmuebles de todo el año 2021 (a pesar de que el Acuerdo de Rescate surte su efectividad el 31 de agosto de 2021).

De lo anterior, se manifiesta, de forma clara, el perjuicio inevitable que va a tener que soportar mi representada, que se traduce en los gastos a los que va a tener que seguir haciendo frente, pero sin disponer de los ingresos suficientes.

Por lo tanto, si ya mi patrocinada asume un riesgo empresarial en el ejercicio de sus funciones, el Acuerdo de Rescate rompe el equilibrio de la concesión, que va más allá del riesgo intrínseco que tiene que soportar ya como concesionaria.

d) El coste que tiene que asumir el concesionario por desmontar las instalaciones técnicas de peaje, que deben revertir a la Administración. Por *instalación técnica* debe entenderse los elementos muebles, equipos de oficina, casetas, máquinas, etc., cuya finalidad es satisfacer las necesidades de explotación de la carretera de peaje.

## **(2) Lucro cesante**

El lucro cesante o la ganancia dejada de percibir surge de restar de los ingresos estimados los gastos que tiene que soportar la concesionaria en el mantenimiento y explotación de la concesión administrativa.

Pues bien, debe tenerse presente que el plazo de duración fijado en el contrato es el 31 de diciembre de 2023 y que, por razón del rescate (cuya fecha de ejecutividad es el 31 de agosto de 2021), mi representada va a dejar de percibir por dos años y medio una

ganancia que tenía prevista obtener tal y como venía haciendo, de forma continuada, desde su adjudicación.

A este respecto, esta parte hace suyo el argumento contenido en los Autos del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2000, 19 de abril de 2002 y 18 de septiembre de 2003, en los cuales se afirma que *la interrupción de esa actividad puede causar perjuicios de importante gravedad en lo que se refiere a las legítimas expectativas que alberga el concesionario*. Esta parte se hace eco que tiene una expectativa de seguir realizando la actividad que ha venido efectuando durante 31 años como es la explotación y mantenimiento de la concesión y que se concretan en:

Por una parte, los cuatro euros contenidos en la bonificación del precio de peaje que el Cabildo abona a mi representada por cada persona que circula por la carretera de peaje y que, con motivo de la resolución anticipada, mi patrocinada se va a ver privada de percibir, lo que supone una clara pérdida de ingresos de importante valor.

Se aportan, como **Documento número 2**, las cuentas que acreditan la existencia de los beneficios que mi representada ha venido obteniendo a lo largo de los años de duración del contrato con el fin de probar que no son, como tiene asentada la jurisprudencia, un sueño de ganancia, sino que se basan en elementos concretos.

Por otra parte, y de acuerdo con el artículo 81 de la LJCA, por regla general, las Sentencias que dicten los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo son susceptibles de recurso de apelación. Se trataría, por tanto, de una situación que supone, para los intereses de esta parte, el verse sometida a esperar por un tiempo indeterminado, estando desprovista de seguir explotando la concesión como venía realizando diligentemente.

Vistos los daños, es cierto que el Cabildo prevé en el Acuerdo de Rescate el pago de una indemnización. Sin embargo, lo que discute esta parte es el Acuerdo y (por consiguiente, la indemnización), cuyos fundamentos de fondo deberán ser desarrollados en la demanda y no en el presente escrito.

Por lo tanto, si se estimase el recurso, no habrá indemnización, pero los perjuicios ya se habrán producido y ni la estimación del recurso podrá reparar el daño.

En definitiva, y de conformidad con lo establecido, por ejemplo, tanto en el Auto de 31 de octubre de 2018 como también del 25 de julio de 2006, ambos dictados por el

Tribunal Supremo, ha quedado acreditado la pertinencia de adoptar la medida cautelar, al haber probado, de modo razonable y justificada, que la ejecución de la actividad administrativa impugnada causa una situación irreversible en la esfera de mi representada. Por eso y a fin de que la ejecutividad quede burlada o desprovista de efectividad, se insta al Juzgado para que acuerde la urgente e inmediata suspensión de este acto, pues de lo contrario, esta parte se verá abocada a hacer frente a situación de imposible reparación.

### III. PONDERACIÓN DE INTERESES

El tercer elemento que ha de valorarse a la hora de decidir sobre la adopción de la medida cautelar es la ponderación de intereses en juego, analizando si el interés particular de esta parte en la suspensión debe ceder ante un superior interés contrario a esa suspensión. A la vista de que la suspensión del Acuerdo de Rescate puede causar un perjuicio o perturbación grave a los intereses generales o de terceros, recuerda el Tribunal Supremo, por ejemplo, en los Autos de 3 de junio de 1997; 16 de julio de 2004 y 17 de diciembre de 2013, la ponderación de intereses es complementaria a la pérdida de la finalidad legítima del recurso, el ya analizado *periculum in mora* y se trata de una cuestión esencialmente casuística que deberá atender, en cada caso, a los intereses en juego (tanto públicos como también particulares) para valorar cuál es el prevalente para acordar o no la suspensión.

Los intereses que se encuentran en conflicto en este supuesto exigen llevar a cabo **dos ponderaciones distintas**: de un lado, (1) **la que se refiere al interés público e interés particular** y, de otro, (2) **la que afecta a dos intereses públicos**:

#### **(1) Interés público e interés particular en relación con el rescate**

De un lado, **el interés público** que alega el Cabildo en la ejecución inmediata del rescate es solventar cuanto antes la supuesta discriminación que sufren los habitantes de Arona y los veinte municipios cercanos al Teide, que tienen que pagar un peaje para poder entrar y salir por carretera de sus municipios, mientras que el resto de los habitantes de la isla no se ven afectados por esa situación y, por lo tanto, circulan por carreteras gratuitas, libres de peaje.

Y, de otro, **el interés particular que tiene mi representada** para ver si procede la suspensión del Acuerdo de Rescate es poder seguir explotando la concesión con la

misma diligencia que ha aplicado hasta el momento y hasta que el Juzgado estime si el Acuerdo se ajusta a la legalidad.

Teniendo en cuenta ambos intereses, y como recuerda el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 15 de septiembre de 2003, y 24 de abril de 2014, para poder adoptarse una medida cautelar suspensiva es preciso llevar a cabo una valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, requisito complementario al de la pérdida de finalidad legítima del recurso (conocido como *periculum in mora*), ambos reconocidos en el artículo 130 de la LJCA, cuya prevalencia se decidirá en función de la intensidad de los intereses en juego (ya sean intereses públicos concurrentes, como también el caso de conflicto entre un interés público y particular, como ocurre en el presente supuesto).

A la vista de lo anterior, esta parte destaca los siguientes aspectos:

Primero. Se desprende del Acuerdo de Rescate que el único cauce legal que el Cabildo invoca es conseguir que una supuesta discriminación quede suprimida, siendo imprescindible acreditar que verdaderamente exista esta “realidad discriminatoria” que ocasiona un perjuicio para el interés público. Pero, en cambio, acordar la suspensión del Acuerdo de Rescate supondría la protección del interés particular que invoca esta parte en cuanto a que ha cumplido correctamente en todo momento, sin apreciarse queja o reclamación que pudiese suponer un quebranto de sus funciones. Junto a ello, es invocable al caso el principio *rebus sic stantibus*, considerado principio general de Derecho, que defiende que los contratos deben cumplirse atendiendo a las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, consideración que se ha mantenido en este contrato desde el momento de su licitación y que, en ningún momento, el Cabildo ha acreditado que hayan cambiado las circunstancias.

Segundo. Ya ha quedado demostrado en el *fumus boni iuris* que el interés público que defiende el Cabildo incurre en contradicciones y falta de proporcionalidad puesto que el Cabildo no justifica esa supuesta “urgencia” o necesidad para rescatar ya que, de existir en realidad esa discriminación patente y clara a la que se ven expuestos determinados habitantes de la isla, no se entiende por qué el Cabildo no rescató la concesión antes y sí ahora.

Es una cuestión que, para esta parte, pone de manifiesto que, en realidad, no hay un interés público ineludible para ejecutar, y que lleva, en suma, a declarar la prevalencia

del interés particular frente al interés público de tan poca solidez que defiende la Administración.

## (2) Conflicto de intereses públicos

Como ya hemos adelantado, además de ponderar un interés particular y público, existen dos intereses públicos confrontados que se proceden, a continuación, a ponderar.

Por una parte, el interés público que quiere hacer prevalecer el Cabildo frente a cualquier otro tipo de interés consiste en ejecutar el Acuerdo de Rescate, que se presenta como la única solución para garantizar la igualdad entre los habitantes de la isla de Tenerife y conseguir, así, que la concesión revierta a la Administración, convirtiéndose ésta en el órgano encargado de gestionar directamente la carretera “libre de peaje”.

Y, por otra parte, el interés público que se menciona ahora es la defensa del patrimonio histórico, artístico y cultural que representan los bienes muebles adscritos a la concesión, consistentes en las cabinas, barreras y demás instalaciones que permiten el cobro del peaje.

Al ser estas instalaciones de cobro de peaje creación y diseño de Santiago Calatrava y habiendo sido declaradas Bien de Interés Cultural de las Islas Canarias, esta parte cree el interés poco específico que invoca el Cabildo no exige un respeto imperioso frente al de esta parte, pues se estaría causando un perjuicio grave e irreversible al patrimonio histórico, cultural y artístico.

Con relación en esta cuestión, es de aplicación la Ley 11/2019, de 25 de abril, de Patrimonio Cultural de Canarias (en adelante, *LPCC*), cuyo objeto es proteger y conservar los bienes (muebles e inmuebles) que formen parte del régimen jurídico de las Islas Canarias y que tengan un valor histórico, artístico, arquitectónico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico, documental, lingüístico, paisajístico, etc. Por ello, se prevén determinadas medidas tendentes a preservar y cuidar el interés protegido frente a cualquier tipo de actuación o peligro contra esos bienes.

**La primera de ellas** es la previsión que contiene el artículo 57 de la LPCC, en virtud de la cual, los bienes declarados Bien de Interés Cultural deben ser conservados y mantenidos por sus propietarios (o en su caso, por los titulares de derechos reales o poseedores de tales bienes) por la importancia y valor que representan en la sociedad. Tal es la protección que nuestro ordenamiento, por medio de la mencionada Ley (en concreto,

en su artículo 33), otorga a estos bienes que establece el *deber de inscribirlos en un Registro de Bienes de Interés Cultural de Canarias, cuya gestión corresponde al departamento de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias competente en materia de patrimonio cultural.*

**La segunda de las medidas** aparece recogida en los apartados a) e i) del artículo 14 de la mencionada Ley, en virtud de los cuales, se reconoce el deber impuesto a las Administraciones Públicas de Canarias (en este caso, el Cabildo Insular de la Isla de Tenerife) de evitar que se produzcan daños y, en su caso, sancionar, a las personas que pudiesen causar a estos bienes una pérdida, deterioro de los valores que representan y, al mismo tiempo, asegurar su mantenimiento y conservación, *perseverándolo para las generaciones futuras.*

A la hora de llevar a cabo la ponderación entre estos dos intereses, esta parte se hace eco de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, de la que son ejemplo las Sentencias de 3 de febrero de 2009 y 9 de febrero de 2006, que analizan si *hay razones suficientes expuestas por el órgano competente para considerar más digno esa protección del interés legal invocado por la Administración que la salvaguarda de otros intereses igualmente protegibles como es el patrimonio cultural y rural.*

Con base en ello, y para probar que el interés público que invoca esta parte prevalece frente al del Cabildo, debe tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

a) **La inmediatez en cuanto a la notificación y ejecutividad del Acuerdo de Rescate** priva a mi representada de la posibilidad de ejercitar el derecho reconocido en el artículo 5.3 de la LPCC, que legitima a toda persona (ya sea física o jurídica) para actuar, ante las Administraciones Públicas o Tribunales, en defensa del patrimonio cultural de Canarias, ante posibles actuaciones (como es la demolición) que puedan menoscabar el valor intrínseco protegible de tales bienes.

Concretamente, el Cabildo concede, únicamente, a mi representada tres semanas para que ésta pueda tomar cuantas medidas estime oportunas para evitar la demolición de los bienes. En ese sentido, lo que no puede pretender el Cabildo, al invocar un interés público endeble tal y como se ha acreditado con anterioridad, es que esta parte, en un periodo tan corto de tiempo y con el tráfico fluido de la carretera de peaje, pueda adoptar las medidas adecuadas para que estos bienes no queden desprotegidos, ni, en su caso, sean demolidos por la ejecución inmediata del Acuerdo de Rescate.

**b) El Cabildo ha olvidado que la correcta y total ejecución de la explotación de la obra** durante estos años ha sido posible, entre otros factores, gracias a estas instalaciones de cobro que pretende demoler.

Esta parte insiste en recordar que la demolición de estas infraestructuras puede evitarse, puesto que tal acción no es intrínseca a la reversión a la Administración de la concesión administrativa, pudiendo aun así extinguirse el contrato, pero protegiendo estos bienes. La base legal se encuentra recogida en el artículo 283 de la LCSP que señala que, al producirse la extinción de una concesión, corresponde al concesionario *entregar a la Administración, en buen estado de conservación y uso, las obras incluidas en la concesión, así como los bienes e instalaciones necesarios para su explotación*. En esta línea, las cabinas e instalaciones que permiten el cobro del peaje se inscriben dentro de la categoría de “bienes e instalaciones necesarios para su explotación”, de lo que se desprende que no se tratan de simples infraestructuras.

En definitiva, esta parte insta a que el Juzgado acuerde la suspensión, puesto que existe una preeminencia del interés que invoca esta parte y el valor intrínseco de las instalaciones de cobro frente al inespecífico e infundado interés público que el Cabildo invoca para frustrar tal suspensión y, recuperar cuanto antes la concesión.

**SUPLICO AL JUZGADO**, que tenga por hecha la anterior manifestación y estimándolas proceda a acordar la medida cautelarísima o, subsidiariamente, la cautelar de suspensión del Acuerdo de Rescate del Cabildo Insular de Santa Cruz de Tenerife.

Todo ello es justicia que pide en Santa Cruz de Tenerife, a 7 de agosto de 2021.

Fdo: Doña Cristina de la Cuesta Arango (Procuradora de los Tribunales) y Doña Lourdes Aguilar Gutiérrez-Bolívar (Dirección Letrada de la empresa Túnel del Teide S.A.)