

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

5. CONCESIONARIOS DE AUTOPISTAS DE PEAJE. INDEMNIZACIÓN POR FUERZA MAYOR EN LA EXPROPIACIÓN

Procedencia de aplicar, tras la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, el criterio mantenido por ciertas sentencias del Tribunal Supremo, de que la Administración debe indemnizar a las sociedades concesionarias de autopistas de peaje por los daños que por fuerza mayor se producen en las mismas en fase de explotación. Régimen transitorio ¹.

ANTECEDENTES

1. Con fecha 23 de febrero de 2001 la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento emitió, en relación con la reclamación formulada por la sociedad «X» sobre indemnización de daños causados en la autopista de peaje Tarragona-Valencia-Alicante por inundaciones acaecidas en los años 1987 y 1989, un informe en el que se formulan las siguientes conclusiones:

I. Por resultar conforme con la doctrina del Tribunal Supremo, esta Abogacía del Estado considera que deben ser indemnizados a la Sociedad «X» los daños catastróficos en la autopista de peaje Tarragona-Valencia-Alicante, por inundaciones acaecidas en los años 1987 y 1989; acogiéndose la valoración de 11.000.000 pesetas contenida en el dictamen del Consejo de Obras Públicas.

II. No obstante, considera esta Abogacía del Estado que, tras la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo), la conclusión a la que habría que llegar sería justamente la contraria; ello por las razones expuestas en el presente informe.

¹ Dictamen de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de 16 de mayo de 2001 (ref.: A. G. Fomento 2/01). Ponente: don Luciano J. Mas Villarroel.

Nota: El dictamen del Consejo de Estado de 26 de abril de 2001 rechaza el criterio mantenido por las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 y 9 de diciembre de 1998 sobre indemnización por la Administración del Estado a los concesionarios de autopistas de peaje por daños causados por fuerza mayor en la fase de explotación.

Es de destacar que sobre este asunto han recaído ya diversas sentencias del Tribunal Supremo (de fechas 9 de diciembre 1998, 6 de junio de 1997, ambas reconociendo la procedencia de la indemnización pero referidas a la LCE).

También se constata la relevancia económica que posee la solución que se dé al caso, dado que de ella depende que se haga recaer sobre la Administración un deber continuado, durante toda la fase de explotación de una concesión de autopistas, de abonar indemnizaciones al concesionario.

Por todo ello, esta Abogacía del Estado considera de especial interés que se aclare la cuestión de si, tras la entrada en vigor de la LCAP, cabe o no seguir aplicando la doctrina contenida en las referidas sentencias, a fin de evitar que, por pura inercia, pueda consolidarse el precedente administrativo de abonar las referidas indemnizaciones.

A tal fin, y sin perjuicio de que se dé a este concreto expediente el curso que proceda, se somete a V. I. la conveniencia de solicitar de la Abogacía General del Estado que se pronuncie sobre una cuestión distinta aunque conexas al mismo: Si, tras la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo), resulta procedente en Derecho abonar a los concesionarios de autopistas de peaje, durante la fase de explotación, los daños que por fuerza mayor se le hayan ocasionado en los bienes e intereses afectos a la concesión.

2. El Director General de Carreteras, aceptando la sugerencia de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, solicita informe de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre «si, tras la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo), resulta procedente en Derecho abonar a los concesionarios de autopistas de peaje, durante la fase de explotación, los daños que, por fuerza mayor, se le hayan ocasionado en los bienes e intereses afectos a la concesión».

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Dado que la cuestión sobre la que se recaba el parecer de este Centro consiste en determinar, según se dice en el escrito de consulta, si, tras la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), resulta procedente indemnizar a los titulares de concesiones administrativas de autopistas de peaje los daños que en dichas vías de comunicación se produzcan por causa de fuerza mayor durante la fase de explotación, el presente informe se circunscribirá al análisis de dicha cuestión, sin que, en consecuencia, se examine el concreto supuesto de hecho que motivó el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento reseñado en el antecedente 11 (reclamación formulada por la sociedad «X» sobre indemnización de daños causados en la autopista de peaje Tarragona-Valencia-Alicante por inundaciones acaecidas en los años 1987 y 1989).

En relación con los daños producidos por causa de fuerza mayor en autopistas de peaje en régimen de concesión y acaecidos durante la vigencia del texto articulado de la Ley de Contratos del Estado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (LCE), la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 (art. 5219), tras calificar las concesiones administrativas de construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje como concesiones administrativas mixtas, por concurrir en ellas una concesión demanial y otra de servicio público, y señalar que dichas concesiones se rigen por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión (LAP) y el Pliego de Cláusulas Generales aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, y, con carácter supletorio, por la legislación de contratos del Estado, declara, sin embargo, que «no resulta posible aplicar al presente caso la legislación especial de autopistas, compuesta por la Ley 10 de mayo de 1972 y por el Decreto 25 de enero de 1973, del pliego de cláusulas generales, pues ni la una ni el otro contemplan el supuesto de daños indemnizables que se produzcan en la autopista en explotación, dado que solamente tiene en cuenta los daños indemnizables que producen la destrucción total o parcial, en más de un 25 por 100, en la cláusula 112 del Decreto, en el caso de que la autopista esté en construcción al considerarla como causa de extinción o suspensión de la concesión, y en el artículo 27 de la Ley que contempla los supuestos excepcionales de caso fortuito o fuerza mayor para imponer la obligación de prestar servicio las 24 horas del día y la obligación de reanudación inmediata del servicio sin derecho a indemnización alguna por las medidas de urgencia que le puede imponer la Administración, pero sin que ninguno de dichos supuestos se pueda aplicar al caso presente, dado que no resuelve el problema de quién ha de soportar los daños producidos en la autopista por fuerza mayor, durante la explotación del servicio público objeto de concesión».

Partiendo de la anterior premisa –inexistencia, en la normativa específica de autopistas de peaje en régimen de concesión, de previsión alguna que determine quién ha de soportar los daños producidos en esas vías de comunicación por fuerza mayor durante la fase de explotación–, la referida sentencia añade:

«No cabe, pues, la menor duda que ante tal laguna legal será preciso acudir a la legislación supletoria que está constituida por la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, vigentes en el momento en que acaecieron los hechos. Al aplicar la Ley de Contratos del Estado, el artículo 46 determina seis casos en que no es de aplicación el concepto de riesgo y ventura para el contratista y corresponde al Estado indemnizar el importe de los daños causados, entre los cuales en el núm. 5 se incluyen las inundaciones catastróficas producidas como consecuencia del desbordamiento de los ríos y arroyos y los artículos 67 y 209 del Reglamento de la misma que establecen que el contrato de

gestión de servicios se regulará por lo establecido en el Título I de esta Ley para el contrato de obras en todo lo que no se oponga a las disposiciones del presente, con lo cual no cabe duda que el artículo 46 es perfectamente aplicable al caso de autos y, por tanto, que en los supuestos previstos en el art. 46 de la Ley, aplicable al contrato de gestión (*sic*), los daños derivados de fuerza mayor no son de cuenta del contratista y éste tiene derecho a indemnización. La conclusión a que llegamos se encuentra respaldada por el informe del Pleno del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo, en sesión celebrada el 26 de abril de 1984, en caso idéntico con motivo de las inundaciones de Levante en el mes de octubre de 1982 por desbordamiento del río Júcar, así como por los órganos de la propia Administración demandada, Dirección General de Carreteras, que con fecha 8 de marzo de 1983 y por los Servicios de su asesoría jurídica con motivo de las inundaciones de Levante de 1982, se llega a idéntica conclusión que la que expone la Sala en el presente recurso de apelación.»

Por su parte, y en relación con una reclamación de indemnización formulada por razón de daños producidos por causa de fuerza mayor (inundaciones producidas por el desbordamiento de un río) en la misma autopista de peaje de cuya concesión es titular la sociedad que formuló la reclamación a que se refiere el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1998 (art. 10464) declara:

«A falta de norma específicamente aplicable al caso controvertido que determine quién ha de soportar los daños producidos en la autopista por fuerza mayor sobrevenida durante la explotación del servicio público objeto de concesión, hemos de acudir, ex artículo 2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre Autopistas de Peaje, a la legislación de Contratos del Estado. Más concretamente (según hemos dicho en la reciente sentencia de esta misma Sala y Sección de 6 de junio 1987, dictada en el recurso de apelación 882/1993, recaída en un supuesto que coincide sustancialmente con el que es objeto de este recurso) a los artículos 67 de la Ley de Contratos del Estado y 208 de su Reglamento, que establecen que el contrato de gestión de servicios se regulará por lo establecido en el Título I de aquella Ley para el contrato de obras en todo lo que no se oponga a las disposiciones propias del contrato de gestión y exceptuando los preceptos que sean privativos de la naturaleza de aquél. Resulta, pues, que el artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado es aplicable al caso enjuiciado y por tanto debe entenderse que los daños experimentados por el concesionario no son de su cuenta, sino que tiene derecho a indemnización. Así también lo han entendido el Pleno del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y la Asesoría Jurídica (conclusión 4.^a) del mismo Ministerio, en los informes que respectivamente obran a los folios 17 y 3 del expediente administrativo.»

A la vista de las sentencias del Tribunal Supremo que se han transcrito en lo pertinente, la conclusión de que los daños producidos en las autopistas de peaje por causa de fuerza mayor (en los supuestos enjuiciados por ambas sentencias los daños se produjeron, en fase de explotación de di-

chas vías de comunicación, por el desbordamiento de ríos causado por lluvias torrenciales) no son de cuenta del concesionario, sino de la Administración General del Estado, asistiendo a aquél el derecho a obtener de ésta la oportuna indemnización, tiene por fundamento dos consideraciones.

En primer lugar, reside en la inexistencia en la normativa reguladora de las concesiones administrativas de construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje de previsión alguna que determine quién ha de soportar los daños producidos por causa de fuerza mayor en fase de explotación de la autopista, lo que tiene por consecuencia la aplicación supletoria de la LCE, y ello con fundamento en lo dispuesto por el artículo 2 de la LAP, según el cual «las concesiones a que se refiere el artículo anterior se regirán por lo dispuesto en esta Ley y, supletoriamente, por la legislación de contratos del Estado».

En segundo lugar, partiendo de la premisa anterior –aplicación de la LCE por inexistencia, en la normativa reguladora de las autopistas de peaje en régimen de concesión administrativa, de previsión alguna sobre quién deba soportar los aludidos daños– y de la calificación de las concesiones a que se refiere la LAP como concesiones mixtas (concurriencia de una concesión demanial y de una concesión de servicio público) en la que no tiene lugar el denominado principio de atracción de la concesión demanial, sino que se produce la subordinación de aquélla a la concesión de servicio público (como declaran las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1967, 20 de noviembre de 1969 y 6 de junio de 1997), la aplicación al contrato de gestión de servicio público a que se referían los artículos 62 y siguientes de la LCE de lo que dicho texto legal disponía para el contrato de obras en su artículo 46, según el cual «la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista y éste no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras sino en casos de fuerza mayor. Para los efectos de esta Ley se considerarán como tales únicamente los que siguen: 1. Los incendios causados por la electricidad atmosférica. 2. Los daños causados por los terremotos y maremotos. 3. Los que provengan de los movimientos del terreno en que estén construidas las obras o que directamente las afecten. 4. Los destrozos ocasionados violentamente a mano armada, en tiempo de guerra, sediciones populares o robos tumultuosos. 5. Inundaciones catastróficas producidas como consecuencia del desbordamiento de ríos y arroyos, siempre que los daños no se hayan producido por la fragilidad de las defensas que hubiera debido construir el contratista en cumplimiento del contrato, y 6. Cualquier otro defecto análogos a los anteriores, previo acuerdo del Consejo de Ministros».

La aplicación del artículo 46 de la LCE al contrato de gestión de servicios públicos tenía por fundamento la consideración de que, intentando la LCE garantizar un mínimo de unidad o uniformidad en el régimen jurí-

5 dico de los contratos administrativos nominados o típicos (contrato de obras, contrato de gestión de servicios públicos y contrato de suministro), dadas las características y elementos comunes a dichos contratos, el citado texto legal utilizó a tal efecto la regulación del contrato de obras como paradigma o modelo para los contratos de gestión de servicios públicos y de suministro en todo aquello que no se opusiese a las normas propias y específicas de estos dos últimos tipos contractuales. Así, el artículo 67 de la LCE disponía que «el contrato de gestión de servicios públicos se regulará por lo establecido en el Título I de esta Ley para los contratos de obras en todo lo que no se oponga a las disposiciones del presente y exceptuando los preceptos que sean privativos de la naturaleza de aquél» y, por su parte, el artículo 84, párrafo primero, del repetido texto legal disponía que «el contrato de suministro se regulará por las normas contenidas en el presente título y, en su defecto, por las referentes al contrato de obras». Es por ello por lo que, no existiendo incompatibilidad alguna entre la norma del artículo 46 de la LCE y las previsiones de dicho texto legal dedicadas al contrato de gestión de servicios públicos, las sentencias del Tribunal Supremo que se han mencionado concluyen, por vía de aplicación del citado precepto al contrato de gestión de servicios públicos –una vez calificada la concesión de construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje como concesión mixta en la que la concesión demanial se subordina a la concesión de servicio público–, que los daños producidos en las autopistas de peaje, en fase de explotación, por causa de fuerza mayor no son de cuenta del concesionario respectivo, sino de la Administración del Estado, asistiendo a aquél el derecho a obtener de ésta la correspondiente indemnización.

II. Expuestas las razones por las que las sentencias del Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico precedente llegaron a la anterior conclusión, debe examinarse si la misma puede mantenerse tras la entrada en vigor de la LCAP, cuestión sobre la que el Director general de Carreteras, aceptando la sugerencia de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, recaba el parecer de este Centro Directivo.

Antes de pasar al examen de dicha cuestión, se estima oportuno indicar que, aunque en el escrito de consulta se mencione la Ley 13/1995, de 18 de mayo, como texto legal cuya entrada en vigor suscita la repetida cuestión, las referencias normativas del presente informe a la legislación vigente en la materia contractual de que se trata se harán al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), al haber sido derogada la LCAP, en cuanto norma refundida, por el citado texto (disposición derogatoria única.1), siendo, por tanto, este último texto legal la norma actualmente vigente en materia de contratación de las Administraciones Públicas; no obstante, la conclusión a que se llegue en el examen de la cuestión de que se trata ha de entenderse referida a la entrada en vigor de la LCAP.

Hecha la anterior precisión, y como quiera que no se ha producido ninguna modificación de la LAP ni se aprecia ninguna razón para alterar la calificación de las concesiones a que se refiere dicho texto legal como concesiones mixtas en las que la concesión de dominio público se subordina a la concesión de servicio público, la adecuada resolución de la cuestión planteada pasa necesariamente por determinar si la excepción al principio de riesgo y ventura en que consiste la regla de la indemnización al contratista por los daños y perjuicios producidos por fuerza mayor es, según la normativa vigente, aplicable al contrato de gestión de servicios públicos; dicho en otros términos, si el artículo 144 del TRLCAP (norma en cuyo apartado 1 se sanciona el derecho del contratista a la indemnización por los daños y perjuicios que se le hubiesen producido por fuerza mayor, enumerándose en su apartado 2 los casos que merecen la consideración de fuerza mayor), precepto homólogo al artículo 46 de la derogada LCE, es aplicable al contrato de gestión de servicios públicos.

Como se ha dicho en el fundamento jurídico precedente, la LCE trató de garantizar un mínimo de unidad o uniformidad en el régimen jurídico de los contratos administrativos por ella disciplinados, utilizando para ello la regulación del contrato de obras como modelo para los contratos de gestión de servicio público y de suministro, a los que, de esta forma, se les aplicaba la regulación de aquél, salvo en lo específico y peculiar de esos últimos contratos. Pues bien, como acertadamente advierte la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, la LCAP alteró, y de forma sustancial, la sistemática de la LCE (alteración sustancial que persiste en el TRLCAP). Así, en la Exposición de Motivos de la LCAP se dice (apartado 1.4) lo siguiente:

«En este sentido parece muy conveniente que se modifique la disposición de materias de la Ley hasta ahora vigente, la que, quizá por la proyección histórica principal que en la contratación pública tuvo el contrato de obras, se construyó alrededor de éste, al que se le dio un tratamiento primordial, aplicando por analogía su regulación a la de los restantes contratos administrativos.

En consecuencia, a cada contrato administrativo que la Ley contempla (de obras, de gestión de servicios públicos, de suministros, de consultoría y asistencia o de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales) se le ha dado una regulación propia, de acuerdo con sus características particulares, sin perjuicio de la parte general, común a toda la contratación administrativa.»

La nueva sistemática adoptada no permite negar la existencia de una «parte general, común a toda la contratación administrativa», en palabras de la Exposición de Motivos de la LCAP; ahora bien, a diferencia de lo que acontecía con la LCE, en la que esa parte estaba constituida en gran medida por la regulación del contrato de obras, en la legislación vigente la parte general, común a toda la contratación administrativa, está constituida por las reglas relativas, entre otros extremos, a los requisitos

5 para contratar con la Administración, garantías de la contratación, pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la Administración, invalidez de los contratos, procedimientos de adjudicación, ejecución y modificación de los contratos, revisión de precios, extinción de los contratos, cesión de los contratos y subcontratación. A esta parte general y común a toda la contratación administrativa, recogida en el Libro I del TRLCAP, se añade la regulación propia de cada contrato administrativo (de obras, gestión de servicios públicos, de suministros, de consultoría y asistencia técnica y de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales).

Pues bien, la nueva sistemática que adoptó la LCAP y que persiste en el TRLCAP impide, como seguidamente se expondrá, aplicar el artículo 144 del TRLCAP –precepto homólogo al art. 46 de la derogada LCE– al contrato de gestión de servicios públicos, por lo que, siendo la aplicación supletoria del artículo 46 de la LCE al referido contrato de gestión de servicios públicos el argumento en que (partiendo de la inexistencia en la normativa de las autopistas de peaje en régimen de concesión administrativa de previsión alguna sobre quién ha de soportar los daños causados por fuerza mayor) se apoyaba la conclusión a que llegaron las más arriba citadas Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 y de 9 de diciembre de 1998 (así como el Consejo de Obras Públicas y la Asesoría Jurídica del entonces Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo) para reconocer el derecho del concesionario a la indemnización de los daños producidos en la autopista por causa de fuerza mayor, esta conclusión no puede mantenerse tras la entrada en vigor de la LCAP, por las razones que siguen.

Como ya se indicó anteriormente, el derecho del contratista a ser indemnizado por los daños que se le hubieren producido por causa de fuerza mayor era y es una excepción al principio de riesgo y ventura propia de la contratación administrativa que contrasta con el régimen que en este punto sigue el Derecho privado (cfr. arts. 1589 y 1590 del Código Civil), estando contenida su regulación actual en los artículos 98 y 144 del TRLCAP. Así, el artículo 98 del TRLCAP, precepto comprendido en el Libro I de dicho texto legal (que lleva por rúbrica «De los contratos de las Administraciones Públicas en general»), dispone que «la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144...». Por su parte, el artículo 144 del TRLCAP, comprendido en el Libro II («De los distintos tipos de contratos administrativos») y, más concretamente, en el Título I de dicho Libro («Del contrato de obras») dispone lo siguiente:

1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubiesen producido.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:
 - a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
 - b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos de terreno, temporales marítimos, inundaciones y otros semejantes.
 - c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

La interpretación gramatical y sistemática del artículo 98 del TRLCAP pone de manifiesto que no es posible aplicar el artículo 144 (derecho del contratista a ser indemnizado por los daños que se le hubieren producido por causa de fuerza mayor) al contrato de gestión de servicios públicos. El artículo 98 del TRLCAP, comprendido en lo que la Exposición de Motivos de la LCAP denomina «parte general, común a toda la contratación administrativa», sienta el tradicional principio de ejecución de los contratos administrativos a riesgo y ventura del contratista. Ahora bien, así como dicha regla o principio general es aplicable a todos los contratos administrativos, dada la ubicación sistemática del citado precepto, la excepción que a ese principio establece el artículo 98 del TRLCAP queda circunscrita exclusivamente al contrato de obras como resulta del tenor literal del repetido precepto («... sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el art. 144») y cuya claridad hace innecesario acudir a otro criterio o regla de interpretación (*in claris non fit interpretatio*). Así lo confirma, por otra parte, la circunstancia de que en la regulación del contrato de gestión de servicios públicos (arts. 154 a 170 del TRLCAP) no se contiene ninguna previsión que, como acontecía con el artículo 67 de la derogada LCE, declare la aplicación al aludido contrato de las normas relativas al contrato de obras; es más, el artículo 156 del TRLCAP, al enumerar y definir las distintas modalidades de la contratación de la gestión de los servicios públicos, dispone que «la contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en el apartado 3 del artículo 130 de la presente Ley», sin que se establezca una previsión análoga a la del artículo 144 del propio texto legal.

Las consideraciones precedentes permiten concluir, como se ha dicho, que tras la entrada en vigor de la LCAP no es posible aplicar a los contratos de gestión de servicios públicos que se rijan por la misma la previsión del artículo 144 del TRLCAP relativa al derecho del contratista de obras a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se hubiesen producido por causa de fuerza mayor, lo que tiene por consecuencia que, tras la referida entrada en vigor, no pueda mantenerse la conclusión a que llegaban las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997 y 9 de diciembre de 1998, ya que, como se ha señalado respecto a las concesiones de autopistas de peaje en su fase de explotación, esa conclusión tenía

5 por fundamento la aplicación del artículo 46 de la LCE –precepto homólogo al art. 144 del TRLCAP– al contrato de gestión de servicios públicos. En suma, y como acertadamente indica la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, tras la entrada en vigor de la LCAP la remisión que el artículo 2 de la LAP hace a la legislación de contratos del Estado, como normativa de aplicación supletoria a las concesiones administrativas de autopistas de peaje, ha de entenderse hecha, en la fase de explotación de las mismas, a las normas comunes o generales a los distintos contratos administrativos (Libro I del TRLCAP) y a las normas relativas al contrato de gestión de servicios públicos (arts. 154 a 170 del TRLCAP), sin que, por las razones expuestas, en unas y otras normas esté comprendida la regla del artículo 144 del TRLCAP.

III. Alcanzada la conclusión de que tras la entrada en vigor de la LCAP no existe fundamento jurídico para reconocer a los titulares de concesiones administrativas de construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje el derecho a ser indemnizados por los daños producidos en las mismas, en su fase de explotación, por causa de fuerza mayor, debe examinarse todavía si dicha conclusión es o no aplicable a las concesiones de aquella clase otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del citado texto legal.

La adecuada resolución de la anterior cuestión –propia del derecho transitorio o intertemporal– hace necesario, a juicio de este Centro Directivo, determinar cuál sea la incidencia de una modificación legislativa (en el caso que se examina, derogación de la LCE por la LCAP, con las consecuencias que, a los efectos que aquí interesan, y en los términos indicados en el fundamento jurídico precedente, se producen, es decir, la inaplicación de la regla del art. 144 del TRLCAP al contrato de la gestión de servicios públicos) en situaciones jurídicas preexistentes (concesiones administrativas de autopistas de peaje otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAP y respecto de las cuales –calificadas como concesiones mixtas en las que la concesión demanial se subordina a la concesión de servicio público– era aplicable el art. 46 de la LCE).

A efectos de determinar la incidencia de una modificación legislativa en situaciones jurídicas preexistentes, es tradicional distinguir entre situaciones jurídicas objetivas y situaciones jurídicas subjetivas. Las primeras, en cuanto fijadas directamente por la ley que configura así un determinado *status* jurídico, siguen, salvo previsión expresa en norma de derecho transitorio o intertemporal, las vicisitudes de la propia ley que las determinó, de forma que si dicha ley es modificada (o derogada) por otra posterior, las referidas situaciones objetivas se rigen por esta última norma, sin que pueda esgrimirse derecho alguno frente a la modificación normativa (principio de eficacia inmediata de la ley). Las segundas –situaciones jurídicas subjetivas–, determinadas en su contenido y extensión por un acto o negocio jurídico y no directamente por la ley, que se limita a hacer po-

sible la realización de dicho acto o negocio jurídico, se rigen, salvo previsión legal en contrario, por la norma a cuyo amparo se celebró el acto o negocio en cuestión, que no puede ser afectado por la norma posterior (principio de permanencia normativa o regla *ne varietur*).

Pues bien, dado que la situación jurídica resultante de una concesión administrativa de construcción, conservación y explotación de una autopista de peaje debe calificarse, sin duda, como una situación jurídica subjetiva, a tenor de lo dicho, y puesto que la LCAP no estableció, según resulta de su disposición transitoria primera, la aplicación de sus preceptos a los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, ni en lo relativo a las actuaciones procedimentales pendientes ni en lo que se refiere al régimen sustantivo aplicable a los referidos contratos, de lo que resulta que dichas cuestiones se rigen por la normativa anterior (como se indicó en un informe de este Centro Directivo de 16 de junio de 1995: ref. AEH-Secretaría de Estado de Hacienda 1/95), ha de entenderse que la conclusión formulada en el fundamento jurídico II del presente informe no es aplicable a las reiteradas concesiones de autopistas de peaje otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LCAP, por lo que los titulares de dichas concesiones tienen derecho a ser indemnizados por la Administración del Estado por los daños producidos en las aludidas vías de comunicación por causa de fuerza mayor, en los términos que resultaban de la LCE y la jurisprudencia interpretativa de la misma. A esta misma conclusión conducen las disposiciones transitorias del Código Civil, más particularmente, las disposiciones transitorias primera y segunda de dicho texto legal, expresivas del principio de que los actos, negocios y relaciones jurídicas de ellos derivados se someten al régimen de la ley bajo cuya vigencia se otorgaron, surtiendo sus efectos con arreglo a dicha ley.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. Los titulares de concesiones administrativas de construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje otorgadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, no tienen derecho a ser indemnizados por la Administración General del Estado por razón de los daños producidos en dichas autopistas por causa de fuerza mayor durante la fase de su explotación.

Segunda. Por las razones expuestas en el fundamento jurídico III del presente informe, la anterior conclusión no es aplicable a las concesiones administrativas de construcción, conservación y explotación de autopistas

- 5 de peaje otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que los titulares de dichas concesiones tienen derecho a ser indemnizados por la Administración General del Estado por los daños producidos en las repetidas vías de comunicación por causa de fuerza mayor en los términos resultantes de la legislación anterior y jurisprudencia interpretativa de la misma.