

Roj: **STS 3879/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:3879**Id Cendoj: **28079130072012100372**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **23/05/2012**Nº de Recurso: **7113/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número 7113/2010, que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don Antonio Barreiro-Meiro Barbero, en nombre y representación de "NAVIERA MAR DE ONS, S.L.", contra la sentencia de fecha 23 de septiembre de 2010, dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, recaída en el recurso número 4586/2008. Ha sido parte recurrida la JUNTA DE GALICIA, representada y asistida por el Letrado integrante de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el 23 de septiembre de 2010 en el recurso número 4586/2008, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el representante procesal de la sociedad mercantil "Naviera Mar de Ons, SL" contra la resolución de 17.07.08 del Secretario Xeral de la Consellería do Política Territorial, Obras Públicas e Transportes (dictada por delegación de su titular), sobre nulidad de pleno derecho de la concesión del servicio público del transporte de personas en la ría de Vigo y entre ésta a las islas Cíes, y, en consecuencia.

1º Confirmamos la resolución impugnada, salvo en lo que alcanza a la no devolución de la garantía definitiva, que procede en los términos de lo señalado en el fundamento de derecho tercero "in fine".

2º Desestimamos la pretensión indemnizatoria.

3º No hacemos condena en costas.».

SEGUNDO. - Contra la citada sentencia anunció recurso de casación el Procurador Don Antonio Barreiro-Meiro Barbero, en nombre y representación de "NAVIERA MAR DE ONS, S.L.", que la Sala de instancia tuvo por preparado por providencia de 25 de noviembre de 2010, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación anunciado, en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que:

«...» dicte otra más ajustada a derecho que, casándola, la anule y estime aquéllas pretensiones formuladas por esta parte en su escrito de demanda que no fueron estimadas por la sentencia ahora recurrida, y por consiguiente:

PRIMERO. - Declare que no es conforme a Derecho y anule la resolución del Sr. Secretario general de la Consellería de Política Territorial, Obras públicas y Transportes de la Xunta de Galicia de 17 de Julio del 2008, dictada por delegación de la Sra. Conselleira, por la que se declara la nulidad de pleno Derecho de la concesión



del servicio público de transporte marítimo de viajeros en la ría de Vigo de la que era titular la sociedad "Naviera Mar de Ons, S.L."

SEGUNDO.- Declare resuelta la referida concesión bien por supresión del servicio público que constituía su objeto, bien por imposibilidad de explotación del mismo.

TERCERO.- Condene a la Administración autonómica gallega a indemnizar a la sociedad concesionaria "Naviera Mar de Ons, S.L." en la cantidad de 27.511.996,90 euros, incrementada con su actualización con arreglo a la evolución del índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística, tomando como fecha inicial la de extinción de la concesión y como fecha final la de terminación del presente procedimiento»

CUARTO.- Por providencia de 8 de marzo de 2011 se acordó conceder a las partes el plazo común de diez días para que formularan alegaciones sobre las posibles causas de inadmisión del recurso siguientes:

1. "Carecer manifiestamente de fundamento el primer motivo de casación del recurso, articulado al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la LRJCA, puesto que la falta de motivación de la sentencia, puesta de manifiesto por el recurrente, en realidad revela la discrepancia del mismo con las consideraciones jurídicas efectuadas por la Sala de instancia (art. 93.2 d) de la LRJCA)"

2. "Respecto del motivo segundo, no haberse justificado en el escrito de preparación del recurso, que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante para el fallo de la sentencia impugnada (artículos 86.4 y 89.2 de la LRJCA)", trámite que fue evacuado por ambas partes.

QUINTO.- Por auto de fecha veintisiete de Octubre de dos mil once, se acordó:

«1º) Declarar la admisión del motivo segundo y tercero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil "Naviera Mar de Ons, S.L., contra la Sentencia de 23 de septiembre de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso nº 4586/2008; para lo cual se remiten las actuaciones a la Sección séptima de esta Sala.

2º) Declarar la inadmisión del motivo primero de dicho recurso de casación contra la Sentencia de 23 de septiembre de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso nº 4586/2008 »

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 11 de diciembre de 2011 se concedió un plazo de treinta días al recurrido para que formalizara escrito de oposición, que tuvo entrada el día 14 de febrero de 2012, y en el que se suplicaba a la Sala que «(...)dicte, tras los trámites oportunos, sentencia por la que se desestime este recurso y se confirme la sentencia recurrida, con desestimación íntegra la petición actora, e imposición de costas al recurrente ».

SÉPTIMO.- Conclusas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia del día 9 de mayo de 2012, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 23 de septiembre de 2010, dictada en el recurso número 4586/2008, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por de "NAVIERA MAR DE ONS, S.L., contra la resolución de 17 de julio de 2008 del Secretario General de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes (por delegación de su titular), por la que se declaró la nulidad de pleno derecho de la concesión del servicio público del transporte de personas en la Ría de Vigo y entre ésta a las islas Cíes, adjudicado por resolución de 5 de noviembre de 1999.

El recurso de casación interpuesto por el Procurador Don Antonio Barreiro-Meiro Barbero, en nombre y representación de "NAVIERA MAR DE ONS, S.L. contiene tres motivos de casación.

El primero, formulado al amparo del artículo 88.1º, letra c) de la LJCA, fué inadmitido por Auto de 27 de octubre de 2011, según se dijo en el Antecedente Quinto.

El segundo, formulado bajo la cobertura del artículo 88.1º, letra d) de la LJCA, denuncia que la sentencia de instancia ha incurrido en vulneración de los principios generales del Derecho español y de la Unión Europea relativos a la relaciones entre ambos Ordenamientos jurídicos y, en particular, a las consecuencias de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declaran el incumplimiento por los Estados miembros de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión, y aplicación errónea del



artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común .

El tercero, formulado también bajo la cobertura del artículo 88.1º, letra d) de la LJCA , reprocha a la sentencia de instancia la infracción, por no aplicación, del artículo 167, letras c) y d), y del artículo 169.4 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio .

Por su parte la JUNTA DE GALICIA, representada y asistida por el letrado integrante de sus Servicios Jurídicos, se opone a ambos motivos en los términos que luego se expondrán.

SEGUNDO.- La base de la fundamentación de la Sentencia recurrida se contiene en los fundamentos de derecho primero a tercero; del siguiente tenor literal:

«(...) PRIMERO.- A través de la Ley 4/1999, de 9 de abril, se declara de servicio público de titularidad de la Xunta de Galicia el transporte público de viajeros en la ría de Vigo, a gestionar indirectamente mediante concesión por un plazo máximo de duración de 20 años, prorrogables por otros 10, previo concurso celebrado al efecto, que se adjudica a la empresa "Naviera Mar de Ons, SL" mediante resolución de 05.10.99 del conselleiro de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes; interpuesto contra esa ley un recurso por incumplimiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara, en sentencia de 09.03.06 , la inaplicabilidad de dicha ley por infringir el Reglamento (CEE) 3577/1992 del Consejo, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los estados miembros (cabotaje marítimo). Con base en ese pronunciamiento, el 22.02.08 se inicia un procedimiento de revisión de oficio del contrato adjudicado que, luego de la audiencia de la interesada y del dictamen favorable del Consello Consultivo de Galicia, finaliza por resolución del secretario xeral de ese departamento de 17.07.08 (dictada por delegación de su titular), en la que se declara la nulidad de pleno derecho de dicha concesión administrativa, que es la resolución que impugna el representante procesal de la sociedad mercantil a la que se le adjudicó la prestación de ese servicio público.

La demanda pretende que se declare la nulidad de esa resolución, así como que lo que procedía era resolver el contrato por la imposibilidad de explotar el transporte público de pasajeros o por la supresión de ese servicio; también pretende que se condene a la Administración gallega a indemnizarle a la actora con la cantidad de 27.511.996,90 euros y a devolver la garantía definitiva constituida (en ambos casos con sus debidas actualizaciones); se fundan esas pretensiones en que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no anuló la norma de cobertura, sino que se limitó a declarar que incumplía el reglamento comunitario, por lo que la obligación que se imponía era corregir tal incumplimiento, que, de acuerdo con ello, lo correcto hubiera sido resolver el contrato por supresión del servicio público y por imposibilidad de explotarlo y que de ello se derivan las consecuencias indemnizatorias y de devolución de la garantía pretendidas.

A esas pretensiones y sus motivos se opone el letrado de la Xunta de Galicia.

SEGUNDO.- Ni se discute, ni se puede discutir en este recurso la adecuación o no al ordenamiento jurídico comunitario de la Ley 4/1999, donde se declaró que el transporte marítimo de viajeros en la ría de Vigo era un servicio público autonómico que podía gestionarse indirectamente; con base en lo dispuesto en sus artículos 2 y 3 , se le otorgó a la empresa recurrente la concesión de ese servicio por un plazo 20 años, con la posibilidad de prorrogarlo por otros 10, lo que no llegó a cumplirse, ya que la STJCE de 09.03.06 , declaró inaplicable esa ley por infringir el citado Reglamento (CEE) 3577/1992 del Consejo

En este orden de cosas tiene razón la parte actora cuando sostiene que esa sentencia no pudo anular la ley, y así es, porque una cosa es el recurso de anulación que se contempla en los artículos 230 y 231 del TCE y que se promueve frente a actos y disposiciones de las instituciones comunitarias (Parlamento, Consejo, Comisión y Banco Central Europeo), que puede finalizar con la declaración de nulidad y carencia de valor y efectos del acto impugnado, y otra cosa distinta es el recurso por incumplimiento de los estados miembros que se contempla en los artículos 226 a 229, que finaliza con sentencia que, en caso de que aprecie ese incumplimiento, determina que el estado viene obligado a adoptar las medidas necesarias para su ejecución (artículo 228.1).

La revisión de oficio y la posterior declaración de nulidad del acto concesional fue la medida necesaria que el órgano autonómico consideró que debía adoptar a fin de permitir la libre prestación del servicio de transporte marítimo de cabotaje, como demandaba el Reglamento (CEE) 3577/1992, y lo que ahora procede es decidir si el acto concesional fue ilegítimo (como sostiene la demandada) o, por el contrario, si se había adoptado con arreglo a derecho y después sobrevino una circunstancia que determinaba la resolución del contrato inicialmente válido (como sostiene la actora). Es evidente que tanto en un caso como en el otro la empresa dejará de prestar el servicio, y esto es algo que ni siquiera ella discute, pero lo relevante son los efectos, pues en el supuesto de la nulidad lo que procede es que las partes se restituyan lo que hubieran recibido o, en su defecto, su valor, así como los daños y perjuicios ocasionados por quien resulte culpable, mientras que en el supuesto de la resolución



del contrato inicialmente válido el efecto es más gravoso, pues es obligado indemnizar al contratista por los daños y perjuicios irrogados, "incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir", de conformidad con lo que respectivamente disponen los artículos 65.1 y 169.4 del texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (entonces vigente); a esto conduce finalmente la demanda cuando pretende el abono de la considerable suma de 27.511.996,90 euros, debidamente actualizada, ello sin perjuicio del reintegro de la garantía definitiva.

Si bien es verdad que la STJCE de 09.03.06 no declaró formalmente la nulidad de la ley autonómica (lo que sólo podría hacer el Tribunal Constitucional), el efecto que produce el fallo es el mismo, puesto que el reglamento comunitario es prevalente y tiene efecto y aplicabilidad directa sobre las disposiciones y actos de los estados miembros, lo que significa que las normas nacionales y los actos dictados en su aplicación no pueden contravenir el derecho comunitario, mientras que, si lo hacen, el único efecto que producen es su nulidad radical por faltarles la norma de cobertura, que aquí es el Reglamento (CEE) 3577/1992 del Consejo.

Como indicó la STS de 25.03.72, lo que es nulo, no produce ningún efecto ("quod est nullum, nullum produxit effectum"), de modo que si tenía que respetarse una norma superior (la comunitaria) que ordenó la libre prestación del servicio de transporte marítimo de cabotaje y tal imposición fue vulnerada por la ley gallega -en cuanto dispuso que el transporte marítimo de viajeros en la ría de Vigo sería un servicio público autonómico que debería gestionarse indirectamente-, la consecuencia no es otra que la nulidad de pleno derecho del contrato así celebrado, pues la nulidad de la ley subordinada a la norma comunitaria arrastraba a todos los actos dictados para su aplicación.

En consecuencia, se estaba en el supuesto contemplado en el apartado f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, al que se remite el artículo 62.a) del TRLCAP, como declaró la resolución impugnada (no así ante los supuestos contemplados en los apartados a) y c) de aquel precepto), por lo que tal resolución debe considerarse ajustada a derecho al anular radicalmente la adjudicación de un contrato que estaba viciado de origen, al no salvaguardar el interés comunitario expresado en una norma clara y preceptiva, como es el reglamento citado. Entenderlo en la forma interesada que propugna la demanda, en el sentido de que el contrato se ajustó a derecho y que sobrevino una circunstancia que hacía necesario suprimir el servicio, supone desconocer que la primera norma que debe cumplir el órgano de contratación es el reglamento comunitario, que no podía dar cobertura al procedimiento contractual del que resultó indebidamente beneficiaria la empresa "Naviera Mar de Ons, SL".

TERCERO.- Desestimadas las dos primeras pretensiones, deben analizarse las otras dos, una de indemnización y otra de devolución de la fianza definitiva.

Como se ha avanzado, la demanda cifra el importe indemnizatorio que surge de la resolución del contrato, lo que no se puede acoger, pues lo correcto no era resolverlo, sino anularlo de pleno derecho, lo que no impide que surja una responsabilidad indemnizatoria, aunque no de forma automática; así lo declara la constante jurisprudencia cuando señala que la antijuricidad del daño surge cuando el administrado no tiene el deber jurídico de soportarlo, lo que, en el caso de la nulidad del acto administrativo previo, admite el matiz del "margen de tolerancia" que se da según que la nulidad del acto o disposición fuese manifiesta o simple, reputando sólo la primera como causa de imputación de responsabilidad, añadiéndose que, en otro caso, se llegaría a la conclusión inaceptable de que toda anulación judicial de un acto administrativo comportaría siempre la indemnización, lo cual supondría tanto como sentar un principio que, excediendo de los límites propios del sistema legal de la responsabilidad patrimonial administrativa, haría normalmente imposible el normal ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico concede a la administración (así, las SsTS de 07.06.84, 02.06.86, 20.02.89, 18.03.91, 01.02.99, 11.03.99, 24.05.99 o 12.07.01).

Esta doctrina jurisprudencial fue citada en la resolución impugnada, pero no entró a valorar la indemnización que procedería, dada la complejidad de la cuestión, por lo que dispuso que se analizaría en un procedimiento separado, lo que comparte esta sala, singularmente porque, como se ha razonado, el régimen jurídico y la metodología entonces (y ahora) propuesta por la empresa no es la correcta.

Finalmente, lo que sí es correcto es que se le reintegre a la empresa la garantía definitiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.1 del TRLCAP, ello sin perjuicio de lo dispuesto en su artículo 47.1 para el caso de que fueran exigidas responsabilidades a la concesionaria; y también procede tal actualización, que será desde la fecha en que dejó de cumplirse el contrato, ya que esa ley nada indica al respecto y no es aplicable, por razones temporales, lo dispuesto en el artículo 90.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

En la medida en que la empresa había solicitado en su escrito de alegaciones que se le reintegrara la garantía definitiva y tal petición no fue atendida en la resolución impugnada, sólo en este punto debe ser anulada»



TERCERO.- Son antecedentes previos para la resolución del actual recurso de casación los siguientes:

1º.- El Consejo de la Comunidad Europea dictó el Reglamento (CEE) nº 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo).

2º.- El 9 de abril de 1999, la Comunidad Autónoma de Galicia dictó la Ley 4/1999, de declaración de servicio público de titularidad de la Junta de Galicia del transporte público marítimo de viajeros en la ría de Vigo (BOE nº 118, de 18 de mayo de 1999, p. 18552).

El artículo 2, apartados 2 y 3, de dicha Ley establecía que la administración autónoma de Galicia gestionaría indirectamente los servicios de transporte marítimo de viajeros en la ría de Vigo mediante una concesión administrativa de veinte años, prorrogable por un plazo máximo de diez años.

El artículo 3 de la Ley 4/1999 disponía que dicha concesión se adjudicaría mediante concurso y que se tendrían en cuenta, entre otros criterios, la experiencia demostrable en el transporte de la ría de Vigo, la calidad del servicio, las tarifas, el compromiso de asunción de trabajadores del transporte de la ría con los criterios de antigüedad acreditada y profesionalidad y las garantías de preservación del espacio natural de las islas Cíes.

3º.- El 5 de octubre de 1999 la Administración de la Junta de Galicia adjudicó a la Naviera del Mar de Ons, S.L. en aplicación de dicha Ley, contrato administrativo de gestión de servicio público de transporte de personas entre la Ría de Vigo en modalidad de concesión administrativa.

4º.- La Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Asunto nº C-323/2003, en el que se tramitaba un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas, con arreglo al artículo 226 CE, dictó sentencia en fecha 9 de marzo de 2006, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

«1) Declarar que el Reino de España, por mantener en vigor una normativa:

- que permite conceder los servicios de transporte marítimo de pasajeros en la ría de Vigo a un único operador durante un período de veinte años y que incluye como criterio de adjudicación de dicha concesión la experiencia de transporte en la citada ría;

- que permite someter a obligaciones de servicio público los servicios de transporte estacionales con las islas o los servicios de transporte regulares entre puertos continentales;

- que nunca fue objeto de consulta con la Comisión de las Comunidades Europeas antes de su aprobación, ha infringido los artículos 1, 4, 7 y 9 del Reglamento (CEE) nº 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), y ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del citado Reglamento.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Condenar en costas al Reino de España».

6º.- El 6 de mayo de 2008, el Parlamento Gallego dictó la Ley 2/2008, por la que se desarrolla la libre prestación de servicio de transporte marítimo de personas en aguas interiores de Galicia, cuya Disposición Derogatoria Única derogó la Ley 4/1999.

7º.- Por resolución de 17 de julio de 2008 dictada por el Secretario General de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes (dictada por delegación de su titular), se declaró la nulidad de pleno derecho de la concesión del servicio público del transporte de personas en la Ría de Vigo y entre ésta a las islas Cíes, adjudicado por resolución de 5 de noviembre de 1999, con el objeto de dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea antes citada.

CUARTO.- Entrando en el análisis de los motivos admitidos, cuyo enunciado sintético se expuso en el Fundamento de Derecho Primero, en cuanto al segundo de ellos su desarrollo argumental comienza exponiendo la tesis de la Resolución recurrida y de la sentencia de instancia, las cuales entendieron que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo del 2006, asunto C-323/03, privó de manera absoluta de toda eficacia a la Ley del Parlamento de Galicia 4/1999, de 9 de abril, que declaró servicio público de titularidad de la Xunta de Galicia el transporte marítimo de viajeros en la ría de Vigo, y por consiguiente, dejó sin fundamento jurídico a la referida concesión, que se vería incurso en la causa de nulidad de pleno derecho recogida en la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común ("los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición").



Frente a tal tesis la recurrente afirma que semejante argumentación contiene graves defectos jurídicos: a) por infringir los principios generales del Derecho español y de la Unión Europea relativos a la relaciones entre ambos Ordenamientos jurídicos y en particular a las consecuencias de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declaran el incumplimiento por los Estados miembros de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión; y b) por suponer una aplicación errónea de la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 .

Destaca que, tanto la Administración demandada, como la sentencia impugnada, incurren en una inadmisibles confusión entre los efectos de la anulación de una norma con rango de ley y los de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declara que un Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de la Unión por mantener en vigor una regulación legal contraria a éste.

Sostiene que, aunque la sentencia impugnada reconoce, como no podía ser de otra forma, que una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no puede anular una ley interna (que es algo que en nuestro Ordenamiento jurídico está reservado exclusivamente al Tribunal Constitucional), insiste en que los efectos son equivalentes, porque el cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga a inaplicar esa ley.

Aduce que esta tesis, que equipara, al menos en el plano de los efectos prácticos, inaplicación a anulación, es manifiestamente errónea, pues la declaración de nulidad de una norma supone su expulsión definitiva del Ordenamiento jurídico con efectos "erga omnes" y, en principio, "ex tunc" , mientras que la inaplicación no afecta a la vigencia de la norma, de tal manera que si la regulación del Derecho de la Unión Europea con la que se produce la contradicción fuese modificada o derogada, la norma interna podría volver a ser aplicada. En opinión del recurrente, en asuntos como el presente, que atañen al ámbito de las reglas europeas de la competencia, hay supuestos en los que incluso cabe obtener una autorización de la Comisión Europea que permita la excepción de aquéllas, en cuyo caso la normativa legal interna podría ser aplicada, a pesar de su inicial contradicción con las mismas.

Alega que, a diferencia de la anulación, que se mueve en el plano de la validez de las normas, la inaplicación lo hace en el de la selección del Derecho aplicable, como tiene dicho nuestro Tribunal Constitucional desde su sentencia 28/1991, de 14 febrero (fundamento jurídico 5), por lo cual no puede proyectarse hacia el pasado: tuviese o no que haber sido aplicada, el caso es que la norma que nos ocupa, la Ley del Parlamento de Galicia 4/1999, de 9 de abril, de hecho se aplicó y produjo efectos restrictivos de la competencia que ya no son reversibles.

En palabras del recurrente, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de la Unión, obliga al Estado a "adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia" (artículo 260.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , antes artículo 228.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea), pero, en el presente supuesto, por la propia naturaleza de las cosas esas medidas sólo pueden tener eficacia para futuro.

A continuación afirma el recurrente que las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos constituyen en el Ordenamiento jurídico español un "numerus clausus" , tal como se desprende del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 , y entre esas causas no se halla recogida la vulneración del Derecho de la Unión Europea; por lo cual no cabe declarar la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo, como es el de adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión a favor del recurrente, por esa sola causa. De ahí que la Administración hubiese fundamentado y buscado acomodo a la revisión de oficio de dicho contrato en uno de los motivos enunciados en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 , concretamente, el de la letra f), que alude a "los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición".

Indica que, para que ello fuese jurídicamente viable, habría que justificar cuál es el "requisito esencial" para acceder a la condición de contratista de la Administración del que carecía la recurrente cuando se le adjudicó la concesión de la que era titular, dado que la nulidad de pleno Derecho es un supuesto de invalidez originaria y no sobrevenida.

Añade que en este punto la sentencia impugnada adolece de una falta absoluta de motivación, porque acepta la aplicación de la causa de nulidad de pleno derecho de la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 sin razonarlo. La Administración demandada, en la resolución del procedimiento de revisión de oficio de la concesión, sí desarrolla una argumentación al respecto, que la parte cuestionó en su día, en el escrito de demanda, sin obtener respuesta motivada del tribunal de instancia.



Afirma que la tesis de la Administración demandada, fue que dado que la Ley del Parlamento de Galicia 4/1999, de 9 de abril, que declaró servicio público de titularidad de la Xunta de Galicia el transporte marítimo de viajeros en la Ría de Vigo, es contraria al Derecho de la Unión Europea, no debería haberse aplicado en su día para fundamentar la contratación de la gestión indirecta del servicio público que dicho texto legal instituía y, por lo tanto, el "requisito esencial" del que se carecería en el presente caso es la propia existencia de dicho servicio público pero en el sentir de la parte esa argumentación no puede aceptarse por dos motivos.

Frente a tal tesis el recurrente que ello supone una interpretación de la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 contraria al tenor literal y al espíritu de la norma, dado que este precepto considera nulos de pleno derecho "los actos expresos o presuntos contrarios al Ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición". Indica que el precepto está refiriéndose a la adquisición de facultades o derechos subjetivos por los particulares mediante actos expresos o presuntos viciados en el supuesto concreto de que "se carezca", es decir, carezca el interesado de alguno o algunos de los requisitos esenciales que el Ordenamiento jurídico establece para tal adquisición, y dichos requisitos, indudablemente, no pueden ser otros que los que se le exigen al interesado para contratar con la Administración.

Señala que el artículo 155.2 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, bajo cuya vigencia se adjudicó al recurrente la concesión de servicio público de la que era titular, exigía que "antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse determinado su régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma"; pero esta determinación previa del régimen jurídico básico del servicio y asunción de su titularidad por la Administración no es un requisito esencial exigible al interesado en acceder a la gestión indirecta de aquél (de hecho, no está en su mano el cumplirlo), sino un presupuesto de validez de la actuación administrativa, igual que lo puede ser la competencia del órgano de contratación o la preparación y adjudicación del contrato siguiendo el procedimiento legalmente previsto.

Pone de relieve que tampoco es jurídicamente correcto que las vulneraciones del Derecho de la Unión Europea, que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 9 de marzo del 2006 atribuye a la Ley del Parlamento de Galicia 4/1999, de 9 de abril, hagan inaplicable la declaración como servicio público del transporte marítimo de viajeros en la ría de Vigo.

Alega que el indicado error deriva de la confusión en que incurren, de forma repetida, tanto la Administración demandada como la sentencia impugnada sobre los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que declaran el incumplimiento por los Estados miembros de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión.

Tras reproducir literalmente el fallo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2006, sostiene que las infracciones del Derecho de la Unión Europea que el Tribunal de Justicia de la Unión le atribuye a la Ley del Parlamento de Galicia 4/1999, de 9 de abril, son permitir adjudicar a un único operador la gestión indirecta del servicio público que se instituye, valorando para esa adjudicación la experiencia previa de transporte en la Ría de Vigo, permitir someter a obligaciones de servicio público los servicios de transporte estacionales con las Islas Cíes y los servicios de transporte regulares entre las dos orillas de la Ría de Vigo, y no haber sido sometida a consulta previa con la Comisión Europea.

En opinión de la parte, en ningún momento se declara contraria al Derecho de la Unión Europea la consideración como servicio público del transporte marítimo de viajeros en la ría de Vigo, ni su gestión indirecta mediante concesión, sino sólo el que esa gestión se configure en régimen de exclusividad a favor de un único operador y la imposición de obligaciones de servicio público al mismo, que son cosas distintas.

Resalta que los presupuestos que la legislación de contratación pública española establecía y establece para que la Administración pueda contratar la gestión indirecta de un servicio público consisten, como ya se ha destacado, en que se determine el régimen jurídico básico del servicio y se declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, no que la gestión se le encomiende en exclusiva a único operador, imponiéndole obligaciones de servicio público.

Argumenta que en la legislación española había, y sigue habiendo, múltiples ejemplos de actividades declaradas servicios públicos que se gestionan total o parcialmente de manera indirecta a través del contrato de gestión de servicios públicos sin que ello conlleve la atribución de la gestión en exclusiva a un único operador.



Concluye afirmando que a lo que obliga la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo del 2006 , es a eliminar los elementos del régimen de gestión indirecta del servicio público de transporte marítimo de viajeros en la ría de Vigo contrarios al Derecho de la Unión, que son la existencia de un único operador y la imposición de obligaciones de servicio público, pero no a extinguir el servicio público, ni a prescindir de su gestión indirecta mediante concesión.

En opinión del recurrente, la sentencia lo único que requería era la modificación para el futuro de las cláusulas de la concesión del recurrente, para acomodarla a las exigencias del Derecho de la Unión Europea; en ningún caso autorizaba su revisión de oficio por nulidad de pleno derecho, prescindiendo de los presupuestos legales necesarios para que se pueda proceder a tal revisión.

Afirma que otra cosa distinta es que el legislador tuviese la posibilidad de derogar la Ley 4/1999, de 9 de abril y suprimir el servicio público de transporte marítimo de viajeros en la ría de Vigo como hizo finalmente; pero eso sería así con o sin sentencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea.

QUINTO.- La JUNTA DE GALICIA, en su oposición al segundo de los motivos de casación afirma que es una reiteración de los argumentos ya utilizados en la demanda, y en el mismo se prescinde de realizar una crítica de la sentencia impugnada.

Destaca que la actora no discute que sea nula la prestación en exclusiva del régimen de servicio publico de transporte de viajeros que realizaba, y señala que lo que discute la recurrente es el título en virtud del cual se anula la concesión, por cuanto entiende que debió procederse a la Resolución del contrato, y no a la revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución que le otorgaba la concesión en régimen de exclusiva del transporte marítimo en la Ría de Vigo.

Pone de relieve la Administración que lo que pretende la parte es que se le indemnice, de conformidad con lo establecido en la legislación de contratos del sector publico, el supuesto lucro cesante que ha dejado de percibir, frente a la nulidad de pleno derecho, que produce efectos *ex tunc* , y no implica mas que la devolución de las prestaciones.

Según la Administración, la STJCE de 09.03.06 no declaró formalmente la nulidad de la ley autonómica (lo que sólo podría hacer el Tribunal Constitucional), pero el efecto que produce el fallo es el mismo, puesto que el reglamento comunitario es prevalente y tiene efecto y aplicabilidad directa sobre las disposiciones y actos de los estados miembros; lo que significa que las normas nacionales y los actos dictados en su aplicación no pueden contravenir el derecho comunitario, mientras que, si lo hacen, el único efecto que producen es su nulidad radical por faltarles la norma de cobertura, que aquí es el Reglamento (CEE) 3577/1992 del Consejo.

Alega que la Ley 4/1999 de la que nace el título de concesión de la actora, previó el transporte publico de viajeros en la Ría de Vigo en régimen de exclusividad, régimen declarado nulo por la sentencia del TJUE de 9 de marzo de 2006 , por infracción del Reglamento 3577/1992, y por lo que parece lógico colegir que, anulada la ley que servía de cobertura, deben decaer los efectos de la misma afectados por esa nulidad de pleno derecho, y la explotación en exclusiva del transporte que desarrollaba la recurrente mediante concesión está afectada de lleno por la sentencia, de modo que es indefendible una modificación de la concesión, como se demanda en el recurso.

Destaca que la sentencia del TSJUE hace principalmente un reproche de vulneración de las normas de competencia, lo que atañe, tanto a la concesión en régimen de exclusividad, como a que en la misma se valorase la experiencia, que concierne a la adjudicación al recurrente, y por lo tanto se produce un reproche doble, que hace inviable la continuidad del régimen en esas condiciones. En abono de su tesis reproduce parcialmente el contenido de la citada sentencia

Aduce la Administración que en el recurso se defiende que el contrato de concesión cumplía todos los requisitos legales, y que la gestión indirecta mediante concesión quedaba salvaguardada, ya que el artículo 155.2 de la Ley de contratos de las Administraciones Publicas , vigente por entonces, declaraba la obligación de determinar su régimen jurídico básico, y su prestación por la Administración Publica, en régimen de gestión indirecta mediante concesión.

La Administración sale al paso del razonamiento del recurso de que la causa de nulidad de pleno derecho usada por la Administración, fue incorrecta, ya que habla de actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos, cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Afirma la recurrida que el recurso parece admitir que estemos ante actos contrarios al ordenamiento jurídico, pero que no se daría el segundo requisito, de que el interesado carezca de los requisitos legales para su adquisición.

Frente a tal planteamiento concluye la Administración afirmando que:



- El acto por el que se adquiere el derecho de explotar en régimen de concesión administrativa el transporte en la Ría de Vigo es contrario a derecho, y eso nadie lo puede discutir, porque lo declara una sentencia firme.
- En cuanto a la carencia de requisitos, la propia sentencia declara que la experiencia no debió tenerse en cuenta en la adjudicación, por lo que no se pone solo en duda el sistema de concesión en exclusiva, sino también la propia adjudicación en régimen de concurso al recurrente.
- A ello hay que añadirle que tampoco la interpretación defendida de contrario del artículo 62.1 f es tan exigente como se pretende. Del recurso parece deducirse que este artículo impone como necesario que la causa de nulidad de pleno derecho le sea imputable al interesado, cuando la ley lo que dice es que el interesado carezca de los requisitos legales para su adquisición, sea este o cualquier otro.
- Tampoco el carácter tasado de las causas de nulidad de pleno derecho y su interpretación restrictiva nos puede llevar a las interpretaciones que hace el recurso que llega a afirmar que no se recoge como causa de nulidad en el artículo 62 la contravención del derecho comunitario, lo que vendría a impedir su declaración.

SEXTO.- Expuestas las tesis contrapuestas entre las partes respecto al segundo motivo de casación (el primero, no se olvide, fué inadmitido), la cuestión a decidir puede resumirse en cuál sea desde la clave de validez o invalidez de los actos administrativos la condición jurídica atribuible a una concesión administrativa perfectamente adecuada a la Ley autonómica vigente en el momento de la concesión (en este caso la Ley 4/1999 de la Comunidad Autónoma de Galicia), y por ello rectora de ésta, cuando respecto de esa Ley, y con posterioridad a la concesión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea condena al Reino de España en un proceso por incumplimiento, por apreciar la contradicción entre dicha Ley y el ordenamiento comunitario (en este caso el Reglamento CEE nº 3477/1992, del Consejo, de 13 de diciembre); y el Estado español en virtud de la sentencia del Tribunal se ve obligado a adecuar su propio ordenamiento al comunitario.

La solución de tal cuestión debe tener, como hitos en nuestro análisis los siguientes: a) el de la aplicabilidad en el orden interno del ordenamiento comunitario; b) el de la validez de la Ley nacional opuesta al ordenamiento comunitario; c) el de la validez o no de los actos nacidos bajo la ley nacional que el TJUE ha considerado contrario al ordenamiento comunitario; d) el del procedimiento aplicable, en su caso, para la eliminación de los actos jurídicos nacidos por aplicación de la Ley nacional contraria al ordenamiento comunitario, si bien en cuanto a éste, y para no desbordar el marco del motivo de casación que analizamos, debemos limitarnos al análisis de si el procedimiento seguido es el adecuado, evitando pronunciarse sobre cuál era el que debía haberse seguido.

A).- En cuanto al primero, tal cuestión, que en otro momento histórico anterior fué objeto de dudas doctrinales, que dieron lugar a importante jurisprudencia (por todas Sentencia Costa /E.N.E.L., de 15 de julio de 1964), en la actualidad está resuelta en términos incuestionables. La aplicabilidad directa de los Reglamentos comunitarios en los distintos estados miembros viene establecida por los arts. 93 CE y 249 del Tratado - antiguo 189-, sin necesidad de acto alguno de incorporación formal al Derecho interno (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 2004 - Recurso de Casación nº 8083/2000 F.D. 5º)

B).- Por lo que hace al examen de la validez de la Ley nacional opuesta al ordenamiento comunitario, debe afirmarse que entre aquella (incluidas las de las Comunidades Autónomas) y los Reglamentos Comunitarios no existe una relación de jerarquía, de la que, en su caso, pudiera derivar la nulidad de la Ley nacional opuesta al Reglamento comunitario, sino una relación de prevalencia a la hora de la aplicación de la una o de otra.

La nulidad de una norma con rango de Ley sólo puede producirse, en su caso, por contradicción con la Constitución (Art. 93 CE), y es claro que en nuestro sistema legal el ordenamiento comunitario, ni originario ni derivado, tiene rango constitucional.

En términos inequívocos así lo proclama nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 28/1991, de 14 de febrero , cuyo Fundamento Jurídico 4 dice al respecto:

« En resumidas cuentas, a partir de la fecha de su adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual -por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales (S 15 julio 1964 Costa/E.N.E.L.).

Ahora bien, la vinculación señalada no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 CE . Este precepto constituye ciertamente el fundamento último de tal vinculación, dado que la aceptación de la misma -instrumentada en el Tratado de Adhesión, que es su fundamento inmediato- expresa la soberanía estatal. Ello no permite olvidar, sin embargo, que el precepto constitucional, de índole orgánico procedimental, se



limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales, lo que determina que únicamente tales Tratados puedan ser confrontados con el art. 93 CE en un juicio de constitucionalidad, por el hecho de ser dicha norma suprema la fuente de validez formal de los mismo».

A su vez el Fundamento Jurídico 5 afirma con contundencia que:

«...es evidente que ni el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas ni el Derecho de éstas integra, en virtud del referido art. 96.1, el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español. Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 de la Constitución más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas...»

En línea con lo expuesto, en modo alguno cabe entender que ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda declarar la nulidad de una Ley de uno de sus estados miembros, ni que una Sentencia de aquél, dictada en un proceso por incumplimiento, en el que se analiza el efecto de una ley nacional y se declare respecto a la misma que incurre en incumplimiento de la normativa comunitaria, pueda equivaler a una declaración de nulidad de la Ley nacional analizada, ni afectante de modo inmediato a su validez y vigencia.

Respecto a lo primero basta la simple lectura del art. 225 -antiguo 168- en relación con los arts. 250 , 232 , 236 y 238 del Tratado de la Unión Europea , en el que se regulan las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para constatar que entre ellas no está la de poder anular leyes de los estados miembros.

Los procesos de anulación, regidos por los arts. 230 -antiguo 173- y siguientes del Tratado se refieren exclusivamente a normas de los órganos de la Unión Europea y no a normas de los estados miembros.

En cuanto a lo segundo debemos recordar que el recurso por incumplimiento de los Estados Miembros de la Unión Europea es un recurso directo ante el Tribunal de Justicia de la Unión, que puede interponer la Comisión o un Estado miembro, con el objeto de que el Tribunal declare que el Estado ha incumplido una obligación con arreglo al derecho comunitario. Su regulación se encontraba en los artículos 226 a 228 del Tratado de la Comunidad Europea (actualmente en los artículos 258 a 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Se trata de un proceso declarativo y objetivo. Se trata de un proceso objetivo por cuanto el Tribunal debe limitarse a verificar la regularidad de la actuación por los Estados miembros conforme al Derecho Comunitario, sin que dicha infracción tenga que ser intencionada, o exista perjuicio para terceros. Y de un proceso declarativo, en cuanto que el Tribunal debe limitarse a declarar si ha habido o no un incumplimiento o infracción del Derecho Comunitario por un Estado miembro, correspondiendo a dicho estado adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (art. 260 del TFUE y 228 del Tratado de la Comunidad Europea). Es el Estado miembro afectado, el que debe adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia; es decir, poner fin al incumplimiento. Estas medidas como dice el Tribunal de Justicia (As. 281/83) deben ser apropiadas para garantizar una ejecución exacta y completa y deben adoptarse de forma inmediata y en el plazo más breve posible. Esto implica, no solo que el Estado suprima el incumplimiento hacia el futuro, derogando la mediada que le dieron origen, sino que debe además hacer desaparecer jurídicamente los efectos pasados del incumplimiento. Como dice el Tribunal de Justicia (Asunto 48/1971 "Comisión contra Italia", Sentencia de 13 de julio de 1972 y Asunto acumulados 24 y 97/80) la declaración de una sentencia, que goza de autoridad de cosa juzgada respecto del Estado miembro afectado, de un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario, implica para las autoridades nacionales competentes la prohibición de aplicar una norma nacional que haya sido declarada incompatible con el Tratado y, en su caso, la obligación de adoptar todas las disposiciones para facilitar la realización de pleno efecto del derecho comunitario. De ello se deduce que, por el único efecto de la sentencia declarativa del incumpliendo, es Estado miembro afectado debe tomar, sin poder oponer obstáculo a alguno, todas las medias necesaria y adecuadas para eliminar el incumplimiento.

Por supuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia que está en el origen de la cuestión debatida en el actual proceso no existe la más mínima base para entender que contenido alguno de ella haga pronunciamiento de nulidad.

Debe concluirse así este apartado con la afirmación de la plena validez de la Ley 4/1999, de la Comunidad Autónoma de Galicia, no afectada en su validez por la Sentencia del TJUE de constante cita, y de su plena vigencia hasta el momento que fué derogada por la Ley del Parlamento Gallego 2/2008, de 6 de mayo (lo que, obvio es decirlo, nada tiene que ver con una inexistente nulidad), derogación que supuso por parte de la Comunidad Autónoma de Galicia, que es la competente en la materia, y la que otorgó la concesión que se debate en este proceso, la primera actuación para el cumplimiento de la Sentencia del TJUE. A ese primer acto de cumplimiento siguió la resolución recurrida en el recurso contencioso-administrativo.



Es desde esta afirmada validez desde la que debemos partir en el análisis del tercero de los hitos indicados al principio del Fundamento: c) de la validez o no de los actos nacidos bajo la Ley 4/1999, que el TJUE consideró contraria al ordenamiento comunitario.

C).- En cuanto a este tercero de los hitos de nuestro estudio, se trata, en principio, de un típico problema de derecho transitorio: el referible a la validez y eficacia de los actos nacidos al amparo de una ley derogada, y no amparados por la que la sustituye.

Como tal problema de derecho transitorio podría, y en este caso probablemente debería, haberse regulado en la Ley 2/2008 del Parlamento Gallego. Pero, dado su silencio sobre el particular que nos ocupa (régimen de los actos nacido bajo el amparo de la Ley derogada), conforme a lo dispuesto en el art. 4.3 del Código Civil, es obligado acudir, como modelo genérico de Derecho Transitorio, a las disposiciones de tal tipo del propio Código Civil, y en concreto en cuanto a las aplicables al caso actual, a las transitorias Primera («Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca...») y Segunda («Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas...»).

Con arreglo a dichas transitorias la concesión de que tratamos, en el puro plano de la legislación interna, estatal y autonómica de Galicia, es una concesión válida y eficaz, en principio, en modo alguno afectada en origen del vicio de nulidad de pleno derecho del Art. 62.1. f) de la Ley 30/1992, como la resolución administrativa recurrida en el proceso y la Sentencia dictada respecto a ella y ahora recurrida en casación han estimado de consuno.

No nos resulta compartible el razonamiento contenido en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia recurrida de que « *La revisión de oficio y la posterior declaración de nulidad del acto concesional fue la medida necesaria que el órgano autonómico consideró que debía adoptar a fin de permitir la libre prestación del servicio de transporte marítimo de cabotaje, como demandaba el Reglamento (CEE) 3577/1992*». Ni el expresado en líneas posteriores del mismo Fundamento de que «*Como indicó la STS de 25.03.72, lo que es nulo, no produce ningún efecto ("quod est nullum, nullum produxit effectum"), de modo que si tenía que respetarse una norma superior (la comunitaria) que ordenó la libre prestación del servicio de transporte marítimo de cabotaje y tal imposición fue vulnerada por la ley gallega -en cuanto dispuso que el transporte marítimo de viajeros en la ría de Vigo sería un servicio público autonómico que debería gestionarse indirectamente-, la consecuencia no es otra que la nulidad de pleno derecho del contrato así celebrado, pues la nulidad de la ley subordinada a la norma comunitaria arrastra a todos los actos dictados para su aplicación.*» Y más adelante « (...) por lo que tal resolución debe considerarse ajustada a derecho al anular radicalmente la adjudicación de un contrato que estaba viciado de origen, al no salvaguardar el interés comunitario expresado en una norma clara y preceptiva, como es el reglamento citado. Entenderlo en la forma interesada que propugna la demanda, en el sentido de que el contrato se ajustó a derecho y que sobrevino una circunstancia que hacía necesario suprimir el servicio, supone desconocer que la primera norma que debe cumplir el órgano de contratación es el reglamento comunitario, que no podía dar cobertura al procedimiento contractual del que resultó indebidamente beneficiaria la empresa "Naviera Mar de Ons, SL".».

En primer lugar, el que el órgano autonómico considerase, sin duda correctamente, que la Sentencia del TJUE le obligaba a adoptar las medidas necesarias «*a fin de permitir la libre prestación del servicio de transporte marítimo de cabotaje, como demandaba el Reglamento (CEE) 3577/1992*» no justifica que tal medida necesaria pudiera ser precisamente «*la revisión de oficio y la posterior declaración de nulidad del acto concesional*» .

En segundo lugar, hablar en referencia a la Ley autonómica en relación con el Reglamento (CEE) 3577/1992 del Consejo en términos de norma superior respecto a éste y de norma subordinada respecto a aquella, y consecuentemente, por la contradicción, de nulidad de la Ley autonómica, la consideramos errónea en estrictos términos del sistema de fuentes.

Como dijimos en el precedente apartado B, entre la Ley nacional y el Reglamento comunitario no existe relación de jerarquía, sino de prevalencia a la hora de su respectiva aplicación; lo que conduce a un problema de adecuada elección de la norma aplicable, y no a una cuestión de validez de la nacional.

Es más, en este caso ni tan siquiera puede imputarse a la Administración, que dictó el acto concesional con estricta sujeción a la Ley 4/1999, que errase en el juicio de prevalencia, lo que no estaba a su alcance, pues tal juicio, en su caso, correspondería, si se impugnase ante ella la concesión, a la Jurisdicción, y no a la Administración. Esta por tanto no podría ser directamente responsable del incumplimiento de la normativa comunitaria. La Administración por imperio del art. 103.1 CE, dada su plena sumisión a la Ley, no podría dejar de aplicar en el caso concreto la Ley 4/1999. El incumplimiento de la normativa comunitaria no era



así imputable a la Administración, sino directamente al legislador. Ello independientemente de que el acto concesional debiera estar llamado a desaparecer.

El incumplimiento de la normativa comunitaria y su necesario remedio no pueden plantearse como un problema de nulidad del acto concesional.

En todo caso para poder hablar de nulidad de una Ley sería necesario que lo hubiese proclamado así el único órgano que puede hacerlo: el Tribunal Constitucional, cosa que en este caso no ha ocurrido.

Por ello, hablar de *«un contrato que estaba viciado de origen, al no salvar el interés comunitario expresado en una norma clara y preceptiva, como es el Reglamento citado»*, lo consideramos una valoración inadecuada de los factores en juego, pues vicio de origen en el contrato no existía, en términos de validez, independientemente de que la ley que lo amparaba supusiera un incumplimiento de la normativa comunitaria, que debiera, en su caso, ser corregido.

El incumplimiento de la normativa comunitaria por el legislador gallego y el acto concesional, correctamente ajustado a la ley, discurren en planos jurídicos distintos, desde la clave de la validez. No cabe por ello asentar en un juicio de invalidez del acto, la necesidad de eliminar el derecho concedido al concesionario por aquel acto, para *«salvaguardar el interés comunitario expresado en una norma clara y preceptiva como es el reglamento citado»*.

La afirmación de la sentencia recurrida de rechazo al planteamiento de la concesionaria *«de que el contrato se ajustó a derecho y que sobrevino una circunstancia que hacía necesario suprimir el servicio»*, porque *«supone desconocer que la primera norma que debe cumplir el órgano de contratación es el reglamento comunitario, que no podía dar cobertura al procedimiento contractual del que resultó indebidamente beneficiaria la empresa "Naviera Mar de Ons, S.L."»*, no nos resulta por todo lo antes expuesto aceptable, pues no es sino el remate del planteamiento según el cual la necesidad de poner fin a la concesión justifica su calificación de nulo de pleno derecho y la imputación directa a la Administración del incumplimiento solo imputable al legislador.

Naturalmente ello no supone que las consecuencias del incumplimiento del derecho comunitario, imputables al legislador gallego, no puedan, y deban ser corregidas; pero no desde las bases discursivas de la nulidad de la ley y de su acto aplicativo.

D).- El último de los hitos de nuestro análisis en realidad viene ya resuelto por lo que se ha razonado en los anteriores, pues excluidas la nulidad de la Ley en cuya aplicación se otorgó la concesión y excluida la nulidad de ésta, acordada en aplicación de una ley en su momento válida y vigente, es visto que no cabe la revisión de oficio, ex Art.102.1 en relación con el art. 62.1 de la Ley 30/1992.

Lo expuesto conduce ya directamente al éxito del motivo analizado, si bien es conveniente completar lo argumentado con una mayor proximidad a concretos argumentos cruzados en el motivo.

SÉPTIMO.- Ante todo debemos rechazar de partida la descalificación global del motivo por la Administración recurrida, según la cual el motivo se limita a una reiteración de los argumentos de demanda, prescindiendo de una crítica razonada de la sentencia. Tal descalificación no podemos compartirla, pues estimamos, en contra de esa tesis, que la recurrente sí hace una crítica perfectamente discernible de la sentencia, aunque ciertamente en ella reitere argumentos de demanda, no adecuadamente desvirtuados en la sentencia.

El motivo que analizamos parte de la inaplicabilidad al caso de la causa de nulidad de pleno derecho del Art. 62.1.f Ley 30/92, que la resolución aplica y cuya aplicación la sentencia recurrida confirma, analizando en su crítica el sentido de incumplimiento del Derecho comunitario, como algo distinto de la validez, totalmente en línea con lo que al respecto hemos razonado en el Fundamento anterior, siendo así en este punto compartible su argumentación.

Imputa a la sentencia su falta de respuesta a su crítica de la resolución administrativa recurrida respecto a la aplicación en ella del motivo de nulidad de pleno derecho del Art. 62.1.f, crítica que, lo mismo que la descalificación global del motivo por la recurrida, no podemos compartir, pues la sentencia razona la concurrencia del motivo, independientemente de que su razonamiento al respecto no nos resulte aceptable, como ya se ha expuesto en el Fundamento precedente.

Censura el motivo la tesis de la resolución de la Administración, aceptada por la Sentencia recurrida, según la cual, al ser la Ley 4/1999 del Parlamento de Galicia contraria al Derecho de la Unión Europea, no debería haberse aplicado en su día para la contratación indirecta de la gestión del servicio público que dicho texto legal instituía, y que por ello faltaba un requisito esencial para la concesión, dándose el supuesto legal del art. 62.1.f de la Ley 30/1992.

La censura de la recurrente en este punto nos resulta en lo esencial correcta y por ello estimable.



Al respecto la interpretación tanto de la resolución recurrida, como de la sentencia, del Art. 62.1.f Ley 30/1992 («f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.») no resulta aceptable.

Las causas de nulidad radical deben interpretarse de manera restrictiva; y la dicción literal del apartado f) no deja dudas a que se refiere a que, en este caso el adjudicatario de la concesión, carezca de los requisitos esenciales para la adquisición (capacidad de obrar, solvencia económica, financiera...), interpretación que se refuerza con la lectura del artículo 62, b) del Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas .

El hecho de que la Ley 4/1999, fuese contraria al Derecho de la Unión Europea, no determina de por sí una carencia de los requisitos esenciales para la concesión, estando ésta, como estaba, cubierta por la Ley nacional, y ajustándose, como se razona en el motivo, a lo regulado en el art. 155.2 del Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas , aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, bajo cuya vigencia se adjudicó a la recurrente la concesión.

En rigor en la tesis censurada late implícita la concepción de que la contradicción de la Ley nacional con el Ordenamiento comunitario determina la nulidad de la primera, interpretación que hemos rechazado en el Fundamento precedente, al que al respecto nos remitimos.

En un plano especulativo tal vez pudiera plantearse si la contradicción de la concesión con el ordenamiento comunitario, pudiera ser considerado como una infracción del ordenamiento jurídico, en la medida en que el comunitario forma hoy parte de nuestro ordenamiento, y si en tal caso, el caso en debate pudiera encuadrarse en el supuesto legal del art. 63.1 Ley 30/1992 («Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.») . Pero sin profundizar en tal planteamiento hipotético, por innecesario en este caso, lo que es claro, es que, aunque se llegara a la conclusión de que la concesión cuestionada, si no nula de pleno derecho, pudiera tal vez ser anulable, para que la Administración pudiera anularla, debiera atenerse al procedimiento y plazos de anulación establecidos en el art. 103 de la Ley 30/1992 , lo que no ha tenido lugar en este caso actual.

La interpretación de las causas de nulidad o anulabilidad no puede verse forzada por el hecho de que el artículo 103.2 de la Ley 30/1992 limite la posibilidad de declarar de lesividad del acto a efectos de su posterior impugnación a que no hayan transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo, plazo que en este caso había transcurrido con exceso.

Cosa distinta de la nulidad de la concesión es la de que pueda producirse con posterioridad a su otorgamiento una razón sobrevenida (en este caso la Sentencia del TJUE) y que para cumplir dicha sentencia, como obligación impuesta a los estados miembros de la Unión por el art. 5 del Tratado, la Comunidad Autónoma de Galicia, que otorgó la concesión, venga obligada a eliminar las consecuencia ilícitas de la violación del Derecho Comunitario, y que para ello deba poner fin a dicha concesión.

Pero, al hacerlo, deberá atenerse a las normas de nuestro ordenamiento jurídico, que en este caso no justifican la nulidad de pleno derecho, que ha sido el cauce utilizado por la Administración y confirmado por la Sentencia recurrida, que, en contra de lo que hemos razonado, parten de que el acto de concesión estaba viciado en origen.

La inadecuación del cauce utilizado no supone la inexistencia en nuestro sistema de otros medios de poner fin al derecho del concesionario por parte de la Administración. Pero, obviamente, no nos corresponde en positivo indicarle a la Administración recurrida cuál debe ser ese cauce. Sólo nos corresponde, como hemos hecho, analizar, y decidir, la conformidad a derecho del acto impugnado, declarando que éste es contrario a Derecho.

Conviene advertir en todo caso que lo que está en cuestión, dado el mandato de la Sentencia del TJUE de reiterada cita, no es la posible prestación del servicio que en su día se concedió a la recurrente, pues, al ser ese servicio de libre prestación, tanto con arreglo al Derecho Comunitario como hoy con arreglo a la Ley 2/2008 del Parlamento de Galicia, nada le impide que, con concesión o sin ella, pueda continuar desarrollando su actividad de transporte. Lo que constituye el incumplimiento de la legislación comunitaria, y a lo que la Administración gallega deberá poner fin, para cumplir la Sentencia del TJUE, es la reserva en exclusiva de la prestación de servicio al recurrente, como por lo demás acepta la recurrente en la argumentación de su motivo.

Se impone, por lo expuesto, como ya se dijo antes, la estimación del motivo analizado.

OCTAVO.- En el desarrollo argumental del tercer motivo, en el que se señala que la nulidad de la revisión de oficio de la concesión de la que era titular el recurrente tiene como consecuencia que la resolución de la misma sólo se puede y debe declarar, tal como solicitó en el escrito de demanda, por las causas recogidas en las



letras c) y d) del artículo 167 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio , es decir:

- bien por supresión del servicio por razones de interés público, que derivaría de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2008, de 6 de mayo, por la que se desarrolla la libre prestación de servicios de transporte marítimo de personas en aguas interiores de Galicia, cuya disposición derogatoria única, apartado primero, deroga expresamente la Ley 4/1999, de 9 de abril.

- bien por imposibilidad de explotación del servicio, como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, pues la indebida declaración de nulidad de pleno derecho de la concesión impidió al recurrente seguir explotando el servicio y dicha explotación deviene imposible una vez en vigor la citada Ley 2/2008, de 6 de mayo.

Destaca el recurrente que la Disposición Derogatoria de la Ley 2/2008 entró en vigor al día siguiente de la publicación de esta última en el Diario Oficial de Galicia (disposición final segunda, apartado segundo, de la Ley 2/2008), publicación que se produjo en el núm. 90, correspondiente al día 12 de mayo de 2008; es decir, con anterioridad incluso a que se dictase la resolución del Sr. Secretario General de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes de la Xunta de Galicia de 17 de julio del 2008, por la que acordó revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho de la concesión de la que era titular el recurrente.

Sostiene la parte que la declaración de nulidad de pleno derecho se produjo cuando la concesión tenía que considerarse resuelta por disposición legal directa, y, a su vez, la resolución del contrato de gestión de servicios públicos, por cualquier de las causas apuntadas, produce ineludiblemente las consecuencias establecidas por el artículo 169.4 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, que es de la obligación de la Administración de indemnizar al contratista de "los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización".

Indica que, teniendo en cuenta que el beneficio medio que venía obteniendo la sociedad concesionaria en los últimos cinco años de explotación del servicio era de 1.225.151,27 euros, según se justifica en el Informe pericial, y que en el momento de la declaración de nulidad de pleno derecho de la concesión a la recurrente le quedaban todavía 12 años y 167 días de duración, los beneficios futuros dejados de obtener se pueden estimar en 15.260.484,20 euros, a lo hay que sumarle la posibilidad de una prórroga de diez años más, lo que añadiría 12.251.512,70 euros a los beneficios dejados de obtener, resultando un total de 27.511.996,90 euros, cantidad que habrá de actualizarse con arreglo a la evolución del índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística, tomando como fecha inicial la de extinción de la concesión y fecha final la de terminación del presente procedimiento judicial, de acuerdo con el artículo 141, apartado tercero, de la Ley 30/1992 .

NOVENO.- La Junta de Galicia se opone a la estimación del motivo, indicando que la sentencia declara que se trataría de una reclamación de responsabilidad patrimonial, autónoma y que de hecho la recurrente esta demandando ante el propio TSJ Galicia, en el procedimiento ordinario 4111/2010.

Indica la Administración que en lo que al análisis de las cantidades reclamadas se refiere el recurrente reclama el lucro cesante el plazo de prórroga, y esta no se entendía como automática en el título, sino como facultad de la administración, por lo que claramente no procede su inclusión.

Destaca que la pérdida de la exclusividad no supone el cierre de la empresa, ni que deba dejarse de prestarse el servicio, sino única y exclusivamente que pasa a hacerlo en concurrencia con otras empresas sobre las que parte con una ventaja inicial, al tener el coste de instalación e inicio de actividades ya amortizado, al ser todos los usuarios clientes suyos, y encontrarse en una ventaja competitiva sobre la competencia en absoluto desdeñable.

Sostiene la Administración que es una cuestión distinta que ello se traduzca en una reducción de precios para ser competitivo, con la lógica reducción de beneficios o que deba prestarse el servicio con una mejor calidad, mejores barcos, etcétera, lo que implica también mayores gastos. Diferencias en definitiva, y reducción de beneficios que son propios de la pérdida de un monopolio, situación que han atravesado otras empresas en España, sin que el Estado les haya tenido que indemnizar por ello.

Alega la Administración que en la demanda se equipara pérdida del monopolio con cierre de la empresa, y esa es una ecuación que no responde a la realidad, y de hecho la empresa continua prestando el servicio.

Concluye la Administración poniendo de relieve que la empresa ha operado durante diez años, bajo un régimen ilegal, y se ha lucrado, ya que obtenía beneficios de un millón doscientos mil euros anuales, por lo que de



toda la operación ha obtenido globalmente un apreciable beneficio empresarial, y el hecho de que tuviese expectativas de obtener más no hace nacer la obligación de resarcírsele por parte de la Administración.

DÉCIMO.- Para resolver el tercer motivo de casación debemos tener presente que la Administración incoó el procedimiento previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, cuyo objeto es la revisión de actos nulos, y que por tanto, sólo es posible que se acuerde que el acto es nulo de pleno derecho o que no concurre causa de nulidad, por aplicación del artículo 62 del citado texto.

La resolución del contrato administrativo es una causa de extinción del contrato ex art. 109 del Real Decreto Legislativo 2/2000, y su tramitación está prevista en los artículos 111 y siguientes de la citada norma, resolución del contrato que se acuerda por el órgano de contratación después de necesario la tramitación del oportuno expediente. Como la Administración no ha tramitado ese expediente, ni la resolución administrativa, ni por tanto la Sentencia de instancia, pueden incurrir en incorrecta aplicación por omisión de los preceptos mencionados, por lo que procede la desestimación del segundo motivo del recurso de casación.

DÉCIMO-PRIMERO.- La estimación del primer motivo comporta haber lugar al recurso de casación, por lo que nos corresponde seguidamente el deber de resolver sobre el objeto del proceso en los precisos términos en que había sido planteado el debate, ex artículo 95.2.d) de la LJCA.

Esos "términos" no sólo se refieren a los de la instancia, sino también a la discusión dialéctica en la casación, como ha declarado esta Sala y Sección en la reciente Sentencia de fecha 7 de octubre de 2011, dictada en el Recurso de Casación 5703/2009 (FJ 6º).

En atención a todo lo expuesto en el Fundamento de Derecho Sexto de esta sentencia debemos concluir que procede la anulación de la resolución recurrida, al no existir la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 62.1º, f) de la Ley 30/1992, procediendo desestimar el resto de las peticiones planteadas por la parte, pues en tanto no se tramite el oportuno expediente de resolución del contrato, a instancia de la Administración o del adjudicatario, no procede que los Tribunales se pronuncien sobre la existencia de causa de resolución del contrato.

DÉCIMO-SEGUNDO .- No procede imponer las costas procesales del recurso de casación ni del recurso contencioso administrativo (artículo 139.1 y 2 de la LRJCA).

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos declarar, y declaramos, haber lugar al recurso de casación nº 7113/2010, interpuesto por el Procurador Don Antonio Barreiro- Meiro Barbero, en nombre y representación de "NAVIERA MAR DE ONS, S.L., contra la sentencia de fecha 23 de septiembre de 2010, dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, recaída en el recurso número 4586/2008. Sentencia que, por tanto, casamos, dejándola sin efecto.

Y, en su lugar, debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "NAVIERA MAR DE ONS, S.L., contra la resolución de 17 de julio de 2008 dictada por el Secretario General de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes (dictada por delegación de su titular), por la que se declaró la nulidad de pleno derecho de la concesión del servicio público del transporte de personas en la Ría de Vigo y entre ésta a las islas Cíes, adjudicado por resolución de 5 de noviembre de 1999, que se anula por no ajustarse al ordenamiento jurídico, desestimando el resto de las peticiones formuladas por la parte actora.

No se hace imposición de las costas ocasionadas ni en el presente recurso de casación ni en el recurso contencioso administrativo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.