



Roj: **STS 3966/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:3966**

Id Cendoj: **28079130072014100305**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **29/09/2014**

Nº de Recurso: **2337/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Septiembre de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 2337/13 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Soledad Fernández Urias en nombre y representación de Sercobus, SL, contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 1^a, en el recurso núm. 1211/11, seguido a instancias de Globalia Autocares, SA contra desestimación presunta por el Secretario General de Transportes del Ministerio de Fomento en el recurso de alzada formulado contra Resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre, de 22 de diciembre de 2010 por la que se declaraba convocatoria de licitación pública y aprobación del Pliego de Condiciones que había de regir para la adjudicación de la concesión administrativa del servicio público regular permanente y uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Córdoba y San Fernando AC-CON-77/2010. Ha sido parte recurrida Globalia Autocares, SA representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Pujol Varela.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 1211/11 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 1^a, se dictó sentencia con fecha 30 de mayo de 2013, que acuerda: "Que estimando el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por Globalia Autocares, SA", representado pro el Procurador D. Antonio Pujol Varela, anulamos las resoluciones reseñadas en el encabezamiento de esta sentencia, así como los posteriores actos administrativos que traigan causa de las mismas, en los términos con los efectos declarados en su fundamento jurídico quinto; sin pronunciamiento acerca de las costas procesales".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación procesal de Sercobus, S.L. se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 6 de septiembre de 2013 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- Por Auto de esta Sala de 12 de diciembre de 2013, se acuerda: "Declarar la admisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Sercobus, S.L. contra la sentencia de 30 de mayo de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso nº 1211/2011, con la excepción del motivo quinto, que se inadmite. Y para la substanciación del recurso en la parte que se admite, remítanse las actuaciones a la Sección Séptima de esta Sala de conformidad con las reglas de reparto de asuntos".

QUINTO.- La representación procesal de Globalia Autocares, SA por escrito de 3 de abril de 2014 formaliza escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.



SEXTO.- Por providencia de 19 de mayo de 2014 se señaló para votación y fallo para el 24 de septiembre de 2014, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de Sercobus, SL, interpone recurso de casación 227/2013 contra la sentencia estimatoria de fecha 30 de mayo de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 1^a, en el recurso núm. 1211/11, deducido por Globalia Autocares, SA contra la desestimación presunta por el Secretario General de Transportes del Ministerio de Fomento en el recurso de alzada formulado contra Resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre, de 22 de diciembre de 2010 por la que se declaraba convocatoria de licitación pública y aprobación del Pliego de Condiciones que había de regir para la adjudicación de la concesión administrativa del servicio público regular permanente y uso general de viajeros por carretera entre Madrid, Córdoba y San Fernando AC-CON-77/2010.

Identifica la sentencia (completa en Cendoj Roj: STSJ M 5973/2013) el acto impugnado y la pretensión ejercitada en su PRIMER fundamento, mientras en el SEGUNDO recoge la oposición de la codemandada al tiempo que rechaza las causas de inadmisión opuestas. En lo aquí nos interesa rechaza que debiera haberse interpuesto el recurso especial potestativo ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o haber acudido directamente a la vía contenciosa en lugar de haber utilizado el recurso de alzada. Todo ello en razón de que el recurrente se atuvo a lo indicado por la administración formulándolo en plazo.

En el TERCERO anula el apartado 4.10.2, preferencia antiguo concesionario, del Pliego siguiendo lo vertido en anteriores sentencias de la Sala de 21, 22 y 23 de febrero de 2011 resolviendo recursos entre las mismas partes procesales, las cuales refleja fueron confirmadas por el Tribunal Supremo en Sentencias de 25 de enero y 5 de abril de 2013.

Tras ello en el CUARTO anula el apartado 4.10.3 del Pliego, criterios de valoración de las ofertas, siguiendo lo vertido por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 25 de enero y 5 de abril de 2013.

En el QUINTO anula el apartado 4.10.3.9 del Pliego, compromiso de absorción del personal del antiguo concesionario, en razón de que dicha subrogación deriva de las normas laborales, como confirmó el Tribunal Supremo en las precitadas Sentencias.

SEGUNDO.- Los cuatro motivos admitidos se articulan al amparo del art. 88. 1. d) LJCA.

1. Un primer motivo por vulneración del art. 37.4 LCSP, al no haber declarado la inadmisión del recurso en la instancia, ya que procedía el recurso especial en materia de contratación, no un recurso de alzada, aunque derive de un error de la administración que lo tramitó como tal.

Aduce que tal recurso especial permite al resto de licitadores formular alegaciones.

1.1. Muestra su oposición la recurrida.

Invoca la Sentencia de 8 de marzo de 2012, recurso 3365/2011 respecto un supuesto similar en que el imputado error de la administración no puede provocar indefensión del recurrente.

En cuanto al fondo en del motivo se opone. Manifiesta que esta Sala en Sentencias de 25 de enero y 5 de abril de 2013 confirma las sentencias de instancia en aquellos supuestos recurridos por el Abogado del Estado en que los motivos tercero y cuarto eran similares a los aquí suscitados respecto unas cláusulas análogas.

2. Un segundo motivo aduce quebranto del Reglamento del Parlamento Europeo 1370/2007, de 23 de octubre, sobre servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, art. 74.2 LOTT y art. 73.3 de su Reglamento.

Discrepa de la interpretación dada por la sentencia al derecho de preferencia del anterior concesionario.

Rechaza la aplicación directa del Reglamento europeo y la interpretación de la Sala de instancia respecto a su entrada en vigor que defiende en 2019.

2.1. También lo refuta la recurrida.

En primer lugar queremos recordar que los Reglamentos Comunitarios se aplican directamente y derogan, sin necesidad de cláusula expresa, todo aquello que se les opone. Recalca que un derecho de preferencia como el que precisa el artículo 73.3 del ROTT, en definitiva que el anterior concesionario tiene una puntuación adicional de 5 puntos respecto a los otros licitadores, no es compatible con el artículo 5.3 del Reglamento CE 1370 / 2007 que exige licitaciones "abiertas, transparentes, equitativas y no discriminatorias" parece evidente.



Esgrime que sobre esa derogación coinciden el TACRC, resolución 134 / 2013 de fecha 5 de abril sobre el recurso contra los pliegos de las licitaciones Zaragoza - Murcia y Madrid - Granada - Nerja (Málaga), la CNC en reiterados informes y especialmente el de fecha de 12 de septiembre referente al anteproyecto de modificación de la IO el Consejo de Estado (ver informe al anteproyecto de ley de modificación de la LOTT), la Comisión Europea (véase si no escrito de requerimiento al Gobierno español de fecha 20 de junio de 2013) y sobre todo y especialmente porque es un Tribunal de Justicia, el TSJM en sus sentencias 352 de 30 de mayo , 643 de 16 de octubre , 701 de 31 de octubre todas de 2013 y 63 de 29 de enero de 2014 e igualmente sobre este mismo asunto, también en una quinta sentencia, 108 de 12 de febrero de 2014 .

3. Un tercero invoca lesión del art. 73.4 ROTT.

Insiste en que el TSJ de Madrid lo ha inaplicado. Aduce que la sentencia incurre en una cierta contradicción cuando señala por un lado que el resto de los elementos a valorar en el concurso tienden a la práctica igualdad entre los concursantes y por otro lado indica que resulta escasa la ponderación de tarifas y frecuencias.

3.1. Asimismo lo rechaza la recurrida con invocación expresa de las Sentencias de 25 de enero y 4 de abril de 2013 respecto un pliego idéntico.

4. Un cuarto aduce infracción del art. 73.2 ROTT.

Esgrime que la sentencia solo valora los elementos económicos, sin tener en cuenta si los mismos son técnicamente correctos, olvidando que estamos ante un concurso, no ante una subasta.

Alude también al compromiso de subrogación del personal, que considera tiende a garantizar los derechos de los trabajadores y a mantener un equilibrio entre los distintos licitantes.

4.1. También es refutado por la recurrida con cita de lo dicho por esta Sala en las ya mencionadas Sentencias de 25 de enero y 4 de abril de 2013 .

TERCERO. - Procede despejar el primer motivo.

Yerra la parte recurrida cuando afirma que esta Sala se ha pronunciado en un asunto análogo en el ámbito de la contratación pública respecto a que el error de la administración no puede recaer sobre el administrado.

Si bien es cierto que el recurso de casación 3365/2011 tiene un pronunciamiento de fecha 8 de marzo de 2012 como invoca la parte recurrida, aquel no es una sentencia tal cual arguye.

Acontece que el asunto se encuentra pendiente de votación y fallo en esta Sección (según diligencia de ordenación de 10 de julio 2014), tras su remisión por la Sección Tercera de esta Sala. Y la resolución de la fecha esgrimida por el recurrido en su oposición al motivo la constituye un auto que declara la admisión de los recursos de casación interpuestos por el Abogado del Estado y por Bilman, Bus SL.

No obstante lo anterior si debe confirmarse lo dicho por la Sala de instancia.

El eventual error de la administración indicando (y resolviendo) la procedencia de un recurso de alzada en lugar del especial del art. 37.4 LCSP no debe recaer sobre el administrado conduciendo a la inadmisibilidad del recurso formulado por Globalia Autocares, SA.

No está demás resaltar que en la redacción originaria de la Ley de Contratos del Sector Público, 30/2007, de 30 de octubre, art. 37 , no se establecía el carácter potestativo del recurso, como sí hace el texto vigente desde el 9 de septiembre de 2010 tras su introducción por Ley 34/2010, de 5 de agosto, actualmente plasmado en el art. 40.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector Público. Sigue así el nuevo marco legal lo vertido por el Consejo de Estado en su Dictámen de 25 de mayo de 2006 rechazado en la redacción originaria de la Ley 30/2007.

Se trataría de una irregularidad no invalidante respecto de la que se carece de indicios sobre la producción de indefensión real a la parte que la alega

No se acoge el motivo.

CUARTO - Para resolver el segundo motivo lo primero que debe subrayarse es que los reglamentos comunitarios tienen, desde su entrada en vigor, un alcance general siendo obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Tal como se colige del art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , publicado en el DOCE de 30 de marzo de 2010, siguiendo lo manifestado en el art. 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957, no es preciso medida legislativa o reglamentaria alguna para su transposición.

Sobre la entrada en vigor de un Reglamento debe atenderse a lo establecido en el mismo.



Así si el Reglamento 1370/2007, de 23 de octubre, en su art. 12 dice que entrará en vigor el 3 de diciembre de 2009 a dicho precepto debemos estar.

Cuestión distinta es que no sea de aplicación la obligación de acudir a procedimientos equitativos de adjudicación hasta el 3 de diciembre de 2019, sin perjuicio de que los Estados miembros de la Unión Europea deban ir imponiendo progresivamente esta regla antes de la citada fecha.

Dado que nuestro sistema de contratación publica desde la transposición de las Directivas al respecto, plasmadas en las sucesivas leyes de contratación, respetan las reglas de publicidad, transparencia y libre concurrencia tal dilación carece de especial relevancia.

En la Sentencia de 11 de julio de 2006, recurso de casación 410/2004, FJ 7º de la Sección Cuarta de esta Sala se recordaba que " este Tribunal en Sentencia de 24 de mayo de 2004, recurso de casación 7759/1999 , ha sostenido que la valoración de la experiencia supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa esencial en nuestro ordenamiento. Criterio que se reiteró en la Sentencia de 27 de octubre de 2004 , recurso de casación 2029/2000 al declarar que "si el criterio de la experiencia está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea resulta indiscutible que no podrá ser consignado en los Pliegos de Condiciones Particulares". Asimismo en la de 28 de febrero de 2005, recurso de casación 161/2002 se afirmó que la valoración de la experiencia no se compadece estrictamente con la legislación comunitaria pero en dicha cuestión no se entraba al no haber sido alegada por las partes.

Por ello en la Sentencia de 5 de julio de 2005, recurso de casación 852/2003 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Valencia que anulaba el Pliego de condiciones de un concurso recurrido por un licitador, entre otros puntos, por la valoración de la experiencia en contratos de gestión de servicios similares. Otro tanto acontece con la Sentencia de 28 de abril de 2005, recurso de casación 418/2003 , al rechazar asimismo un recurso de casación deducido por un Ayuntamiento contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había estimado un recurso del Abogado del Estado contra un acuerdo de un Ayuntamiento relativo a la adjudicación de un concurso en que se valoraba la experiencia de empresas que la hubiesen adquirido precisamente en Cataluña. Se declaró que no cabía acoger la alegación municipal relativa a que la escasa puntuación asignada a la experiencia hacía que el citado criterio resultase prácticamente irrelevante. También en la Sentencia de 10 de mayo de 2004, recurso de casación 44/1999 se desestima el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento frente a sentencia dictada por la Sala de lo contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife que anula el pliego de condiciones económico administrativas y el acuerdo de adjudicación de un concurso impugnado por un licitador dado que se exigía una experiencia mínima de tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable lo que infringía el principio de libre concurrencia ya establecido en el art. 13 de la Ley de Contratos del Estado .

La pervivencia de cláusulas como la aquí controvertida en los Pliegos de Condiciones resulta notoria a este Tribunal al haber examinado recursos de casación en que era objeto de impugnación la puntuación derivada de los criterios de valoración asignados al concepto experiencia (entre otras Sentencias las de 25 de septiembre de 2000, recurso de casación 7065/1994 ; 9 de diciembre de 2004, recurso de casación 5769/2001 ; 23 de marzo de 2005, recurso de casación 2129/2002) , o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (sentencia 13 de abril de 2005, recurso de casación 7987/2000 ; sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511/2002 ; sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000 ; sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677/2003 ; sentencia de 5 de junio de 2006, recurso de casación 9067/2003)."

Tras la doctrina vertida resulta patente que el motivo no puede prosperar.

Resulta certera la interpretación de la Sala de instancia acerca de que la preferencia recogida en la cláusula cuestionada del Pliego es contraria al principio de igualdad de trato que ha de regir en la contratación pública.

QUINTO.- Tiene razón la recurrente al sostener existe pronunciamiento de la Sala sobre las cuestiones a que se refieren los motivos tercero y cuarto.

Así en las Sentencias de 25 de enero de 2013, recurso de casación 3314/2011 y 2460/2011 , luego reiterado en las de 5 de abril de 2013, recursos de casación 2459/2011 y 2461/2011 , se dijo en el Fj quinto.

Y, es que, en efecto, la sentencia no infringe el artículo 73 del Real Decreto 1211/1990 ni el Reglamento europeo 1370/2007. No puede atribuírsele el propósito de que se desconozcan factores como la seguridad o la calidad del transporte, ni de los demás que contempla el pliego en concordancia con los que toma en consideración el Reglamento europeo. Busca, por el contrario, que se les asigne una valoración que evite el efecto puesto de manifiesto por la demanda y apreciado por la sentencia. A lo que mira esta última es a que el conjunto de las



puntuaciones esté articulado de tal manera que permita la competencia efectiva y no supone una vulneración del citado artículo 73 concluir que el peso de los aspectos económicos debe ser superior al que le da el pliego porque en ese ámbito las empresas pueden tener mayores posibilidades de establecer diferencias y así competir sin incurrir en temeridad.

El juicio de la sentencia no puede descalificarse presentándolo como una mera opinión de la Sala de Madrid para así atribuirle una connotación subjetiva y, por tanto, discutible, en contraposición a la objetividad que derivaría necesariamente de la discrecionalidad técnica de la Administración. La sentencia razona, argumenta su conclusión y tiene a su disposición el parecer de la Comisión Nacional de la Competencia en el que hay otros elementos que apoyan la solución alcanzada. Por lo demás, precisamente, por respetar ese ámbito de discrecionalidad del que debe disponer la Administración, es prudente en su pronunciamiento y le deja el establecimiento de una forma de valoración de los conceptos señalados por el artículo 73 y de aquellos cuya relevancia lo exija que permita elegir la oferta más ventajosa para los intereses públicos sin que el juego de factores como la preferencia del anterior concesionario y del cumplimiento de una obligación legal sean determinantes. El motivo, por tanto, ha de ser desestimado .

La misma suerte ha de correr el tercero. La circunstancia de que en determinados supuestos sea una obligación legal mantener o absorber a los trabajadores del anterior concesionario en el caso de que no logre la adjudicación no significa que su cumplimiento deba ser objeto de la atribución de los quince puntos que le asigna el pliego. De nuevo, debe tenerse presente que el pronunciamiento de la Sala de Madrid descansa en el juego del conjunto de puntuaciones previsto por el pliego, caracterizado por el insuficiente peso de las tarifas y expediciones, la asignación a este componente de la oferta –el mantenimiento o la absorción de los trabajadores– de la misma valoración en puntos (quince como máximo) que la de aquéllas y la preferencia del anterior concesionario. Y en el dato de que dichos mantenimiento o absorción, son, como dice la sentencia, una obligación en determinados casos. Por eso, no está fuera de lugar su observación sobre la indeterminación del pliego. Ahora bien, lo decisivo en el juicio de la Sala de Madrid a este respecto es la desproporción con la que ve tratado este concepto.

Vemos, pues, que esta Sala ya se ha pronunciado sobre los criterios de valoración de las ofertas y el compromiso de absorción del personal del antiguo concesionario, por lo que, en unidad de doctrina y seguridad jurídica, procede igual pronunciamiento.

No se acogen los motivos tercero y cuarto.

SEXTO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil , la cantidad de 6000 euros.

Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

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

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación deducido por la representación procesal de Sercobus SL contra la sentencia estimatoria de fecha 30 de mayo de 2013 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 1ª, en el recurso núm. 1211/11 , deducido por Globalia Autocares, SA . En cuanto a las costas estése al último fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva Dª Celsa Pico Lorenzo D. Jose Diaz Delgado D. Vicente Conde Martin de Hijas **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi la Secretaria, certifico.