

Roj: **STS 1067/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1067**Id Cendoj: **28079130032016100096**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **14/03/2016**Nº de Recurso: **3718/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ GAL 5006/2012,**
STS 1067/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación número 3718/2012, interpuesto por la Comisión Nacional de la Competencia, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 24 de mayo de 2012 en el recurso contencioso-administrativo número 4348/2010, sobre concesiones de transporte público regular permanente de personas. Son partes recurridas la Junta de Galicia, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén; **Autobuses** de Pontevedra, S.A., Autos Arcade, S.L., Eleuterio López y Cia. S.L.U. y Empresa Viuda de J. Domínguez, S.L., representadas por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco; Aguas de Incio, S.A.U., **Autobuses** Urbanos de Lugo, S.A., Castromil, S.A., Empresa Monforte, S.A.U., Gómez de Castro, S.A. y Transportes la Unión, S.A., representadas por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco; Autoindustrial, S.A., Rías Altas, S.A. y Empresa Villalón, S.A.U., representadas por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco; la Federación Gallega de Servicios de Transportes en **Autobús** (FEGABUS), representada por el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa; Sociedad de Transportes, S.L., Autocares Castro Caldelas, S.L., Agrupación de Transportes de Viajeros, S.A. (ATVISA) y Exprés de Tabeiros, S.L., representadas por la Procuradora D^a Soledad Fernández Urías; Viajes Melytour, S.L., Anpian, S.A., Autocares Eliseo Pita, S.A., Autos González, S.L., Autocares Rodríguez Carballiño, S.L., Benito Abalo, S.L., **Autobuses** de Viveiro Otero, S.L., Autocares Capela, S.L., Autocares Lazara, S.A., Autocares Antonio Vázquez, S.A., Compañía Metropolitana de Transportes de Coruña, S.L., Autos S. Vázquez, S.L., Ruta Bus, S.A., Autos Comparado, S.L., D. Luis Miguel y Autos Ramón Outeiral, S.L., representados por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén; y Arriva Noroeste, S.L. y Transportes José Núñez Barros, S.A., representadas por la Procuradora D^a Laura Lozano Montalvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO - En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia de fecha 24 de mayo de 2012, desestimatoria del recurso promovido por la Comisión Nacional de la Competencia contra la resolución de la Dirección General de Movilidad de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Galicia de fecha 26 de febrero de 2010, por la que se aprueba el Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera de Galicia, y contra la resolución de la citada Consejería de 22 de junio del mismo año, que inadmitió, por falta de legitimación, el requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo conforme al artículo 44 de la Ley jurisdiccional, formulado por el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia el 29 de abril de 2010.



SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 3 de julio de 2012, acordando emplazar a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones tras haberse efectuado los emplazamientos, se han entregado las mismas al Sr. Abogado del Estado para que manifestara si sostenía el recurso de casación, lo que ha verificado mediante el escrito por el que interpone el recurso formulando un único motivo, al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción del Reglamento CE 1370/2007, del Parlamento y del Consejo, de 23 de octubre, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, en relación con el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 2 del Código Civil.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case la recurrida, dictándose nuevo fallo por el que se estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia.

El recurso de casación ha sido admitido por auto de la Sala de fecha 6 de junio de 2013.

CUARTO .- Personada la Junta de Galicia, su representación procesal ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que, tras los trámites oportunos, sea desestimado íntegramente.

La representación procesal de Sociedad de Transportes, S.L., de Autocares Castro Caldelas, S.L., de ATVISA y de Expres de Tabeiros, S.L. también ha presentado escrito de oposición a la casación, que finaliza con el suplico de que se proceda a desestimar el mismo y a confirmar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 24 de mayo de 2012. Igualmente el Procurador Sr. Vázquez Guillén, en nombre y representación de Viajes Melytour, S.A. y otros quince recurridos relacionados en el encabezamiento de esta sentencia, ha cumplimentado el trámite de oposición al recurso de casación, mediante escrito que finaliza con la misma solicitud. Asimismo la Procuradora Sra. Lozano Montalvo, en nombre y representación de Arriva Noroeste, S.L. y de Transportes José Núñez Barros, S.A., ha presentado escrito expresando la oposición de estas mercantiles cuyo suplico aparece redactado en idénticos términos.

El Procurador Sr. Juanas Blanco, como representante procesal de **Autobuses** de Pontevedra, S.A. y otras tres empresas, de Aguas de Incio, S.A.U. y cinco mercantiles más, y de Autoindustrial, S.A. y otras dos sociedades, conforme se recoge en el encabezamiento de la presente resolución, ha presentado también sendos escritos de oposición, finalizando todos ellos con el suplico de que se proceda a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia recurrida.

La Federación Gallega de Servicios de Transportes en **Autobús**, que se había personado como parte recurrida, no ha presentado escrito cumplimentando el trámite de oposición al recurso de casación, habiéndosele tenido por caducado el mismo.

QUINTO .- Por providencia de fecha 11 de noviembre de 2015 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 16 de febrero de 2016, en que han tenido lugar dichos actos.

SEXTO .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La Comisión Nacional de la Competencia impugna en casación la Sentencia de 24 de mayo de 2012, la cual había desestimado el previo recurso contencioso administrativo que la propia Comisión habían entablado contra la resolución de 26 de febrero de 2010 de la Dirección General de Movilidad de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Galicia, por la que se aprobaba el Plan de Modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera, y contra la resolución de la citada Consejería de 22 de junio del mismo año, que inadmitió, por falta de legitimación, el requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo conforme al artículo 44 de la Ley jurisdiccional, formulado por el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia el 29 de abril de 2010.

El recurso se funda en un único motivo, amparado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico. Se habrían conculcado en opinión del órgano regulador el Reglamento CE 1370/2007, del Parlamento y del Consejo, de 23 de octubre, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, en relación con los artículos 288 del

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 2 del Código Civil , y ello por establecer una duración de las concesiones superior a los diez años que establece como máximo el citado Reglamento comunitario.

Las partes codemandadas sostienen la corrección jurídica de la Sentencia impugnada.

SEGUNDO .- Sobre los fundamentos de la Sentencia recurrida.

La Sentencia de instancia justifica la desestimación del recurso *a quo* con las siguientes razones jurídicas:

" **PRIMERO** : Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de 22-6-2010 de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras por la que se inadmitió, por falta de legitimación, el requerimiento formulado por la Comisión Nacional de la Competencia para que declarase la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 26-2-2010 de la Dirección Xeral de Mobilidade por la que se aprobó el "Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera de Galicia".

SEGUNDO : Aunque en la mayoría de las contestaciones a la demanda se interesa la inadmisión o la desestimación del recurso, y se alega la falta de legitimación de la Comisión Nacional de la Competencia, no se plantea en ellas la concurrencia de una de las causas de inadmisión previstas en el artículo 69 de la Ley jurisdiccional , sino la falta de *legitimatío ad causam* de la Comisión en los términos expresados en la resolución de la Administración demandada de 22-6- 10 que rechazó su requerimiento, o lo que es lo mismo, la conformidad a derecho de esta resolución y la procedencia de que se desestime el recurso; y es que resulta evidente que si la Comisión formuló un requerimiento y le fue rechazado, está procesalmente legitimada para impugnar ese rechazo, pues es la directamente afectada por él. Sí se hace referencia a un defecto procesal de la demanda en la contestación de las codemandadas representadas por el Procurador Sr. Pérez Goris, pero el "defecto en el modo de proponer la demanda" no es de las causas de inadmisión enumeradas en el artículo 69 de la Ley jurisdiccional , y además no existe la falta de indicación de la cuantía del proceso que se denuncia, pues en el tercer "otrosí" de la demanda se dice "que la cuantía de este procedimiento se estima indeterminada", lo cual es obvio. También en la contestación de "Transgacar" se alega que la parte actora carece de *legitimatío ad procesum* porque el plan de modernización impugnado afecta a concesiones de transportes que discurren exclusivamente por el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, y que por ello serían los órganos creados por la Ley autonómica 6/2004 los únicos competentes para actuar en defensa de la competencia en relación con dicho plan. Esta alegación no tiene en cuenta que la Ley 15/2007 es posterior a la Ley 1/2002, y además la modifica, y dispone en los apartados 2 y 3 de su artículo 12 que la Comisión Nacional de la Competencia ejercerá sus funciones en el ámbito de todo el territorio español, y que está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. También esta parte denuncia la existencia de una omisión esencial en el procedimiento al no haberse requerido de los órganos de defensa de la competencia autonómicos el informe previsto en la Ley autonómica 6/2004, pero no indica qué precepto lo exige, y su artículo 3.3.e) se refiere a los supuestos que afecten a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, lo que no es el caso. Todas estas alegaciones, en consecuencia, tienen que ser desestimadas.

TERCERO : La Resolución de 22-6-10 de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras inadmitió el requerimiento formulado por la Comisión Nacional de la Competencia para que anulase la Resolución de 26-2-2010 de su Dirección Xeral de Mobilidade con fundamento en lo dispuesto en los artículos 12.3 y 4 de la Ley 15/2007 , ya que el primero dice que la Comisión está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley, y el segundo que las prohibiciones del capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley, así como que las prohibiciones del capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal; y en que lo realmente impugnado por la Comisión, al estimar que la concesión de **prórrogas** a las concesiones vigentes supone una restricción a la competencia y es contraria al Reglamento (CE) 1370/2007, es la Ley autonómica 5/2009, no la Resolución de 26-2-10, pues es aquella la que las establece, mientras que la resolución se limita a concretar las medidas a adoptar por los concesionarios dentro del plan de modernización, el calendario para su implantación y los mecanismos para lograr su efectividad. En el cuarto de los fundamentos jurídico-procesales de la demanda se opone a la referida argumentación de la Resolución de 26-2-10 que el objeto del requerimiento y del recurso contencioso-administrativo es esta resolución, y no ningún otro acto o disposición, y que para impugnarla está plenamente legitimada la Comisión; y que lo referente a si es la resolución la que determina la aplicación de las **prórrogas** contrarias al derecho comunitario, o de si se trata de un mero acto de aplicación de una ley anterior que contraviene un reglamento comunitario posterior a ella, es cuestión relativa a la legalidad de la resolución y, por lo tanto, al fondo del asunto. Esta



distinción no puede ser compartida por las razones que se indicaron en el inicio del segundo fundamento, pues si se considera ajustado a derecho el rechazo del requerimiento el recurso tiene que ser desestimado, y por lo tanto determinar si la Ley 15/2007 legitima a la Comisión para actuar como lo hizo es, dentro de este proceso, una cuestión de fondo, no procedimental. En el escrito de conclusiones se vuelve a insistir por la parte actora en esta distinción, pero se añade que tampoco materialmente cabe entender que lo que se impugna es la Ley 5/2009, ya que la Resolución de 26-2-10 no es una mera reproducción de sus previsiones, sino que las concreta y desarrolla, y es precisamente al hacerlo donde se produce la vulneración del derecho comunitario. Afirma la actora que la resolución introduce mecanismos que dan lugar a una aplicación general, automática e injustificada de las **prórrogas**, y que es esto lo que vulnera el Reglamento (CE) 1370/2007, no la Ley 5/2009, pues la mera previsión de una **prórroga** no es contraria al Reglamento, ya que éste permite dicha **prórroga** en casos excepcionales; y añade que aunque la resolución impugnada fuese una mera reproducción de la Ley 5/2009 se puede declarar que es contraria al ordenamiento jurídico sin necesidad de impugnar la Ley, ya que ningún acto dictado con posterioridad a un Reglamento comunitario puede vulnerar sus determinaciones, aunque se dicte en aplicación de una Ley interna anterior, en virtud de la primacía y del efecto directo del derecho comunitario. También manifiesta la parte actora que la cuestión de si la resolución impugnada es una disposición general o un acto administrativo es irrelevante, pues se invocó en la demanda tanto el artículo 62.2 como el 62.1.f) de la Ley 30/92 .

CUARTO : En los fundamentos de derecho del requerimiento de la Comisión recurrente se concreta que los motivos de impugnación de la Resolución de 26-2-10 son la infracción de las disposiciones del Reglamento (CE) 1370/2007, que no contempla la **prórroga** de las concesiones vigentes, y que la **prórroga** que establece aquélla crea un obstáculo a la competencia efectiva en el mercado. En las contestaciones de la Administración demandada y de las codemandadas se insiste en que la resolución impugnada no solo no contiene ninguna regulación de las **prórrogas** de las concesiones sino que ni siquiera utiliza la palabra **prórroga**, y que únicamente contiene una relación puramente informativa sobre las concesiones vigentes en el que, entre otros datos, se incluye el de la fecha de su extinción según la Ley 5/2009. La ausencia de toda regulación, e incluso de la mención, de las **prórrogas** en el texto de la resolución es evidente. Es la Ley 5/2009 la que en su artículo 1.2 dispone que con la aprobación del plan de modernización las concesiones verán incrementado su plazo de vigencia en diez años a contar desde la fecha establecida para su vencimiento, y que para la modificación de este plazo no se requerirá acto administrativo alguno, por ser de aplicación directa con la entrada en vigor de la Ley y la aprobación de la resolución que la desarrolle. También establece el mismo precepto que los concesionarios que no quieran incorporar sus concesiones al plan de modernización deberán comunicarlo en el plazo de quince días, supuesto en el que el contrato continuará hasta su vencimiento. La Resolución de 26-2-10 ni reproduce las previsiones de la Ley en cuanto a las **prórrogas** ni las concreta ni desarrolla, ya que no las menciona; y tampoco establece normas para decidir qué concesionarios pueden acceder a ellas o sobre el modo de adoptar esa decisión. Por lo tanto no puede decirse que, como argumenta la parte actora, introduzca mecanismos que dan lugar a una aplicación general, automática e injustificada de las **prórrogas**, puesto que quien así lo establece es la Ley 5/2009 -que además no es anterior, sino posterior, al Reglamento (CE) 1370/2007- en su artículo 1.2 al utilizar los términos anteriormente referidos. La modificación, con un incremento de diez años, del plazo de las concesiones es una consecuencia directa de la Ley para todos los concesionarios, salvo que expresen su deseo de no incorporar sus concesiones al plan de modernización, y por lo tanto se produce de forma automática una vez transcurridos quince días desde la publicación del plan de modernización para todos aquellos concesionarios que no hubiesen actuado del modo antes indicado. La Resolución de 26-2-10 se limita a desarrollar las Bases del plan de modernización aprobadas por la Ley 5/2009 y que figuran en su Anexo, y ese desarrollo en nada determina la existencia de las **prórrogas** de las concesiones, que son consecuencia de la decisión del legislador autonómico y de su aceptación por los concesionarios. Por ello hay que considerar conforme a derecho la decisión de la Administración demandada de rechazar el requerimiento de la Comisión Nacional de la Competencia al entrañar la impugnación de una norma con rango legal, para la cual carece de atribuciones la Comisión de acuerdo con lo establecido en la Ley 15/2007, lo que determina la desestimación del recurso contencioso-administrativo e impide entrar en el examen de las demás cuestiones planteadas en el litigio." (fundamentos de derecho primero a cuarto)

TERCERO .- Sobre las previsiones comunitarias sobre la duración de las concesiones de transporte por carretera.

Considera la Comisión Nacional de la Competencia que aunque la previsión de una **prórroga** de las concesiones se encuentra prevista en la Ley gallega 5/2009, de 26 de noviembre, el mecanismo que activa dicha **prórroga** es la resolución de 26 de febrero de 2010 impugnada en la instancia. Y sostiene que dicha resolución, al hacer efectiva la **prórroga**, ocasiona un resultado contrario al artículo 4.3 del Reglamento comunitario 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, que establece de manera taxativa que "la duración de los contratos de servicio público será limitada y no podrá superar diez años para

los servicios de **autobús** o autocar...". Y añade que la citada resolución, que es la que determina la existencia efectiva de las **prórrogas** de las concesiones, es de 26 de febrero de 2010, mientras que el Reglamento había entrado en vigor el 3 de diciembre de 2009. Señala que no se impugna una norma de rango legal, sino la referida resolución y añade que la Sentencia ignora los principios de primacía y efecto directo del derecho comunitario.

Esta Sala Tercera ha resuelto ya la cuestión de fondo que se plantea en el presente recurso, relativa a la compatibilidad de **prórrogas** a las concesiones de transporte público por carretera más allá de los diez años en total, en la Sentencia de 1 de octubre de 2014 (RC 2437/2013) y en la muy reciente de 15 de febrero de 2016 (RC 2999/2013), en las que se declaró no haber lugar a los recursos de casación dirigidos contra sendas Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, las cuales habían anulado el Decreto 24/2010 de la Comunidad Valenciana. Dicho Decreto había previsto la **prórroga** de las concesiones de transporte público por carretera mediante la aprobación de un plan de modernización.

Si bien el fondo del presente litigio es coincidente con el de los citados precedentes y, por tanto, la solución material que le demos también lo será, la cuestión viene formulada en este caso de manera diferente. En efecto, en el caso valenciano el tribunal de instancia anuló la norma autonómica (el Decreto valenciano 24/2010, de 29 de enero) que acordaba la **prórroga** de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera, mediando la aprobación de dichas concesiones. Las Sentencias de esta Sala desestimaron los recursos de casación dirigidos contra las sentencias de instancia, quedando firme la declaración de que las referidas **prórrogas**, que otorgaban a dichas concesiones una duración superior a los diez años, resultaban contrarias a derecho por infringir el artículo 4.3 del Reglamento comunitario 1370/2007, de 23 de octubre.

En el presente supuesto, por el contrario, la Sala de instancia desestimó el recurso entablado por la Comisión Nacional de la Competencia por el que reclamaba la nulidad de la resolución de la Administración gallega a la que ya hemos hecho referencia y que aprobaba un plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera. Dicho plan implicaba automáticamente, en virtud de lo dispuesto en la Ley 5/2009, de 26 de noviembre, de medidas urgentes para la modernización del sector del transporte público de Galicia, la **prórroga** de las concesiones en dicho ámbito, que superaban así la duración máxima de diez años estipulada en el artículo 4.3 del citado Reglamento comunitario.

Daremos pues respuesta a las cuestiones planteadas en el presente recurso, asumiendo la doctrina establecida en las Sentencias de esta Sala ya mencionadas. Así, atendiendo a las afirmaciones de la Sentencia de instancia y su impugnación por la Comisión Nacional de la Competencia en el motivo de casación, examinaremos las siguientes cuestiones:

- qué norma o disposición es la que determina la **prórroga** de las concesiones,
- aplicabilidad del Reglamento comunitario en razón de la fecha de entrada en vigor,
- compatibilidad o incompatibilidad de las **prórrogas** con el Reglamento comunitario.

*Previsión de la **prórroga** de las concesiones* . Entiende la Sala de instancia que la **prórroga** de las concesiones viene determinada por la Ley 5/2009, de 26 de noviembre, puesto que la resolución de la Consejería de Medio Ambiente, Territorio de 26 de febrero de 2010 no se refiere siquiera a dicha **prórroga**:

" [...] La ausencia de toda regulación, e incluso de la mención, de las **prórrogas** en el texto de la resolución es evidente. Es la Ley 5/2009 la que en su artículo 1.2 dispone que con la aprobación del plan de modernización las concesiones verán incrementado su plazo de vigencia en diez años a contar desde la fecha establecida para su vencimiento, y que para la modificación de este plazo no se requerirá acto administrativo alguno, por ser de aplicación directa con la entrada en vigor de la Ley y la aprobación de la resolución que la desarrolle. [...] La Resolución de 26-2-10 ni reproduce las previsiones de la Ley en cuanto a las **prórrogas** ni las concreta ni desarrolla, ya que no las menciona; y tampoco establece normas para decidir qué concesionarios pueden acceder a ellas o sobre el modo de adoptar esa decisión. Por lo tanto no puede decirse que, como argumenta la parte actora, introduzca mecanismos que dan lugar a una aplicación general, automática e injustificada de las **prórrogas**, puesto que quien así lo establece es la Ley 5/2009 [...]. La Resolución de 26-2-10 se limita a desarrollar las Bases del plan de modernización aprobadas por la Ley 5/2009 y que figuran en su Anexo, y ese desarrollo en nada determina la existencia de las **prórrogas** de las concesiones, que son consecuencia de la decisión del legislador autonómico y de su aceptación por los concesionarios. [...]" (fundamento de derecho cuarto)

Tiene razón la Comisión recurrente. En efecto, aunque sea cierto que es la Ley autonómica 5/2009, de 26 de noviembre, la que prevé las **prórrogas**, es sin embargo la resolución de 26 de febrero de 2010 impugnada en la instancia la que determina la efectiva vigencia de las mismas. El artículo 1. 1 de dicha Ley aprueba las bases del Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros de uso general por carretera de Galicia, mientras que el apartado 2 del mismo precepto establece que:

"el plan de modernización, una vez aprobado, será de aplicación directa e inmediata para todos los titulares de concesiones que estén vigentes en el momento de la entrada en vigor de esta ley, concesiones que verán incrementado su plazo de vigencia en diez años a contar desde la fecha establecida para su vencimiento. Tanto para la incorporación del Plan de modernización a las condiciones del título concesional como para la modificación del plazo de las respectivas concesiones no se requerirá de acto administrativo alguno, resultando ambos de aplicación directa con la entrada en vigor de esta ley y la aprobación de la resolución que la desarrolle."

Pues bien, resulta incontestable que aunque sea la Ley la que prevé la existencia y la directa aplicabilidad de la **prórroga**, esta no se produce hasta tanto no se dicte la resolución de aprobación del plan de modernización que desarrolla las bases contempladas en el anexo de la propia Ley. En consecuencia la previsión de la **prórroga** efectuada por la Ley queda sin aplicación alguna en tanto no se apruebe el plan de modernización. Por lo tanto, es la resolución que aprueba dicho plan la que, sin necesidad de un ulterior acto administrativo, determina la eficacia de la susodicha **prórroga**. En consecuencia, la alegada contravención de lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento comunitario invocado respecto a la duración máxima de las concesiones como consecuencia de la **prórroga** se debe a la resolución que la hace efectiva, y no a la previsión genérica de la misma contemplada en la Ley.

En definitiva y aunque los instrumentos empleados por la Comunidad Autónoma de Galicia (Ley y resolución administrativa) difieran de los adoptados por la Comunidad Valenciana (Ley y decreto), la técnica normativa es análoga en ambos casos, de forma que si bien es una norma de rango legal anterior al reglamento comunitario la que prevé las **prórrogas** concesionales, su efectividad se produce mediante norma de rango infralegal o resolución que se adopta ya con posterioridad a la entrada en vigor del referido reglamento. Ello no obstante, no debe olvidarse que la primacía y efecto directo del derecho comunitario obligan incluso a la inaplicación de cualquier norma interna que sea contraria al mismo, incluso de rango legal.

Aplicabilidad del Reglamento comunitario . Una segunda cuestión litigiosa es la aplicabilidad del Reglamento CEE 1370/2007 al supuesto de autos, cuya respuesta viene ya dada tras lo que se acaba de decir. En efecto, si bien la Ley autonómica citada es de 26 de noviembre de 2009, la resolución impugnada que determina la efectiva **prórroga** de las concesiones es de 26 de febrero de 2010 y, por consiguiente, posterior a la entrada en vigor del Reglamento comunitario 1370/2007, que se produjo el 3 de diciembre de 2009, según determina el artículo 12 del mismo. Por consiguiente, cuando se aprueba la **prórroga** de las concesiones están ya en vigor las limitaciones contenidas en el artículo 4 del citado Reglamento.

Incompatibilidad de las prórrogas con el Reglamento comunitario . Finalmente, es preciso reiterar lo dicho en las Sentencias de esta Sala a las que ya se ha hecho referencia y confirmar que la **prórroga** de las concesiones más allá de los diez años de duración total, **prórroga** hecha efectiva en el presente supuesto por la resolución de 26 de febrero de 2010, resulta contraria a lo dispuesto por el artículo 4.3 del Reglamento CEE 1370/2007 , del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre, cuya entrada en vigor se había producido el 3 de diciembre de 2009. El citado precepto del Reglamento establece lo siguiente:

"3. La duración de los contratos de servicio público será limitada y no podrá superar diez años para los servicios de **autobús** o autocar y 15 años para los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril u otros modos ferroviarios. La duración de los contratos de servicios público relativos a diversos modos de transporte se limitará a 15 años si los transportes por ferrocarril y otros modos ferroviarios representan más del 50 % del valor de los servicios en cuestión."

Por otra parte y como pone de relieve el Abogado del Estado en representación de la Comisión, el apartado 4 del propio artículo 4 sólo prevé la **prórroga** de las concesiones en términos muy delimitados y como máximo por la mitad del período original, mientras que la **prórroga** prevista por la Ley gallega y hecha efectiva por la resolución impugnada en la instancia es incondicional y por diez años más a todas las concesiones en vigor, con independencia de su período inicial, del período ya transcurrido y de cualquier otra circunstancia.

En relación con la limitación temporal de las concesiones y la posibilidad de **prórrogas**, tal como se estipula en el Reglamento comunitario, hemos dicho en la Sentencia de 1 de octubre de 2014 y reiterado en la de febrero de 2016:

" **QUINTO**.- Como tercer motivo alega la recurrente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional la vulneración del artículo 4.4 del Reglamento 1370/2007 , así como de la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil , la Disposición Transitoria Primera de la LCSP y los artículos 2.3 del Código Civil y 9.3 de la Constitución .

Para ello parte la recurrente de que el artículo 4.4 citado establece las condiciones en las que podrán otorgarse **prórrogas** de los contratos de servicio público, adjudicados de conformidad con las previsiones de la propia



norma europea, de donde deduce que solo es aplicable a los contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1370/2007, en relación con lo dispuesto en el artículo 4.3.

Sin embargo, es evidente que en el apartado 3, el artículo 4 dispone que los contratos de servicio público no podrán superar en el caso de transporte terrestre los diez años, y ello precisamente para favorecer la competencia y por ende el propio servicio público, regla vigente tras la entrada en vigor del mismo para las nuevas adjudicaciones de contratos. En el apartado 4 se regula la posibilidad de que dichos límites temporales se excepcionen mediante una **prórroga** de hasta un 50% de la duración inicial, cuando se dispone que: "En caso necesario y, habida cuenta de las condiciones de amortización de los activos, la duración del contrato de servicio público podrá prolongarse durante, como máximo, la mitad del período original si el operador de servicio público aporta elementos del activo que sean a la vez significativos en relación con la totalidad de los activos necesarios para prestar los servicios de transporte de viajeros objeto del contrato de servicio público y que estén relacionados predominantemente con estos.

Si estuviese justificado por los costes que se derivan de una situación geográfica particular, la duración de los contratos de servicio público especificados en el apartado 3 en las regiones ultraperiféricas podrá prorrogarse en un porcentaje máximo del 50%".

El Decreto anulado, cuya fecha es posterior al Reglamento comunitario, y que en consecuencia esta subordinado al mismo, no prevé **prórrogas** que estuvieran previstas en los contratos originales y que por tanto formaban parte del mismo en cuanto a su duración, sino el establecimiento general de **prórrogas** a todos los contratos vigentes en materia de transportes, bien que condicionado a la aprobación del correspondiente plan de amortización. En consecuencia, no se trata de aplicar retroactivamente el Reglamento 1380/2007 a contratos anteriores a su entrada en vigor (cuyos límites temporales se respetan), sino aplicar una regla sobre **prórrogas** no previstas en el contrato original. En ese caso, la aplicación del derecho comunitario no tiene efectos retroactivos pues no se aplica a contratos vigentes, pues cumplido el plazo, incluidas las **prórrogas** expresamente previstas, el contrato ha de considerarse extinguido. En este sentido, la aplicación del artículo 4.4 podría dar cobertura precisamente a esas **prórrogas**, pero siempre cumpliendo las condiciones estrictas que el mismo prevé y que la sentencia entiende que no se dan.

Sostiene la recurrente que, en cualquier caso el Decreto autonómico anulado sería conforme con el artículo 4.4 del Reglamento. Sin embargo, como se razona en la sentencia recurrida las condiciones del Reglamento, que prevé simplemente la concesión de la **prórroga** mediante un plan de modernización del servicio, no equivale a las restrictivas condiciones que el precepto comunitario dispone para limitar la libre competencia en materia de contratos de servicios públicos de transporte, y que exigen más que una norma genérica, una justificación "ad hoc" en cada **prórroga** concedida.

El motivo en consecuencia, ha de ser desestimado." (fundamento de derecho quinto)

Finalmente, tampoco constituyen óbice a lo expuesto hasta ahora otras previsiones del Reglamento comunitario, como las del artículo 5 o las disposiciones transitorias del artículo 8 del Reglamento comunitario, cuestiones no planteadas en el presente recurso de casación al no hacer referencia a ellas la Sentencia de instancia. Conviene, sin embargo, para una más completa fundamentación de esta Sentencia que recojamos aquí lo dicho a este respecto en las Sentencias de esta Sala de 17 de septiembre de 2014 y de 15 de febrero de 2016.

Así, en relación con ambos preceptos del Reglamento comunitario en la Sentencia de 1 de octubre de 2014 dijimos:

" **CUARTO.**- Siguiendo con los motivos alegados por AUTOCARES COSTAS AZUL, S.A. Y 81 más, al amparo del artículo 88.1.d de la ley jurisdiccional, articulan como segundo motivo, la vulneración por la sentencia de los artículos 8.2 y 8.3 del Reglamento 1370/2007.

Se desarrolla el motivo mediante la alegación del artículo 8.3 del Reglamento 1370/2007 que permite que las concesiones preexistentes a la entrada en vigor de la norma continúen hasta su expiración, estableciéndose como único límite que las concesiones adjudicadas después del 26 de julio de 2000 no excedan en su duración de 30 años. Sostiene el recurrente que el Decreto 24/2010 no excede en ningún caso de dicho límite, puesto que la **prórroga** máxima prevista en la ley 16/2008, dura solo hasta el año 2023.

Pues bien, lo primero que hay que decir es que el artículo 8.3 del Reglamento comunitario no se refiere a las **prórrogas**, sino al plazo máximo de duración cuando sostiene que: "Los contratos a que se refiere la letra a) podrán continuar hasta su expiración. Los contratos a que se refieren las letras b), celebrados antes del 26 de julio de 2000, con arreglo a un procedimiento distinto del procedimiento de licitación equitativo; y c), celebrados a partir del 26 de julio de 2000 y antes del 3 de diciembre de 2009, con arreglo a un procedimiento de licitación equitativo, podrán continuar asimismo hasta su expiración, pero no por un período superior a 30

años. Los contratos a que se refiere la letra d), celebrados a partir del 26 de julio de 2000 y antes del 3 de diciembre de 2009, con arreglo a un procedimiento distinto del procedimiento de licitación equitativo, también podrán continuar hasta su expiración, siempre que sean de duración limitada y comparable a las duraciones que se especifican en el art. 4".

Por el contrario, el Decreto Autonómico anulado por la sentencia no se refiere a la duración máxima de los contratos de servicios públicos, sino a la posibilidad de otorgar un plazo de **prórroga**, que en ningún caso puede superar el previsto en el artículo 83 de la ley la ley 16/2008. La Sala no comparte el criterio de la recurrente de que la **prórroga** se incluye en la duración del contrato. Una cosa es que la **prórroga** esté prevista en el contrato mismo, y otra que, no estándolo, situación a la que se refiere el Decreto, se conceda posteriormente, previa presentación de un plan de modernización. La recurrente alega los artículos 157 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, los artículos 76 y 254 de la Ley de Contratos del Sector Publico, o los artículos 88 y 278 del Texto refundido de esta Ley, pero lo que hacen estos preceptos es establecer la obligatoriedad de que el contrato de gestión de servicios públicos fije en sus cláusulas administrativas necesariamente la duración del mismo y la de las **prórrogas** de que pueda ser objeto, estableciendo en cualquier caso unos límites temporales, mientras que en el presente caso se está enjuiciando un Decreto que permite el establecimiento de **prórrogas** no previstas precisamente en el contrato.

Como recuerda la recurrente, la sentencia impugnada ha entendido que las **prórrogas** no se incluyen en el plazo de duración de los contratos a efectos de la normativa transitoria prevista en el artículo 8.3 del Reglamento europeo, lo que esta Sala comparte.

La recurrente, sostiene que el diferimiento del artículo 8.2 del Reglamento comunitario cuando dispone que "s in perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, la adjudicación de contratos de servicio público por ferrocarril y por carretera cumplirá lo dispuesto en el art. 5 a partir del 3 de diciembre de 2019 .", mientras que el artículo 5 se sostiene que "Los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento", permite que hasta dicha fecha la Administración pueda conceder **prórrogas**, pues la contratación no está sujeta a los límites que prevé el artículo 5.

Por el contrario la sentencia recurrida sostiene que la remisión del artículo 5 al cumplimiento del Reglamento a partir del 3 de diciembre de 2019, se refiere a la forma de adjudicación de los contratos de servicio publico, objeto del artículo 5. Por el contrario en el artículo 4, apartados 3 y 4 se dispone que: " 3. La duración de los contratos de servicio público será limitada y no podrá superar diez años para los servicios de **autobús** o autocar y 15 años para los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril u otros modos ferroviarios. La duración de los contratos de servicio público relativos a diversos modos de transporte se limitará a 15 años si los transportes por ferrocarril u otros modos ferroviarios representan más del 50% del valor de los servicios en cuestión.

4. En caso necesario y, habida cuenta de las condiciones de amortización de los activos, la duración del contrato de servicio público podrá prolongarse durante, como máximo, la mitad del período original si el operador de servicio público aporta elementos del activo que sean a la vez significativos en relación con la totalidad de los activos necesarios para prestar los servicios de transporte de viajeros objeto del contrato de servicio público y que estén relacionados predominantemente con estos".

Si estuviese justificado por los costes que se derivan de una situación geográfica particular, la duración de los contratos de servicio público especificados en el apartado 3 en las regiones ultraperiféricas podrá prorrogarse en un porcentaje máximo del 50%.

Si estuviese justificado por la amortización de capital en relación con una inversión excepcional en infraestructuras, material rodante o vehículos y el contrato de servicio público se hubiese adjudicado merced a un procedimiento de licitación equitativo, un contrato de servicio público podrá tener una mayor duración. Para garantizar la transparencia en ese caso, la autoridad competente remitirá a la Comisión en el plazo de un año tras la celebración del contrato, el contrato de servicio público de que se trate y los elementos que justifiquen su mayor duración".

Pues bien, la sentencia recurrida sostiene que:

"El apartado 3º del artículo octavo fija la extensión temporal máxima a la que pueden llegar las concesiones de servicio público de transporte de viajeros existentes al comenzar a surtir efectos la norma, pero no posibilita (nada dice a este respecto) que tales concesiones se alarguen, se prorroguen en medida alguna. Lo que hace el precepto es asumir la duración ya establecida en cada una de las concesiones, introduciendo algunas restricciones en tres supuestos: "...las letras b) y c) (...) pero no por un periodo superior a 30 años, y los contratos a que se refiere la letra d) (...) siempre que sean de duración limitada y comparable a las duraciones que se especifican en el artículo 4";

- el artículo 8º, punto 3, reconoce, entonces, el derecho al mantenimiento de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera existentes en la Comunitat Valenciana, cuando llegue el día 3 de diciembre de 2009, así como que ese mantenimiento implica que los contratos puedan (podrán) continuar hasta su expiración, con el límite de treinta años en el supuesto de contratos adjudicados "... c) a partir del 26 de julio de 2000 y antes del 3 de diciembre de 2009, con arreglo a un procedimiento de licitación equitativo";

- lo que no hace el artículo 8º, 3, es reconocer que esos contratos, vigentes en el momento en que se produce su entrada en vigor, podrán prorrogarse de algún modo distinto al que aparece en el régimen jurídico que, en el marco específico de la **prórroga** (no de la adjudicación), fija el artículo 4º; y que, consecutivamente, este precepto no les es aplicable, por razones temporales, al haberse adjudicado el correspondiente servicio público antes del 3 diciembre 2009".

Parte la recurrente de reconocer que el artículo 8.3 no reconoce el derecho a la **prórrogas**, sin embargo considera que con las limitaciones máximas que indica dicho precepto, los contratos vigentes el día 3 de diciembre de 2009 pueden completar su duración tal y como está definida en el derecho nacional, e "incluyéndose en dicha duración las eventuales **prórrogas** que pudiera permitir el ordenamiento interno". Pues bien en esta frase se encuentra la diferencia de interpretación de la sentencia con la tesis de la recurrente, y como ya hemos dicho esta Sala comparte el criterio de la sentencia recurrida. Una cosa es que, durante el periodo transitorio previsto en la norma comunitaria los criterios de adjudicación puedan no ser obligatorios, y otra bien distinta que finalizado el periodo previsto en el contrato, agotado en su caso igualmente el de las **prórrogas** inicialmente previstas en el contrato, en lugar de salir a contratación pública puedan prorrogarse más allá de los límites establecidos por el citado Reglamento.

Sostiene la recurrente que en cualquier caso la sentencia recurrida vulnera el artículo 8.2 del Reglamento 1370/2007, al interpretar que ese precepto no permite el otorgamiento de **prórrogas** de los contratos vigentes a la entrada en vigor del Reglamento, en base a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia concretada en la sentencia de 19 de junio de 2008, que considera que cuando existen modificaciones sustanciales, estamos ante una nueva adjudicación, cuyo plazo sería distinto del propio contrato original, considerando como tal aquellas alteraciones contractuales que presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Una modificación sería sustancial cuando introduce condiciones que si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido seleccionar una oferta distinta de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada, o cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos, o cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.

Pues bien, la recurrente sostiene que si la adjudicación de contratos de servicio público por carretera solo debe cumplir con el Reglamento 1370/2007, a partir del 3 de diciembre de 2019, en la hipótesis de que la **prórroga** no prevista fuera equivalente a una nueva adjudicación, éste hubiera sido posible, dado el diferimiento previsto en el artículo 8.2 de dicho Reglamento.

Sin embargo entendemos que el argumento ha de interpretarse en contra de la tesis de la recurrente. Una cosa es que terminado un contrato, se produzca una nueva adjudicación, que no estaría sujeta a los límites temporales del derecho comunitario hasta el 3 de diciembre de 2019, y si solo a los del derecho interno, pero supondría la posibilidad de que compitiera cualquier contratista en régimen de igualdad con el anterior o con otros, facilitando en consecuencia la competencia; y otra que se impida ésta mediante la **prórroga** de los contratos ya existentes a través de la presentación de un plan de modernización, evitando precisamente la presentación de ofertas en competencia que contemplen las nuevas necesidades en los pliegos de cláusulas correspondientes.

Por ello el motivo ha de ser desestimado." (fundamento de derecho cuarto)

Por todas las razones expuestas, procede estimar el motivo en que se basa el recurso de casación y casar y anular la Sentencia impugnada.

CUARTO .- Conclusión y costas.

Tal como hemos concluido el anterior fundamento de derecho, ha lugar al recurso de casación, por lo que casamos y anulamos la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Y por las mismas razones jurídicas, estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Comisión Nacional de la Competencia contra la resolución de la Dirección General de Movilidad de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Galicia de 26 de febrero de 2010, por la que se aprueba el Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera de Galicia, así como contra la de 24 de junio de 2010 que rechazó el requerimiento contra la anterior, que declaramos contrarias a derecho y anulamos.



No se imponen las costas de la instancia por las dudas de derecho que concurren en el caso. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción, se imponen las costas a las partes recurridas, hasta un máximo por cada una de ellas de 4.000 euros por todos los conceptos legales, más el IVA que corresponda a la cantidad reclamada.

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la Comisión Nacional de la Competencia contra la sentencia de 24 de mayo de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo 4348/2010 .

2. Casar y anular la dicha sentencia.

3. Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comisión Nacional de la Competencia contra la resolución de la Dirección General de Movilidad de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Galicia de fecha 26 de febrero de 2.010, por la que se aprueba el Plan de Modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera, y contra la resolución de la citada Consejería de 22 de junio del mismo año, que inadmitió el requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo formulado por el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, y anular las mismas.

4. No hacer imposición de las costas del recurso contencioso administrativo, e imponer las ocasionadas por el recurso de casación a las partes recurridas conforme a lo expresado en el fundamento de derecho cuarto.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.-Diego Cordoba Castroverde.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-