

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÀS FONT I LLOVET
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN
JOAQUÍN TORNOS MAS
Universidad de Barcelona

I. OMISIÓN REGLAMENTARIA Y CONTROL JUDICIAL

Los problemas jurídicos que plantean las omisiones reglamentarias, entendidas como la falta de desarrollo reglamentario de lo dispuesto en una ley, han sido ya objeto de atención por una numerosa jurisprudencia.

La sentencia que motiva nuestro comentario, la sentencia de 15 de diciembre de 2015, recurso de casación 514/2013, resume de forma sucinta pero clara la aportación de los Tribunales sobre esta cuestión. El Tribunal recuerda que si bien el control judicial de esta omisión no es rechazable de raíz, su aplicación debe llevarse a cabo de forma restrictiva. Este carácter restrictivo se debe al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que el artículo 71 de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa concreta para el supuesto del control de normas reglamentarias, prohibiendo de forma específica que los Tribunales llenen los vacíos normativos provocados por el Gobierno o la Administración. Por otro lado, por la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político-normativa de ejercicio discrecional.

La sentencia también elabora una tipología de omisiones normativas, diferenciando la omisión propia absoluta, la omisión propia relativa y la omisión impropia.

La omisión propia absoluta se produce cuando la Administración (nosotros añadiríamos: o el Gobierno) no dicta la norma que debía dictar pese a existir un mandato legal expreso de regulación. La omisión propia relativa se produce cuando la norma se ha dictado pero ha omitido aspectos concretos de obligada regulación. La omisión impropia es aquella en la que la pretendida omisión consiste en una regulación en términos no deseados por quien alega la existencia de la pretendida omi-

sión. La omisión ilegal se corresponde con los dos primeros supuestos, precisando el Tribunal que debe existir una obligación de regular «expresamente prevista y ordenada por la ley o norma objeto de desarrollo, ejecución o trasposición».

Por último, también desde un planteamiento general de la cuestión, el Tribunal precisa los efectos de una omisión reglamentaria ilegal. En ningún caso será posible imponer un determinado redactado. Por ello, afirma el Tribunal que «... en los casos de omisión reglamentaria proscribida, el restablecimiento de la supremacía de la norma de rango superior infringida por omitirse un desarrollo normativo, puede “consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico” (cf. Sentencia de 8 febrero de 2011 (RJ 2011, 1153), recurso contencioso-administrativo 203/2007). La razón es la ya expuesta: incumplido el deber legal de dictar una norma, es difícil admitir que el tribunal pueda salvar tal omisión hasta el punto de que el tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido o al precepto reglamentario que incurre en infracción omisiva, pues, como resulta del artículo 71.2».

No se menciona la posibilidad de una sentencia de condena limitada a imponer la aprobación de la norma de desarrollo, en un plazo determinado, sin predeterminar el contenido de la misma.

Entrando ya en el caso concreto objeto de litigio, el mismo tiene como objeto el recurso interpuesto el año 2013 por la Federación de Asociaciones de Mayoristas, FEDIFAR, frente al Real Decreto 782/2013, al estimar que no había dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 70,2 de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, 29/2006 de 26 de julio, precepto que estableció que «el Gobierno velará por preservar el derecho del almacén mayorista a ser suministrado por los laboratorios».

Estamos ante un supuesto de omisión propia relativa, en la medida en que el vicio que se imputa a la norma reglamentaria, dictada en desarrollo de la ley 29/2006, es la falta de desarrollo de un aspecto concreto previsto de forma expresa en la norma legal y que precisaba de desarrollo reglamentario.

Los recurrentes entendían que la norma reglamentaria debía haber regulado el derecho incondicional de los mayoristas a ser suministrados por los laboratorios fabricantes, con el fin de poder garantizar a su vez el suministro a las farmacias y consecuentemente el acceso de los ciudadanos a los medicamentos. Al no darse contenido reglamentario al derecho de los mayoristas al acceso a los medicamentos no se garantizaba la disponibilidad de todos los medicamentos en las oficinas de farmacia.

El Tribunal reconoce que este pretendido derecho de los mayoristas no ha sido contemplado en la norma reglamentaria. Pero a continuación examina si estamos ante una omisión ilícita, es decir, si existía un mandato claro y preciso del legislador que exigiera dictar una norma para su desarrollo.

Sobre esta cuestión, central para resolver el litigio, el Tribunal afirma en el FJ 13 de la sentencia que «el juicio en abstracto del Real Decreto impugnado, tal y como lo plantea la demandante, exige partir de un dato: que sin olvidar el régimen general de distribución, la apelación que hace el artículo 70.2 al Gobierno no es identificable con una disposición final que ordene un desarrollo reglamentario. Se está, más bien, ante una directriz ciertamente difusa que atribuye al Gobierno la función de “velar”, expresión que en lo jurídico no se compadece con una concreta potestad. Se le erige más bien en vigilante de esa suficiencia, lo que no tiene que pasar, necesariamente, por un desarrollo reglamentario, luego cabe que ese “velar” se satisfaga mediante el ejercicio de otras potestades, por ejemplo, de policía, esto es, de inspección, control y, en su caso, sanción».

Para el Tribunal, el deber de garantizar la suficiencia del abastecimiento no debe confundirse con la obligación de organizar la distribución en la forma que proponían los mayoristas. Al no hacerlo así, no existe una omisión ilegal.

De este modo el Tribunal concluye que no ha existido una omisión reglamentaria ilícita. El derecho de los almacenes mayoristas a la suficiencia del suministro por los laboratorios no ha quedado privado de sus posibilidades de existencia y, por ello, no hay omisión contraria al ordenamiento.

De nuevo se constata el carácter restrictivo con el que el Tribunal Supremo analiza las omisiones reglamentarias, actuando con un claro autocontrol revisor cuando se trata del ejercicio de la discrecionalidad política sobre cuándo y cómo desarrollar las previsiones de desarrollo normativo contenidas en una disposición legal (JT).

II. INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE LA EXCLUSIVIDAD EN LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO DECLARADA CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. EL EFECTO REFLEJO DE UN PROBLEMA DE FONDO SIN RESOLVER

De nuevo sobre sobre la concesión del servicio público del transporte marítimo de personas en la ría de Vigo.

En el número 189 (2012) de esta revista se incluyó en estas *Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa* un comentario de Tomás Font y Oriol Mir bajo el siguiente título: «¿Los actos administrativos dictados

al amparo de una ley contraria al Derecho de la Unión son válidos y no pueden ser revisados de oficio? La STS sobre la concesión del servicio público del transporte marítimo de personas en la ría de Vigo». En aquella ocasión nos referíamos a la STS de 23 de mayo de 2012, de la que entonces auguramos que «posiblemente dará que hablar», y en efecto, hoy debemos volver a la problemática allí tratada porque ha sido el propio Tribunal Supremo quien se ha visto obligado a volver a hablar del tema, y lo ha hecho en su Sentencia de 13 de octubre de 2015 (recurso 2352/2014, ponente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva), que ahora se comenta.

Para situarnos mejor en los antecedentes debemos traer a colación los que dieron lugar a la anterior STS de 23 de mayo de 2012, que además coinciden sustancialmente, como no puede ser de otro modo, con los que recoge la misma STS de 13 de octubre de 2015. «En 1999, el parlamento gallego aprobó la Ley 4/1999, de 9 de abril, que declaró de servicio público de titularidad de la Xunta de Galicia el transporte público marítimo de viajeros en la ría de Vigo y estableció que éste se gestionaría indirectamente, en régimen de monopolio, mediante concesión por un plazo máximo de duración de 20 años, prorrogables por otros 10, previo concurso celebrado al efecto. El referido concurso tuvo lugar al cabo de pocos meses y la concesión se adjudicó a la empresa “Naviera Mar de Ons, S.L.” mediante resolución de 5 de octubre de 1999 del conselleiro de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión declaró, mediante sentencia de 9 de marzo de 2006 (As. C-323/03, Comisión/España), que dicha ley infringía los arts. 1, 4, 7 y 9 del Reglamento (CEE) núm. 3577/1992 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo).» La contradicción de la Ley gallega con el derecho europeo derivaba de «permitir conceder los servicios de transporte marítimo de pasajeros en la ría de Vigo a un único operador durante un período de veinte años e incluir como criterio de adjudicación de dicha concesión la experiencia de transporte en la citada ría, permitir someter a obligaciones de servicio público los servicios de transporte estacionales con las islas o los servicios de transporte regulares entre puertos continentales, y no haber consultado el proyecto de ley a la Comisión, tal como exige el citado reglamento». En cumplimiento de dicha sentencia, el 6 de mayo de 2008 el Parlamento gallego aprobó la Ley 2/2008, por la que se desarrolla la libre prestación de servicios de transporte marítimo de personas en aguas interiores de Galicia, cuya disposición derogatoria única derogó la Ley 4/1999.

Paralelamente, el 22 de febrero de 2008 la Administración gallega había iniciado un procedimiento de revisión de oficio del contrato adju-

dicado a la naviera que, tras obtener el dictamen favorable del Consello Consultivo de Galicia (Dictamen 648/08), concluyó mediante resolución de 17 de julio de 2008 en la que se declaró la nulidad de pleno derecho de dicha concesión administrativa, sobre la base del art. 62.1.f) de la Ley 30/1992. Dicha resolución fue impugnada por la naviera, pero fue confirmada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de septiembre de 2010 (Sección 2ª; recurso núm. 4586/2008), salvo en lo relativo a la garantía definitiva, que ordenó devolver a aquélla. El Tribunal Supremo, en cambio, estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por la naviera y, según decíamos entonces, llegó a la conclusión de que «un acto administrativo dictado por la Administración española en aplicación de una ley interna, que posteriormente es declarada contraria al Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia, no es originariamente inválido ni puede, por tanto, ser objeto de revisión de oficio. En conexión con lo anterior, la Sentencia también niega que la Administración española pueda inaplicar una ley contraria al Derecho de la Unión, considerando que ello les corresponde en exclusiva a los Tribunales». Según aquella STS, la ley gallega, pese a ser contraria al Derecho de la Unión, no era nula, y no se vio afectada en su validez por la sentencia del Tribunal de Justicia, que no pudo anularla, y que estuvo plenamente vigente hasta su derogación por la Ley 2/2008.

En consecuencia, y en aplicación de las reglas de derecho transitorio del Código Civil, el TS declaró que «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».

No es cuestión de reproducir aquí las consideraciones que entonces efectuamos acerca de la potestad de revisión administrativa de actos contrarios a derecho comunitario y de la insatisfactoria solución del derecho interno al respecto. Baste decir que la Ley 39/2015 de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas ha desaprovechado la oportunidad de rectificar la situación, que tanto la doctrina como el propio Consejo de Estado estaban reclamando.

Lo que sí es de destacar, en cambio, es que la STS de 23 de mayo de 2012 también dejó de resolver la verdadera cuestión de fondo. En efecto, «el tribunal desestimó la que en realidad constituía la pretensión principal de la recurrente: que se declarara que el contrato, no siendo nulo, había sido resuelto o bien por supresión legal del servicio basada en razones de interés público, o bien por imposibilidad de la explotación del

servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato (letras c) y d) del art. 167 del entonces vigente Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —TRLCAP—), y que se condenara a la Administración a abonar a la naviera en concepto de indemnización los beneficios futuros que habría dejado de percibir tras la supresión legal del monopolio, tal como establecía el art. 169.4 TRLCAP (y sigue estableciendo el art. 288.4 del vigente Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) en caso de concurrencia de uno u otro supuesto de resolución contractual. Según la naviera, contando con que todavía le quedaban 12 años de concesión más 10 de posible prórroga cuando la ley de 2008 suprimió el monopolio, ello se traduciría en una indemnización de 27,5 millones de euros. Pero como decimos, el Tribunal Supremo no entró en el asunto y desestimó el motivo limitándose a señalar que «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».

Pues bien, sirvan estos antecedentes para entender cómo cuatro años después, con el pronunciamiento de la STS de 13 de octubre de 2015 que ahora se comenta, el alto tribunal ha vuelto para hablar del tema, y muy en concreto para, en síntesis, reconocer el derecho de la empresa a ser indemnizada por la Administración a consecuencia de haber perdido la exclusividad en la prestación del servicio de transporte marítimo de viajeros en la ría de Vigo, exclusividad que tenía reconocida, como hemos visto, por una concesión adjudicada de acuerdo con el derecho interno vigente, que el TS había considerado válida a pesar de que el TJUE había declarado que la norma interna de cobertura era contraria al derecho europeo. Esta nueva decisión del Tribunal Supremo se muestra pragmática al resolver la cuestión planteada, teniendo en cuenta las puertas que cerró la anterior sentencia de 2012. Varias son, sin embargo, las cuestiones que merece la pena anotar en relación con ella.

En un primer orden de consideraciones, empezamos por destacar cómo canaliza el Supremo el conflicto planteado tras el escenario resultante de la sentencia de 2012, esto es, cuál es el planteamiento en que se basa la empresa y el fundamento de la responsabilidad que acepta el Tribunal Supremo. Cuando la Consellería gallega, a la vista de la STJUE, declaró nula, por el procedimiento de revisión de oficio, la concesión de transporte, la empresa formuló una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración pidiendo que le resarciera por el lucro cesante que le producía la declaración de nulidad de su concesión. La Administración inadmitió la petición, alegando una supuesta

litispendencia con el recurso contencioso-administrativo que mientras tanto había interpuesto la empresa contra la anulación administrativa de la concesión (y en el que ya sabemos ahora que ni el TSJ de Galicia ni el TS en su Sentencia de 23 de mayo de 2012 estimaron su petición indemnizatoria).

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la inadmisión, la sala del TSJ: en primer lugar, negó que la existencia de un proceso judicial impida a la Administración decidir en el ámbito que le es propio —excepto en materia sancionadora—, y además señaló que no había posibilidad de contradicción, porque por aquel entonces el TS ya había resuelto la casación, sin pronunciarse sobre la indemnización.

En segundo lugar, la Sala del TSJ entiende que la responsabilidad patrimonial reclamada por la recurrente derivaría de la aprobación de la Ley autonómica que declaraba servicio público reservado el transporte marítimo de viajeros en la ría, es decir sería una responsabilidad del Estado-legislador, por incumplimiento de derecho comunitario, «de manera que no son aplicables los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 sino la jurisprudencia que ha perfilado dicha responsabilidad» (en este extremo sí que la Ley 40/2015 incorpora en su art. 32 una nueva regulación que, no obstante, sigue ofreciendo serias dudas. Con carácter general, véase Edorta COBREROS MENDAZONA, *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del derecho de la Unión Europea*, Iustel, 2015). El caso es que el TSJ afirma que no se dan ninguno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia Brasserie du Pêcheur y Factortame. Así, señala que ni el reglamento comunitario vulnerado reconocía derechos a la recurrente, ni existe relación de causalidad entre el perjuicio que dice haber sufrido y la obligación de respetar el principio de la libre prestación de servicios de transporte, pues se benefició de la exclusividad durante varios años. Además, añade, no puede la actora invocar la protección del principio de confianza legítima pues no reclama gastos en que haya tenido que incurrir a la vista de la duración de la concesión sino el lucro cesante por no continuar disfrutando de la exclusividad en el servicio en contra del Derecho de la Unión Europea y esa pretensión no tiene amparo, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria.

La STS de 13 de octubre de 2015 que resuelve la casación rechaza el planteamiento que se acaba de ver y, en su lugar, lo sitúa en el marco de la relación contractual o concesional. En efecto, el TS subraya (FJ 5) que la situación es la de «un concesionario cuya concesión se ha visto alterada sustancialmente pues, siendo su objeto la prestación de un servicio de transporte en exclusiva, tras la sentencia del Tribunal de Luxemburgo

no puede mantenerse esa exclusividad» durante el plazo de la concesión (veinte años, más una eventual prórroga de diez) de acuerdo con la cual había hecho su oferta, sino que deberá soportar la competencia de otras empresas.

Así, el Tribunal indica que «esos singulares efectos se proyectan sobre la relación contractual entre la Administración gallega y NAVIERA DEL MAR DE ONS, S.L. que implica la concesión. Por tanto, ha de ser en el marco de esa relación en el que ha de resolverse este litigio y no en el de la responsabilidad del Estado legislador al que acude la Sala de La Coruña pues, aunque en el trasfondo se halle la inaplicabilidad de la Ley gallega 4/1999 luego derogada por la Ley 2/2008, la concesión, como hemos recordado antes, seguía siendo válida y eficaz si bien no era posible ya su explotación por la variación sustancial que se había producido en la misma, del todo ajena a la concesionaria».

Aquí estaría la clave de la manera de enfocar y resolver la cuestión por parte de la sentencia que ahora comentamos. El Tribunal recoge ahora el hilo que había dejado en su anterior sentencia de 23 de mayo de 2012, cuando dejó dicho que la cuestión no era la validez o nulidad de la concesión, sino los efectos sobrevenidos sobre una relación contractual válidamente constituida y que seguía siendo válida y eficaz. Lo que reprocha ahora a la STJ de Galicia es que «desconoce que, sin embargo, [aquella relación concesional] no tenía ya posibilidades de desenvolverse en las condiciones en que se adjudicó pues, ciertamente, el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo conducía de forma necesaria a la privación de la exclusividad del servicio e impedía, así, la explotación de la concesión. De ahí que lo procedente fuera, no la declaración de nulidad, como tuvimos ocasión de decir en esa sentencia [de 23 de mayo de 2012], sino la resolución anticipada de la concesión».

El pragmatismo de la Sentencia se pone de manifiesto al declarar que a la empresa le corresponde ser indemnizada por la pérdida de la exclusividad del servicio que se le adjudicó, «derecho que le corresponde, pues, aunque la reclamación que dirigió a la Administración gallega se presentaba como de responsabilidad patrimonial, sin embargo, en su argumentación razonaba sobre los términos de la concesión y sobre la incidencia que en ella había tenido la imposibilidad de prestar el servicio de transporte marítimo regular de viajeros en la ría de Vigo y estacional a las islas Cíes en régimen de exclusividad después de la sentencia del Tribunal de Justicia e invocaba, entre otros, el artículo 169 del Real Decreto Legislativo 2/2000» (FJ 7). Como se puede ver, haber emprendido la vía de la responsabilidad patrimonial no es obstáculo para que el Tribunal sitúe la solución en el ámbito de la relación contractual, y

en concreto en los efectos de la resolución por imposibilidad de explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

También es importante destacar cómo el TS sale al paso de la argumentación de la Administración demandada, recogida por la STJ de instancia, de que no procedería la indemnización porque la empresa estaba ya suficientemente compensada al haber disfrutado durante años de una exclusividad que no le correspondía. En efecto, se insiste que la concesión era válida, y así lo había declarado el propio TS en su anterior sentencia, y por ello el beneficio obtenido era legítimo. No es hasta que se hace efectiva la pérdida de la exclusividad, con la aplicación de la posterior ley de 2008 que liberaliza la actividad en cumplimiento del STJUE, cuando se produce una resolución de la relación concesional hasta el momento legítima: «lo que determina el daño es la efectiva pérdida de la exclusividad, lo cual solamente se produjo efectivamente a partir del momento en que tuvo que hacer frente a la competencia». Con esta posición, el TS quiere descartar cualquier invocación —que tampoco aparece expresamente formulada— de un posible enriquecimiento injusto del empresario por haberse lucrado ilegalmente durante el periodo en que disfrutó de la exclusividad.

En un segundo orden de consideraciones, enunciamos una serie de facetas que deberían estar presentes en un análisis crítico más detenido de este conflicto, que en esta nota no podemos desarrollar, pero que entendemos imprescindible advertir en cuanto a los resultados paradójicos que pudiera conllevar la vía de solución ahora adoptada.

Es evidente, por ello, que a pesar de que nos ceñimos al comentario a esta última sentencia, no puede dejar de conectarse en su fondo con la del año 2012 objeto de comentario en la anterior *RAP*, 189, o al menos con sus efectos. Se comentaba allí lo discutible de la opción de considerar válido el acto de la concesión. Ciertamente aquella sentencia ha sido incluida dentro de la línea jurisprudencial del TS que se resiste a admitir que la Administración Pública inaplique las normas contrarias al Derecho de la Unión, con lo que ello conlleva en relación con el principio de primacía y con la contradicción que puede suponer con la doctrina Costanzo del TJUE (Edorta COBREROS MENDEZONA, «La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración», *RVAP*, 103, 2015, págs. 197-198). Y sobre todo apuntábamos también cómo resultaba oportuno plantearse si el tema a debatir hubiera sido más bien el alcance de los poderes de revisión y el principio de confianza legítima a la luz también de los principios de equivalencia y efectividad.

Y es que, en efecto, la cuestión del cumplimiento del Derecho de la Unión, presente de modo explícito en la sentencia de 2012, no puede más que volver a reaparecer aquí, en la medida en que lo que resulta relevante es el resultado material de la situación. Primordialmente, como la misma sentencia de 2012 recoge (FJ 6), no es aceptable un planteamiento en que no puedan ser corregidas las consecuencias del incumplimiento del Derecho de la Unión, y (FJ 7) existe la obligación de eliminar las consecuencias ilícitas de tal violación. En ese sentido, la resolución o la finalización de la concesión, en los términos monopolísticos en que se había creado, era algo necesario para no incurrir en una situación de persistencia en el incumplimiento del Derecho de la Unión. En ese sentido, poner fin a esa relación contractual es un medio para hacer posible lo exigido por la normativa europea, la garantía de la libertad de prestación en ese servicio, por lo que no parece incongruente el camino escogido de la resolución contractual. Ahora bien, ese cauce de la resolución contractual conlleva para el TS una determinada consecuencia indemnizatoria, de modo más o menos automático, por aplicación del ya antes señalado art. 169.4 del TRLCAP, que se refería, como sigue haciendo ahora el art. 288.4 TRLCSP, a los «beneficios futuros» que deje de percibir el contratista. Y consiste nada menos que en un resarcimiento total del lucro cesante, de manera que se garantizaría al concesionario el mantenimiento de su nivel previsto de negocio en situación monopolística hasta la fecha de finalización de la concesión otorgada por veinte años (eso sí, sin incluir la posible prórroga de diez años más, como de manera clara afirma la sentencia de 2015), lo que podría plantear si eso no supone prolongar indebidamente su ventaja competitiva.

Como planteara Isabel GALLEGO CÓRCOLES («¿Y qué ha sido de la concesionaria del servicio público de transporte de viajeros de la ría de Vigo?», opinión publicada en el Observatorio de Contratación Pública el 22 de julio de 2012), cabe cuestionar la compatibilidad del reconocimiento en este caso de una indemnización por lucro cesante con la obligación que deriva de las sentencias europeas de hacer cesar todos los efectos de actuaciones contrarias al Derecho de la Unión, algo que resulta fundamental en áreas en las que se trata de garantizar libertades y principios como la concurrencia y la no discriminación. Sin que ello nos deba ahora llevar a reabrir el debate sobre la pertinencia de haberse descartado en 2012 la vía de la revisión de oficio, cabe contrastar la vía de la indemnización a través de las consecuencias de la resolución contractual con la más matizada y adaptada vía de la valoración de (eventuales) posibles daños derivados de la anulación del acto concesional (procedimiento al que se remitía en el caso el dictamen del Consello

Consultivo de Galicia 648/2008, de 23 de junio); pero que entonces hubieran debido tener en cuenta la debida fundamentación objetiva de esos eventuales daños ocasionados, que en ningún caso parece que puedan ser coincidentes con la garantía de la totalidad del lucro cesante.

Es precisamente la singularidad de cada caso lo que obliga a matizar los efectos indemnizatorios en los casos de nulidad, también la contractual, como se ha puesto de manifiesto, incluso con discrepancias en voto particular sobre la posibilidad de comprender el lucro cesante, en la STS de 11 de enero de 2013 (Rec. 5082/2010). Esa falta de automatismo indemnizatorio y esa exigencia de una metodología correcta, y añadimos, objetiva, de los cálculos, eran precisamente aludidas por la sentencia del TSJ de Galicia de 23 de septiembre de 2010 (FFJJ 2 y 3). La subsistencia del incumplimiento ha sido reiteradamente vigilada y censurada por la jurisprudencia de Luxemburgo (entre otras muchas, STJUE 9 septiembre 2004, C-125/03). Si de lo que se trata es de la necesidad, pues, de evitar la permanencia de todos los efectos materiales contrarios a la libertad de prestación de servicios que supone la decisión nacional, como en este caso declaró la sentencia del TJUE del año 2006, no parece que éste de la indemnización por lucro cesante sea un detalle menor.

En este sentido, no se pueden dejar de lado algunos datos sustantivos presentes en este caso. En primer lugar, la normativa europea vulnerada era un Reglamento, norma de aplicación directa, del año 1992, en materia de transportes. En segundo lugar, la actuación la lleva a cabo una Administración Pública autonómica. En tercer lugar, la sentencia de 2006 del TJUE también dejó muy claro que la normativa autonómica nunca fue objeto de consulta a la Comisión, tal como era y es preceptivo. En este sentido resultaría bastante gráfico el paralelismo que se podría establecer con la concesión de ayudas, su carácter incompatible y su carácter ilegal como categorías diferenciadas y la muy restrictiva interpretación de las causas de excusa desde la perspectiva de la buena fe de la empresa beneficiaria a la hora de exigir el reintegro.

La aplicación pragmática de la vía de la resolución de la relación contractual para mantener la coherencia con la sentencia de 2012 puede resultar de entrada satisfactoria en la medida en que para el Derecho de la Unión lo relevante es poner fin a una relación contractual contraria a la libertad de prestación de servicios y que no puede dejarse prolongar en el tiempo. Ahora bien, por un lado es manifiesta la complejidad de la tarea interpretativa de la causa de resolución aquí aplicada («la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato», sobre la cual ha efectuado algunas aclaraciones, por ejemplo, el Informe 8/2013,

de 10 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón); y, por otro lado, ello no evita plantear el problema que el automatismo de la aplicación de los efectos económicos de la causa de resolución contractual identificada puede comportar. Es por ello que, en la medida en que la sentencia remita al trámite de ejecución la fijación exacta de la cuantía indemnizatoria, cabría plantear también, como mínimo, que la primacía del Derecho de la Unión debiera tenerse en cuenta por el juez a la hora de adaptar esa operación para no hacer incompatible su resultado con la plena eficacia material de la sentencia del TJUE. Cabría ahí hacer entrar en juego toda la serie compleja de factores que implica una valoración real y objetiva de la situación resultante para la empresa, que continúa prestando el servicio, del fin de su explotación en monopolio, sin dejar de apreciar también eventuales beneficios de la situación pasada y proyectada en el presente y en el futuro, como por lo demás se ha considerado en otros conflictos planteados por la liberalización de determinados sectores, con la grave diferencia de que aquí el sector ya estaba liberalizado, por seguir con este último paralelismo.

Al final, si se toman en consideración conjuntamente las dos Sentencias del TS sobre la concesión de la ría de Vigo, la de 2012 y la de 2015, vemos que los varios interrogantes que dejaba abiertos la primera de ellas han dado paso a un pragmatismo en la segunda para canalizar una pretensión indemnizatoria, que, sin embargo, no evita que sigamos interrogándonos sobre el efecto reflejo de los problemas de fondo de la primera. Cabe preguntarse si la estimación de la cuestión indemnizatoria que ahora se ha resuelto por la vía contractual supondrá un camino alternativo estable, fiable y adecuado al Derecho de la Unión para casos similares, ya que las dudas planteadas y las dificultades no son pocas. Y sobre todo cabrá estar muy atento a cómo evoluciona la jurisprudencia en lo relativo a la inaplicación de la ley contraria al Derecho de la Unión por parte de la Administración, verdadero asunto de fondo pendiente, desde luego, de óptima resolución en nuestro sistema (TF y FR).

III. ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA TÉCNICA EN RELACIÓN A UN ANTEPROYECTO DE OBRA PÚBLICA

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2016 (sección 5ª) desestima el recurso de casación núm. 3152/2014 presentado por la Administración General del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de junio de 2014 que estimó en parte un recurso contencioso-administrativo y, en consecuencia, anuló la Resolución de 16 de

octubre de 2009 del director general del Agua de la Secretaría de Estado de Medio Rural y Agua sobre aprobación de Anteproyecto y Estudio de Impacto Ambiental de la EDAR Este de Gijón.

Dos son los aspectos principales que examina la citada sentencia del Tribunal Supremo. En primer lugar, si es posible recurrir la declaración de impacto ambiental de 26 de junio de 2009 conjuntamente con la aprobación del anteproyecto de obra pública sin necesidad de esperar a la aprobación posterior del proyecto de esta obra que se produjo por resolución de 18 de junio de 2012. Y en segundo lugar, cuál es la intensidad del control judicial de la discrecionalidad administrativa técnica ejercida en la emisión de la declaración de impacto ambiental.

En relación a la primera cuestión, la Administración General del Estado alega que la resolución administrativa impugnada es un acto de trámite del procedimiento de contratación y, por tanto, no susceptible de recurso contencioso-administrativo. Esta argumentación es rechazada por la sentencia de la Audiencia Nacional y, posteriormente, también por el Tribunal Supremo. Siguiendo la jurisprudencia, se reitera la prohibición de recurrir directamente la declaración de impacto ambiental. Pero se señala que cuestión distinta es que a la declaración de impacto ambiental suceda una resolución ulterior del órgano sustantivo y venga a impugnarse aquélla con ocasión de la de este último. En estos casos, se trata de examinar el contenido de la resolución posterior a los efectos de determinar su recurribilidad directa y, en particular, si se trata de un acto administrativo de trámite calificado. Como indica la sentencia que comentamos, «lo relevante no es que los actos precedentes vengan o no a predeterminar el contenido de los subsiguientes», pues ello «sucede siempre que los distintos actos que tienen lugar en el procedimiento se encadenan entre sí y están indudablemente interrelacionados». Entiende que lo decisivo es «que la definitiva toma en consideración por el órgano de instancia de los factores ambientales concurrentes en la actuación que pretende llevarse a cabo ya ha sido efectuada por medio de la resolución impugnada que resuelve desde esta perspectiva ambiental sobre el fondo del asunto» y, por tanto, constituye un acto de trámite cualificado susceptible de su enjuiciamiento en sede jurisdiccional. Y ello se aprecia en el presente caso por cuanto la resolución de 16 de octubre de 2009 aprueba el anteproyecto y el estudio de impacto ambiental indicando que el proyecto de construcción resultante del anteproyecto deberá contemplar las consideraciones expuestas en la declaración de impacto ambiental.

Y, en relación a la segunda cuestión, se analiza la intensidad del control judicial de la discrecionalidad administrativa técnica en la decla-

ración de impacto ambiental. Antes de adentrarse en ello, se efectúan unas consideraciones previas sobre las pruebas practicadas a tenor de la alegación de vulneración de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba practicada, con indefensión, por haberse basado en unos dictámenes periciales de parte sin ratificación judicial posterior. La sentencia rechaza, de forma tajante, dicha alegación al recordar que la LEC no exige la ratificación judicial de los dictámenes periciales de parte como condición necesaria para su validez y eficacia. Así como que, en el presente caso, la ratificación fue solicitada por la parte actora que los aportó, pero no por la Administración demandada.

A continuación, examina la alegación de exceso en el control judicial de la discrecionalidad administrativa técnica en la declaración de impacto ambiental. Concretamente, la Administración afirma que la sentencia de instancia no sólo exige que se motive la elección de los distintos apartados del baremo empleado por la Administración y la puntuación asignada a cada uno de ellos, sino que, incluso, se muestra en desacuerdo con algunas de las puntuaciones realizadas, por lo que acaba anulando la resolución de aprobación del anteproyecto y del estudio de impacto ambiental. Este motivo de casación también es rechazado por el Tribunal Supremo. Para empezar, señala que la discrecionalidad administrativa técnica no es manifestación de una auténtica discrecionalidad administrativa, sino que se trata más bien de una discrecionalidad impropia, en la que la Administración se sirve del empleo de conceptos jurídicos indeterminados y que más exactamente forma parte de las potestades regladas siendo posible su fiscalización plena en sede jurisdiccional. Si bien admite un margen de apreciación de estos conceptos jurídicos indeterminados por parte de la Administración, exige una motivación adecuada y suficiente del modo en que ha procedido a la concreción de estos conceptos. Se remite a la evolución jurisprudencial sobre el control judicial en estos casos de la que se hace eco la sentencia de instancia. Así, se indica que empezó con el empleo de las técnicas clásicas de control de la discrecionalidad (elementos reglados, hechos determinantes y principios generales del derecho) hasta llegar a la necesidad de motivar el juicio técnico y, en especial, la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación. Y a este respecto recuerda que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a una de las soluciones frente a las demás.

Se constata que estas pautas han sido empleadas por los tribunales para controlar los casos en que la Administración podía declarar la exención del trámite de evaluación de impacto ambiental en base a los criterios generales previstos por el anexo III del Real Decreto legislativo 1/2008. Pero, como indica la sentencia, en el presente caso se trata de avanzar un paso más porque, ante una declaración de impacto ambiental, se considera que ésta es jurídicamente reprochable al carecer de motivación adecuada y suficiente. Dicha falta de motivación, o mejor dicho de justificación, se produce tanto en el establecimiento de los criterios para evaluar el impacto ambiental como en su aplicación a cada una de las cuatro alternativas. Desde una perspectiva general, se aprecia que no se justifica en modo alguno la elección del método utilizado para comprobar la incidencia ambiental de cada una de las cuatro alternativas. Se limita a aplicar una escala de puntuaciones entre +6 y -10 a diferentes variables, pero sin explicar el significado de dicha escala, los criterios a considerar en su aplicación o cuándo se ha de asignar una u otra puntuación a cada alternativa en relación con cada variable utilizada. Y en la fase posterior de aplicación de dicho baremo a las cuatro alternativas se detectan numerosas valoraciones carentes de justificación por inconsecuentes, sorprendentes o contradictorias.

Por ello, la sentencia concluye que «la declaración de impacto ambiental practicada en el caso carece de motivación suficiente, no reúne la razonabilidad exigible y no responde a un legítimo ejercicio de la discrecionalidad técnica, por lo que no puede quedar aquélla inmune al control judicial». De ahí que confirme la anulación de la resolución administrativa recurrida especificando que no es posible un control judicial positivo, puesto que la decisión de cuál de las alternativas de emplazamiento resulta de menor impacto ambiental (incluso podría volver a ser la anulada) no corresponde a los tribunales sino a la Administración. Es discutible que esta limitación de la intensidad del control judicial se base, como sostiene la sentencia, en que nos encontramos con una causa de anulabilidad y no de nulidad. Más bien, entendemos que se refiere al margen de apreciación que dispone la Administración, tal como anteriormente la sentencia lo había admitido. (AP)