

# ¿Y qué ha sido de la concesionaria del servicio público de transporte de viajeros de la ría de Vigo?

07/22/2012

Isabel Gallego Córcoles

Primeras impresiones sobre la STS de 23 de mayo de 2012 (rec. num. 7113/2010)

La crisis de la noción tradicional de servicio público constituye un lugar común. También lo es señalar cómo la erosión que sufre la categoría obedece a la irrupción del Derecho de la Unión Europea. Y punto seguido se suele añadir como ejemplo del control que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace de la aplicación de la categoría de «servicio de interés económico general» por los Estados nacionales, la STJUE de 9 de marzo de 2006 (as. C-323/03), por la que se declaró que el Reino de España había incumplido el Derecho europeo, ya que una ley gallega de 1999 permitía conceder los servicios de transporte marítimo de pasajeros en la ría de Vigo a un único operador. En otros términos, desde el año 2006 sabemos que la publicatio efectuada por la ley gallega vulneraba el Derecho de la Unión. Pero obviamente, el contrato de concesión de servicios públicos ya se había celebrado. A la vista de la reciente STS de 23 de mayo de 2012 cabe hacerse una pregunta que no es tan habitual: ¿Y qué ha sido de aquél concesionario? ¿En qué situación jurídica ha quedado Naviera del Mar de Ons, S.L., adjudicataria en su día de la concesión del servicio público del transporte de personas en la ría de Vigo?

En mayo de 2008, el Parlamento gallego dictó la Ley 2/2008, por la que se desarrollaba la libre prestación de servicio de transporte marítimo de personas en aguas interiores de Galicia, cuya disposición derogatoria única derogó la ley que amparaba la concesión de Naviera del Mar de Ons. A continuación, por Resolución de 17 de julio de 2008 se declaró la nulidad de pleno derecho de la concesión del servicio público de transporte de personas en la ría de Vigo, sin reconocimiento de indemnización alguna a la concesionaria, en coherencia con la forma adoptada para producir el cese de los efectos del contrato público. No conforme con esta declaración de nulidad, Naviera del Mar de Ons la recurrió, solicitando su anulación y que se declarase la resolución de la concesión bien por supresión del servicio, bien por imposibilidad de prestación, con las correspondientes consecuencias indemnizatorias que por aplicación de la norma del art. 169.4 del TRLCAP, se cifraban en la nada desdeñable cantidad de 27,511.996,90 euros.

La STS de 13 de mayo de 2012 ha resuelto el recurso de casación contra la sentencia que desestimó todas las pretensiones de Naviera del Mar de Ons, y estimando parcialmente el recurso interpuesto. En otros términos, anula la declaración de nulidad de la concesión. Pero, sobre la base del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, no se pronuncia sobre la eventual resolución del contrato.

En el amplio razonamiento del Tribunal Supremo, la concesión no es nula en origen porque se dicta bajo el amparo de una ley válida, toda vez que la ley gallega por la que se declaró servicio público el transporte marítimo de viajeros en la ría de Vigo era válida por aplicación de la teoría

general del sistema de fuentes. Entre la ley nacional y el reglamento comunitario que esta ley infringía no existe relación de jerarquía, sino de prevalencia a la hora de su respectiva aplicación. Ello conduce a un problema de adecuada elección de la norma aplicable y no a una cuestión de validez de la nacional.

A continuación, el Tribunal Supremo reconoce que la STJUE de 9 de marzo de 2006 debe cumplirse por el Estado español y que deben eliminarse las consecuencias ilícitas de la violación del Derecho comunitario, pero ello debe hacerse respetando «las normas de nuestro ordenamiento jurídico, que en este caso no justifican la nulidad de pleno derecho, que ha sido el cauce utilizado por la Administración (...) que, en contra de lo que hemos razonado, parten de que el acto de concesión estaba viciado de origen». El Tribunal Supremo admite que existen en nuestro sistema de otros medios de poner fin al derecho del concesionario por parte de la Administración, si bien «no nos corresponde en positivo indicarle a la Administración recurrida cuál debe ser ese cauce». Ello, unido a que el Tribunal Supremo, dada la inexistencia de un expediente de resolución previo, no se pronuncia sobre la existencia de causa de resolución, nos deja sin saber con exactitud qué ha sido de la concesionaria de servicio público de transporte de viajeros de la ría de Vigo. En otros términos, la sentencia deja sin resolver por el momento la cuestión de fondo que origina el litigio: la discusión sobre la existencia de un derecho por parte de Naviera del Mar de Ons a ser indemnizada por la extinción de una concesión que fue otorgada al amparo de una ley que vulneraba el Derecho de la Unión Europea.

En efecto, dudo si finalmente la concesionaria verá reconocida la pretensión indemnizatoria que esgrime. En primer lugar, porque la sentencia insiste en que la Administración obró de forma totalmente ajustada, ya que el incumplimiento del Derecho europeo es imputable al legislador gallego. Ello puede reconducir la cuestión al tortuoso camino del reconocimiento de la responsabilidad del Estado legislador.

Por otro lado, la sentencia reitera que la concesión no era nula en origen. ¿Habría podido devenir sobrevenidamente inválida? Los cambios normativos pueden dar lugar a la invalidez sobrevenida del acto administrativo según la clásica teoría -de escasa aplicación práctica, he de reconocer - de SANTI ROMANO. Podría defenderse que en el plano interno la controvertida concesión se extingue debido a que una ley posterior deroga a la que le prestaba cobertura.

Y aún se puede añadir un elemento más para el debate. Según la STJUE de 13 de julio de 1972 (as. c-48/71) la declaración de un incumplimiento por parte del Tribunal Europeo implica para las autoridades nacionales competentes la prohibición de aplicar una norma nacional que haya sido declarada incompatible con el Tratado y, en su caso, «la obligación de adoptar todas las disposiciones para facilitar la realización de pleno efecto del Derecho comunitario». Por su parte, de la STJUE de 18 de julio de 2007, as. c-503/04, parece derivarse que existe una obligación de que cesen todos los efectos de las adjudicaciones de contratos contrarias al Derecho de la Unión Europea. ¿Es ello compatible con el reconocimiento de una indemnización por lucro cesante en este concreto supuesto?

Finalmente, no hemos de ocultar que el Tribunal Supremo no se ha visto muy dispuesto a reconocer indemnizaciones a los concesionarios en los supuestos de liberalización de antiguos servicios reservados. Por citar sólo dos sentencias, puede hacerse referencia a las SSTs 3 de abril de 2002 (rec. núm. 423/1998) y 6 de junio de 2007 (rec. núm. 6137/2003).

En definitiva, seguimos sin saber qué será de la concesionaria del servicio público de transporte de viajeros de la ría de Vigo. Porque el conflicto está destinado a seguir judicializándose. Pero,

en todo caso, tenemos elementos más que suficientes para un rico debate.