



Roj: **STSJ PV 2285/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:2285**

Id Cendoj: **48020330012016100294**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **06/07/2016**

Nº de Recurso: **445/2015**

Nº de Resolución: **306/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 445/2015
ORDINARIO
SENTENCIA NUMERO 306/2016

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a seis de julio de dos mil dieciséis.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 445/2015 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Orden Foral nº 168-T/2015 de 11 de febrero de la Diputada Foral de Movilidad y Infraestructuras Viarias de Gipuzkoa que adjudicó el contrato de concesión del servicio público de transporte regular de viajeros en Debabarrena y Urola Kosta (LUR M-02) a Eusko Trenbideak SAU, y contra el Acuerdo 13- T/2015 de 26 de mayo del Consejo de Gobierno de la de la Diputación Foral de Gipuzkoa que rechazó el requerimiento de la recurrente, Autoridad Vasca de la Competencia, anterior a la interposición de este recurso contencioso.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : La AUTORIDAD VASCA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA-LEHIAREN EUSKAL AGINTARITZA, representada y dirigida por los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

- **DEMANDADA** : La DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA, representada por la Procuradora Doña BEGOÑA URIZAR ARANCIBIA y dirigida por el Letrado Don ANTONIO IBARGUCHI OTERMIN.

-**OTRA DEMANDADA**: EUSKO TRENBIDEAK-FERROCARRILES VASCOS SA, representada por la Procuradora Doña MARÍA TERESA BAJO AUZ y dirigida por el Letrado Don JUAN ANTONIO LANDABEREA UNZUETA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El día 28 de julio de 2015 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO actuando en nombre y representación de la AUTORIDAD VASCA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, interpusieron recurso contencioso-administrativo contra la Orden Foral nº 168-T/2015 de 11 de febrero de la Diputada Foral de Movilidad y Infraestructuras Viarias de Gipuzkoa que adjudicó el contrato de concesión del servicio público de transporte regular de viajeros en Debabarrena y Urola Kosta (LUR M-02) a Eusko Trenbideak SAU, y contra el Acuerdo 13-T/2015 de 26 de mayo del Consejo de Gobierno de la de la Diputación Foral de Gipuzkoa que rechazó el requerimiento de la recurrente, Autoridad Vasca de la Competencia, anterior a la interposición de este recurso contencioso; quedando registrado dicho recurso con el número 445/2015.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO .- En los escritos de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 4 de abril de 2016 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

QUINTO .- El procedimiento no se recibió a prueba.

SEXTO .- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 24 de junio de 2016 se señaló el pasado día 30 de junio de 2016 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se ha presentado contra la Orden Foral nº 168-T/2015 de 11 de febrero de la Diputada Foral de Movilidad y Infraestructuras Viarias de Gipuzkoa que adjudicó el contrato de concesión del servicio público de transporte regular de viajeros en Debabarrena y Urola Kosta (LUR M-02) a Eusko Trenbideak SAU, y contra el Acuerdo 13-T/2015 de 26 de mayo del Consejo de Gobierno de la de la Diputación Foral de Gipuzkoa que rechazó el requerimiento de la recurrente, Autoridad Vasca de la Competencia, anterior a la interposición de este recurso contencioso.

En el suplico del escrito de demanda se solicitó la declaración de nulidad de la precitada Orden 168-T/2015 de la Diputación Foral de Gipuzkoa y del Acuerdo 12- T/2015 del Consejo de Gobierno de esa Diputación que había rechazado el requerimiento previo a la interposición del recurso contencioso contra la Orden Foral 167-T/2015 de 9 de febrero de 2015.

La incongruencia- es evidente- señalada por la codemandada entre el escrito de interposición del recurso contencioso y el petitum de la demanda se explica por la confusión puramente material alegada y aclarada por la recurrente en el escrito de conclusiones, y que se infiere de la redacción del mismo escrito de demanda, no en vano en su encabezamiento se señala como objeto del recurso el mismo acuerdo foral señalado en el escrito de interposición; no otro fue el que rechazó el requerimiento previo al presente contencioso. Por el contrario, el acuerdo del Consejo de Gobierno mencionado en el suplico no fue el que rechazó el requerimiento previo al recurso dirigido contra la Orden Foral 168-T/2015, sino al interpuesto contra la Orden Foral 167-T/2015 de 9 de febrero del mismo Departamento. Y a la misma conclusión se llega, sin necesidad de disquisiciones o juicios si se atiende al fundamento de la demanda.

Por lo tanto, la alegación de desviación procesal se ha planteado a despecho del carácter evidentemente material del error (de transcripción) al que nos acabamos de referir, y del principio "pro actione" que no consiente que errores de esa clase puedan convertirse en obstáculo a un pronunciamiento sobre el fondo del asunto (v.g. el artículo 138-3 de la LJCA).

SEGUNDO.- El recurso contencioso-administrativo se funda en los motivos siguientes:

1.- La vulneración en perjuicio de la libre competencia. del régimen de prórroga de las concesiones de transporte público : artículo 24-2 de la Ley 4/2004 de transporte de viajeros por carretera del País Vasco; artículo 5.5 y artículo 8 (disposiciones transitorias) del Reglamento (CE) 1370/2007 de 23 de octubre.

2.- La vulneración en perjuicio de la libre competencia de la regla general de concesión para servicios predeterminados de carácter lineal (artículo 29-1 de la Ley 4/2004) por cuanto el proyecto de concesión, sin explicar la excepción, delimita una prestación de carácter zonal.



3.- La vulneración del artículo 106 RD Legislativo 3/2011 ("modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación") por cuanto el Pliego (cláusula 38- 2) prevé la modificación del contrato para introducir prestaciones de servicio sin licitación previa; en perjuicio de la libre competencia.

4.- La participación de la sociedad pública Eusko Trenbideak (única licitadora) en el expediente de contratación en el que se produjo la adjudicación recurrida vulnera la libre competencia en cuanto que no garantiza la igualdad de trato entre licitadores: artículos 14 de la CE , 1 y 32-1 del TRLCSP en relación al artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992 .

TERCERO.- Como han alegado las demandadas hay una manifiesta incongruencia entre los motivos en que se funda el recurso contencioso y el objeto de ese recurso, pues las infracciones alegadas por la recurrente atañen, si acaso, a actos anteriores, perfectamente separables, a la Orden Foral 168-T/2015 que adjudicó a Eusko Trenbideak SAU el contrato de concesión para la gestión del servicio público de transporte regular de viajeros en Debabarrena y Urola Kosta.

Así, las prórrogas de la concesión del mencionado servicio, aprobadas por la Diputación Foral y que por distintas vicisitudes se extendieron desde 2006 hasta la Orden Foral de 2015 que es objeto del presente recurso constituyen actuaciones anteriores a esa resolución, ajenas a sus presupuestos (intrínsecos) de validez, y que no por constituir el objeto de este procedimiento no pueden ser examinadas sin incurrir en flagrante desviación procesal.

La nulidad de un acto (anterior) puede acarrear la nulidad de los posteriores que dependan o estén vinculados al primero (artículo 64-1 de la Ley 30/1992). Pero lo que no puede admitirse es la impugnación del acto antecedente a través del acto consecuente o posterior, alegando frente al segundo los vicios o infracciones en que haya incurrido el primero.

La recurrente incurre en ese defecto de incongruencia o desviación ya que toma como causa de nulidad del acuerdo de adjudicación lo que constituyen actuaciones anteriores de la Administración demandada, recurribles ¿ y no recurridas- por separado; a saber, las prórrogas de la concesión del servicio de transporte adjudicado a la demandada por virtud de la Orden Foral recurrida.

Y tampoco se advierte qué relación causal o de dependencia puede haber entre las sucesivas prórrogas de la concesión anterior del mismo servicio de transporte y la resolución del expediente de contratación aprobado por acuerdo de 29-07-2014 del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Gipuzkoa, al punto de que el otorgamiento de aquellas por exceso del plazo establecido por la legislación de transportes invocada por la recurrente vicia de nulidad ya no la apertura del expediente de contratación antedicho sino su resolución; esto es, el acto que precisamente ha puesto término a la situación de prórroga de la concesión que la recurrente considera, por su duración, contraria a la libre competencia.

CUARTO.- En el mismo vicio de incongruencia incurre la alegación de los otros motivos del recurso:

-El régimen de modificación del contrato de concesión que la recurrente considera contrario a la libre competencia se asienta en el pliego de cláusulas administrativas particulares, concretamente en la carátula y en la cláusula 38 de ese pliego, aprobados por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de 29-07-2014, publicado en el BOG de 11-08-2013, y que fue consentido por la recurrente igual que la convocatoria de licitación publicada dos días después en el mismo Boletín Oficial.

Así, la infracción de la legislación de contratos del sector público (artículo 106 del texto refundido de 2011) que se imputa a la Orden Foral recurrida ninguna relación guarda con ese acto dictado- no se discute- de conformidad con los pliegos rectores de la contratación.

-La delimitación del ámbito geográfico de la concesión pertenece al proyecto de servicio aprobado por el precitado acuerdo del Consejo de Gobierno, previo trámite de información pública del anteproyecto, acordado por Orden Foral 1027-T/2014 de 5 de julio (BOG nº 108 de 10-06-2014) en el que la recurrente no hizo alegaciones.

Diseñado, así, el mapa geográfico de los servicios de transporte en el proyecto que se acaba de mencionar, no cabe sostener en este procedimiento, al margen del recurso procedente contra el acuerdo foral que aprobó dicho proyecto y el pliego de condiciones administrativas y técnicas de la licitación, la vulneración de la legislación del transporte terrestre invocada por la recurrente y sus efectos sobre la libre competencia.

La justificación insuficiente de la delimitación supuestamente zonal en las comarcas de referencia no es un vicio que pueda atribuirse al acuerdo de adjudicación de la concesión sino, en su caso, y primeramente al mencionado proyecto de servicio.



-La licitación de la sociedad pública adjudicataria conforme a los pliegos de la contratación concierne a la validez del acuerdo de aprobación del expediente de contratación y no a la validez del acuerdo de adjudicación.

La recurrente no funda su recurso en la disconformidad de la Orden Foral recurrida con los pliegos de referencia, sino en la disconformidad de las condiciones de licitación (las que han amparado la participación de Eusko Trenbideak en el procedimiento de contratación) con las reglas de la libre competencia.

Así, mediante el recurso interpuesto contra la Orden Foral de adjudicación de la concesión se están discutiendo las condiciones que han regido la licitación, sin distinción entre empresas privadas y públicas, incluidos los poderes adjudicadores, lo que atañe a la validez de un acto anterior que no puede impugnarse indirectamente.

QUINTO.- La recurrente ha demandado la declaración de nulidad de los actos recurridos por vicios de nulidad radical, concretamente, del apartado 1 a) del artículo 62 sin dar razón del derecho fundamental que considera vulnerado, no obstante las alegaciones de las demandadas sobre tal defecto de argumentación.

Y es que las disposiciones de la normativa de transportes terrestres y de la legislación de contratos que la recurrente considera vulneradas, o de la legislación de defensa de la competencia, de la que se han invocado principios generales y no preceptos en particular, no concierne al contenido de ningún derecho fundamental.

Eso aparte, algunos de los motivos del recurso contencioso, como ha advertido la demandada, ni tan siquiera fueron invocados en el trámite- no preceptivo- de requerimiento previo (artículo 44-1 de la LJCA).

Por último, la vulneración del principio o normas de libre competencia se ha tratado de inferir, a mayor abundamiento, del hecho de que en el expediente de contratación no hubiese más licitador que la sociedad pública que resultó adjudicataria, y no es el resultado del procedimiento sino sus premisas o condiciones (los pliegos) no impugnados en su momento por la recurrente los que nos podrían dar la medida de tal vulneración.

En conclusión, hay que desestimar el recurso contencioso sin necesidad de examinar la concurrencia de los supuestos de nulidad alegados por la recurrente, ya que los mismos afectarían a los elementos constitutivos de actos distintos, amén de consentidos, a los que son objeto de este procedimiento.

SEXO.- Las costas del procedimiento se impondrán a la recurrente que además de vencida ha fundado su recurso en motivos de nulidad ajenos a los presupuestos propios de los actos recurridos; cuestión distinta a la dependencia de esos actos de otros anteriores ¿no recurridos- y de la transmisibilidad de su eventual nulidad o anulabilidad (artículo 139-1 de la LJCA).

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo presentado por la AUTORIDAD VASCA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA contra la Orden Foral nº 168-T/2015 de 11 de febrero de la Diputada Foral de Movilidad y Infraestructuras Viarias de Gipuzkoa que adjudicó el contrato de concesión del servicio público de transporte regular de viajeros en Debabarrena y Urola Kosta (LUR M-02) a Eusko Trenbideak SAU, y contra el Acuerdo 13- T/2015 de 26 de mayo del Consejo de Gobierno de la de la Diputación Foral de Gipuzkoa que rechazó el requerimiento de la recurrente, Autoridad Vasca de la Competencia, anterior a la interposición de este recurso contencioso; e imponemos a la recurrente las costas del procedimiento.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **DIEZ DÍAS**, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0445 15, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 6 de julio de 2016.