

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000193/2015
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 01821/2015
Demandante: ASOCIACIÓN UNIÓN PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES COMUNES DE LAS AUTOESCUELAS
Procurador: D. CARLOS PIÑEIRA CAMPOS
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES
Codemandado: CONFEDERACIÓN NACIONAL DE AUTOESCUELAS (CNAE), UTE CNAE-ITT-FORMASTER-ECT
Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS
D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU
D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil dieciocho.

Se ha visto por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso tramitado con el número 193/2015, interpuesto por la Asociación Unión para la Defensa de los Intereses Comunes de las Autoescuelas representada por el procurador don Carlos Piñera de Campos, contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de enero de 2015, que estimaba en parte el recurso especial deducido contra el anuncio de

licitación «Concesión de gestión de cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de crédito de permisos de conducción. 5 lotes.».

Han comparecido en calidad de demandados la Administración General del Estado, representada por el abogado del Estado; la entidad Confederación Nacional de Autoescuelas representada por el procurador don José Miguel Báez Calvo; y el Ministerio Fiscal.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Santos de Gandarillas Martos quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Asociación Unión para la Defensa de los Intereses Comunes de las Autoescuelas (en lo sucesivo AUDICA) representada por el procurador don Carlos Piñera de Campos, interpuso el 27 de marzo de 2015 recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de enero de 2015, que estimaba en parte el recurso especial deducido contra el anuncio de licitación «Concesión de gestión de cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de crédito de permisos de conducción. 5 lotes.», de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de la licitación.

Admitido a trámite fue requerida la Administración para la remisión del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante escrito presentado el 26 de junio de 2015.

Como motivos de impugnación alegó en síntesis: (i) la incompatibilidad del marco legal habilitante de la licitación con la Constitución; (ii) la incompatibilidad con «*el Derecho Comunitario del sistema actual de CSRV*»; (iii) la Dirección General de Tráfico ha optado injustificadamente por la opción de gestión de servicio público más restrictivamente; (iv) los lotes establecidos con contratos no respetan la igualdad de oportunidades y solo favorecen a los operadores grandes; (v) la infracción del principio de igualdad de trato por causas de la exigencia desproporcionada para la acreditación de la solvencia técnica; (v) el criterio de adjudicación referido al incremento de centros en relación al mínimo exigido, ofrece clara ventaja a la actual adjudicataria; (vi) por último, insta el reconocimiento de una situación jurídica individualizada en forma de indemnización.

Terminó suplicando el dictado de una sentencia estimatoria en la que se acuerde «*[-]a invalidez, por ser contrario a derecho, de los actos objeto de este recurso, esto es, de la Resolución del TACRC 75/2015, en la parte que perjudica a esta representación y del anuncio y pliegos del procedimiento de licitación de la DGT con expediente 0100DGT24779bis*

-el reconocimiento de la situación jurídica individualizada solicitada, condenando a la DGT a pagar a esta representación la indemnización que se determinará en base de ejecución, en el importe que corresponda a aplicar el 3% al importe de la prestación del contrato dejada de realizar, conforme a las bases indicadas en la demanda. [...]».

En un segundo otrosí insta el planteamiento de cuestión de constitucionalidad por las dudas que le suscita «[l]a letra p) del artículo 5 de la Ley de Tráfico [...]».

En un tercer otrosí solicita que sea planteada cuestión prejudicial.

TERCERO.- Por el abogado del Estado se contestó a la demanda mediante escrito presentado el 4 de septiembre de 2015, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Por la entidad Confederación Nacional de Autoescuelas (en lo sucesivo CNAE) se contestó a la demanda solicitando su desestimación y la íntegra confirmación de la resolución impugnada.

QUINTO.- Por auto de 28 de septiembre de 2016 se acordó la suspensión del proceso hasta la conclusión de la diligencias penales que se habían abierto contra la Subdirectora de Tráfico. Se alzó por resolución de 6 de octubre de 2017 tras conocerse su sobreseimiento.

SEXTO.- En fecha 24 de abril de 2018 se personó el Ministerio Fiscal, instando a la Sala el planteamiento de cuestión prejudicial.

SÉPTIMO.- Tras el cumplimiento de los trámites oportuno, se señaló para votación y fallo el día 21 de noviembre de 2018 en el que se deliberó y votó de manera conjunta con los recursos 131/2016 y 472/2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Enjuiciamos el recurso contencioso-administrativo formulado por AUDICA contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) de 23 de enero de 2015, que estimaba en parte el recurso especial deducido contra el anuncio de licitación «Concesión de gestión de cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de crédito de permisos de conducción. 5 lotes.», de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de la licitación, publicado por Orden del Ministerio del Interior INT/2596/2005, de 28 de julio, por la que se regulan los cursos de sensibilización y reeducación vial para los titulares de un permiso o licencia de conducción (BOE de 10 de agosto).

El acuerdo del TACRC resolvía dos recursos el 1064 y el 1067/2014, el primero interpuesto formulado por la actora y el segundo por la entidad AEOL Service S.L. contra idéntica actividad administrativa.

El órgano de revisión contractual estimó en parte el recurso especial 1064/2014 en los siguientes términos:

(i) Anuló el anuncio de licitación en lo que al plazo para la presentación de las ofertas se refería, debiendo fijarse un nuevo plazo que razonablemente permita la preparación de las ofertas en función de la complejidad del contrato.

(ii) Anuló la cláusula 3.3 por vulnerar el principio de neutralidad tecnológica.

En cuanto al recurso 1067/2014, también fue acogido en parte, con lo que:

(i) Anuló el apartado 7.2 del cuadro de características técnicas en cuanto establece la certificación ISO9001 como único medio para acreditación de la calidad, sin aceptar medios alternativos.

(ii) Anuló el cuadro 23 de características sobre modificación del contrato.

SEGUNDO.- El escrito de demanda comienza con un extenso relato de antecedentes que consideró relevantes para sustentar su pretensión, entre los que podemos destacar los informes emitidos por la Comisión Nacional de Competencia (CNC), en la actualidad Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), y de los órganos autonómicos equivalentes de las comunidades autónomas andaluza y catalana.

Tras esta introducción, en primer lugar, considera que la licitación es incompatible con el marco constitucional, ya que la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos (BOE de 20 de julio), no declara o califica como servicio público la gestión de los cursos de reeducación, por lo que de conformidad a lo previsto en el artículo 128 de la Constitución, el procedimiento es nulo por no tratarse de una actividad de servicio público. En todo caso, y admitiendo el carácter de servicio público, lo sería solo para la gestión pero no para la impartición de los cursos, que es lo que se refiere el anuncio de licitación.

En segundo lugar, afirma que el procedimiento seguido es contrario al Derecho de la Unión, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 26.2, 46 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), 2008/C 115/01. No se explican las razones de necesidad e interés general contempladas por la jurisprudencia comunitaria a la hora de establecer las exigencias servicio público, ni que la prestación concesional haya sido restringida a la entidad recurrente. Llama la atención sobre el hecho de que, para la obtención del permiso de conducir se pueda impartir la formación bajo el régimen de autorización, y que los cursos de reeducación y sensibilización se sometan a la concesión administrativa, lo que no guarda la debida coherencia con la Directiva 2006/123/CE. Por eso insta a la Sala el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial.

En tercer lugar, considera que la licitación impugnada contraviene la Ley 20/2013 de Garantía de Unidad de Mercado (BOE de 10 de diciembre). El sistema de concesión supone una restricción del número de operadores que pueden intervenir a través de una simple autorización. No respeta los principios de necesidad y proporcionalidad, y se trata de una restricción no justificada ni en el orden público, ni

en la seguridad pública, ni en la salud pública ni en la protección del medio ambiente. Cita el auto del TJUE de 2 de septiembre de 2005, asunto C-117/05, que consideró la limitación del número de centros de formación para la conducción, una restricción a la libertad de establecimiento y a la prestación de servicios.

En cuarto lugar, y englobando varios de los puntos de la demanda de carácter análogo, dice que la Dirección General de Tráfico ha optado por la forma más restrictiva de gestión de servicio público, añadiendo que los lotes establecidos son contrarios a la igualdad de oportunidades, favoreciendo solo a los grandes operadores y a los que ya lo prestaban con anterioridad a la nueva licitación. Supone una infracción de la igualdad de trato en relación con los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de los Contratos del Sector Público, al exigir una desproporcionada acreditación de la solvencia técnica.

En quinto lugar, para el caso de que el recurso fuera estimado anulado el proceso de licitación, solicita, si ya se estuviera ante una situación consolidada, una indemnización a tenor de lo establecido en el artículo 225.5 del anterior Texto Refundido, que calcula en el 3% del importe de la prestación dejada de percibir.

El abogado del Estado se opone a la estimación del recurso. Incide la contestación en la justificación del servicio público de los cursos de sensibilización, que se convierte en un elemento esencial del permiso de conducción por puntos. Los cursos los hubiera gestionado directamente la Dirección General de Tráfico si dispusiera de medios, como decía la exposición de motivos de la Ley reguladora. Destaca el «efecto punitivo» en cuanto conlleva una disminución del crédito de puntos con los que cuenta el conductor, titular de un permiso de conducción.

La diferencia entre los cursos de formación con la obtención del permiso de conducción, hoy armonizada por la Directiva 2006/126/CE, radica en que para la obtención de la autorización administrativa para conducir vehículos a motor, es la Administración la que la otorga tras la superación de una prueba, y una vez obtenida la licencia, la Administración está obligada a intervenir ante las conductas infractoras reconduciendo los comportamientos del infractor. El interés público está en la seguridad vial y en la integridad física, lo que justifica el control de los centros que imparten esta formación. Justifica lo dicho con los resultados que ha obtenido España reduciendo considerablemente la siniestralidad, a lo que ha contribuido esta medida junto con otras, como los mayores controles que se han implementado.

Sostiene que el régimen de concesión cumple con las exigencias de proporcionalidad y necesidad. Para la redacción de los pliegos se han seguido los informes emitidos por la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado. Como medidas para respetar la competencia, se restringió el plazo a un máximo de tres años, sin posibilidad de prórroga y la distribución de los lotes, incrementándose respecto de la licitación anterior. Descarta la necesidad de que sea planteada cuestión prejudicial, primero porque ha sido mal instada en cuanto que las alegaciones no guardan relación con la resolución del presente litigio, segundo porque no detalla cuál debiera ser la pregunta a formular.

Rechaza que los lotes sean contrarios a la igualdad de oportunidades, y niega que solo favorezcan a los grandes operadores. La prueba es que se han introducido

en los pliegos nuevas medidas para garantizar la competencia con el incremento del número de centros, aumentando los lotes para favorecer la concurrencia.

Combate la crítica que se hace sobre la exigencia de la acreditación de la solvencia técnica, y niega que la exigencia en el incremento de número de centros suponga una ventaja para la actual adjudicataria.

Como codemandado compareció CNAE y comienza su escrito de oposición a la demanda puntualizando algunos extremos sobre los antecedentes fácticos. Cuestiona la legitimación de la actora que no representa ni defiende el interés general de «esas autoescuelas», que además no ha acreditado representar. En cuanto al fondo, insta la desestimación del recurso por argumentos análogos a los invocados por el abogado del Estado.

El Ministerio Fiscal compareció, en defensa de consumidores y usuarios, solicitando a la Sala que sea planteada cuestión prejudicial, tras considerar que el régimen de concesión por el que se opta en la licitación resulta contrario a las normas de libre competencia y a la libertad de establecimiento.

TERCERO.- Debemos despejar varias dudas procesales puestas de manifiesto tanto por el abogado del Estado como por la codemandada.

En primer lugar, nos referiremos a la falta de legitimación e insuficiente representación de la actora, puestas en tela de juicio por la codemandada.

En cuanto a su representación, las dudas se despejan si nos atenemos a los estatutos constitutivos de AUDICA de fecha 2 de diciembre de 2013, y a su inscripción en el Ministerio del Interior, según consta en resolución dictada el 19 de marzo de 2014 de la Secretaria General Técnica, Subdirección General de Asociaciones, Documentación y Publicaciones. Estamos ante una asociación, legalmente constituida por los representantes de las autoescuelas «ESCUELA CONDUCTORES DUMMY», «DRIVING FORMATIO SL» y « ESCUELA DE CONDUCTORES STOP SL», según se especifica en sus estatutos. En concreto, para formular el presente recurso contencioso-administrativo, consta el expreso acuerdo del órgano de gobierno con fecha 25 de marzo de 2015, habilitando su interposición. Todo esto despeja cualquier duda, tanto en lo que se refiere a la representación de las entidades integrantes de la asociación, como respecto de la exigencia del artículo 45.2.d) de la Ley 29/1998.

En relación a la legitimación «ad causam», como manifestación concreta de la aptitud para ser parte en un proceso determinado, hay que conectarla con la pretensión procesal que ejercite el actor.

Constituye la manifestación propiamente dicha de la legitimación y se centra en la relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual esa persona puede intervenir como actor o demandado en un determinado litigio. Esta idoneidad deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, un problema procesal ligado con el derecho material, por lo que se reputa más como cuestión de fondo o sustantiva, como han señalado entre otras las SsTS de 20 de enero de 2007 (casación 6991/03, FJ 5º), 6 de junio de 2011 (casación 1380/07, FJ 3º) o 1 de octubre de 2011 (casación 3512/09, FJ 6º).

En el presente recurso, le viene atribuida no solo por su legítima participación en el proceso licitador, extremo que no ha sido nunca cuestionado, sino por la acción impugnatoria que ante el TACRC llevó a cabo a través del recurso especial contemplado en los artículos 40 y ss del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por los que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE 16 de noviembre). En el artículo 5 de sus estatutos se especifica como objeto, «La promoción y defensa de los intereses comunes de las Autoescuelas asociadas para su libre desarrollo en régimen de competencia.», lo que le confiere plena legitimación para poder impugnar el acuerdo de licitación en cuyo origen se residencia el presente recurso.

En segundo término, se cuestiona por el abogado del Estado la forma en la que la actora insta a la Sala el planteamiento de una cuestión prejudicial, y con ello parece se pone en tela de juicio su viabilidad.

Baste recordar lo dicho en el Tribunal Constitucional para constar que tan irrelevante resulta el cómo se han suscitado por las partes las dudas sobre la compatibilidad el derecho del Estado con el de la Unión, como si efectivamente ha sido cuestionado por los litigantes este extremo. Como dijo, entre otras, en su sentencia 212/2014 (FJ 2), «la presentación de la cuestión prejudicial es un procedimiento ajeno a toda iniciativa de las partes y corresponde solamente al órgano jurisdiccional instar la cooperación directa ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. ».

Por último, no podemos dejar de responder a la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el presente recurso, que ha sido negada en los escritos de oposición formulados al hilo de su tardía incorporación al proceso.

Cierto es que la Fiscalía no fue emplazada, ni se le dio traslado de las actuaciones con ocasión de la interposición del presente recurso. Sin embargo, tuvo conocimiento de la existencia de este litigio a través de unas diligencias penales incoadas, precisamente en torno a este proceso de licitación. Tras el archivo de la causa penal, se personó en defensa de los intereses difusos de consumidores y usuarios.

Sobre la defensa de consumidores y usuarios, debemos tener presente el artículo 11.4 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, tras su reforma llevada a cabo por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE de 29 de octubre). A partir de ese momento se reconoció expresa legitimación al Ministerio Fiscal «para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.». El precepto legal, en su vigente redacción en su apartado 5, establece que «El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.».

La evolución de nuestro Derecho Procesal es consecuencia de la transposición de la Directiva 98/27/CE, y la posterior 2009/22/CE, que han intensificado la protección de los consumidores y usuarios, habilitando a diversas instituciones y entidades en el ejercicio de las correspondientes acciones.

El artículo 54 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE de 30 de noviembre), regula la legitimación para actuar frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados. Y para ejercicio de la acción de cesación se reconoce, entre otros, en su apartado c), al Ministerio Fiscal. En esa misma línea la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, apartado (56), establece que «se les debe reconocer el derecho a ejercer acciones, ya sea ante un tribunal o ante un órgano administrativo competente para dirimir reclamaciones o para entablar las acciones judiciales pertinentes» a las personas u organizaciones que, conforme al Derecho nacional, tengan un interés legítimo en proteger los derechos contractuales de los consumidores.

No dice nada al respecto nuestra Ley de la Jurisdicción, sin embargo, la subsidiaria aplicación de la Ley 1/2000, según lo dispuesto en su artículo 4, no debería ser obstáculo para admitir su personación siempre y cuando por el objeto del litigio se vieran afectados los derechos de los consumidores y usuarios. Recepción de supletoriedad que reconoce la Ley 29/1998 en su disposición final primera.

En el presente caso, difícilmente se puede negar que en el acto impugnado, por la materia a la que se refiere, no afecte directamente a los intereses difusos de consumidores y usuarios. No en vano los destinatarios de los cursos de sensibilización y reeducación son los conductores, por lo que los términos, condiciones, previsiones y régimen jurídico en que sean impartidos les van a afectar directamente. Por lo tanto, no cabe negarle al Ministerio Público la legitimación para intervenir en el presente recurso, en defensa de los difusos intereses de los consumidores y usuarios.

Pero es que el motivo por el que el Fiscal se ha personado hace todavía más evidentes las razones por la que no puede verse apartado de este proceso. Lo que pretende el Ministerio Fiscal es que se plantee por la Sala la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puesto que, a su juicio, el régimen de concesión por el que se convocó la licitación no es acorde con varios principios del Derecho de la Unión. Al margen del examen que sobre esta cuestión haremos más adelante, lo cierto es que la práctica forense ha reconocido la legitimación del Fiscal en estos casos, entre otros en el AsTS de 10 de mayo de 2010, recurso 6016/2004; 10 de marzo de 2016, recurso 3797/2012; 27 de marzo de 2017, recurso 228/2014, y esta propia Sala en Auto de 9 de julio de 2018, Recurso 43/2014. En esa misma línea, la propia Instrucción 1/2006 de 7 de enero de la Fiscalía General del Estado ha considerado que el artículo 11.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil constituye soporte normativo suficiente para que pueda intervenir en el trámite de planteamiento de cuestiones prejudiciales y, más concretamente, cuando tales cuestiones afecten a los derechos de los consumidores y usuarios.

CUARTO.- Lo primero que cuestionó la actora es que los cursos de sensibilización y reeducación vial puedan ser considerados un servicio público, y para despejar las dudas pide que sea planteada, primero, cuestión de

inconstitucionalidad para valorar su compatibilidad con la previsión del artículo 128.2 de la Constitución. Luego, insta la cuestión prejudicial por resultar incompatible la concesión administrativa con el Derecho de la Unión, en cuanto constituye una opción injustificadamente restrictiva de la competencia.

El orden propuesto en la demanda no es procesalmente el adecuado si nos atenemos a lo dicho en el ATC 168/2016, de 4 de octubre. Si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de una ley, no puede plantear cuestión de inconstitucionalidad si también entiende que la Ley puede ser incompatible con el Derecho de la Unión. En este caso, primero se ha de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, únicamente si es rechazada, se podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Dicho de otra manera, ante las dudas que puedan surgir sobre una norma nacional, lo primero es llevar a cabo la interpretación desde la óptica del Derecho de la Unión, y acto seguido valorar si supera o no los estándares de constitucionalidad.

Ese proceso lógico que se desprende de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional es la que seguiremos para la resolución del presente recurso.

Comenzaremos antes de nada con un somero repaso de la evolución legislativa de estos cursos de reeducación y sensibilización, para continuar con su examen desde los parámetros del Derecho de la Unión.

Vamos con el régimen jurídico estatal. Se introdujo el denominado «carnet por puntos» con la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos, con la que se modificó el Real Decreto Legislativo 339/1990 de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (BOE de 14 de marzo). Este nuevo régimen jurídico del carnet por puntos no constituyó una novedad en el marco de los Estados Miembros -en Francia y en Italia se había regulado con anterioridad un sistema análogo-.

En síntesis, las autorizaciones administrativas para conducir quedan sujetas a la combinación de dos elementos esenciales. Uno, como dice la exposición de motivos, con «su carácter eminentemente reeducador al configurar el cauce adecuado para modificar aquellos comportamientos, mediante la realización de cursos de sensibilización y reeducación vial de los conductores multirreincidentes». Y otro, con un «efecto punitivo para aquellos comportamientos, consistente en la disminución o pérdida del crédito en puntos con que cuenta un conductor, titular de permiso o licencia de conducción. Puntos que son, por otra parte, reflejo del nivel de confianza que como tal conductor le otorga la sociedad en un momento dado y cuya pérdida, a su vez, señala el reproche que tales conductas merecen, derivado y con un claro sustento en la reiterada comisión de infracciones.».

Aclara que no se trata de idear una doble penalización para unos mismos hechos, puesto que las infracciones de tráfico seguirán siendo, con independencia del sistema por puntos, objeto del correspondiente procedimiento sancionador.

Cuando, como consecuencia de la imposición de una sanción, el ciudadano haya sufrido una pérdida de los puntos, si no es total se pueden recuperar por el simple

transcurso del tiempo sin que el conductor haya sido sancionado de nuevo durante dos años, o tres en el caso de infracciones muy graves, artículo 60.5 del Real Decreto Legislativo, o al hacer los cursos de recuperación. Si la pérdida de la licencia lo hubiera sido por la pérdida total de los puntos, es necesaria la realización de un curso de sensibilización y reeducación, y acto seguido superar las pruebas que la Administración determine reglamentariamente, conforme al artículo 63.7, del Real Decreto Legislativo.

Lo que se pretende en todos los casos es la reeducación y el convencimiento del conductor para que asuma «actitudes de respeto hacia los derechos de todos y, en concreto, a ese tan próximo al derecho a la vida, como es el de la seguridad vial, deben ser los principios que inspiran el sistema.».

Esta configuración de los cursos de sensibilización y reeducación vial se recogió en el Anexo III de la Ley 17/2005, «La duración, el contenido y los requisitos de los cursos de sensibilización y reeducación vial serán los que se establezcan por Orden del Ministro del Interior.

1. Objeto.-Los cursos de sensibilización y reeducación vial tendrán por objeto concienciar a los conductores sobre su responsabilidad como infractores y las consecuencias derivadas de su comportamiento, en especial respecto a los accidentes de tráfico, así como reeducarlos en el respeto a los valores esenciales en el ámbito de la seguridad vial como son el aprecio a la vida propia y ajena, y en el cumplimiento de las normas que regulan la circulación.

La realización de estos cursos tendrá como objetivo final modificar la actitud en la circulación vial de los conductores sancionados por la comisión de infracciones graves y muy graves que lleven aparejada la pérdida de puntos.

2. Clases de cursos. Se podrán realizar dos clases de cursos:

a) Los cursos de sensibilización y reeducación vial para aquellos conductores que hayan perdido una parte del crédito inicial de puntos asignados. La superación con aprovechamiento de estos cursos les permitirá recuperar hasta un máximo de cuatro puntos, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en esta Ley. Su duración máxima será de 15 horas.

b) Los cursos de sensibilización y reeducación vial para aquellos conductores que pretendan obtener de nuevo el permiso o la licencia de conducción tras haber perdido la totalidad de los puntos asignados. La superación con aprovechamiento de estos cursos será un requisito previo para que el titular de la autorización pueda obtenerla de nuevo, siempre que cumpla los requisitos establecidos en esta Ley. Su duración máxima será de 30 horas.

3. Contenido de los cursos. -El contenido de los cursos de sensibilización y reeducación vial versará, principalmente, sobre aquellas materias relacionadas con los accidentes de tráfico, sus causas, consecuencias y los comportamientos adecuados para evitarlos.

4. Centros de reeducación vial. -La adjudicación de estos cursos se realizará mediante concesión administrativa, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.».

La reforma llevada a cabo por la Ley 17/2005, también dio una nueva redacción al artículo 5 donde se regulan las competencias atribuidas al Ministerio del Interior, sobre cómo se podía llevar a cabo la gestión de estos cursos, «p) Gestionar los cursos de sensibilización y reeducación vial que han de realizar los conductores como consecuencia de la pérdida parcial o total de los puntos que les hayan sido asignados, elaborar el contenido de los cursos, así como su duración y requisitos. Dicha gestión podrá realizarse, mediante concesión, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas». El término «gestión» debemos entenderlo de la manera más amplia posible, de modo que abarque toda actividad normativa y el material preciso para hacer de estos cursos una realidad, incluida su impartición. Hacemos esta precisión al hilo de la distinción que se intenta llevar a cabo entre gestión e impartición de los cursos, como si esto último fuera extraño o debiera quedar al margen de un modelo integrado de gestión.

La posterior Ley 25/2009 de 22 de noviembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE de 23 de diciembre), modificó el artículo 5 de la Ley 17/2009, «p) Contratar la gestión de los cursos de sensibilización y reeducación vial que han de realizar los conductores como consecuencia de la pérdida parcial o total de los puntos que les hayan sido asignados, elaborar el contenido de los cursos, así como su duración y requisitos. Dicha gestión se realizará de acuerdo con lo establecido en el artículo 253 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.». Con ello, la gestión indirecta de estos cursos ya no quedaba exclusivamente circunscrita al modelo de concesión administrativa. Toda vez que el artículo 253 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE 31 de octubre), equivalente al actual 277 del Real Decreto Legislativo 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y al que se refiere la reforma de 2009, establece que la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

«a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.».

En la actualidad, la Ley 3/2011 ha sido derogada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE de 9 de noviembre).

QUINTO.- El anuncio de licitación para «Concesión de gestión de cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de crédito de permisos de conducción. 5 lotes.», se hizo de conformidad a lo previsto en la Orden del Ministerio del Interior INT/2596/2005, de 28 de julio, por la que se regulan los cursos de sensibilización y reeducación vial para los titulares de un permiso o licencia de conducción. Orden que se ajustaba y tuvo como cobertura normativa el Real Decreto Legislativo 339/1990, en la redacción dada por el Real Decreto Ley 17/2005, de 19 de julio.

En el apartado Primero, en el que se describe el Objeto de la Orden, se especifica que es «[d]eterminar el contenido, la duración y los requisitos de los cursos de sensibilización y reeducación vial que han de realizar los titulares de un permiso o licencia de conducción para la recuperación parcial de puntos, o como requisito previo para poder obtener de nuevo la autorización para conducir cuya pérdida de vigencia haya sido declarada como consecuencia de haber perdido la totalidad de los puntos asignados, o para poder volver a conducir tras haber sido condenado por sentencia firme por la comisión de un delito castigado con la privación del derecho a conducir un vehículo a motor o un ciclomotor.

Objetivo: sensibilizar y educar, como se desprende del apartado segundo.».

En su apartado noveno, se dice que «La realización de estos cursos se llevará a cabo por Centros cuya gestión se realizará mediante concesión por el Ministerio del Interior. El contrato de concesión establecerá el número de Centros que, atendidas las circunstancias, sean necesarios para el correcto desarrollo de los cursos. En todo caso, la ubicación de dichos Centros se realizará teniendo en cuenta el censo de conductores y la distribución geográfica de la población dentro de cada provincia.» Y en el décimo que «Los titulares de permisos y licencias de conducción cuya pérdida de vigencia haya sido declarada tras la pérdida del crédito total de puntos, una vez superado el curso para volver a obtener la autorización administrativa para conducir deberán superar en cualquier Jefatura Provincial de Tráfico la prueba de control de conocimientos que se determina en el Reglamento General de Conductores, aprobado por Real Decreto 772/1997.».

Del régimen jurídico expuesto, se desprenden varios extremos:

1.- Que los puntos asociados a la autorización para la conducción de determinados vehículos a motor se configuran como un complemento y compromiso del autorizado en un uso prudente y acorde con las normas de circulación.

2.- Operan como depósito de la confianza vertida en quien es acreedor a obtener esta autorización.

3.- Que el régimen de infracciones, en algunos casos, conlleva, además de las sanciones hasta ese momento contempladas, la pérdida de confianza reflejada en una pérdida de puntos en función de su gravedad.

4.- Que los puntos perdidos pueden recuperarse, una vez impuesta la sanción, por dos vías: los cursos reeducativos o el simple transcurso del tiempo sin haber sido sancionado.

5.- Solo en el caso de retiradas de licencia o pérdida total de los puntos, es necesario la realización de un curso de reeducación, y la superación de unas pruebas a realizar ante la Dirección General de Tráfico.

6.- Que la finalidad de estos cursos es inculcar en cada conductor una mayor sensibilización en la seguridad vial.

7.- La gestión de estos cursos de reeducación y sensibilización, con la Ley 17/2005 aplicable al supuesto enjuiciado, estaba sujeta a la previa concesión administrativa. Literalmente habla de «gestión», y no se distingue entre gestión e impartición o realización de los cursos. Tampoco la convocatoria hace distinción alguna.

8.- Tras la reforma de Ley 25/2009, con la remisión al artículo 253 de la Ley 30/2007, abre la gestión de los servicios públicos a otras formas que son la concesión administrativa.

SEXTO.- Vistos los términos en los que se ha formulado el presente recurso, y siguiendo el orden al que ya nos hemos referido, lo primero que debemos despejar son las dudas suscitadas respecto de la compatibilidad de anuncio de licitación con el marco Comunitario. Tanto la actora como el Ministerio Fiscal en su postrera personación, instan el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial por las dudas que les suscita el que se haya optado por el régimen de concesión administrativa para la gestión indirecta de estos cursos.

Estas dudas requieren para su resolución que nos adentremos, quizás con mayor detalle a lo que viene siendo habitual, en la naturaleza jurídica y alcance de los cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de crédito de permisos de conducción, para comprobar si pueden incardinarse o no dentro del ámbito de los «servicios públicos», y si es posible defender su vinculación con la potestad sancionadora de la administración.

La idea de servicio público que subyace en la convocatoria responde a la configuración más clásica de esta institución en nuestro Derecho Administrativo, caracterizado por el elemento subjetivo que se identifica con la organización pública prestadora del servicio; y, objetivamente, por la concreta prestación que debe atender a las necesidades de la comunidad en régimen de igualdad, no discriminación, continuidad y accesibilidad. Esto justifica el despliegue de las prerrogativas que caracterizan a esta rama del ordenamiento jurídico, en aras de garantizar y satisfacer ese interés general.

Para ello se partía del presupuesto de la denominada *publicatio* con lo que la actividad era asumida y de titularidad pública. Buen ejemplo de lo dicho lo encontramos reflejado en el artículo 197 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento General de Contratación del Estado (BOE de 27 de diciembre), que exigía, antes de proceder a la gestión de un servicio público, que «se declare expresamente que la actividad de que se trata sea asumida por el Estado como propia del mismo»; o en el artículo 69.1 de la Ley 16/1987 de 30 de julio de ordenación de los transportes terrestres, que imponía que además conllevase la exclusión de la actividad de los particulares sin previa concesión y que se hiciese por ley formal.

La *publicatio* hace que el servicio sea prestado directamente por la Administración, pero en varias ocasiones ha dado paso a la gestión privada en régimen de concesión para que sea prestada por particulares, lo que hace que nos encontremos con una institución que puede operar en el mercado cargada de privilegios, con abstracción de los efectos que pueda producir a la libre competencia y al resto de los operadores privados o del mercado.

La gestión de estos cursos, calificados como servicio público por la Administración y anclados en la titularidad pública de la actividad, suponen su exclusión o el permanecer al margen de la libertad de empresa y la libre iniciativa económica privada, estableciendo el régimen concesional como único medio de acceder al sector.

Dentro de este marco conceptual se mueve la Administración para quien los cursos de sensibilización y reeducación vial encajan dentro de esta idea de servicio público. En contra de lo dicho por la actora, así se explicita en la exposición de motivos de la Ley 17/2005 «La realización de los citados cursos es una actividad esencial e indispensable para la puesta en práctica de la voluntad educadora de la Administración, además de ser esenciales para que puedan cumplirse los objetivos del sistema del permiso o la licencia por puntos. Así, dado el interés público y social que la seguridad vial representa, debe garantizarse de una manera efectiva su realización, considerándose a estos efectos que dicha actividad constituye un servicio público.».

La justificación viene dada porque constituyen un elemento esencial del permiso de conducción por puntos, que sí se gestiona directamente por la Dirección General de Tráfico, como lo haría también con estos cursos si dispusiera de medios, como decía la exposición de motivos de la Ley. La imposibilidad material de la gestión directa es lo que explica la indirecta a través del régimen concesional. También se incide en su efecto punitivo en cuanto conlleva una disminución del crédito de puntos con los que cuenta el conductor, titular de un permiso de conducción, lo que implica la necesaria realización de los cursos para recuperarlos.

Por ello se considera injustificada la comparación de la gestión de estos cursos, sujetos a concesión administrativa, con actividad de las escuelas habilitadas para formar a los futuros conductores en la obtención de licencia de conducir vehículos a motor.

SÉPTIMO.- Incluso dando por buenos los argumentos de la Administración dentro del marco legal descrito, lo que no resulta admisible es que el concepto de servicio público, o los términos de la licitación que es objeto del presente recurso, permanezcan al margen de los postulados del Derecho de la Unión y la incidencia que estos tienen. Este marco jurídico parte de premisas bien distintas a las descritas en el anterior fundamento jurídico, auspiciadas por el paulatino proceso de liberalización de varios servicios de contenido económico, con el objetivo de hacerlos más competitivos, de mejor calidad, de mejor precio y de una fácil accesibilidad.

El Derecho de la Unión gira en torno al concepto de Servicio de Interés General (SIG) en el que, al margen del elemento subjetivo, se centra en la actividad o elemento objetivo de la prestación. El artículo 14 del TFUE, DOUE 9 de mayo de 2008, (antiguo 16 del TCE) reconoce a los Servicios Económicos de Interés General

(SEIG), como uno de los valores de la Unión, así como elementos de cohesión social y territorial. Se impone el deber de la Unión y de los Estados Miembros para velar por que los SEIG actúen con arreglo a principios y condiciones, que les permitan cumplir con sus cometidos. Se refuerza la potestad normativa de las instituciones europeas al reconocerse que «El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios.».

Con esta expresión se ha pretendido identificar las actividades de contenido económico que han sido objeto de escalonadas liberalizaciones y que deben someterse a los principios de competencia, con las solas excepciones justificadas e imprescindibles que permitan alcanzar esos fines de interés general que el mercado no puede garantizar. Así se desprende la redacción del artículo 106 del TFUE.

A tenor de la clasificación del Derecho de la Unión, la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre, y por lo tanto bajo su ámbito aplicativo, en su considerando 17, estamos ante un servicio de «interés económico general» cuanto se realizan bajo una contraprestación económica.

De conformidad con el artículo 70 de la Directiva «sólo pueden considerarse servicios de interés económico general si se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por el Estado miembro en cuestión». Luego está en la esencia de la configuración del SEIG, la concurrencia por un lado del interés público confiada por el Estado a prestador de servicio, y por otro en la contraprestación económica por la actividad desarrollada.

Bajo esta categoría se han identificado determinadas actividades liberalizadas, antes prestadas en régimen monopolístico de contenido económico y que deben prestarse, a partir de entonces, de conformidad con los principios de la competencia. Todo ello, sin perjuicio de la adopción de medidas que permitan alcanzar y dar satisfacción a los fines de interés general en que el servicio consiste y que las reglas del mercado no son capaces de garantizar. Lo que se intenta establecer es el adecuado equilibrio entre los fines de interés general en que consiste la actividad y los principios de libre competencia en los que se inspira el Derecho de la Unión. Los Estados miembros tienen un margen de discrecionalidad a la hora de configurar los SEIG; sin embargo la libertad no es absoluta.

Precisamente para asegurar la satisfacción de ese «interés público» que se confía al prestador de los SEIG se habilita a los Estados para imponer determinadas obligaciones de «servicio público», lo puede traducirse en imposiciones en un sector liberalizado de determinadas medidas que aseguren, por ejemplo en el sector eléctrico, que el acceso al suministro quede garantizados a personas en situaciones de pobreza energética, lo que permite la existencia de ayudas públicas que bajo otras circunstancias resultarían contrarias a las reglas de la competencias, sino fuera para compensar estas obligaciones.

Luego, en principio, la idea de SEIG se identifica con aquellas actividades de contenido económico, de sectores liberalizados, que deben llevarse a cabo en

régimen de competencia, si bien se puede dar excepciones cuando resulten imprescindibles para garantizar y conseguir esos fines de interés público.

Junto a los SEIG, sujetos al régimen de competencia, también se reconocen aquello de «interés general» (SIGNE) pero no económicos. Están recogidos en el Protocolo 26 del TFUE, artículo 2, exceptuados del régimen de competencia y con las más amplias potestades de los Estados Miembros para su regulación, al disponer que «Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico.».

A pesar de que sí están perfilados los contornos de los SIG de contenido económico y no económico, no están identificados dentro del amplio marco que la realidad nos ofrece. Por ello es necesario, una vez fijados los límites conceptuales, y de entre la enorme variedad de supuestos que nos podemos encontrar, ir caso a caso identificando la naturaleza de cada actividad prestacional para poder ubicarla correctamente en cada una de las categorías establecidas.

Como dijo la Comunicación de la Comisión UEC 8/02 «46. Al no existir unas normas de la Unión que definan el alcance de la existencia de un SEIG, los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir un determinado servicio como SEIG [...]». En el Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general [COM (2003) 270 final (DOUE 25 de marzo de 2004)], reconoce que «abarcan un amplio espectro de actividades de diverso tipo -desde actividades propias de las grandes industrias de redes (energía, postales, transporte y telecomunicaciones) hasta la sanidad, la educación y los servicios sociales -de dimensiones diversas, unas de ámbito europeo, incluso mundial, otras de ámbito simplemente local- y de diferente naturaleza, sometidas o no a la disciplina de mercado».

OCTAVO.- Los cursos de reeducación vial y sensibilización, calificados por la Administración como prestación de servicio público, tienen todas las características para poder integrarse dentro de la amplia configuración con la que han sido entendidos los SEIG.

La inclusión es a todas luces congruente con el carácter extensivo con el que ha sido interpretado el ámbito aplicativo de la Directiva 123/2006. Como dijo la STJUE de 23 de diciembre de 2015, C-293/14, (respecto de la actividad de un deshollinador), «44. En efecto, como subrayó el Abogado General en el punto 37 de sus conclusiones, se desprende expresamente del artículo 2, apartado 2, letra a), de dicha Directiva, en relación con sus considerandos 17, 70 y 72, que las normas establecidas por ésta se aplican, en principio a cualquier servicio de interés económico general y que sólo los servicios de interés general no económicos están excluidos del ámbito de aplicación de estas normas.».

Reconocemos el «interés público» expresado por la Administración en torno al objeto y finalidad de los cursos, ideados como mecanismo para la recuperación de los puntos, como proceso formativo que permite una mayor concienciación del conductor sobre los riesgos de la conducción y para generar un mayor respeto del resto de los usuarios de las vías públicas y red viaria. Sin embargo no lo es menos, que ese interés público y general no resultan incompatibles con que el servicio se

preste a cambio de la correspondiente contraprestación económica que debe satisfacer quien recibe el curso de formación. La Orden INT/2596/2005, en virtud de la que se hizo la convocatoria, preveía expresamente el pago de un precio por la recepción de los cursos. En su apartado noveno se indicaba «El pliego de prescripciones técnicas del contrato de concesión por el que se adjudiquen los Centros que impartirán los cursos determinará el precio máximo de éstos y su actualización periódica.».

NOVENO.- Llegados a este punto, debemos valorar si el régimen concesional introducido como única opción por la entonces vigente de Ley 17/2005, y seguido en la Orden INT/2596/2005, bajo la que se llevó a cabo licitación a través de la gestión indirecta del servicio, resulta compatible con el Derecho de la Unión.

Tanto la actora como el Ministerio Fiscal, instan de la Sala que sea planteada cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, al amparo del artículo 267 del TFUE, pues a su juicio existen serias dudas de que la concesión administrativa respete la necesaria concurrencia que debería presidir la gestión e impartición de los cursos de sensibilización y reeducación vial.

Sobre la relevancia y alcance de la cuestión prejudicial debemos recordar lo dicho por la STJCE de 10 de mayo de 2001, Ágora y Excelsior asuntos acumulados C-223/99 y 269/99, al establecer el reparto de las funciones asignada a cada órgano jurisdiccional. Al órgano jurisdiccional del Estado Miembro le corresponde la aplicación de las normas de Derecho de la Unión del modo en que han sido interpretadas por el TJCE. A este último, le toca deducir de todos los elementos proporcionados por el órgano jurisdiccional nacional, y teniendo en cuenta los términos de la resolución remitida, los elementos de Derecho de la Unión necesarios para interpretar las disposiciones del Derecho de la Unión, con el fin de proporcionar al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos útiles de tal Derecho que le permitan resolver el asunto de que conoce.

No le corresponde ni es competente el Tribunal de Justicia, como recuerdan sus sentencias 2 de enero de 2002 C-390/99, (24) y 3 de octubre de 2000, Corsten, C-58/98, (24), <<apreciar si la interpretación de las disposiciones del Derecho nacional efectuada por el órgano jurisdiccional remitente es correcta ni para pronunciarse, en el marco de una cuestión prejudicial, sobre la conformidad de dichas disposiciones con el Derecho comunitario. [...]>>

El planteamiento de la cuestión prejudicial es una obligación exigible a los jueces nacionales, cuando en la aplicación de una norma nacional lleguen a la conclusión de que la disposición del Derecho Nacional contraviene el Derecho de la Unión o tengan dudas sobre el alcance con el que debe ser interpretada una disposición comunitaria.

Sin embargo, el juez nacional como juez comunitario, no debe plantear cuestión prejudicial cuando no existen dudas sobre la vulneración de la norma nacional con el Derecho de la Unión. Tampoco la debe plantear cuando llegue a la conclusión diametralmente contraria, es decir, si está en la idea de que la norma interna contraviene de manera evidente el régimen jurídico comunitario. Dicho de otra manera, cuando de la propia aplicación del Derecho de Unión y de cómo han sido interpretadas sus instituciones por el Tribunal de Justicia, nos encontramos ante una

situación clara de vulneración por el Derecho Nacional. En estos términos ha sido interpretado el contenido de esta obligación exigible a los jueces de los Estados Miembros, tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por nuestro Tribunal Constitucional, como veremos a continuación.

Los jueces de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (STJCE 9-3-78 asunto Simmenthal, 106/77; STJUE 22-6-10, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10; y de 5-10-10 asunto Elchinov, C-173/09); en estos casos, la evidencia de la incompatibilidad haría redundante el que fuera planteada la cuestión al Tribunal de Justicia. Lo dicho no es más que la máxima expresión de la recordada primacía y eficacia directa del Derecho de la Unión, tan reiterada entre otras en STJCE Van Gend & Loos, de 5 de febrero de 1963 (asunto 26/62) o 15 de julio de 1964 (caso 6/64 Costa-ENEL). En la más reciente, de 26 de febrero de 2013, C-399/11, (59), recuerda que el «principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado.».

Siguiendo con esta línea jurisprudencial en la sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit C-283/81, (16 y 17), el Tribunal dijo que «[l]a correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada. Antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia. Tan solo si estas condiciones se reúnen puede abstenerse el órgano jurisdiccional nacional de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolver bajo su propia responsabilidad. (...) No obstante, la existencia de tal posibilidad debe ser apreciada en función de las características del Derecho comunitario y de las dificultades particulares que presenta su interpretación.».

Por otro lado, nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia 58/2004 (FJ 9), ya manifestó respecto de la obligación de plantear la cuestión prejudicial que «[d]esaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 19991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81).» En la STC 145/2012 (FJ 5), de manera todavía más incisiva se afirma que «los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43; y de

5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-173/09, apartado 31). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3; y de 16 de diciembre de 2008, asunto Michaniki (C-213/07, Rec. p. I-9999, apartados 5 y 51)]. Esta facultad de inaplicación se ha extendido también a las Administraciones públicas, incluidos los organismos reguladores (véanse las Sentencias de 22 de junio de 1989, asunto Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, apartados 30 a 33; y de 9 de septiembre de 2003, asunto CIF, C-198/01, Rec. p. I-8055, apartado 50).[...]; este criterio se reitera en las posteriores sentencias 215/2014 de 18 de diciembre y 232/2015.

En conclusión, en caso de contradicción entre la norma nacional y la comunitaria debe plantearse cuestión prejudicial si existieran dudas sobre el alcance del Derecho de la Unión sobre la institución regulada por el Derecho Nacional; pero en el caso de que no existieran dudas, y la vulneración infringida por el Derecho Nacional resulte evidente, lo que procede es su inaplicación en favor del de la Unión, sin necesidad de formular cuestión prejudicial.

Hemos hecho toda esta exposición porque, a pesar de que la actora y el Ministerio Público pretenden que sea planteada la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, la Sala lo considera innecesario.

Como expondremos a continuación, la previsión legal de someter solo al régimen de concesión la gestión de los cursos de reeducación y sensibilización que se llevó a cabo por la Orden del Ministerio del Interior INT/2596/2005, es directamente contraria al Derecho de la Unión, lo que nos habilita para desplazar la aplicación de la norma de derecho interno sin necesidad de formular la consulta.

DÉCIMO.- Veamos por qué no es necesario plantear la cuestión prejudicial, y por qué el litigio puede y debe resolverse con la directa aplicación del Derecho de la Unión y con la interpretación que el Tribunal de Justicia ha elaborado sobre la materia.

Ya hemos precisado que los cursos sobre los que pivota el objeto del presente litigio merecen ser encuadrados dentro de la variopinta diversidad de prestaciones que se engloban en los SEIG, a tenor de la previsión del artículo 17 de la Directiva 123/2006. Se realizan a cambio de una contraprestación, pero no son ajenos al interés general, en los términos del artículo 70 de esta Directiva. Hemos visto que las normas de concurrencia y competitividad son la regla general en la regulación de este tipo de servicios, como se desprende del artículo 106.2 del TFUE, que sin embargo pueden ceder o quedar relegadas cuando la necesidad de la correcta consecución de ese interés general pueda verse comprometida.

La prestación de los SEIG debe respetar las reglas de concurrencia, competencia y libertad de empresa, reconociéndose la libertad de los Estado Miembros para configurarlos, pero dentro del marco legislativo descrito. En ese marco de actuación se pueden establecer restricciones por razón de servicio, que supongan una disminución del ámbito competencial inicialmente previsto. Sin embargo, estas

restricciones deben estar debidamente justificadas y tienen que ser necesarias para la consecución de los fines perseguidos, de lo contrario no serán conformes al Derecho de la Unión, como se desprende de la STJUE 3 de octubre de 2000 Asunto C-58/98 (39), en relación con la exigencia de inscripción constitutiva en Registro público para artesanos, «[c]on arreglo al principio de proporcionalidad, la aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los prestadores establecidos en otros Estados miembros debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo [...]».

Esta línea hermenéutica restrictiva de las excepciones se repite en no pocas sentencias. En la STJUE de 23 de diciembre de 2015, C-293/14, (53), respecto de una limitación territorial impuesta por un Land en relación con el artículo 10 de la Directiva 2006/123, se afirmaba que «[s]i bien es cierto que el tenor de su apartado 4 requiere únicamente la existencia de una «razón imperiosa de interés general» para justificar la limitación de una autorización a una parte específica del territorio nacional, no lo es menos que, como subrayó el Abogado General en el punto 45 de sus conclusiones y como se desprende del apartado 6.1.5 del Manual, esta disposición exige que tal limitación respete también los principios de no discriminación y de proporcionalidad, como principios generales del Derecho de la Unión.». La STJUE 20 de febrero de 2001, C-205/99 (35), puntualizaba que «para que pueda estar justificado un régimen de autorización administrativa previa, ha de demostrarse asimismo que dicho régimen es necesario para poder imponer obligaciones de servicio público y que es proporcionado respecto al fin perseguido, de forma que no podría alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas de la libre circulación de servicios, en particular, mediante un sistema de declaraciones a posteriori (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Sanz de Lera y otros, asuntos acumulados C-163/94, C-165/94 y C-250/94, Rec. p. I-4821, apartados 23 a 28).», y (37), «Sin embargo, el referido régimen no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias y, en particular, a las relativas a una libertad fundamental Asuntos 72/83 y C-266/96».

El Tribunal de Justicia de la Unión impone a las iniciativas públicas y a cualquier forma de intervención un requisito de formalización y justificación previa del interés público, trasladando a la Administración la carga de probar la no afectación del mercado más allá de lo estrictamente indispensable para justificar el interés público comprometido. Lo que se busca es delimitar la iniciativa pública en función de su impacto sobre los mercados. En su sentencia de 23 de octubre de 1997, C-157/94, (37 y 38), ya proclamaba que las excepciones a las normas del Tratado debían ser interpretadas restrictivamente y que se permitía «[s]iempre que sean necesarias para el cumplimiento de la misión específica confiada a una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general.».

En el supuesto enjuiciado, el vicio anticompetitivo viene determinado, esencialmente de origen, por la forma de gestión indirecta elegida. La Ley 17/2005 dio una nueva redacción al artículo 5.p del Real Decreto Legislativo 339/1980, donde se regulan las competencias atribuidas al Ministerio del Interior, en torno al modo en que se podía llevar a cabo la gestión de estos cursos, y contempló como única posibilidad el de la concesión administrativa. Cierto es que las sucesivas reformas a

partir de la Ley 25/2009 de 22 de noviembre, fueron abriendo el marco contractual a otras figuras, pero no es la aplicable al tiempo en que se dictó la Orden de licitación que aquí nos ocupa, y que no va más allá de la concesión administrativa como forma de gestión indirecta de este servicio.

Debemos tener presente que la concesión administrativa a una sola empresa constituye una situación de hecho y derecho que restringe la competencia. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Supremo en su sentencia 6 de marzo de 2012, casación 803/2009 (si bien se refería a una empresa de transporte), cuando afirmó que no «puede hablarse de «competencia en ese mercado, puesto que el oferente del servicio es único y su precio viene, en principio, impuesto en la propia concesión o es objeto de autorización ulterior», (FJ 5).

No olvidamos que los Estados Miembros tienen cierto margen en regulación del servicio, sin embargo deben justificar y acreditar la restricciones que sobre la libre competencia supongan una efectiva interpretación restrictiva de las normas, y siempre con el debido respeto a los principios de proporcionalidad y de no discriminación, como recuerda la STJU 23 de diciembre de 2015, C-293/14.

Veamos si alguna justificación ha sido puesta sobre el tapete por la Administración para establecer un sistema de gestión, que como ya hemos visto, de por sí, constituye una restricción de la competencia y concurrencia para los prestadores del servicio.

En primer lugar, nada se justifica en la convocatoria que haga que el sistema de concesión sea el único que permita a la Administración la consecución de los fines educativos perseguidos por los cursos. Existen otras fórmulas que permiten y garantizan tanto una mayor concurrencia como la consecución de los fines de interés general.

Incidimos en el carácter educativo porque esta es la verdadera finalidad de los cursos. Nada tienen que ver con el derecho sancionador, como parece deslizarse en la constatación del abogado del Estado y como directamente sostiene la codemandada. La sanción por una infracción de las normas de tráfico que lleve aparejada la pérdida de puntos, se agota con la pérdida de esos puntos. El que la norma permita que los puntos perdidos, como consecuencia de la sanción impuesta, puedan ser recuperados por el simple paso del tiempo sin cometer infracciones o por la asistencia y la superación de unos cursos a los que voluntariamente accede el conductor, permanece al margen del proceso infractor consumado y agotado con la imposición de la sanción y, en su caso, con la pérdida de los puntos.

La finalidad reeducadora y de sensibilización resulta indiscutible como decía la exposición de la Ley 17/2005. Es cierto que en las infracciones más graves con pérdida total de los puntos, la realización de los cursos sí es obligatoria, pero la recuperación de la licencia está supeditada a la superación de una prueba realizada por la Dirección General de Tráfico. Es decir, nada nuevo o diferente a cuando se obtiene el carnet por primera vez, en que tras la realización de unos cursos de formación y aprendizaje en los centros debidamente «autorizados» se debe superar el examen en Tráfico. Y como bien advierte la actora, en estos casos solo se precisa la autorización administrativa de los centros que imparten la enseñanza, ninguno está sujeto a previa concesión administrativa.

No es de extrañar la contradicción de someter a concesión administrativa la selección de los centros que imparten la enseñanza con la finalidad de reeducación o sensibilización, frente a la sola autorización administrativa para poder impartir la enseñanza teórico práctica para obtener *ex novo* el carnet de conducción, como con carácter general se contemplaba en el artículo 60.2 del Real Decreto Legislativo 339/1990. Y es que a pesar de tratarse de supuestos diferentes, como dicen los demandados, lo cierto es que la discriminación en el trato no está ni mucho menos justificada. No tiene sentido que el carácter más restrictivo de la concesión sea aplicado a los cursos, frente a la sola autorización administrativa de los centros de formación para la obtención de la licencia. En ello nada tiene que ver el carnet de conducir armonizado, en el marco del Derecho de la Unión, porque en nada afecta a la razón y objeto del presente recurso.

En segundo lugar, tampoco se justifica el carácter más restrictivo del sistema de concesión, sobre los principios de la seguridad o el orden público. Para que la seguridad o el orden público se vieran comprometidos se requiere, como dijo la STJUE 9 de marzo de 2000, Asunto C-355/98, (28) que exista «[u]na amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Como toda excepción a un principio fundamental del Tratado, la excepción de orden público debe ser interpretada de forma restrictiva (en este sentido, véase la sentencia de 19 de enero de 1999, Caifa, C-348/96, Rec. p. I-11, apartados 21 y 23)». Nada se explicita por el Legislador que justifique que, por razones de seguridad u orden público, haya optado por un régimen más restrictivo con la competencia y concurrencia de otros prestadores de este mismo servicio, cuando podría haber escogido otras formas más respetuosas con esa libertad comunitaria, inherente e inspiradora de los SEIG.

UNDÉCIMO.- Lo dicho hasta ahora nos conduce a la estimación del recurso por considerar que el régimen concesional para la gestión de este servicio resulta incompatible con el Derecho de la Unión, en los términos que hemos expuesto y sin que para ello resulte necesario plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La conclusión a la que llegamos no puede verse constreñida por lo que haya sucedido con ocasión de otro tipo de recursos análogos. Hacemos esta advertencia porque somos concedores de que esta misma cuestión, al menos en lo que al fondo de la discusión jurídica se refiere, ha sido planteada por LA GUAGUA CANARIAS, S.L. cuando impugnó los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, en el recurso 33/2015 interpuesto ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 5. El Juzgado lo desestimó íntegramente por sentencia de 30 de marzo de 2016. Esta sentencia adquirió firmeza al ser confirmada por la de esta misma Sala, Sección Quinta, el 14 de diciembre de 2016, apelación 298/2016.

Esto no significa que nos veamos obligados de manera acrítica a recoger lo ya dicho tanto por el Juzgado como por esta Sala en apelación. Sin embargo, y por apuntar algunas cuestiones de matiz, en aquel recurso lo discutido eran los pliegos y no el acuerdo de licitación, y la pretensión era tanto que fueran anulados como que se obligara a la Administración a publicar unos nuevos pliegos con un sistema de gestión de los cursos distinto al concesional, conforme con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. En apelación, la Sala consideró

que no se cuestionaba la sentencia sino se incurría en la reiteración de lo ya pedido en la instancia, sin invocar otros motivos contra la resolución impugnada, descartando cualquier otra transgresión del ordenamiento jurídico incluido en el Derecho de la Unión.

DUODÉCIMO.- Por todo lo expuesto, el acuerdo de licitación publicado por la Orden del Ministerio del Interior INT/2596/2005, de 28 de julio, por el que se regulan los cursos de sensibilización y reeducación vial para los titulares de un permiso o licencia de conducción, dictada al amparo del artículo 5.p del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en su redacción dada por la Ley 17/2005, de 19 de julio, entonces vigente, debe ser anulado al resultar el régimen de concesión administrativa para la gestión de estos cursos, contrario al Derecho de la Unión, en los términos razonados en los anteriores fundamentos.

No obstante la anulación, el recurso no puede ser totalmente estimatorio puesto que no podemos reconocer, en este momento, la pretensión indemnizatoria que pide la actora. La falta de elementos de juicio sobre los que cuantificar este importe y a los que de manera hipotética se refiere el punto 129 del escrito de demanda, nos impiden acceder a esta pretensión.

Lo que pretende postergar la demanda para la ejecución de sentencia es un nuevo litigio, por la sencilla razón de que la Sala en este momento carece de elementos para fijar los parámetros cuantitativos sobre los que debiera calcularse el montante de esta pretensión económica.

DÉCIMO TERCERO.- A pesar de acoger las pretensiones de la actora, no vamos a condenar en costas a la Administración ni a la codemandada en los términos del artículo 139.1 de la LJCA.

No solo porque la estimación no sería total, en la medida de que la sentencia no reconoce la pretensión económica en los términos pedidos, sino porque la cuestión sobre el fondo era más que discutible. Debemos tener en cuenta que la Orden INT/2596/2005, fue dictada al amparo de marco legal nacional vigente, y que además, dos órganos jurisdiccionales confirmaron el proceder de la Administración en otros recursos. Dudas más que razonables y que descartan una condena en costas.

FALLAMOS

Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Unión para la Defensa de los Intereses Comunes de las Autoescuelas contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de enero de 2015, que estimaba en parte el recurso especial deducido contra el anuncio de licitación «Concesión de gestión de cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de crédito de permisos de conducción. 5 lotes.», en los siguientes términos:

a) Anulamos la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 23 de enero de 2015, por no ser ajustada a Derecho.

b) Anulamos el acuerdo de licitación llevado a cabo por la Orden del Ministerio del Interior INT/2596/2005, de 28 de julio, por la que se regulan los cursos de sensibilización y reeducación vial para los titulares de un permiso o licencia de conducción (BOE de 10 de agosto).

c) No reconocemos la pretensión económica solicitada por la actora, como reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

d) No hacemos expresa condena en costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.



AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: 004

Teléfono: 91400 72 94/95/96 Fax:
Correo electrónico:

-

Modelo: N40170 NOTIFICACIÓN ART 149 LEC

C/ GOYA 14 28071 MADRID
91400 72 94/95/96

Equipo/usuario: SSA

N.I.G: 28079 23 3 2015 0001741

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000193 /2015

Proc. de origen: /

Sobre: CONTRATOS CON LA ADMINISTRACION

De D./Dña. ASOCIACION UNION PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES COMUNES DE LAS AUTOESCUELAS

Abogado:

Procurador Sr./a. D./Dña. CARLOS PIÑEIRA CAMPOS

Contra: MINISTERIO DE INTERIOR, TACRC , CONFEDERACION NACIONAL DE AUTOESCUELAS , UTE CNAE-ITT-FORMASTER-ECT

ABOGADO DEL ESTADO

Con esta fecha, se notifica la anterior SENTENCIA de fecha 28/11/2018, en forma legal con entrega de copia Literal, haciéndose saber, que esta resolución no es firme, pudiendo interponer RECURSO DE **CASACION**.

Para la interposición de recurso casación deberá constituirse un depósito de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano Judicial, abierta en la Entidad Bancaria Banco Santander, número de cuenta 2604-0000-80-193/2015. Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria la cuenta de 20 dígitos es la IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo beneficiario se identificará al Tribunal ordenante y en el de observaciones o concepto de la transferencia se consignará el número de cuenta correspondiente al procedimiento anteriormente señalado separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no este constituido. Quedan exentos de su abono el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de todos ellos (DA 15ª LOPJ), así como quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 6 LAJG).

En MADRID, a 24 de enero de 2019.

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

