

Informe 12/2016, de 21 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Aplicación de la Ley 31/2007, de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales a concesionarios y empresas mixtas en el ámbito del transporte público local.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Zaragoza se dirige, con fecha 6 de mayo de 2016 y fecha de Registro de 18 de mayo, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito, acompañado del informe de servicios administrativos municipales, y solicita consulta del siguiente tenor literal:

«La aplicabilidad a la empresa AUZSA, concesionaria del transporte público por autobús y a la Sociedad de Economía Mixta Los Tranvías de Zaragoza, adjudicataria del contrato de gestión de servicios públicos de la línea 1 del tranvía, de la Ley 31/2007, de contratación en los sectores de agua, energía transportes y servicios postales».

La documentación que acompaña a la consulta introduce alguna referencia más concreta sobre la no existencia de derechos exclusivos en el caso de que el título se hubiera obtenido en un procedimiento competitivo, en aplicación de ciertas declaraciones de las Directivas europeas de contratación pública.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 21 de mayo de 2016, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario recordar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del Sector Público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública, atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe, sin embargo, impedimento alguno, en que se pronuncie sobre cuestiones propias de un determinado procedimiento de contratación si de las mismas puede extraerse un criterio de general aplicación, que sirva de base a la interpretación de la legislación en materia de contratos públicos, como ocurre con la cuestión planteada por el Alcalde de Zaragoza, relativa al ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales a concesionarios y empresas mixtas en el ámbito del transporte público local.

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento Zaragoza, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Reglamento.

II. El ámbito de aplicación de la Ley 31/2007 de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. El concepto de entidad adjudicadora.

La Ley 31/2007, de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LPCSE), desarrolla las previsiones de la Directiva 2004/17/CE de contratación en los sectores del agua, de la energía, los transportes y de los servicios postales, y tiene por objeto establecer un régimen de contratación pública especial en estos sectores y “extender” las reglas de contratación pública a entidades privadas que ostentan derechos exclusivos o especiales otorgados por una autoridad competente de un Estado miembro. La justificación de la aplicación de esta norma a entidades privadas es que las autoridades nacionales pueden influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital o una representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión (Considerando 2 Directiva 2004/17/CE).

La Comisión Europea manifestó, en su «Informe de evaluación: Impacto y eficacia de la legislación de la Unión Europea sobre contratación pública», de 27 de junio de 2011, que le parecía adecuado mantener normas en materia de contratación para las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, puesto que las autoridades nacionales seguían pudiendo influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión. Otra razón para seguir regulando la contratación en esos sectores era el carácter cerrado de los mercados en que operan las entidades en dichos sectores, debido a la concesión por los Estados Miembros de la Unión Europea de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate. La regulación de la contratación en estos sectores persigue garantizar su apertura a la competencia.

La Directiva de 2004, ha sido sustituida por la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los

transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, aun no transpuesta al ordenamiento español.

La determinación de los entes sometidos a la LPCSE, exige analizar que se trate de entidades contratantes incluidas en el artículo 3.1 LPCSE, y que realicen las actividades incluidas artículos 7 a 12 LPCSE.

Entre las actividades reguladas la LPCSE –en el transporte, el artículo 10 LPCSE refiere los servicios sobre los que versa la consulta: actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio al público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable– adopta el mismo criterio formal contenido en la Directiva 2004/17/CE, de tal manera que su ámbito de aplicación, además de a los tradicionales poderes adjudicadores, se extiende a empresas privadas que ejercen actividades en alguno de los campos comprendidos en las mismas y «gocen de derechos especiales o exclusivos expedidos por una autoridad competente de un Estado miembro», siendo la causa de dicha «extensión» la influencia (o tutela) que dichas Administraciones ejercen sobre las mismas. Una vez alcanzada una efectiva liberalización de la actividad en cada concreto Estado, deja de ser de aplicación esta normativa específica (es lo que ya había sucedido con las telecomunicaciones, excepcionadas ya de esta LPCSE).

Como ha explicado el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1115/2015 de 10 de marzo de 2016, relativo al Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales: *«lo que prima a la hora de determinar el ámbito de aplicación de este grupo normativo es el poder de mercado atribuido a ciertos operadores que pueden tener –y de hecho tienen en múltiples ocasiones – y cuya configuración jurídica, institucional y organizativa es diversa. La singular posición de estos sujetos en el mercado a resultas de la gestión o explotación de una red o la producción de bienes y servicios en régimen de acceso restringido ha justificado la articulación de unos criterios y medidas encaminadas a evitar situaciones de abuso que deriven de aquella singular posición».*

La LPCSE tipifica dos tipos de categoría de entes. Por una parte los órganos integrados, vinculados o dependientes de una Administración Pública, que se engloban en el concepto «poder adjudicador», y por otra las empresas públicas a quienes se ha encomendado el desarrollo de una de las actividades cubiertas por la Ley y las empresas privadas a las que se ha concedido un derecho exclusivo o especial, ya sea mediante la concesión de una licencia para el desarrollo de la actividad, o por la concesión de un contrato de gestión de servicio público para el ejercicio de las potestades públicas propias de una Administración. Los diferentes entes se enumeran por referencia expresa o por referencia genérica en diferentes anexos.

Cuestión de especial importancia, que conviene advertir, es que la LPCSE establece que, cuando el ente contratante es una Administración Pública, debe aplicarse el TRLCSP, como norma cabecera y propia de las Administraciones Públicas. Así, esta Ley es de aplicación a supuestos de descentralización funcional y empresas privadas con derechos especiales o exclusivos.

Sin duda, el aspecto más delicado es determinar cuando una empresa privada tiene o no derechos exclusivos o especiales. Así lo advierte la Directiva 2004/17/CE, cuando indica en su considerando 25, que debe haber una definición adecuada de la noción de derechos especiales y exclusivos. *«Dicha definición tiene como consecuencia que el hecho de que, con el fin de construir las redes o las instalaciones portuarias o aeroportuarias, una entidad pueda recurrir a un procedimiento de expropiación, o utilizar el suelo, el subsuelo y el espacio situado sobre la vía pública para instalar los equipos de las redes no constituye en sí mismo un derecho exclusivo o especial a efectos de la presente Directiva. El hecho de que una entidad suministre agua potable, electricidad, gas o calefacción a una red que a su vez sea explotada por una entidad que goce de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente del Estado miembro correspondiente tampoco constituye en sí mismo un derecho exclusivo o especial a efectos de la presente Directiva. Del mismo modo, los derechos que un Estado miembro reconozca, de cualquier forma, incluso mediante actos de concesión, a un número limitado de*

empresas basándose en criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, que ofrezcan a todos los interesados que puedan cumplirlos la posibilidad de beneficiarse de los mismos, no deben considerarse como derechos especiales o exclusivos».

Sin embargo, el concepto de «derecho especial o exclusivo» se define en el artículo 2.3 de la Directiva 2004/17/CE, y se afirma que, a efectos de la presente Directiva, se entenderá por derechos especiales o exclusivos los concedidos por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o a más entidades el ejercicio de una actividad «regulada» y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades para ejercer dicha actividad. Pero no incluye otras excepciones ni matizaciones, lo que, frente a lo expuesto en el Considerando 25 citado, supone la regla de que entidades que prestan mediante gestión indirecta servicios públicos de transporte, sea en régimen de concesión o de sociedad de economía mixta, tienen la condición de entidad adjudicadora y deben someterse a las previsiones de esta normativa.

La LPCSE transpuso la Directiva europea europea de 2004 copiando esta definición en el artículo 4. Esta definición conlleva una limitación de los sujetos sometidos frente a la legislación estatal de 1998, dado que sólo se entenderá que concurren estos derechos cuando afecten a las demás empresas competidoras en sus capacidades para desarrollar esta actividad. Y para evitar dudas interpretativas la Disposición Adicional Segunda LPCSE cita qué entes se consideran que deben aplicar esta Ley:

«Disposición adicional segunda. Entidades contratantes.

Se entenderán como entidades contratantes a efectos del artículo 3, con carácter enunciativo y no limitativo, las que se enumeran a continuación:

...

7. Entidades contratantes del sector de los servicios de ferrocarriles urbanos, tranvías, trolebuses o autobuses:

Entidades que prestan servicios públicos de transporte urbano de conformidad con la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; el

Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local y la correspondiente legislación autonómica, en su caso.

Entidades que prestan servicios públicos de transporte en autobús de conformidad con la disposición transitoria tercera de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Ejemplos:

Empresa Municipal de Transportes de Madrid.

Empresa Municipal de Transportes de Málaga.

Empresa Municipal de Transportes Urbanos de Palma de Mallorca.

Empresa Municipal de Transportes Públicos de Tarragona.

Empresa Municipal de Transportes de Valencia.

Transporte Urbano de Sevilla, S.A.M. (TUSSAM).

Transporte Urbano de Zaragoza, S.A. (TUZSA).

Entitat Metropolitana de Transport-AMB.

Eusko Trenbideak, S.A.

Ferrocarril Metropolità de Barcelona, S.A.

Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana.

Consorcio de Transportes de Mallorca.

Metro de Madrid.

Metro de Málaga, S.A.

Renfe Operadora.»

Analizada esta Disposición Adicional, de carácter enunciativo, resulta evidente que una entidad concesionaria de transporte público de viajeros (como AUZSA, que sucede a TUZSA, citada expresamente) o la sociedad de economía mixta Los Tranvías de Zaragoza, tienen condición de entidad adjudicadora y, por ende, deben aplicar en sus contratos de obras, suministros, servicios o concesión, las reglas procedimentales de la Ley 31/2007, si superan los umbrales de 418.000 euros en los contratos de suministro y servicios o los 5.225.000 en contratos de obras (Reglamento UE de la Comisión núm. 2015/2341 de 15 de diciembre de 2015). Se trata, por lo demás, de una previsión legal clara que no sugiere dudas interpretativas.

Por otra parte, y para el ámbito material del transporte público de viajeros no puede olvidarse que el artículo 2 f) del Reglamento de la UE 1370/2007 del parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) núm. 1191/69 y (CEE) núm. 1107/70 del Consejo, define, con fuerza jurídica incondicionada, como «derecho

exclusivo» el derecho que reserva a un operador de servicio público determinado la posibilidad de explotar servicios públicos de transporte de viajeros en una línea, red o zona determinada, con exclusión de otros operadores. Se refuerza, así, la conclusión expuesta de que los concesionarios y sociedades de economía mixta en el ámbito objeto de la consulta son entidades adjudicadoras.

III. La nueva regulación europea de las Directivas de contratación pública de 2014 y sus consecuencias prácticas.

Por último, aunque no figura en la consulta del Alcalde, pero si entre la documentación adjuntada, procede, aun sucintamente, determinar si existe o no incidencia práctica derivada de la regulación de las nuevas Directivas de contratación pública de 2014.

La Directiva 2014/23/UE, de concesiones, incluye definiciones sustancialmente idénticas de qué se entiende por derechos exclusivos y especiales. Así, el artículo 5 indica que:

«10) «derecho exclusivo»: un derecho concedido por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legislativa, reglamentaria o administrativa publicada que sea compatible con los Tratados, que tenga como efecto limitar el ejercicio de una actividad a un único operador económico y que afecte sustancialmente a la capacidad de los demás operadores económicos de ejercer una actividad;

11) «derecho especial»: un derecho concedido por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legislativa, reglamentaria o administrativa publicada que sea compatible con los Tratados, que tenga como efecto limitar el ejercicio de una actividad a una serie de operadores económicos y que afecte sustancialmente a la capacidad de los demás operadores económicos de ejercer una actividad».

Con estas definiciones, que tienen efecto directo, en tanto son claras, precisas e incondicionadas, se deduce que los sistemas de gestión indirecta de servicios públicos locales de titularidad municipal, en tanto conllevan un monopolio de explotación de los mismos, son un ejemplo claro de derechos exclusivos, por lo

que las entidades concesionarias o las sociedades de economía mixta deben, en este contexto, tener la consideración de entidades adjudicadoras.

Por otra parte, la Directiva 2014/25/UE de sectores “especiales”, mantiene una regulación en estos sectores, que se justifica por el carácter cerrado de los mercados en que operan las entidades en dichos sectores, debido a la concesión por los Estados miembros de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate. Esto significa que en tanto exista un mercado cerrado a favor de esa entidad, o se controle la gestión de la entidad adjudicadora, no parece posible aplicar la excepción y la entidad seguirá, en consecuencia, sometida a las previsiones de esta norma. La filosofía que justifica la regulación de esta Directiva se refleja de forma clara en su considerando primero: *«que las autoridades nacionales siguen pudiendo influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión»*.

La clave para entender que no existen derechos exclusivos o especiales será, en definitiva, que no exista una influencia dominante del poder público, además de que haya existido un procedimiento concurrencial ajustado al Derecho de la Unión Europea.

A estos efectos, el artículo 4.3 de la Directiva 2014/25/UE de sectores “especiales” reproduce la definición de derecho especial como *un derecho concedido por los órganos competentes de una Administración Pública en virtud de cualquier disposición legislativa, reglamentaria o administrativa publicada que sea compatible con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que tenga como efecto limitar el ejercicio de una actividad a una serie de operadores económicos y que afecte sustancialmente a la capacidad de los demás operadores económicos de ejercer una actividad*.

Sin embargo, y este dato es relevante, en su inciso segundo se dice que *«Los derechos que se hayan concedido mediante un procedimiento que haya sido objeto de una publicidad adecuada, con arreglo a criterios objetivos y que no contravenga el Derecho de la Unión Europea no constituirán derechos especiales o exclusivos»*. Y tales procedimientos son, en particular:

a) los procedimientos de contratación con convocatoria de licitación previa, de conformidad con la Directiva 2014/24/UE, la Directiva 2009/81/CE, la Directiva 2014/23/UE o la Directiva 2014/25/UE;

b) los procedimientos regulados por otros actos jurídicos de la Unión, enumerados en el Anexo II de la Directiva 2014/25/UE, que garanticen una transparencia previa adecuada para la concesión de autorizaciones con arreglo a criterios objetivos.

Y el Anexo II refiere, en letra e), *«contratos de servicios públicos en el sentido del Reglamento (CE) no 1370/2007, para la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros por autobús, tranvía, ferrocarril o metro que se hayan adjudicado sobre la base de un procedimiento de licitación, de conformidad con su artículo 5, apartado 3, siempre que su duración sea conforme con el artículo 4, apartados 3 o 4, de dicho Reglamento (diez años para los servicios de autobús o autocar y 15 años para los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril u otros modos ferroviarios, más prórroga)»*.

De esta regulación se puede inferir que los concesionarios o entidades en que concurran derechos especiales podrán quedar excluidos del ámbito de aplicación de esta norma si se acredita de forma indubitada el cumplimiento de estos requisitos.

En todo caso, esta posible excepción para considerar que no hay derechos exclusivos o especiales, en estos momentos y con carácter general, no tiene aplicación práctica en España, en tanto no se ha transpuesto y no puede entenderse desplazada la Disposición Adicional Segunda LPCSE, pues esa

posible excepción no cumple las exigencias para desplegar efecto directo, al no ser ni suficientemente precisa ni incondicionada (no se dice como será el procedimiento de declaración) y, no ser posible un efecto vertical descendente. Consecuentemente, los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras (a los que se considera Estado, según la STJUE de 12 de diciembre 2013, *Portgás*, asunto C-425/12) no pueden acogerse al efecto directo de los preceptos no traspuestos de la Directiva que les permiten, por ejemplo, exceptuar ciertas reglas o principios. Así, resulta necesario un acto de transposición nacional, en el que deberá desarrollarse el método o criterios que permitan, de forma clara, deducir si es de aplicación esta excepción y quién debe declararla.

Por último, no parece que la excepción, en su caso, de la Directiva 2014/25/UE pueda tener ahora un carácter retroactivo, por la dificultad de validar el cumplimiento de esas exigencias a los contratos o concesiones existentes.

En definitiva, para el caso consultado resulta en estos momentos indiferente esta previsión y, por tanto, son de aplicación las conclusiones ya expuestas relativas a la existencia de derechos exclusivos en las empresas concesionarias y en las sociedades de economía mixta en el ámbito del transporte público de viajeros, resultando de directa aplicación las previsiones de la LPCSE.

III. CONCLUSIONES

I. Las entidades privadas que ostentan derechos exclusivos o especiales en el ámbito del transporte público de viajeros tienen condición de entidades adjudicadoras y deben aplicar las reglas de la Ley 31/2007, de contratación en los sectores del agua, la energía transportes y servicios postales, si superan los

umbrales de 418.000 euros en los contratos de suministro y servicios o los 5.225.000 en contratos de obras.

II. Tanto una empresa concesionaria como una sociedad de economía mixta, en el ámbito de transporte público de viajeros local, tiene consideración de entidad adjudicadora en tanto prestan servicios públicos de transporte urbano, de conformidad con la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

III. Resulta vigente y de aplicación en estos momentos la previsión del Reglamento de la UE 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, donde se afirma que hay derechos exclusivos en los casos de reserva de explotación de actividad y que, por ello, una concesionaria o sociedad de economía mixta en el ámbito del servicio público de transporte de viajeros en el ámbito municipal tienen condición de entidad adjudicadora.

IV. Las previsiones de excepción de aplicación del artículo 4.3 de la Directiva 2014/25/UE no tienen fuerza jurídica para desplazar las exigencias de la LPCSE y se requiere un acto formal de transposición al ordenamiento nacional.

Informe 12/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión de 21 de junio de 2016.