

Informe 13/2015, de 30 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Criterios para calificar como concesión un contrato de transporte regular permanente de viajeros de uso general en autobús.

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón se dirige, con fecha 3 de septiembre de 2015, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 81/2006, de 4 de abril del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, y a los efectos de proseguir o no con las actuaciones iniciadas en el expediente de contratación “Contrato de gestión de servicio público de transporte regular permanente de viajeros de uso general que dé servicio a la plataforma logística de Zaragoza y facilite la accesibilidad al núcleo o área urbana de Zaragoza, modalidad concesión”, se solicita aclaración en relación con la naturaleza jurídica del servicio anteriormente referenciado, así como sobre cuestiones concordantes.

En fecha 30 de abril de 2015 se remitió a la Intervención Delegada en el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes el expediente relativo al contrato de gestión de servicio público de transporte regular permanente de viajeros que dé servicio a la Plataforma Logística de Zaragoza y facilite la accesibilidad al núcleo o área urbana de Zaragoza. Dicho contrato comprende una distribución de gasto plurianual, a lo largo de los años 2016 a 2018, por un importe total de licitación de 1.351.488,86 euros.

En fecha 15 de mayo de 2015 se recibe informe de la Intervención Delegada en el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo, Vivienda y Transportes relativo a este expediente, en sentido desfavorable. Por un lado, considera que se ha producido una incorrecta calificación del contrato al entender que no puede ser considerado como de gestión de servicio público, y por otro lado que hay una incorrecta aplicación presupuestaria del gasto derivado de ese contrato, al considerar que debe imputarse al capítulo II “gastos en bienes

corrientes y servicios” del Presupuesto de Gastos, y no al capítulo IV “transferencias corrientes”, junto a otras deficiencias que hubieran podido ser objeto de subsanación.

Frente al mencionado informe el órgano gestor plantea la discrepancia ante Intervención General, conforme a lo dispuesto en el artículo 74 del texto refundido de la Ley de Hacienda. Ésta emite informe desestimando la discrepancia, que finalmente es resuelta a favor del órgano gestor en el Consejo de Gobierno celebrado el 22 de mayo.

Se reproduce a continuación el tenor literal del informe por el que se argumentaba tal discrepancia:

“2-PRECEPTOS JURÍDICOS

- 1. El Reglamento (CE) 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 por el que se derogan los Reglamentos (CEE) 1191/69 y (CEE) 1107/70 del Consejo.*
- 2. Directiva 2004/17/CE (LCEur 2004,1836).*
- 3. El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).*
- 4. Ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante LOTT).*

3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN LAS QUE SE BASA LA OPOSICIÓN A LA INCORRECTA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO

3.1. Especialidad normativa

La regla “norma especial prima sobre norma general” (principio de especialidad normativa), ha sido calificada por nuestra jurisprudencia como principio general del Derecho, siendo considerada como un criterio tradicional de solución de conflictos normativos. Por ello, en la contratación del servicio público de transporte la prelación de normas a aplicar será:

- 1) LOTT*
- 2) reglamentación de la Unión Europea*
- 3) legislación general sobre contratación del sector público.*

La LOTT dispone que las empresas transportistas llevarán a cabo su actividad con plena autonomía económica, gestionándola a su riesgo y ventura.

No obstante, en la explotación de aquellos transportes a los que se atribuye el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración se aplicarán

las disposiciones de la Unión Europea en materia de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera.

3.2. Obligaciones de servicio público

Dichas disposiciones consideran obligaciones de servicio público las exigencias determinadas por la Administración a fin de garantizar los servicios públicos de transporte de viajeros de interés general que un operador, si considerase exclusivamente su propio interés comercial no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución.

Es decir, frente al riesgo y ventura en la explotación de un servicio, la Administración puede declarar obligaciones de servicio público que podrán ser compensadas económicamente en el marco del Reglamento 1370.

3.3. Formas de adjudicación

Identificada la obligación de servicio público, que se define en el proyecto de servicio aprobado y a su vez, con posterioridad en el contrato; reconocida la posibilidad de compensar la misma, bien mediante el reconocimiento de derecho de exclusividad, bien mediante, a su vez, un pago, acudiremos a las formas de adjudicación. Estas se determinan por la naturaleza misma del contrato que, de acuerdo con lo expuesto, se corresponde con una concesión de servicio público y no con un contrato de servicios porque la contraprestación a la prestación del servicio consiste en el derecho a explotar el servicio acompañado de un pago.

Como regla general, la prestación de los mencionados servicios se llevará a cabo por la empresa a la que la Administración adjudique el correspondiente contrato de gestión. En todo caso, se incluirán en dicho pliego “Otras compensaciones a las que, en su caso, tenga derecho el contratista por la prestación del servicio, indicando los parámetros sobre cuya base habrán de calcularse.”

Llegados a este punto y sin obviar, como con posterioridad se justificará la concurrencia de riesgo y ventura en la gestión del servicio que se pretende licitar, conviene reflexionar sobre el “desajuste” entre el Reglamento 1370/2007 donde se reconoce con carácter general, al margen de la forma de adjudicación que utilice la autoridad competente, la posibilidad de reconocer una compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y la regulación general sobre contratación del sector público estatal, donde define la tradicional forma de gestión indirecta “concesión” como aquella en la que la explotación se ciñe al axioma de riesgo y ventura del contratista. El artículo 281 del TRLCSP sí reconoce que “El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.”

La tradicional figura de la “concesión administrativa” empleada como forma de gestión indirecta de los servicios de transporte público en España se ha

manifestado históricamente como la más apropiada y así se ha mantenido en las sucesivas regulaciones de este sector. En el momento presente no debe desconocerse que ese concepto tradicional ha sido superado y complementado con la posibilidad de reconocer derechos de compensación al contratista, cuando razones de interés público así lo aconsejen y en los términos que la normativa comunitaria ha delimitado. En este sentido, no parece osado aventurar que en una futura modificación de la normativa general de contratación, el concepto de concesión deba ser “redefinido” para que se adapte al nuevo marco jurídico comunitario de los servicios de transporte público terrestre por carretera.

3.4. Riesgo relacionado con la prestación de los servicios

En cuanto a la existencia de riesgo asumido por el adjudicatario del contrato cabe hacer algunas precisiones.

Por una parte, el precio unitario ofertado, calculado como el cociente entre el coste anual del servicio y el número de kilómetros útiles anuales del servicio coste, que es el precio al cual o por debajo del cual deben presentar sus ofertas los licitadores, se ha determinado por parte de la Administración en función de un estudio económico en el que se analizan los diversos componentes de la estructura de costes del servicio. En este estudio se llega a la conclusión de que dicho precio es el que permite al prestador del servicio recuperar los costes y obtener un beneficio razonable para la empresa, tal y como establece el Reglamento 1370. En consecuencia, el precio calculado por la administración es el precio de equilibrio de la concesión.

Por otra parte, las empresas, para determinar cual va a ser el precio unitario ofertado han de realizar un riguroso estudio económico, en el cual están tomando en consideración cuales serán los ingresos y los gastos derivados de la prestación de ese servicio, teniendo en cuenta todos los posibles incentivos y penalidades establecidos en los pliegos.

Esto significa que en el caso de que se produzca una concurrencia de licitadores cuyas ofertas se encuentren por debajo del precio unitario de licitación, estos licitadores están aceptando y asumiendo un precio unitario inferior al precio de equilibrio estimado por la Administración y, por lo tanto, asumiendo a su costa un riesgo económico derivado de la baja ofertada.

Esto es más evidente si se tiene en cuenta que el coste del servicio incorpora un incentivo por aumento de la demanda que puede llegar al 1,5 % del coste del servicio, de modo que el licitador, al ofertar un precio por debajo del citado precio unitario de licitación, está teniendo en cuenta la posibilidad de incrementar la demanda de viajeros y obtener ese incentivo, lo que le permite efectuar la bajada sobre el precio ofertado.

En la medida en la que el incremento del número de viajeros no está garantizado, si el número de viajeros fuera inferior al previsto por el adjudicatario que hubiera ofertado un precio unitario por debajo del precio base de licitación, la empresa estaría incurriendo en pérdidas y, en

consecuencia, asumiendo un riesgo económico relevante derivado de la prestación del servicio.

3.5. Sentencias aportadas por el informe de la Intervención Delegada

Por último y en cuanto, a las sentencias aportadas como fundamento en el informe elaborado por la Interventora Delegada, las dos primeras deben ser rechazadas por tratarse de materias distintas al sector del transporte terrestre dotado, como hemos expuesto, de un régimen jurídico propio y específico. La última de ellas, la Sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom), que sí se circunscribe al transporte, se dicta en un proceso en el que interpreta única y exclusivamente la Directiva 2004/17 en relación con el derecho nacional letón, derecho, que no incorporaba, a diferencia del nuestro que sí lo hace, el Reglamento comunitario 1370/2007. Es decir, que la interpretación que en dichas sentencias se hace de la dualidad contrato de servicios-concesión de servicio público no es adecuada a nuestros efectos. Con la incorporación del Reglamento 1370/2007 a nuestro ordenamiento jurídico expresamente en la LOTT, se aclara que los contratos de servicios se regirán por la Directiva 2004/17 mientras las concesiones de servicio público (cual es nuestro servicio en los términos aprobados en el proyecto) lo hacen por el Reglamento 1370/2007 y supletoriamente por la legislación general de contratación estatal en aquello que no se contemple en la propia LOTT.

Así, si la LOTT estipula el contrato de gestión de servicio público como la regla general para su prestación y la propia LOTT y el derecho comunitario reconocen las compensaciones por obligaciones de servicio público (derecho de exclusividad y pago), habiendo un riesgo en la explotación del servicio como ha quedado argumentado, entendemos que decaen los argumentos esgrimidos en el informe fiscal desfavorable emitido por la Interventora Delegada.

4. CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN LAS QUE SE BASA LA OPOSICIÓN A LA INCORRECTA APLICACIÓN PRESUPUESTARIA

Una vez que se considera que nos encontramos ante una compensación por obligación de servicio público vinculada a un contrato de gestión de servicio público, la partida presupuestaria con cargo a la cual debe asumirse el gasto derivado del contrato sometido a fiscalización, debe situarse en el capítulo IV del Presupuesto de Gastos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

5. OTRAS DEFICIENCIAS SUBSANABLES

Respecto a la propuesta de aplicación del gasto, se ha incluido la cuantía correspondiente.

Respecto a la tramitación anticipada cabe señalar que nos encontramos ante un compromiso de gasto plurianual y como tal ha sido tramitado.

Respecto al apartado L del PCAP se ha subsanado el error detectado

6. RÉGIMEN JURÍDICO

6.1. ENCAJE DE LA NORMATIVA EUROPEA EN LA LOTT

El propio preámbulo de la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea destaca que:

“Los criterios seguidos en esta revisión han venido marcados por la conveniencia de mantener el máximo rigor en la condiciones de acceso al mercado de transporte, en la línea marcada por la reglamentación de la Unión Europea, y, paralelamente, por la de dotar de la mayor capacidad de autogestión a las empresas que intervienen en dicho mercado.

La adaptación del régimen de gestión de los transportes públicos regulares de viajeros de uso general por carretera y ferrocarril a las reglas contenidas en el Reglamento (CE) n.º 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) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1170/70 del Consejo. Se articulan y armonizan, además, las reglas específicas propias de este régimen con la legislación general sobre contratos del sector público, reforzando el carácter contractual de la relación entre el gestor del servicio y la Administración titular de éste.”

En este sentido, se deben tener en cuenta los siguientes artículos de la LOTT:

Artículo 20.

“De conformidad con lo que se dispone en la reglamentación de la Unión Europea sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, se consideran obligaciones de servicio público las exigencias determinadas por la Administración a fin de garantizar los servicios públicos de transporte de viajeros de interés general que un operador, si considerase exclusivamente su propio interés comercial no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución.

La declaración e imposición de obligaciones de servicio público en relación con los transportes terrestres se regirá por lo dispuesto en esta ley y en la reglamentación comunitaria anteriormente citada, así como en las normas reglamentarias dictadas para la ejecución y desarrollo de tales disposiciones.”

Por lo tanto, es la propia norma nacional la que incorpora la aplicabilidad inmediata de las normas comunitarias, como se concretará más adelante.

Artículo 17.

“1. Las empresas transportistas o de actividades auxiliares o complementarias del transporte llevarán a cabo su actividad con plena autonomía económica, gestionándola a su riesgo y ventura.

2. No obstante, en la explotación de aquellos transportes a los que esta ley atribuye el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración se aplicarán las disposiciones de la Unión Europea en materia de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y, en su caso, lo dispuesto en la legislación sobre contratos del sector público sobre régimen económico del contrato de gestión de servicios públicos.”

Artículo 71.

“Los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración (...).

Como regla general, la prestación de los mencionados servicios se llevará a cabo por la empresa a la que la Administración adjudique el correspondiente contrato de gestión. No obstante, la Administración podrá optar por la gestión directa de un servicio cuando estime que resulta más adecuado al interés general en función de su naturaleza y características.

En lo no previsto en esta ley ni en la reglamentación de la Unión Europea acerca de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera o en las normas reglamentarias dictadas para la ejecución y desarrollo de tales disposiciones, la gestión de los referidos transportes se regirá por las reglas establecidas en la legislación general sobre contratación del sector público que resulten de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos.”

Artículo 73.

“1. Los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general se adjudicarán mediante un procedimiento abierto en el que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 74.2, todo empresario podrá presentar una proposición.

2. (...) En todo caso, se incluirán en dicho pliego los siguientes extremos: l) Otras compensaciones a las que, en su caso, tenga derecho el contratista por la prestación del servicio, indicando los parámetros sobre cuya base habrán de calcularse.”

6.2. OBLIGACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

El Reglamento (CE) 1370/2007, define las modalidades según las cuales, en cumplimiento de las disposiciones del Derecho comunitario, las autoridades competentes podrán intervenir el sector del transporte público de viajeros para garantizar la prestación de servicios de interés general que sean más frecuentes, más seguros, de mayor calidad y más baratos que los que el simple juego del mercado hubiera permitido prestar.

Con ese fin, el Reglamento define las condiciones en las que las autoridades competentes, al imponer o contratar obligaciones de servicio público, compensan a los operadores de servicios públicos por los costes que se hayan derivado y con derechos exclusivos en contrapartida por la ejecución de dichas obligaciones de servicio público. Asimismo, en su artículo 2, define la "obligación de servicio público" como la exigencia definida o determinada por una autoridad competente a fin de garantizar los servicios públicos de transporte de viajeros de interés general que un operador, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución.

Cuando una autoridad competente decida conceder al operador de su elección un derecho exclusivo o una compensación o ambas cosas, cualquiera que sea su naturaleza, en contrapartida por la ejecución de obligaciones de servicio público, deberá hacerlo en el marco de un contrato de servicio público.

En los contratos de servicio público se deberán:

a) definir claramente las obligaciones de servicio público que el operador de servicio público debe ejecutar, y los territorios correspondientes;

b) establecer por anticipado, de modo objetivo y transparente:

i) los parámetros sobre cuya base ha de calcularse la compensación, si procede, y

ii) la naturaleza y el alcance de cualesquiera derechos exclusivos,

de manera tal que se evite una compensación excesiva. En el caso de los contratos de servicio público adjudicados con arreglo al artículo 5, apartados 2, 4, 5 y 6, esos parámetros se determinarán de forma que ninguna compensación pueda exceder en caso alguno del importe necesario para cubrir la incidencia financiera neta en los costes e ingresos derivados de la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes conservados por el operador de servicio público y la existencia de unos beneficios razonables;

c) definir las modalidades de distribución de los costes derivados de la prestación de los servicios. Estos costes podrán incluir en particular los de personal, energía, gastos de infraestructura, mantenimiento y reparación de los vehículos de transporte público, del material rodante y de las instalaciones necesarias para el funcionamiento de los servicios de transporte de viajeros, y los costes fijos y una remuneración apropiada de los capitales propios.

El propio Reglamento dispone que toda compensación vinculada a una regla general o a un contrato de servicio público deberá cumplir lo expuesto en los párrafos anteriores, con independencia de las modalidades de adjudicación del contrato.

6.3. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO Y MODALIDAD DE ADJUDICACIÓN

Atendiendo a la naturaleza del contrato debemos distinguir el contrato de servicio público de la concesión de servicio público. Ello supondrá, a su vez, dos regímenes jurídicos a aplicar diferenciados en las formas de adjudicación (Reglamento o Directivas).

A) Reglamento 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.

El Reglamento 1370/2007 define las condiciones en las que las autoridades competentes pueden contratar dicho servicio público en su artículo 5:

“Artículo 5. Adjudicación de contratos de servicio público.

1. Los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento. Sin embargo, los contratos de servicios o los contratos de servicio público, tal que definidos en las Directivas 2004/17/CE (LCEur 2004,1836) y 2004/18/CE (LCEur 2004,1837), respecto de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía, se adjudicarán con arreglo a los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de contratos de concesión de servicios en la acepción de esas Directivas. No se aplicarán las disposiciones de los apartados 2 a 6 del presente artículo a los contratos que hayan de adjudicarse con arreglo a las Directivas 2004/17/CE (LCEur 2004,1836) o 2004/18/CE (LCEur 2004,1837).”

A efectos de dicha Directiva se entenderá por

2. d) contratos de servicios: los contratos distintos de los contratos de obras o de suministros cuyo objeto sea la prestación de los servicios mencionados en el anexo XVII.

3. b) concesión de servicios: un contrato que presente las mismas características que el contrato de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de prestación de servicios consista, bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un pago.

El pliego objeto de valoración reconoce la exclusividad en la explotación del servicio y el reconocimiento de un pago (compensación por obligación de servicio público) por lo que se trata de una concesión de servicio y no un contrato de servicios, en los términos definidos en la Directiva 2004/17/CE.

Una vez identificada la naturaleza de concesión de servicio público del contrato en cuestión, afirmaremos que queda excluida del ámbito de aplicación de las Directivas citadas y, consecuentemente, subsumido en el ámbito del Reglamento 1370.

Las normas de adjudicación contempladas en el Reglamento 1370 son las siguientes:

2. Salvo que lo prohíba el Derecho nacional, cualquier autoridad local competente (independientemente de que sea una autoridad individual o una agrupación de autoridades que presten servicios públicos integrados de transporte de viajeros) podrá optar por prestar ella misma servicios públicos de transporte de viajeros o por adjudicar directamente contratos de servicio público a una entidad jurídicamente independiente sobre la que la autoridad local competente (o, en el caso de una agrupación de autoridades, al menos una autoridad local competente) ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

(...) 3. Toda autoridad competente que recurra a un tercero que no sea un operador interno deberá adjudicar los contratos de servicio público con arreglo a un procedimiento de licitación equitativo, salvo en los casos indicados en los apartados 4, 5 y 6. El procedimiento adoptado para la licitación estará abierto a cualquier operador, será equitativo y respetará los principios de transparencia y no discriminación. Tras la presentación de las ofertas y una posible preselección, podrán llevarse a cabo negociaciones, siempre en cumplimiento de los mencionados principios, con el fin de precisar los elementos que mejor permitan responder a la especificidad o la complejidad de las necesidades.

4. Salvo que lo prohíba el Derecho nacional, las autoridades competentes podrán optar por la adjudicación directa de los contratos de servicio público sea cuando su valor anual medio se haya estimado en menos de 1.000.000 EUR, sea cuando tengan por objeto la prestación anual de menos de 300.000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros.

En los casos de contratos de servicio público adjudicados directamente a pequeñas y medianas empresas que no utilicen más de 23 vehículos, estos umbrales podrán aumentarse a un valor medio anual estimado en menos de 2.000.000 EUR, o en el caso de la prestación anual de menos de 600.000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros.

5. En caso de interrupción de los servicios o de riesgo inminente de tal situación, la autoridad competente podrá adoptar una medida de emergencia en forma de adjudicación directa o de acuerdo formal de prórroga de un contrato de servicio público, o de exigencia de prestar determinadas obligaciones de servicio público. El operador de servicio público tendrá derecho a recurrir la decisión de imponer la prestación de determinadas obligaciones de servicio público. La adjudicación o prórroga de un contrato de servicio público como medida de emergencia, o la imposición de dicho contrato, no excederá de dos años (...)."

Tal y como establece dicho precepto, los contratos de gestión de servicios públicos, como lo es el servicio de transporte público de viajeros, pueden contratarse mediante las siguientes modalidades:

a. Prestación directa del servicio. En este supuesto, es la propia Administración la que presta el servicio por sus propios medios.

b. Adjudicación directa del contrato a una entidad jurídicamente independiente de la Administración sobre la que se ejerza un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. En este caso, deberán cumplirse los requisitos establecidos en los apartados a) a d) del apartado segundo del artículo 5, es decir: 4

El control se habrá de producir bien por la presencia de la Administración en los órganos de administración, dirección o supervisión, los estatutos, la propiedad la influencia y control efectivos de las decisiones estratégicas y de las decisiones aisladas de gestión.

El transporte de viajeros ha de realizarse dentro del territorio de la Administración.

c. Adjudicación a un tercero que no sea un operador interno mediante un procedimiento de licitación abierto a cualquier operador, que será equitativo y respetará los principios de transparencia y no discriminación.

d. Adjudicación directa, a la que sólo se podrá acudir en los siguientes supuestos:

Cuando el valor anual medio del contrato se haya estimado en menos de un millón de euros o tenga por objeto la prestación anual de menos de 300.000 km. Estos umbrales podrían elevarse hasta dos millones de euros y 600.000 km. en el caso de pequeñas y medianas empresas que no utilicen más de 23 vehículos.

En nuestro supuesto la modalidad elegida se corresponde con el apartado c), si bien, acudiremos ahora a la normativa interna reguladora de la contratación general del sector público.

B) Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público desarrolla en el capítulo III el régimen del contrato de gestión de servicios públicos y en la sección segunda establece como ha de ejecutarse el contrato.

Artículo 279. Ejecución del contrato.

1. El contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.

2. En todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate.

Artículo 280. Obligaciones generales.

El contratista estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.

b) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo anterior.

c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

d) Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos.

Artículo 281. Prestaciones económicas.

1. El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

2. Las contraprestaciones económicas pactadas serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato.

En este último artículo, el TRLCSP establece nítidamente que las contraprestaciones económicas derivadas del contrato pueden proceder tanto de los usuarios como de la propia Administración.”

La Intervención General en su informe de fecha 21 de mayo de 2015 desestima la discrepancia planteada por la Dirección General de Transportes y Planificación de Infraestructuras considerando que “es razonable el criterio de la Intervención Delegada por cuanto la figura actual de la concesión no recoge la posibilidad de compensación”, matizando que “sería deseable que en un futuro esta figura contractual recoja las especialidades de los servicios de transporte terrestre, la norma actual no lo hace, pudiéndose valorar, por ello, que el desajuste normativo se solucione estableciendo la compensación fuera del contrato de concesión. Y ello porque el Reglamento 1370/2007

prevé la posibilidad de reconocer una compensación “al margen de la forma de adjudicación”.

Por otro lado y en relación con la imputación del gasto confirma su encaje en el concepto 223 “Transportes”.

*Definimos **los elementos configuradores del contrato** a los efectos de facilitar su calificación:*

-.El objeto de este contrato es la prestación del servicio de transporte a Plaza y su conexión con el área urbana de Zaragoza. Es un servicio regular y permanente. La organización del servicio se realizará mediante un Plan que presentarán los licitadores. La organización y dirección del servicio corresponderá al contratista bajo la supervisión del Director del contrato (función desempeñada por un técnico del órgano gestor).

-.Respecto al régimen económico del contrato: Se contempla el abono de una compensación en el caso de que el servicio fuera deficitario.

-.Respecto a las inversiones previas a realizar por el licitador supone adquisición de vehículos (mínimo de 3 vehículos), equipos y sistemas de billeteaje, deberá contar con instalaciones y medios auxiliares tales como zona de estacionamiento, zona de mantenimiento preventivo de reparación de vehículos, zona de lavado, zona de almacén, zona de oficinas para uso administrativo y de atención al usuario .Dentro del Proyecto de implantación de una política corporativa de información al público en el área de Zaragoza, el servicio hará uso de los equipamientos e instalaciones de parada que bien el Consorcio o bien otros organismos o entidades coordinadas con el consorcio dispongan a tal efecto.

-.Las modificaciones que se contemplan se basan en circunstancias tales como modificación de las horas útiles del servicio, de los kilómetros útiles recorridos, del numero de vehículos, equipos o sistemas adscritos al servicio y modificación del itinerario, calendario y horario.

*Dada la necesidad de proseguir con las actuaciones necesarias para la licitación de dicho contrato y teniendo en cuenta la necesidad de sentar unas bases claras en la conceptualización de dicho contrato ante la proximidad de la licitación del nuevo mapa concesional de Aragón, se solicita **aclaración sobre los siguientes extremos:***

1-Naturaleza jurídica del contrato ¿Debe calificarse como contrato de servicio o de gestión de servicio público? En caso de calificarse como contrato de servicios ¿Se podrían incluir cláusulas propias del contrato de gestión de servicio público en el propio PCAP que garantizaran un mayor control del mismo?

2- ¿Es necesario publicar en este caso anuncio de licitación en el DOUE antes del inicio del procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Reglamento 1370/2007, del Parlamento

Europeo y del Consejo? ¿En qué momento debe realizarse dicha publicación?

3-Clasificación económica del gasto e IVA aplicable».

II. CONSIDERACIONES JURIDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación del órgano solicitante del informe.

Nos encontramos ante una solicitud de informe compleja, con una gran extensión en el análisis de los antecedentes, y referida a un determinado contrato específico de concesión de transporte público regular y continuo, del Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón. En primer lugar es necesario indicar, como criterio general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Secretario General Técnico del Departamento, para que esta Junta se pronuncie acerca de las cuestiones genéricas en materia de contratación pública que se deducen de la solicitud de informe que, en su caso, corresponderá al órgano solicitante trasladar al concreto objeto de la consulta; adelantando que no puede haber un pronunciamiento expreso sobre la aplicación presupuestaria adecuada para imputar el gasto del contrato, ni sobre el IVA aplicable, al tratarse en ambos casos de cuestiones que

exceden de sus funciones consultivas en materia de contratación pública, por lo que no se emitirá pronunciamiento.

Del planteamiento expuesto, tal y como al final se sugiere en el escrito de solicitud de Informe, son tres las cuestiones objeto de análisis:

1ª) Marco normativo que debe aplicarse en la calificación jurídica de un contrato de concesión de transporte terrestre.

2ª) Elementos jurídicos que permiten diferenciar un contrato de concesión de un contrato de servicios, y sus consecuencias prácticas en los contratos de transporte terrestre.

3ª) Exigencia de publicación del contrato en el DOUE.

Por otro lado, el Secretario General Técnico del Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Sistema de fuentes y articulación jurídica en materia de concesiones de transporte terrestre.

La primera cuestión a resolver es la relativa a cómo se debe articular el sistema de fuentes jurídicas, y en qué medida son de aplicación «preferente» las normas de contratación pública, o las sectoriales del transporte terrestre. Se trata ésta, como bien se expone en la consulta, de una materia donde existe normativa de la Unión Europea y legislación nacional (estatal y autonómica), tanto en el ámbito de los servicios de transporte terrestre de viajeros, como de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

Conviene recordar la nota de primacía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, de tal manera que Reglamentos y Directivas, como normas jurídicas, son de aplicabilidad directa, desplazando la normativa nacional que resultase

contraria a la misma. Es decir, debe aplicarse siempre con carácter previo la normativa europea, sin que ésta pueda ser objeto de «reinterpretación» desde la óptica de la legislación nacional. La primacía del Derecho comunitario se ha abordado en numerosos asuntos (por todos, STJUE, 9 de marzo de 1978, *Simenthal-II* y la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004 sobre el «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa»), y parece fuera de discusión jurídica para determinar las relaciones entre el ordenamiento jurídico nacional y el ordenamiento de la Unión Europea.

Por otra parte, debe recordarse que un Reglamento de la Unión Europea es un acto normativo enunciado por el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que reviste un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros. Esto significa que no está sujeto a ninguna medida de incorporación al Derecho nacional, y que atribuye derechos y obligaciones con independencia de cualquier medida nacional de ejecución. Esta característica no impide que los Estados miembros adopten medidas de ejecución, pero en modo alguno pueden condicionar la eficacia normativa del Reglamento de la UE. Lo que significa que en ningún caso la LOTT, en su versión de 2013, puede entenderse como norma de preferente aplicación, o que se haya desplazado a dicho Reglamento. El Reglamento 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carreteras es, por tanto, de directa aplicación, y desplaza a la LOTT.

En todo caso, la solución sobre qué normativa debe aplicarse viene dada por el citado Reglamento 1370/2007. Esta norma, que tiene por objeto crear un mercado interior para la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros, resulta de aplicación a la explotación de cualquier servicio de transporte de viajeros por ferrocarril y otros modos ferroviarios y por carretera, (a excepción de los servicios que se exploten esencialmente por su interés histórico o su finalidad turística), que se desarrolle en el ámbito de la Unión Europea, con independencia de que se trate de un servicio nacional o

internacional. Y resulta de aplicación a todos los servicios de transporte público regular permanente de viajeros de uso general urbanos e interurbanos, con independencia de que su establecimiento y gestión corresponda a una Entidad local, una Comunidad Autónoma o la Administración General del Estado.

En el Reglamento 1370/2007 se recogen, como legislación sectorial, una serie de previsiones que complementan, en todo caso, a las normas generales sobre contratación pública, que resultan de aplicación a los contratos de servicio público en el ámbito del transporte público de viajeros por ferrocarril y carretera. El Reglamento define estos contratos de servicio público como *«uno o varios actos jurídicamente vinculantes que plasmen el acuerdo entre una autoridad competente y un operador de servicio público determinado de confiar a este último la gestión y la explotación de los servicios públicos de transporte de viajeros sometidos a las obligaciones de servicio público»*; el contrato podrá, según el Derecho de los Estados miembros, consistir asimismo en una decisión adoptada por la autoridad competente:

- *«que revista la forma de acto legislativo o reglamentario independiente, o*
- *que contenga las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad competente preste por sí misma o confíe la prestación de esos servicios a un operador interno» (artículo 2, letra i)».*

Debe destacarse, en especial, la previsión del artículo 5.1 del Reglamento 1370/2007, que establece:

«Los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento. Sin embargo, los contratos de servicios o los contratos de servicio público, tal que definidos en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE¹, respecto de los

¹Referencias que deben entenderse realizadas a la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, así como a las Directivas 2014/23/UE, de concesiones, y 2014/25/UE, de contratación en los sectores de energía, agua, transporte y servicios postales.

servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía, se adjudicarán con arreglo a los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de contratos de concesión de servicios en la acepción de esas Directivas. No se aplicarán las disposiciones de los apartados 2 a 6 del presente artículo a los contratos que hayan de adjudicarse con arreglo a las Directivas 2004/17/CE o 2004/18/CE».

Es decir, el propio Reglamento UE establece la aplicación directa de la normativa de contratación pública a la adjudicación de los contratos de dicho ámbito. Y será, por ello, conforme a las previsiones de las normas de contratación como proceda realizar la tipificación del contrato que se pretende (y su consecuente régimen jurídico). No hay, en consecuencia, posibilidad de aplicar la regla de la preferencia de la legislación sectorial sobre la general, de tal manera que cual sea la naturaleza del contrato objeto de consulta debe realizarse desde la perspectiva de las normas de los contratos públicos.

Por ello, la distinción entre contratos de servicios y concesiones de servicios, para deslindar el ámbito de aplicación del Reglamento 1370/2007, debe realizarse desde la óptica del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), así como de las vigentes Directivas sobre contratación pública 2014/24/UE y 2014/25/UE, y la Directiva 2014/23/UE, sobre contratos de concesión. Y se tendrá en cuenta, obviamente, tanto la jurisprudencia del TJUE, como la de los órganos de recursos contractuales (y, especialmente, la del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en adelante TACPA, dada la exigencia de obligado respeto a la misma que prevé el artículo 3.1 de la Ley 3/ 2011, de medidas en materia de contratos del Sector público de Aragón).

Asimismo, no puede desconocerse que la concreta calificación y configuración de un contrato como concesión, o como contrato de servicios, constituye un elemento a efectos de la determinación de los niveles de déficit y deuda

públicos derivados de concesiones y de contratos de colaboración público-privado, tal y como se previene en el Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea —SEC-2010— que se encuentra regulado en el Reglamento (UE) nº 549/2013, de 21 de mayo. Como regla básica, los activos de la colaboración público-privada se deben computar como activos no públicos y, por lo tanto, se deben contabilizar en el balance del socio privado si éste asume los «*riesgos de construcción*» (inversión, costes financieros, retrasos,...) y, al menos, el «*riesgo de disponibilidad*» (cantidad y calidad alcanzada) o el «*riesgo de demanda*» (número de usuarios), o ambos, tal como fue diseñado en el contrato. Por el contrario, considera riesgos que pueden recaer en los Gobiernos los derivados de fuerza mayor, de acontecimientos excepcionales o de las acciones del Gobierno que modifican las condiciones acordadas previamente (Decisión Eurostat 18/2004, de 11 de febrero de 2004, *Treatment of public-privatepartnerships*).

En todo caso —y dando respuesta a la tercera de las cuestiones a analizar— aun siendo de directa aplicación la normativa de contratación pública para resolver las cuestiones planteadas, debe recordarse la especialidad que, a efectos de publicidad, contempla el citado Reglamento de la UE en relación a la publicidad, pues el artículo 7.2 exige un Anuncio de información previa relativo a un contrato de servicio público:

«Cada autoridad competente adoptará las medidas necesarias para que, a más tardar un año antes del inicio del procedimiento de licitación o un año antes de la adjudicación directa, se publiquen en el Diario Oficial de la Unión Europea los datos siguientes, como mínimo:

a) nombre y datos de la autoridad competente;

b) tipo de adjudicación considerado;

c) servicios y territorios potencialmente afectados por la adjudicación».

Exigencia de directa aplicación, aunque no se contemple en el TRLCSP, tal y como ha señalado la Resolución 587/2014, del Tribunal Administrativo Central

de Recursos Contractuales (que resuelve de manera acumulada los recursos núms. 523, 541, 542 y 546/2014), con importantes consecuencias jurídicas:

«...La omisión del trámite de publicidad en el ámbito de la Unión Europea supone una ruptura radical del principio de publicidad tal como es regulado en la normativa comunitaria, que lleva a considerar que la licitación convocada presenta un vicio de origen calificable como nulidad de pleno derecho. La falta de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea supone la vulneración de uno de los principios fundamentales de la contratación pública en la medida en que constituye el medio a través del cual es posible dar cumplimiento al principio de concurrencia, fundamento de toda la regulación comunitaria sobre la materia, y sustento de los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. La publicación de la convocatoria en el DOUE es un trámite fundamental para permitir el acceso a la licitación de los operadores económicos comunitarios y su omisión, en consecuencia supone, la omisión de uno de los trámites esenciales del procedimiento».

III. Los criterios jurisprudenciales en la tipificación de un contrato como concesión de servicios.

Tradicionalmente ha existido un problema de configuración conceptual en la delimitación de concesiones y contratos públicos (especialmente en el ámbito de los servicios), que ha sido objeto de una interesante doctrina del TJUE (de la que ya se ha dado cuenta por esta Junta Consultiva en su Recomendación 1/2011, de 6 de abril, y en su Informe 2/2014, de 22 de enero). Así, las Sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto Wasser, 10 de marzo de 2011, Asunto PrivaterRettungsdienst, y 10 de noviembre de 2011, Asunto Norma-A, SIA exigen que la tipificación responda a una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las Directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009 (Comisión/Alemania). Según esta doctrina consolidada, será un contrato de servicios, en el sentido de las Directivas, el

contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos, sino de servicios, tal y como se advierte en la STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Comisión/República Irlanda). Este mismo criterio se refleja en la STJUE de 29 de abril de 2010 (Comisión/República de Alemania), en la que se recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, sobre los que versa el asunto, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del anexo I A de la Directiva 92/50, o del anexo II A de la Directiva 2004/18, y en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 o del anexo II B de la Directiva 2004/18, de modo que los contratos que tienen por objeto tales servicios están sujetos a la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/50, o del artículo 22 de la Directiva 2004/18 (véase, en este sentido, la Sentencia de 24 de septiembre de 1998, *Tögel*, apartado 40).

Y solo existirá concesión de servicios si existe transferencia de riesgos. Lo ha definido bien el TJUE al afirmar que *«El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio»* (Sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada en el Asunto C-274/09).

La Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011, Norma-A y Dekom, se refiere a la transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato, y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios:

«48 El riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véase, en este sentido, la sentencia PrivaterRettungsdienstundKrankentransportStadler, antes citada, apartado 37).

49 En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios (sentencia PrivaterRettungsdienstundKrankentransportStadler, antes citada, apartado 38)».

Esta doctrina del TJUE ha sido aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por Acuerdos 55/2013 y 37/2014, del TACPA). Interpretación igualmente aplicada por otros órganos de recursos contractuales. Así, la Resolución 134/2013, de 19 de septiembre de 2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) hace suya la distinción entre el riesgo propio de todo contrato y el riesgo específico de los contratos de gestión de servicios públicos que realiza el TJUE en la Sentencia Norma-A y Dekom, y en las Resoluciones 154 y 220/2011 declara que la

asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios. Este mismo criterio ha sido compartido por el órgano de recursos contractuales de Cataluña (Resoluciones 24/2013, de 28 de enero, 50/2013, de 25 de marzo y 19 de septiembre de 2013), y por el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).

En consecuencia, es preciso comprobar si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Conviene recordar que aunque este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento (el TJUE, ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen y que permiten limitar los riesgos, como sucede con la Sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta, de 10 de septiembre de 2009, C 206/08), la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre.

IV. Los elementos de configuración como contrato de concesión de servicios en la Directiva 2014/23/UE, de concesiones, y su valor interpretativo.

La argumentación expuesta se ajusta a las previsiones de las nuevas Directivas de contratación pública de 2014, que debe transponer el Estado español antes del 18 de abril de 2016. Y aunque dicha normativa no se ha incorporado formalmente, no puede desconocerse su valor interpretativo, tal y como ya se ha advertido en nuestro Informe 7/2015, de 12 de mayo, al recordar que las previsiones de las Directivas de contratación pública, durante el plazo de transposición y hasta que ésta sea efectiva, deben desplegar, cuando menos, un efecto interpretativo que preserve el efecto útil de la nueva regulación (caracterizada, no se olvide, por el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea). Esto obliga a que se reinterpreten las normas nacionales

todavía no modificadas o adaptadas, en el sentido de «rechazar» las que suponen ir en contra de lo que ahora se regula. Por supuesto, se deberá aplicar ya la Directiva si son previsiones que desarrollan o refuerzan las previsiones de las anteriores Directivas, o si son plasmación de doctrina del TJUE. Esta «*anticipación jurídica*» (al menos con valor interpretativo) ha sido admitida por el propio TJUE, en la Sentencia de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító, apartado 37. Tesis del valor interpretativo aplicada igualmente por la Audiencia Nacional, en la Sentencia de 25 de febrero de 2015 (recurso 0000463 /2013).

El artículo 5.1 de la Directiva se refiere a la concesión de servicios, como «*un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago*».

Así, se admite, que la contraprestación del concesionario sea sólo el precio satisfecho por el usuario del servicio, sólo un precio contractual abonado por la Administración concedente, o bien una combinación de ambos, cuando el precio de los usuarios es “*subvencionado*” por la Administración. Pero el dato esencial es que concesionario asuma un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas, ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado, que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable. Idéntica definición, pero para las obras, incorpora para definir el contrato de concesión de obras.

Como se ve, esta normativa incide como nota esencial en el dato del riesgo operacional, que deberá ser compatible con el principio de equilibrio económico del contrato. En ella se deja claro qué tipos de riesgo se consideran operacionales y en qué consiste el riesgo significativo. Como recuerda el considerando 20 de la Directiva:

«Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario».

Este riesgo operacional se vincula a la utilización, pero permitiría pagos disponibilidad. Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio, e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Ya se ha señalado que este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre.

El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. Así, riesgos como los vinculados a una mala gestión, o a errores de apreciación del operador económico, no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. Pero tampoco puede olvidarse que aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones administrativas generaría más problemas, imposibilitaría en muchas ocasiones garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos. Por ello, en un sector donde exista un especial interés público a proteger, puede limitarse ese riesgo. Y sería posible establecer un sistema de retribución con ayudas públicas complementarias, siempre y cuando, con éstas, no se asuman por la Administración contratante prácticamente todas las pérdidas derivadas de la explotación, así como la diferencia entre las tarifas ordinarias y las especiales bonificadas de las que disfruten determinadas categorías de pasajeros (como se explica en la STJUE de 10 de noviembre de 2011, Norma-A).

Interesa mucho esta matización a la hora de interpretar el «nuevo» concepto de riesgo operacional, y su anclaje en la concepción tradicional del riesgo y ventura de las concesiones. Entender que la nueva normativa incrementa la variable riesgo en estos contratos puede suponer, no solo una quiebra de principios tradicionales, sino, principalmente, una limitación no querida por el propio texto, ya que las instituciones comunitarias consideran estratégica la nueva regulación de concesiones. Por ello, también las actuales reglas de reequilibrio financiero del contrato no parecen opuestas —más bien lo

contrario— al concepto de riesgo operacional. Y ello por la lógica de la aplicación del principio de proporcionalidad en contratos de larga duración y de complicadas relaciones jurídico-económicas (y financieras), que justifica una corrección a la idea del riesgo ilimitado por actuaciones no controladas por el concesionario, ajenas a su correcta gestión, o la debida diligencia en la planificación de la concesión. En todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico (como ya se explicará en nuestro Informe 24/2013, de 25 de noviembre, relativo al restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública).

V. De la necesidad de existencia de riesgo para la configuración de una concesión y su compatibilidad con ayudas públicas.

De lo argumentado se deduce que un contrato de transporte regular de viajeros no es, en todo caso, un contrato de concesión de servicios, pues necesariamente debe existir una transferencia del riesgo operacional. No existe libertad de tipificación y debe justificarse de forma suficiente que el sistema de retribución traslada cierto riesgo a la explotación del servicio. El hecho de ser una actividad de indudable interés público, o que se prevea la existencia de obligaciones de servicio público, tampoco altera las reglas de la correcta tipificación. Así, habrá que estar necesariamente a las reglas que sobre tal cuestión impone la normativa de contratación pública, tanto de la Unión Europea, como la nacional.

Como ya se especificaba en la *Comunicación interpretativa* del año 2000, relativa a las concesiones, existen ciertos indicios para distinguir una concesión de un contrato público:

- a) De una parte, el derecho del concesionario a cobrar peajes o tarifas a los usuarios por la utilización de las obras o la explotación de los servicios.

b) Y, de otra, de manera más relevante, la transferencia al concesionario de la responsabilidad de explotación, tanto por lo que se refiere a los aspectos técnicos, como financieros y de gestión. Esto significa que corresponde al concesionario: realizar las inversiones necesarias para poner la obra o el servicio a disposición de los usuarios; asumir la carga de la amortización; y soportar los riesgos vinculados a la construcción, gestión y frecuentación de la infraestructura o al establecimiento y explotación del servicio. El criterio de reparto de riesgos debería construirse desde la lógica de los riesgos que sea capaz de gestionar a un menor coste cada parte (*principio de transferencia óptima del riesgo*, que admite la Comisión, en la citada Comunicación, apartado 2.1.2).

La configuración del sistema de retribución debe contemplar esta exposición al riesgo, si bien debe insistirse en la idea de que es posible que dicho riesgo sea, desde el inicio, muy limitado como consecuencia de la configuración jurídico-pública del servicio, y no de la decisión de la entidad adjudicadora (apartados 66-80 de la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*). Por lo tanto, la posibilidad de percibir un pago por parte del órgano contratante, como contrapartida de la obra o servicio (como establecen los artículos 255.4 y 281 TRLCSP), no altera la naturaleza de la concesión, siempre y cuando no elimine el riesgo inherente a la explotación.

Tampoco un sistema de pagos por disponibilidad o de ayudas públicas que complementen al sistema de retribución, en sí mismo, alteran, *a priori*, esta posible transferencia de riesgos, siempre que no se utilicen para garantizar todos los costes operativos, pues desaparecería el riesgo de exposición a las reglas de funcionamiento del mercado. Como se ha señalado en el Acuerdo 37/2014, del TACPA, no existir transferencia de riesgos cuando la política tarifaria elimina, *per se*, la capacidad de adoptar decisiones de carácter empresarial para captar usuarios, o cuando con la misma se garantiza el reequilibrio financiero del contrato.

Existirá pues un contrato de servicios y no de concesión cuando: a) el reembolso de la financiación corre a cargo del órgano de contratación, sin riesgos vinculados a la gestión; o b) si mientras dura el contrato, o al término del mismo, el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación (Comunicación interpretativa del 2000, págs. 3 y 4). En este caso, la compatibilidad de la financiación adicional debe ser analizada a la luz del Derecho de la Unión Europea sobre ayudas públicas, tal y como se ha advertido en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 12/2010, de 23 de julio.

Estos criterios han sido tenido en cuenta, por ejemplo, por la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana, que ha concluido la imposibilidad de utilizar la figura concesional para la prestación de los servicios públicos de recogida de residuos urbanos y de limpieza viaria, cuando la retribución del contratista no depende de la explotación del servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados y sin competencia (Informes 4/2011, de 22 de noviembre, y 4/2012, de 9 de mayo).

Por último, no se podrá calificar un contrato como concesión si existe una situación de garantía de reequilibrio del contrato que venga a eliminar la exposición al riesgo de posibles pérdidas. Las ayudas públicas dirigidas en tal caso a preservar la continuidad del servicio al margen de la diligencia empresarial del contratista obligan a calificar al contrato como contrato de servicios.

Como conclusión, puede afirmarse que no existirá la posibilidad de concesión en los supuestos en que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos *«ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y a los costes que el operador económico deba asumir en relación con la*

ejecución del contrato» (considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE), ni *«cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato»* (considerando 19 de la citada Directiva). Por el contrario, estaremos en presencia de una concesión, aun cuando *«la remuneración proceda exclusivamente del poder o entidad adjudicadora, siempre que la recuperación de las inversiones y costes satisfechos por el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios dependa de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios»* (considerando 18 de la citada Directiva). Como precisan, tanto la Directiva como los criterios del *Eurostat* en aplicación de las normas SEC 2010, el riesgo operacional debe derivarse de *«factores externos que escapen del control de las partes»* (considerando 20) y, por lo tanto, ajenos a las condiciones en las que el concesionario ejecuta el contrato. Es decir, que se trata de un riesgo que, aunque previsible, debe ser incierto.

Y nada impide que, aun calificado como contrato de servicios por no existir efectiva transferencia de riesgos, se puedan imponer las obligaciones de servicio público que para este tipo de prestaciones regula la normativa sectorial de transporte, así como cualquier otra regulación que tenga por finalidad garantizar la correcta prestación del servicio. Así lo ha admitido, por lo demás, esta Junta en su Informe 2/2014, de 22 de enero, donde se analiza la posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios.

III. CONCLUSIONES

I. La calificación de un contrato de prestación de transporte terrestre regular debe realizarse teniendo en cuenta los criterios que para tal tipificación se establecen en la normativa de contratación pública.

II. Para la tipificación como concesión es nota esencial el que exista transferencia de riesgos. La configuración del sistema de retribución debe contemplar esta exposición al riesgo, si bien es posible que dicho riesgo sea, desde el inicio, muy limitado como consecuencia de la configuración jurídico-pública del servicio, y no de la decisión de la entidad adjudicadora. La posibilidad de percibir un pago del órgano contratante, como contrapartida del servicio, no altera la naturaleza de la concesión, siempre y cuando no elimine el riesgo inherente a la explotación. Tampoco un sistema de pagos por disponibilidad, o de ayudas públicas que complementen al sistema de retribución, en si mismo, alteran, a priori, esta posible transferencia de riesgos, siempre que no se utilicen para garantizar todos los costes operativos, pues desaparecería el riesgo de exposición a las reglas de funcionamiento del mercado.

III. No existirá la posibilidad de concesión en los supuestos en que el poder adjudicador alivie al operador económico de cualquier posible pérdida, garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y a los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato, ni cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo, estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen la inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato.

IV. Resulta posible que, aun calificado el contrato como de servicios por no existir efectiva transferencia de riesgos, se puedan imponer en el pliego las obligaciones de servicio público que para este tipo de prestaciones regula la normativa sectorial de transporte, así como cualquier otra regulación que tenga por finalidad garantizar la correcta prestación del servicio.

V. La previsión del artículo 7.2 del Reglamento 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, que exige un Anuncio de información previa relativo a un contrato de servicio público, resulta de directa aplicación, aunque no se contemple en el TRLCSP. La omisión de dicho trámite comportará la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho.

Informe 13/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 30 de septiembre de 2015.