

**LA COMPETENCIA
EN EL TRANSPORTE PÚBLICO
DE VIAJEROS POR CARRETERA.**

Un decálogo de diecisiete razones que restringen la competencia.

En defensa del sistema concesional

Fernando José Cascales Moreno



MADRID 2021

Cascales Moreno, Fernando José. *La competencia en el sector del transporte público de viajeros por carretera. Un decálogo de diecisiete razones que restringen la competencia. En defensa del sistema concesional* (2021)

La competencia en el transporte público de viajeros por carretera. Un decálogo de diecisiete razones que restringen la competencia. En defensa del sistema concesional.

Fernando José Cascales Moreno

Abogado. Académico

Del Cuerpo Técnico de Inspección del Transporte Terrestre

Ex Director General de FFCC y Transportes por Carretera, y del INTA

Ex Presidente del Consejo Superior de Obras Públicas y de INSA

Ex Inspector General de Servicios Ministerio Transportes, Turismo y Comunicaciones

FICHA TÉCNICA

Resumen: *El presente estudio expone las razones por las que, como consecuencia de una larga serie de prácticas administrativas relativas a la contratación pública, la competencia en el sector (en especial, servicios públicos concesionales regulares de transporte de viajeros por carretera permanentes de uso general y de uso especial), está muy restringida. Esta situación actual, que ya perdura desde hace aproximadamente más de una década, que se ha agudizado en los últimos años, se debe, esencialmente, a una gestión pública que no obedece a los preceptos jurídicos que son de aplicación, afectando tanto a los servicios de titularidad estatal, como de las CCAA y de las Corporaciones locales.*

Palabras clave: *servicios de transporte público regular permanente de uso general y de uso especial, régimen concesional del transporte público de viajeros por carretera, contratación pública en el sector del transporte público de viajeros por carretera, competencia en el transporte público de viajeros por carretera, transporte público de viajeros por carretera.*

INDICE SISTEMÁTICO

Pág.

Presentación	11
I.INTRODUCCIÓN	14
II.CAUSAS DE LA QUIEBRA DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA ...21 a 132	
1.-Ampliación (reiterada) de los plazos concesionales de las líneas regulares	24
2.-Continuidad en la prestación del servicio público concesional caducado.....	41
3.-Reiterada anulación de los pliegos reguladores de los concursos.....	48
4.-Convocatorias de los concursos sin seguimiento del orden de vencimiento de las concesiones.....	51
5.-Ausencia de licitaciones.....	53
6.-Excesiva valoración de orden discrecional de las ofertas.....	60
7.-Cláusulas en los pliegos reguladores del concurso con barreras de entrada y ventajas anticompetitivas que favorecen a la empresa concesionaria que viene prestando el servicio.....	64
8.-Justificación de las ofertas desproporcionadas; el Informe técnico del art.149 LCSP.....	72
9.-Las concesiones zonales y el transporte escolar.....	78
10.-La realización de transporte de escolares en las líneas regulares.....	85

11.-La gestión indirecta de las estaciones de autobuses de titularidad pública por empresas de transporte de viajeros por carretera.....	89
12.-Servicios urbanos regulares y turísticos adjudicados en exclusiva requiriéndose experiencia previa.....	96
13.-Actuaciones de no competencia entre empresas.....	113
14.-Formación de UTES entre empresas que cumplen individualmente todos los requisitos exigibles para licitar	115
15.-Concursos de transporte escolar (transporte regular permanente de uso especial); situaciones de posible cártel detectadas por la CNMC en las licitaciones.....	116
16.-Omisión del deber de publicación de las licitaciones conforme a la Ley de Contratos del Sector Público y la normativa comunitaria.....	123
17.-Concentración en un solo Lote a licitar de numerosos servicios regulares permanentes uso general.....	128
III.CONCLUSIONES.....	133
IV.REFLESIONES FINALES.....	141

PRESENTACIÓN

El presente estudio tiene por objeto dejar constancia de la situación actual del sector del transporte público de viajeros por carretera, en lo que se refiere a la competencia dentro del mismo.

No es pues objeto del presente documento el análisis de la competencia de este sector con respecto a otros con los que compite, como el ferrocarril y la navegación aérea.

En este estudio se recogen los principales hechos, que están totalmente acreditados en cuanto a su existencia, que perturban en mayor o menor medida la competencia dentro del sector, por los que se concluye objetivamente que el grado de competencia, a la presente fecha, no es satisfactorio.

Teniendo en cuenta que la mayor parte de tales hechos vienen afectando o produciéndose en el sector desde hace más de una década, sin que se escuchen demasiadas voces que los evidencien (lo que constituye

una de las causas para que se haya podido llegar a una situación que por su duración ya es crónica), se ha ponderado que integrar en un solo documento las principales causas que restringen la competencia (ya por el mercado, ya dentro del mercado), es ya ineludible, al menos para que quede constancia de estos oscuros años de discurrir del sector.

No es pues la pretensión de este estudio la de esperar que la situación cambie de modo que exista en el sector la competencia que la normativa (comunitaria e interna, ya sectorial, ya reguladora de la contratación pública) dibuja, pues por un conjunto de razones no alcanzo a ser optimista.

No atisbo duda alguna que si el estado de la cuestión referida a la competencia en el sector que se describe es negativo para la supervivencia de muchas empresas, en un escenario en el que competir resulta sumamente difícil, la pandemia que se sufre ha agravado la situación, máxime cuando por lo general, y aun así en cuantías muy escasas, solamente se han otorgado ayudas directas a los

servicios concesionales (regulares permanentes de uso general).

No puede dejarse de omitir que el conjunto de razones o hechos que se describen en el presente documento, conforma un sector en el que el rasgo más característico es el de la inseguridad jurídica.

En un momento en el que España se encuentra en una situación económica gravísima, es más preciso que nunca, para poder remediar la crisis, que exista una competencia satisfactoria en el sector, pues en definitiva ello no es sino favorecer a las mejores empresas, sin la existencia de un marco que proteja a ciertas empresas, sin que ellas lo pretendan o promociones, de forma artificial, esto es, en base a las limitaciones a la competencia que se examinan en este estudio.

I. INTRODUCCIÓN

La “política de la competencia”, en palabras de Leon Brittan, *“consiste fundamentalmente en dejar que la economía de mercado funcione; debe fomentarse la competencia entre empresas y evitarse la protección conferida por los Gobiernos; la política de la competencia de la Comunidad Europea es un medio para lograr un fin, y no un fin en sí misma”*.

Pero la competencia ha de seguir las pautas de la normativa sectorial y reguladora de la contratación pública, debiéndose de elegir, en cada caso, dentro de los posibles preceptos aplicables, aquel que mejor fomente la competencia (principio “*pro competencia*”).

En la UE toda “política común”, y en consecuencia también la **“política común de transportes”**, **en definitiva lo que significa son normas especiales de competencia** (en un entorno de liberalización, que no de desregulación). Así, el art. 58 TFUE dispone que *“la libre prestación de servicios, en materia de transportes, se*

regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes".

Se afirma, pues, la necesidad dentro del futuro de la Unión, de una política especial de la competencia en materia de transportes (Titulo VI del Tratado), esto es, del cumplimiento de reglas especiales distintas de las generales sobre la competencia (Título VII) que es lo que, básicamente, como se ha dicho ya, implica la "política común de transportes".

Las distintas clases de servicios de transporte público de viajeros por carretera están ampliamente reguladas en la normativa emanada de la UE, dentro de su "*política común de transportes*" (art.58 TFUE y Titulo VI del Tratado; arts.91.1 y 100.1), de forma que la legislación nacional (Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres / LOTT y su Reglamento de aplicación - Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre / ROTT), que se adecua a esta normativa, en lo esencial no aporta nada relevante en lo concerniente al acceso a la actividad y su desarrollo.

Respecto de la contratación pública de esta clase de servicios, estando liberalizados los servicios discrecionales, respecto de los servicios regulares permanentes de uso general (líneas regulares) y de uso especial (transporte de escolares y de trabajadores), es la Directiva 24/2014 junto con el Reglamento UE 1370/2007 los que regulan la materia, a cuyos preceptos se acomoda igualmente la vigente Ley 9/ 2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Atrás quedaron los denominados derechos de tanteo de los servicios regulares permanentes de uso general sobre los de la misma clase de uso especial (transporte escolar y de trabajadores / art.108 ROTT – redacción originaria), así como también las fórmulas que beneficiaban a las empresas que venían prestando las concesiones en los concursos para su renovación (contempladas en la Ley de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera, de 27 de diciembre de 1947, así como en la LOTT/art.74.2 y ROTT/art.73.3 hasta las reformas - Plan de Modernización del TT 1996-1999 operadas en éstas - RD 927/98, de 14 de mayo). Y

también los regímenes de contingentación cero para el acceso a las autorizaciones, que se derogó por el RD 1136/97, de 11 de julio, desarrollado por la OM de 23 de julio de 1997, que además modificó el régimen de autorizaciones, pasando de la autorización al vehículo a la "autorización de empresa". Igualmente atrás quedó la empresa pública ENATCAR (privatizada en 1999 durante la etapa del dicente como DG de FFCC y T. Carretera / RD Ley 6/1998, de 5 de junio), que prestaba directamente (aunque subcontractaba la realización de expediciones a empresas privadas / sin licitación o concurrencia alguna) un importante número de concesiones (las más importantes), excluyéndolas de la "competencia por el mercado".

Así pues, a la llegada del dicente (1996) al cargo de Director General de FFCC y T. Carretera, entre la existencia de ENATCAR (procedente de la antigua ATCAR), los enunciados derechos de tanteo de las concesiones sobre el transporte escolar, la fórmula para decidir los concursos en caso de empate y el régimen de contingentación para obtener nuevas autorizaciones de

transporte (dentro del mercado y para acceder a éste – con el consiguiente discriminatorio sistema de compraventa de autorizaciones), se puede afirmar que el nivel de competencia existente en el sector del transporte público de viajeros era altamente insatisfactorio (inadecuación de nuestro Derecho interno al Ordenamiento jurídico comunitario, lo que se corrigió con la aplicación de las medidas del Plan de Modernización del TT 1996-1999).

La normativa vigente configura un régimen de competencia en el que básicamente, para acceder al mercado y poder operar dentro de él (respecto de las distintas clases de servicios), se precisa reunir los requisitos de honorabilidad, capacidad económica y financiera que dispone el Reglamento UE 1071/2009, modificado por el Reglamento UE 1055/2020.

Además, se contempla la posibilidad de que los servicios regulares puedan Reglamento UE 1370/2007), en tanto que esenciales, ser de la titularidad de las Administraciones públicas, y en

consecuencia reservarse su otorgamiento (publicatio), como gestión indirecta, en exclusiva (“competencia controlada”), **por medio de una contratación pública abierta y no discriminatoria** (servicios públicos regulares permanentes de uso general – contratos de concesión de servicios/régimen concesional de las líneas regulares y servicios públicos regulares permanentes de uso especial – contrato de servicios/régimen de autorización administrativa).

No obstante la claridad de esta normativa, cuyo cumplimiento derivaría en una competencia efectiva y no discriminatoria ya por el mercado (servicios concesionales, en los que rige la exclusiva en la explotación de los tráficos- contratos de concesión de servicios), ya dentro del mercado (resto de servicios que no se prestan en exclusiva y se otorgan por autorización administrativa), **es lo cierto que la gestión pública llevada a cabo, especialmente durante la última década, se ha separado parcialmente de su observancia.**

En otros casos, si bien no puede explicitarse que se vulnere la normativa, es lo cierto que en los pliegos reguladores de los concursos se imponen con frecuencia ciertos requisitos desproporcionados o innecesarios, que restringen la competencia hasta niveles muy notorios, creando barreras de entrada, así como valoraciones de orden discrecional (no regladas o aritméticas) excesivamente definitorias de la adjudicación.

Todo ello provoca que **de hecho, que no de Derecho, no exista un sistema real de competencia satisfactorio (fundamentalmente respecto de las líneas regulares), pese a la existencia de una normativa (y doctrina jurisprudencial) comunitaria e interna (Estado y CCAA), tanto reguladora de la contratación pública, como sectorial, que favorece una competencia real y efectiva.**

II. CAUSAS DE LA QUIEBRA **DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA**

A lo largo de la presente colaboración, de forma sucinta se van a exponer los supuestos más significativos en los que, ya por incumplimiento de la normativa, ya por una aplicación de la misma que restringe la competitividad, ya en mucho menor medida por actuaciones anómalas de las empresas, la distorsión del régimen de competencia en este sector es patente, lo que seguramente no tiene similitud en ningún otro sector.

Alguno de estos supuestos, por sí solos, invalidan la existencia de un régimen de competencia tal y como requiere el Ordenamiento jurídico, en tanto que si bien otros tienen un menor efecto, la suma de todos ellos deriva en un escenario negativo que no es posible seguir ocultando.

Las causas principales que originan la quiebra de un régimen de competencia satisfactorio en el sector, según el decálogo (conjunto de reglas que se

consideran básicas para una actividad) **que relaciono, son:**

1.- Ampliación (reiterada) de los plazos concesionales de las líneas regulares

2.- Continuidad en la prestación del servicio público concesional caducado

3.- reiterada anulación de los pliegos reguladores de los concursos

4.- Convocatorias de los concursos sin seguimiento del orden de vencimiento de las concesiones

5.- Ausencia de licitaciones

6.- Excesiva valoración de orden discrecional de las ofertas

7.- Cláusulas en los pliegos reguladores del concurso con barreras de entrada y ventajas anticompetitivas que favorecen a la empresa concesionaria que viene prestando

el servicio

8.- Justificación de las ofertas desproporcionadas o temerarias; el Informe técnico del artículo.149 LCSP

9.- Las concesiones zonales y el transporte escolar

10.- La realización de transporte de escolares en las líneas regulares

11.- La gestión indirecta de las estaciones de autobuses de titularidad pública por empresas de transporte de viajeros por carretera

12.- Servicios urbanos regulares y turísticos adjudicados en exclusiva requiriéndose experiencia previa

13.- Actuaciones de no competencia entre empresas

14.- Formación de UTES entre empresas que cumplen individualmente todos los requisitos exigibles para licitar

15.- Concursos de transporte escolar (transporte

regular permanente de uso especial); situaciones de posible cártel detectadas por la CNMC en las licitaciones

16.- Omisión del deber de publicación de las licitaciones conforme a la Ley de Contratos del Sector Público y la normativa comunitaria

17.- Concentración en un solo Lote a licitar de numerosos servicios regulares permanentes de uso general

A continuación, de forma resumida, se examina cada una de estas causas.

II.1.- Ampliación (reiterada) de los plazos concesionales de las líneas regulares

Como ampliamente refiero en mi Libro *"Evolución histórica del Ordenamiento jurídico de los servicios públicos regulares interurbanos de transporte de viajeros por carretera a tracción mecánica en España"* (2005), **los servicios públicos permanentes de uso general (líneas regulares), que se prestan por concesión administrativa son, en general, con los lógicos**

cambios de itinerario y tráficos, los mismos que se empezaron a crear bajo la primera normativa reguladora de esta clase de servicios (Real Decreto de 4 de julio de 1924, regulador de los servicios públicos de transportes mecánicos rodados sobre vías ordinarias del Estado, Mancomunidad, Diputaciones y Ayuntamientos, y su Reglamento de desarrollo aprobado por la Real Orden de 11 de diciembre de 1924).

Se llega así las Leyes de Coordinación de los Transportes Mecánicos Terrestres y de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera, de 27 de diciembre de 1947, que fueron desarrolladas por sus respectivos Reglamentos (Decretos) de aplicación, de fechas, respectivamente, de 16 y 9 de diciembre de 1949, que reafirman y consagran, la exclusividad en la prestación de los servicios, “convalidando” las concesiones existentes, si bien éstas no quedaron sujetas a plazo alguno.

Pero aunque la normativa posterior reguladora de los contratos del Estado (Decreto 923/1.965 por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado y posterior RD Legislativo 2/2.000, de 16 de junio,

por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), que expresamente disponen su no retroactividad, fijaron el plazo de vencimiento, respectivamente, en 99 y 25 años, la ST del T. Supremo de 4 de abril de 1964 estableció que el plazo habría de aplicarse según determinase la normativa reguladora de la contratación pública, de donde a partir de entonces estos servicios vieron limitado el plazo de las respectivas concesiones (el Decreto 923/1965, que estableció este plazo en 99 años, dispuso en su art.61 que *"los servicios no podrán ser contratados en régimen de monopolio, salvo que una Ley lo autorice expresamente"*, no pudiendo tener *"la gestión carácter perpetuo o indefinido"*) a 99 años (aplicación de este Decreto 923/1.965, en lo relativo al plazo máximo de las concesiones).

Estos servicios, convalidados, tal y como se ha expuesto, por la Ley de 27 de diciembre de 1947, de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera, a su vez fueron también convalidados por la Disposición transitoria segunda de la vigente LOTT, fijándoles un plazo

de caducidad que expiraría a los 20 años de esta convalidación. Así pues, la LOTT a través de esta nueva "convalidación" (la "convalidación" es un nuevo servicio), lo que hizo es reducir notablemente el plazo de las concesiones entonces vigentes.

Los plazos de los contratos concesionales de estas líneas regulares fueron posteriormente prorrogados (en todas las líneas regulares tanto de la titularidad del Estado, como de las CCAA) por cinco años más a través de lo dispuesto en el artículo 167 de la Ley 13/96, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, condicionando esta prórroga a procesos de mejora de los servicios, así como a la congelación tarifaria de los mismos durante dos años.

Con posterioridad a esta ampliación en cinco años de los plazos concesionales, **la práctica totalidad de las CCAA ampliaron nuevamente tales plazos (en cinco e incluso diez años)** mediante Leyes que, en general, condicionaban esta medida a la modernización de los servicios (inversiones), resultando que incluso algunas CCAA, un vez finalizados estos nuevos plazos, volvieron a

otorgar nuevas prórrogas de los contratos (como recientemente la Comunidad del P. de Asturias-5ª prórroga), siendo la última de estas medidas la ampliación de los plazos por la Comunidad de Madrid (en cinco años) operada en diciembre de 2019.

La **CNMC, en base a que algunas de estas ampliaciones de los plazos concesionales contravenían el art.8-Disposiciones transitorias del Reglamento UE 1370/2007 (regulador de la contratación pública de esta clase de servicios – interpretado por la Comunicación de la Comisión 2014/C 92/01), impugnó las ampliaciones de plazos otorgadas por las Comunidades de Valencia y Galicia, que fueron anuladas** (por infracción de dicho Reglamento UE 1370/2007) por las sentencias del T. Supremo de 14.3.2016 (Sección 3ª de lo Contencioso-Administrativo) 595/2016 (recurso casación 1832/2013) y 585/2016 (recurso casación 3718/2012), relativas, respectivamente, a las prórrogas que fueron otorgadas por los gobiernos de las Comunidades Valenciana y Gallega.

Más recientemente, el Tribunal Justicia UE (Sala Décima) ha dictado su sentencia de 19 de marzo de 2020 (Asunto C-45/19 - «Procedimiento prejudicial — Reglamento 1370/2007-Artículo 8.3 - Régimen transitorio - Expiración de los contratos de servicio público»), sobre la determinación de la fecha partir de la cual empieza a correr el plazo máximo de 30 años establecido en dicho precepto.

Debe aclararse, aunque sea someramente, que a partir de la entrada en vigor de este **Reglamento UE 1370/2007**, contemplándose la vigencia de los servicios en explotación según las limitaciones temporales de su art.8 (Disposición transitoria), los servicios regulares que se otorguen con exclusiva en la explotación de los tráficos (régimen concesional vigente en España), establece también que **el plazo máximo de los mismos no puede superar los 10 años (art.4.3)**, lo que obligó a una reforma de la LOTT al objeto de adecuarse a este precepto (art.72.4 LOTT), al que también se adecua el art.29.1 y 6 de la LCSP.

A ello debe de sumarse además, el supuesto general que establece este art.29 LCSP respecto de los contratos de concesión de servicios, de poder ampliar hasta en un 15 % la duración inicial por razón de restablecimiento del equilibrio económico de las concesiones en los supuestos tasados legalmente en que así sea procedente (art.270 y 290 LCSP).

Lógicamente, a efectos de determinar en los nuevos concursos el plazo de las concesiones de que se trata, habrá de tenerse también en consideración lo prevenido en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la economía española y en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, que la desarrolla, razón por la que las licitaciones habidas en los últimos cuatro años han previsto unos plazos contractuales de menos de 10 años (normalmente, de 6 años).

No obstante, el **Reglamento UE 1370/2007 contempla la posibilidad, de carácter excepcional, de ampliar los plazos concesionales (sin que quepa la prórroga de los servicios ya prorrogados al**

amparo de sus preceptos). Estos supuestos son los del art.4.4 y 5.5 del Reglamento UE 1370/2007, que previenen la posibilidad, respectivamente de:

- prolongar durante, como máximo, la mitad del período original si el operador de servicio público aporta elementos del activo que sean a la vez significativos en relación con la totalidad de los activos necesarios para prestar los servicios de transporte;
- en el caso de riesgo inminente de interrupción del servicio (normalmente, por no haberse licitado a tiempo) que pueda decretarse la medida de emergencia de ampliación del plazo concesional por un periodo máximo de 2 años. Estos preceptos tienen su correspondencia similar en los arts. 72.4 LOTT (respecto del aptdo.4 del art.4 Reglamento 1370/2007) y 85 LOTT (aptado.5 del art.5 del mismo Reglamento UE).

Así, la redacción de estos preceptos es la siguiente:

- Reglamento (CE) No 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de

viajeros por ferrocarril y carretera (aptdo. 4 del art.4 Reglamento 1370/2007) y 85 LOTT (aptdo.5 del art.5 del mismo Reglamento UE).

- Artículo 4.4. *"En caso necesario y, habida cuenta de las condiciones de amortización de los activos, la duración del contrato de servicio público podrá prolongarse durante, como máximo, la mitad del período original si el operador de servicio público aporta elementos del activo que sean a la vez significativos en relación con la totalidad de los activos necesarios para prestar los servicios de transporte de viajeros objeto del contrato de servicio público y que estén relacionados predominantemente con estos".*

- Artículo 5.5. *"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”.

➤ Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres

- Artículo 85. *“No obstante lo dispuesto en los artículos 72.4 y 73.1, en caso de interrupción de un servicio público de transporte regular de viajeros de uso general o de riesgo inminente de que dicha interrupción se produzca, la Administración podrá adoptar una medida de emergencia en forma de adjudicación directa o de acuerdo formal de prórroga de un contrato de gestión de servicio público o de exigencia de prestar determinadas obligaciones de servicio público. El acuerdo en este sentido del órgano contratante de la Administración pondrá fin a la vía administrativa, será inmediatamente ejecutivo y su cumplimiento resultará obligatorio para el contratista. La duración del contrato que se adjudique o de la prórroga que se imponga en el supuesto*

anteriormente previsto no podrá ser superior a dos años”.

Los efectos de este artículo 85 LOTT han sido objeto de la sentencia del Tribunal Supremo (Sección Cuarta de lo Contencioso-Administrativo) nº 1066/2020, de 21 de julio (recurso nº 7567/20218), declarándose que el ejercicio de la potestad reconocida a la Administración de imponer la prórroga forzosa es considerado como análoga a la potestad del *ius variandi* que faculta a la Administración para acordar unilateralmente la modificación del objeto del contrato, con la obligación por su parte de compensar o indemnizar al concesionario la mayor onerosidad del contrato que ello conlleve. *Ius variandi* que no se produce cuando la continuación en la prestación del servicio se mantiene en precario y tolerado por la sociedad adjudicataria, como así ocurre una vez transcurrido el término de la prórroga y se continua en la prestación del servicio ya caducado. Así pues, el contratista tiene derecho a las indemnizatorias derivadas de los gastos en que haya incurrido por la prestación del servicio o por el déficit económico sufrido. La prórroga forzosa impuesta adquiere la naturaleza jurídica de

imposición de una obligación de servicio público, por lo que los efectos de la continuidad en la prestación del servicio deben ser distintos cuando no existe esa imposición de obligación a cuando sí existe. Por ello, si vencido el contrato el contratista asume la continuidad en la prestación del servicio de forma voluntaria y en precario atendiendo a su propio interés comercial no existe la consideración como obligación de servicio público que justifique la indemnización por el déficit que origine la prestación del servicio. En cambio, cuando la prestación se ejerce en virtud de una prórroga forzosa acordada por la Administración al amparo de la LOTT, el carácter obligatorio de la prestación del servicio para el contratista, excluye, de ser deficitario el servicio, la asunción por éste de las pérdidas económicas en base al principio de riesgo y ventura en la gestión del servicio, aplicable con carácter general a los contratos administrativos de transporte, pero no así a las obligaciones de servicio público impuestas por la Administración contratante.

Sobre la ampliación de los plazos concesionales

conforme a lo previsto en el art.4.4 del Reglamento UE 1370/2007, cabe significar que **si en lugar de haberse aplicado la ampliación de los plazos concesionales a costa de la realización por las empresas concesionarias de ciertas inversiones de mejora (posibilidad contemplada en la norma con carácter excepcional), se hubieran licitado los servicios, claramente tales mejoras (material móvil, reducción de las tarifas, etc.) hubieran tenido incluso mayor entidad como consecuencia de las ofertas presentadas en las licitaciones** (como así se ha venido acreditando en la última década mediante las escasas licitaciones habidas).

Por esta objetiva razón, a mi juicio estas ampliaciones generalizadas de los plazos contractuales no han tenido una justificación válida, ya que por la vía ordinaria concursal se habrían alcanzado al menos los mismos resultados.

No es pertinente similar valoración con relación a las ampliaciones de los plazos concesionales por razón de impedir la interrupción del servicio, puesto que estos

casos sí están claramente justificados. No obstante, estos supuestos denotan una falta de diligencia de los poderes públicos, ya que siendo el motivo de estas ampliaciones que el servicio no se ha licitado a tiempo, carece de justificación no haberse procedido a tal licitación, ya que los vencimientos de las concesiones son evidentemente conocidos con muchos años de antelación.

Así pues, independientemente de que no todas las ampliaciones de los plazos concesionales han sido irregulares (ya por contravenir el art.8 del Reglamento UE 1370/2007, ya por haber aplicado más de una vez la prórroga prevista en el art.4.4 del mismo Reglamento), cuestión ésta sobre la que no es posible examinar cada caso por razón de espacio, lo cierto es que **la no licitación de los servicios (líneas regulares) concesionales al vencimiento del plazo contractual ha originado una grave distorsión de la competencia (por el mercado)**, al impedir a las empresas no concesionarias de tales servicios poder acceder a su prestación.

Y si tenemos en consideración que **una gran parte**

de estas concesiones llevan incluso muchas décadas explotándose por las mismas empresas, sin que muchas de ellas hayan sido licitadas, podemos afirmar que el nivel de competencia real no es el que la norma persigue.

En último término, y por lo que a la materia de la ampliación de los plazos concesionales se refiere, resaltar que como modo de reequilibrio económico de las concesiones por razón de los efectos de la pandemia que se sufre, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en su art. 34.4 prevé la ampliación de la duración inicial del contrato de concesión de servicios hasta un máximo de un 15 por 100 del plazo inicial de la concesión (o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato), previsión que siendo conforme con lo estipulado en el art.29 LCSP, no se ha aplicado ni por el Ministerio de Transportes ni por ninguna Comunidad Autónoma (como modo de resarcimiento económico frente a las medidas restrictivas de los estados de alarma

/ *factum principis*). Sobre este particular, no debe de omitirse lo previsto al efecto en el art.3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, a cuyo tenor:

➤ *"Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes"*).

Es en este anterior orden de cuestiones que llama la atención que siendo las CCAA tan proclives a ampliar los plazos de vencimiento de los servicios concesionales, en cambio (salvo Andalucía) no hayan prorrogado los plazos de vencimiento de los contratos de transporte escolar, al objeto de ayudar a las pequeñas y medianas empresas que prestan estos servicios, como consecuencia de los perjuicios sufridos por la pandemia.

Teniendo en cuenta que, frente a los servicios concesionales, que si han sido objeto de ayudas

económicas directas (aunque escasas), y que las empresas dedicadas solamente a los servicios discrecionales, turísticos y de escolares (la gran mayoría) no han sido objeto de esta clase de ayudas directas (pese a que sus ingresos durante ya más de un año, en la mayoría de los casos han sido nulos), no se acierta a comprender que tales prorrogas del plazo de vencimiento de los contratos de transporte escolar no hayan sido otorgadas, como modo de ayuda a estas pequeñas y medianas empresas, cuya continuidad, en un ingente número, está más que comprometida.

Resulta altamente **significativo que a pesar de estas reiteradas y continuas ampliaciones de los plazos concesionales, que permiten una planificación al objeto de poder planificar los respectivos mapas concesionales y publicitar a tiempo los concursos para su adjudicación en la forma reglamentaria, exista un número tan notorio de servicios concesionales (MITMA y algunas CCAA) que no se han licitado y se vienen explotando a precario, esto es, sin título contractual alguno.**

II.2.- Continuidad en la prestación del servicio público concesional caducado

Como es la regla general impuesta por el Ordenamiento jurídico, a la finalización del plazo contractual caduca la concesión (arts.2029 y 210.1 LCSP y 82.1 y 2 LOTT), debiéndose de proceder a la adjudicación por concurso de un nuevo contrato (art.88.1 ROTT), cuya convocatoria y pliego de bases ha de anunciarse con la debida antelación a efectos de que al vencimiento de la concesión pueda haberse finalizado el procedimiento referido al nuevo contrato de concesión de servicios (convocatoria que, además, ha de ser objeto del anuncio previo en el DOUE, con una antelación mínima de un año al inicio del procedimiento de licitación, de acuerdo con lo dispuesto en el art.7.2 del Reglamento UE 1370/2007).

Pues bien, pese a la literalidad de estas disposiciones, que son básicas y esenciales en la contratación pública y fundamentales en orden a un sistema de competencia no discriminatorio, es lo cierto

que, a pesar de haberse aplicado la prórroga forzosa de dos años del art.85 LOTT, las concesiones de muchas CCAA e incluso del Ministerio de Transportes (sobre treinta de un nº total cercano al centenar) llevan caducadas incluso cinco años y en algunos casos todavía un plazo mayor, continuándose así explotándose, a precario, por las mismas empresas que vinieron siendo concesionarias.

Este hecho, que **afecta también a multitud de servicios (líneas regulares) de la titularidad de algunas CCAA constituye, a mi juicio, una situación irregular**, que no tiene similitud alguna en ningún otro sector, y que por sí solo permite afirmar la existencia de un alto nivel de falta de competencia (por el mercado) en el sector del transporte público de viajeros por carretera.

Ello ha originado una quiebra muy relevante del régimen concesional de la clase de servicios públicos de que se trata, que precisamente justifica la explotación en exclusiva de los tráficos en el hecho de que exista una leal competencia por el

mercado, esto es, que los servicios se liciten para que al vencimiento de los plazos concesionales se adjudique un nuevo contrato público.

No existiendo justificación alguna para tan notoria anormalidad, resulta que, a mayor abundamiento de lo que hasta ahora se ha expuesto, la competencia en este sector del transporte público de viajeros en autobús es un tanto imaginaria, **lo que perjudica incluso a las empresas que de esta forma continúan prestando el servicio, ya que la explotación a precario de los servicios plantea toda una serie de problemáticas e inseguridad jurídica que no las beneficia.**

Las Administraciones públicas vienen permitiendo esta explotación a precario y sin título alguno, habiéndose llegado incluso al reconocimiento de esta situación irregular en el art.24.2 del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, que expresamente prevé (para los servicios de titularidad del Ministerio de

Transportes) el reequilibrio económico de estos contratos caducados (utilizándose la definición de "*los contratos cuyo periodo de recuperación de la inversión haya concluido*"), lo que a mi entender constituye un extravío jurídico, por cuanto que un contrato caducado o extinguido, al ser inexistente, no puede ser objeto de reequilibrio económico alguno.

Además, si estas empresas vienen prestando el servicio sin título alguno, a precario, es de forma voluntaria, pues la Administración no las obliga (ni las puede obligar) a continuar en la prestación, de donde a mayor abundamiento se deduce la falta del derecho a ser resarcido por la Administración pública. Respecto a esta cuestión, reiterar aquí el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo más atrás comentada, nº1066/2020, de 21 de julio (recurso nº 7567/20218), que apoya la improcedencia de estas indemnizaciones a favor de las empresas prestatarias de servicios extinguidos.

Es incuestionable que no existiendo contrato alguno, la Administración no puede obligar a la empresa a que preste el servicio conforme al contenido de dicho contrato,

como tampoco sancionar por prestar un servicio careciendo del correspondiente título, ya que la prestación se realiza con su consentimiento, lo que plantea otras consideraciones jurídicas de suma importancia.

Pero por si cuanto se viene exponiendo no fuera suficiente, en lo concerniente a la vulneración de la normativa sobre contratación pública y sectorial, con la consiguiente distorsión de la competencia e inseguridad jurídica, ha de resaltarse que **incluso en numerosos casos de concursos anulados ya por el TACRC, ya por la Jurisdicción contencioso-administrativa (al menos nueve casos respecto de servicios de la titularidad del Ministerio de Transportes), las empresas adjudicatarias en estas licitaciones anuladas hace incluso en algunos casos cuatro y más años, continúan prestando el servicio, no habiendo sido objeto estas concesiones de un nuevo contrato previa la correspondiente licitación.**

Esta práctica no puede tener otra justificación distinta de la referida a que anulado el pliego de bases del

concurso, y por ende la consiguiente adjudicación del contrato, por este medio se indemniza indirectamente a la empresa concesionaria, que como parte en el concurso de buena fe, su anulación la irroga unos importantes costes (material móvil, contratación personal, etc.) que podrían ser objeto de una reclamación patrimonial indemnizatoria

Si bien es cierto que, como así ha declarado la Sección de Ejecuciones y Extensiones de Efectos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Auto de 29 de enero de 2021), la anulación del pliego no conlleva el deber de la Administración de volver a publicitar una nueva convocatoria concursal (ninguna sentencia anulatoria de los pliegos de bases reguladores de los concursos impone esta obligación), es lo cierto que, como se ha explicitado, la convocatoria de estos concursos debe de ser prioritaria. Ahora bien, la anulación del pliego tampoco comporta respecto de la empresa que venía prestando el servicio, cuando éste estaba extinguido a la fecha del concurso, que deba de reponerse ésta en dicha explotación, ya que

a dicha fecha del concurso anulado no gozaba de título alguno para la prestación del servicio.

Mención especial merecen los supuestos (referidos a algunas CCAA) en los que extinguida la concesión y siendo el servicio deficitario, la Administración, ante la inexistencia de título contractual, no abona las subvenciones que venían otorgándose y que son totalmente necesarias. Esta conducta es manifiestamente censurable e irresponsable, ya que ello puede conducir a la quiebra de la empresa que no obstante tal falta de título contractual, continúa prestando el servicio con grandes pérdidas económicas.

Esta práctica, además, deriva en que cuando se licite el servicio, la empresa que viene prestándolo a precario esté en una situación económica, por mor de dicha falta de subvención del déficit, que hace que no pueda competir, y ello en el caso de que no haya caído en situación de quiebra. Podría entenderse que en todo caso esta prestación a precario no es obligatoria, pero de hecho

no es así, ya que de no continuar prestando el servicio (tal y como la Administración demanda sin acuerdo alguno formalizado al respecto), habría de despedir a todo el personal, con el coste inasumible que ello conlleva.

De otro lado, **esta práctica, además de atentar contra la continuidad de la empresa** (lo que pondero es objeto de responsabilidad), **provoca que el derecho a la subrogación de los trabajadores (en la nueva empresa que resulte concesionaria tras el correspondiente concurso) quede en riesgo**. Si la **Administración no ha sido capaz de licitar el servicio a tiempo para que esta situación no suceda, lo que tiene que hacer es proceder conforme a lo estipulado en el los arts. 5.5 del Reglamento UE 1370/2007 y 85 LOTT (adjudicación directa)**, a efectos de que el servicio se preste con el correspondiente título y pueda ser objeto de la pertinente subvención.

II.3.- Reiterada anulación de los pliegos reguladores de los concursos

Licitándose por el Ministerio de Transportes

(DGTT), hasta la llegada de la pandemia, una media de alrededor de seis servicios al año, en la última década se han anulado, ya por el TACRC, ya por la Jurisdicción contencioso-administrativa, la mayoría de los pliegos de bases de los concursos (así como también algunas adjudicaciones), lo que no tiene parangón alguno ni con otros sectores, ni con Centro directivo alguno de las Administraciones públicas.

Es admisible que un pliego de bases regulador de los concursos sea censurado por los Tribunales, puesto que son tantos los conceptos que ha de contemplar, que fácilmente puede cometerse algún error, pero lo que no es habitual en sector alguno es la reiteración en esta clase de anulaciones, que provocan el efecto más negativo que puede haber para la economía (para las empresas), esto es, la inseguridad jurídica.

Es más, respecto a los pliegos para la adjudicación de los servicios concesionales, ya los de la etapa 1982-1995 fueron igualmente anulados (ST de 26.10.1995

Audiencia Nacional-recurso nº 49367, confirmada por la del T. Supremo de 21.7.2000 / recurso de casación 2998 de 1996), lo que denota que, salvo en el periodo 1996-1999 (cuyo pliego de bases – tipo, que fue validado por el T. Supremo), **la inseguridad jurídica es la nota característica que ha venido acusando el proceso de renovación de las concesiones.**

Este hecho no solo ha provocado la consiguiente alarma empresarial, sino que ha hecho que el proceso de renovación de las concesiones de la titularidad del Ministerio de Transportes (sobre cien concesiones o servicios) se distinga por la más absoluta inseguridad jurídica. De otro lado, esta reiterada anulación de los concursos, ha provocado la todavía más lenta renovación de las concesiones (líneas regulares), lo que ha afectado a la competencia.

Teniendo en cuenta que a la presente fecha quedan cerca de cuarenta concesiones por renovar, que hace años debieron de concursarse por haber caducado, **a un ritmo de seis licitaciones anuales puede colegirse el resultado, ya que mucho antes de que éstas se**

hayan licitado, las que en la actualidad están vigentes se solaparan por también haberse extinguido con aquellas otras, lo que plantea un panorama, si no se remedia, bastante insatisfactorio.

II.4.- Convocatorias de los concursos sin seguimiento del orden de vencimiento de las concesiones

No es tampoco infrecuente que las Administraciones no sigan el orden de vencimiento de las concesiones (servicios públicos regulares permanentes de uso general) en las convocatorias de las licitaciones.

La regla general admitida por los Tribunales, respecto del orden en que **los servicios caducados deben de licitarse, lógicamente es la de seguir la fecha de su vencimiento (los pagos a los proveedores han de seguir este orden de prelación), de modo que el que caduca antes se licite con anterioridad al que le sigue en la fecha de vencimiento, y así sucesivamente.** Este orden puede

no aplicarse excepcionalmente, siempre que ello se motive suficientemente, como por ejemplo por haber habido una anulación de la convocatoria o del pliego y estimarse prioritario proceder a una nueva licitación, o por cualquier otro motivo debidamente fundamentado.

Licitación de servicios que han vencido después que otros que no se han concursado (incluso con diferencia de años), supone un beneficio económico importante para unas empresas (que continúan explotándolos), en perjuicio de otras (que son sustituidas por otras empresas ganadoras del concurso).

Esta práctica no solo es discriminatoria, haciendo de la regla de la excepcionalidad la común, sino que constituye una medida más que afecta, y de forma a mi juicio relevante, a la competencia.

Esta práctica también perjudica incluso a las empresas que se han visto favorecidas por este "salto" en las renovaciones de las concesiones, ya que no hay nada peor para cualquier empresa solvente que no poder

planificar su política de presentación de ofertas, según las fechas en que los servicios han de ser renovados, creándose así un elemento más de inseguridad jurídica.

Es evidente que las empresas, concededoras de las fechas de vencimiento de las concesiones, programan su gestión en base a estos datos, a efectos de decidir en qué concursos van a ofertar, lo que conlleva una inversión, planificación que se ve arruinada cuando los supuestos en los que no se sigue el orden de vencimiento son reiterados.

II.5.- Ausencia de licitaciones

Además de que respecto del Ministerio de Transportes (DGTT), tal y como se ha indicado, la cadencia de licitaciones, en función del número de servicios caducados, es muy insignificante, y del número ingente de anulaciones, resulta que **en los últimos dos años solamente se han licitado alrededor de media docena de servicios, siendo casi todos ellos ya anulados, ya objeto de renuncia** (por estimar que la

explotación deviene en deficitaria por efectos de la pandemia) **por la DGTT una vez adjudicados.**

Esta ausencia de licitaciones afecta, también, a numerosas CCAA (por falta de espacio resulta imposible desarrollar este punto), con el resultado ya indicado más atrás, de la **existencia de centenares de servicios concesionales que llevan muchos años caducados, pese a lo cual continúan explotándose de forma anómala, a precario (sin título contractual alguno), por las empresas que han venido siendo las concesionarias.**

Por otra parte, desde que se decretó el primer estado de alarma, el Ministerio de Transportes (y también algunas CCAA), por razón de la notoria caída de la demanda, entiende que no puede licitar nuevos servicios hasta que ésta se recupere a niveles normales, lo que ha de tener como consecuencia un periodo de aproximadamente dos años sin licitaciones, con la continuidad de los servicios caducados explotados por las mismas empresas, y consiguiente quiebra de un régimen de competencia adecuado a la normativa que es de

aplicación.

Tanto esta ausencia de licitaciones argumentada en base a la pandemia (caída de la demanda), como las renunciaciones (15.X.2020) por la misma razón por la DGTT al amparo del art.152 LCSP de los dos servicios adjudicados (Madrid, Toledo y Piedrabuena, y Valladolid, Soria y Zaragoza), a mi juicio carecen de fundamentación. Y ello por cuanto que conforme a la **normativa que se ha venido dictando para paliar los efectos de la pandemia, en definitiva las empresas concesionarias no están obligadas a realizar sino el número de expediciones que sea absolutamente preciso que tengan una mínima demanda** (art.17 Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, art.2 Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, art.1 OM 230/2020, de 15 de marzo, art.2 OM 273/2020, de 23de marzo, art.1 OM 306/2020, de 30 de marzo, etc).

Claramente, en tanto que perdure la pandemia, nada se opone a que se liciten los servicios, de forma que se prestaría un número de expediciones reducido, que se iría progresivamente acomodando a su evolución, en tanto

que solo se adquiriría el material móvil en función del número de expediciones que se fueran prestando. Así también la reciente Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuyo art.17.1 establece: *“En los servicios de transporte público de viajeros de competencia estatal ferroviario y por carretera que estén sujetos a un contrato público o a obligaciones de servicio público, los operadores deberán ajustar los niveles de oferta a la evolución de la recuperación de la demanda...”*

De otro lado, esta “práctica” carece de amparo legal, lo que ciertamente es digno de resaltar por lo que ello supone en un Estado de Derecho. En consecuencia, claramente podría licitarse un concurso con arreglo a parámetros de demanda normales, si bien con la consiguiente aplicación de esta normativa sobre reducción del número de expediciones a la inauguración del servicio (hasta que vuelva la normalidad de la demanda), permitiendo, a su vez, aplazar la adquisición de todo el material móvil innecesario mientras perduren los efectos

de la pandemia.

Es también preciso resaltar que nada se opone a que si los efectos de la pandemia, desde que ésta se inició, perdurarían no más de dos años, antes de que se continúen explotando servicios caducados por estimar que no procede una licitación por la caída de la demanda (todo lo cual es extensible no solo a las concesiones caducadas de la titularidad del Ministerio de Transportes, sino que también de las CCAA), puede y debería de haberse aplicado el art.5.5 del Reglamento UE 1370/2007 (y su concordante art.85 LOTT).

Estos preceptos, precisamente para casos como los de que se trata, permiten que excepcionalmente, como "*medida de emergencia*", por procedimiento de urgencia puedan adjudicarse los servicios directamente (sin someterse al procedimiento normalizado) por un plazo de duración no superior a los dos años, de forma que una vez recuperada la normalidad puedan licitarse los servicios de acuerdo con el procedimiento reglado previsto en la LOTT (concesión de servicios). Lógicamente, las condiciones de explotación de estas adjudicaciones se acomodarían a los

efectos de la pandemia.

Sobre esta materia de la adjudicación directa al amparo de lo previsto, para los casos de riesgo de interrupción del servicio concesional (art.5.5 Reglamento UE 1370/2007), y la validación de esta medida, debe citarse la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia nº 113/2020, de 21 de febrero (recurso nº 4520/2017), a cuyo contenido nos remitimos, y que en suma estima adecuada a derecho esta clase de adjudicaciones directas, incluso si no existen invitaciones a varias empresas para que formulen oferta, por cuanto que no se está ante un procedimiento abierto por razones excepcionales.

Así pues, a mi juicio no existe justificación alguna para el hecho de la ausencia de licitaciones y la continuidad en la explotación de centenares de servicios caducados, y mucho menos para que se presen servicios sin el correspondiente título administrativo. Esta solución es la que se ha dado recientemente (enero de 2021) respecto de la concesión Madrid, Molina de Aragón (Guadalajara), Teruel y Valencia, que por razón del concurso de acreedores de la empresa concesionaria se

interrumpía la continuidad en su prestación, otorgándose a la vez, dado que el servicio es deficitario, la correspondiente subvención.

No se comprende, pues, que esta misma alternativa o medida de emergencia no se aplique (tanto por las CCAA, como por el MITMA) a concesiones que llevan caducadas cuatro y más años una vez incluso expirados los dos años a que se refiere la prórroga forzosa del art.85 LOT.

De otro lado, y si la DGTT no tiene los medios necesarios para poder licitar al menos veinte o más servicios al año, lo que ha de hacer es proveer los medios para ello, pudiendo, entre otras alternativas, acudir al consulting INECO, del Ministerio de Transportes, ya que si la cadencia de licitaciones no puede ser mayor de alrededor de seis u ocho concurso al año, nos encontramos con el hecho de que para renovar alrededor de cien servicios serían necesarios más de quince años, lo que supone que la mayoría de los mismos hayan de estar un notorio número de años explotados estando caducados bajo el pretexto, inadmisibles, de falta de medios.

Finalmente, sobre esta misma cuestión, no puede dejarse de significar que **afectando la pandemia a todos los sectores, en todos ellos se vienen licitando los servicios al término del plazo de cada concesión, incluso con respecto al transporte escolar y los numerosos servicios que son de la responsabilidad de las Corporaciones locales, lo que a mayor abundamiento refuerza la anomalía que supone esta más que prolongada ausencia de licitaciones** (Ministerio de Transportes y algunas CCAA), hecho existente ya antes de la pandemia, y que con ésta se ha agravado.

II.6.- Excesiva valoración de orden discrecional de las ofertas

Son numerosos los pliegos reguladores de los escasos concursos que se publicitan, que respecto de la puntuación de los criterios de valoración, contienen un concepto genérico que alude a la oferta técnica, puntuándose de forma totalmente discrecional hasta 35 e incluso más puntos sobre

100. Ello deriva en que la valoración aritmética no sea en modo alguno decisoria, con el agravante de que resulta inviable impugnar esta clase de puntuaciones.

Y ello es así porque además de regir la confidencialidad en este concepto de la oferta (lo que hace que al desconocerse no pueda ser comparada con la de la empresa que no esté conforme, y por ende poder invocar discriminación o arbitrariedad), como es sobradamente conocido la Jurisprudencia avala que los Tribunales no desvirtúen todo aquello que la Administración ha ponderado discrecionalmente, sustituyendo su criterio por el de la Jurisdicción contenciosa.

Se conforma así un **régimen en el que la discrecionalidad, no sometida a revisión judicial, se torna como la forma de adjudicar los contratos públicos de que se trata**, lo que no constituye una regla positiva en orden a una competencia leal y transparente.

No negándose la pertinencia de esta clase de cláusulas de valoración discrecional, siempre que su

puntuación no rebase un porcentaje moderado, esta problemática adquiere una importancia trascendental, puesto que si los criterios de valoración de las ofertas no son claros y transparentes, objetivos y objetivables a efectos de la comparación entre las distintas ofertas, **las licitaciones se convierten, de hecho, en adjudicaciones directas bajo el paraguas de concursos ordinarios.**

Es también relevante significar, respecto de toda valoración o puntuación discrecional (no aritmética), que la vía de recurso se hace prácticamente inviable, ya que por razón de confidencialidad del contenido de la oferta, resultará prácticamente inviable, por falta de conocimiento, fundamentar la impugnación.

En efecto, siendo un derecho el acceso al expediente (art.53 Ley de Procedimiento Administrativo y arts.12, 13 y 14 de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno), que puede ser instado ante el TACRC (arts.16.1 y 29.3 del RD 814/2015, de Reglamentode Procedimiento del Tribunal), han de salvaguardarse los datos declarados como

confidenciales en la oferta (art.133 Ley Contratos del Sector Público 9/2017 y Resoluciones del TACRC 45/2013, 288/2014, 417/2014 y 916/2015, entre otras), y si bien tales declaraciones no vinculan al Tribunal (Resoluciones del TACRC 719/2014, 46/2015 y 516/2015, entre otras), la realidad es que de hecho lo trasladado a la parte recurrente acostumbra a ser totalmente insuficiente para poder conocer si la oferta ha sido manifiestamente mal valorada (especialmente, por arbitraria y discriminatoria de acuerdo con la comparación hecha con la oferta de la parte recurrente).

Esta realidad provoca que si bien cuando se deniega el acceso al expediente nos encontraríamos ante una vulneración de los arts. 9.3, 24.2 y 103.1 de nuestra Constitución, cuando no se deniega, pero se traslada con un nivel de mutilación desproporcionado (lo que acostumbra a suceder), origina la indefensión de toda aquella empresa que al tener sospechas sobre una puntuación no justa pretenda acudir a la vía litigiosa.

Todo ello representa una problemática, en su relación con la contratación pública, en los supuestos de

valoraciones no aritméticas, que debería de ser objeto de las debidas correcciones.

En todo caso, y sin perjuicio de que el porcentaje de valoración discrecional pueda ser mayor o menor, lo que sí es definitorio a efectos de la competencia, es que los criterios de valoración sean objetivos y transparentes, pues ello es lo único que puede avalar que no existan discriminaciones y arbitrariedades.

II.7.- Cláusulas en los pliegos reguladores del concurso con “barreras de entrada” y ventajas anticompetitivas que favorecen a la empresa concesionaria que viene prestando el servicio.

Ya desde la apertura del proceso de renovación de las concesiones, con el denominado ***“Protocolo de apoyo para fijar los criterios de los concursos de las concesiones de servicios de transporte de viajeros, regulares y de uso general, de competencia del Ministerio de Fomento, que venzan a partir de 2007”*** (de fecha 24.4.2007), se introdujeron en los

pliegos de bases reguladores de los concursos cláusulas anticompetitivas favorables a la renovación de la concesión por la empresa que viene prestando el servicio. Este Protocolo fue anulado por la sentencia del TS Justicia de Madrid nº 1788/2011, de 21 de febrero (recurso nº 381/2009), que fue confirmada por la del Tribunal Supremo nº 1673/2013, de fecha 5 de abril (recurso de casación nº 2459/2011).

Pues bien, a mayor abundamiento de lo ya expuesto con referencia a la reiterada anulación de los pliegos de bases reguladores de los concursos, y al inicio de la etapa de apertura del proceso de renovación concursal según el meritado Protocolo, ha de significarse que **se asiste en los últimos años a licitaciones que claramente están redactadas (pliegos de bases reguladores) para que la empresa que viene prestando el servicio sea la que renueve, lo que afecta principalmente a concursos convocados por las Corporaciones locales, siendo de destacar prácticas, a título de ejemplo, algunas ciertamente sorprendentes, como las siguientes:**

- exigencia de instalaciones (cocheras) dentro de un radio del término municipal de las que solamente dispone la empresa que viene prestando el servicio, no existiendo otras (o si existen, son de peor calidad y conllevan una menor puntuación).
 - exigencia de que la empresa a la que se adjudique el contrato haya de abonar al anterior concesionario el coste del material móvil no amortizado en el contrato extinguido, valorándose en cambio que el material móvil sea nuevo; ello provoca que teniéndose que ofertar para ganar el concurso material nuevo, al tener que abonarse a la anterior empresa concesionaria dicha cuantía respecto de un material móvil inservible, la empresa que viene prestando el servicio tenga una enorme ventaja competitiva (además, la amortización del material móvil no se puede trasladar de un contrato o licitación a otro; cada licitación ha de ser rentable en sí misma).
 - el valor del contrato es menor que incluso el coste de la subrogación de personal, lo que conforma una medida en la que la empresa que viene prestando el servicio, cuyos
-

conductores no solo hacen el servicio que se licita, sea la única que puede ofertar (ya que para las demás empresas no existe rentabilidad).

- licitación en la que precisándose un número determinado de vehículos en función de los servicios a realizar, se valora que se oferte un número indeterminado e infinito de vehículos (cuyo número no se precisa para el cumplimiento del contrato); de ello deriva que solamente las empresas con gran volumen de material móvil puedan ganar el concurso, por el simple hecho de relacionar toda su flota, lo que no deja de ser sorprendente.

- exigencia de la tenencia de certificaciones de calidad al momento de la oferta (incluso en algunos casos, de certificaciones nada comunes y conocidas), en lugar de constituir un compromiso de la empresa adjudicataria a cumplir en un plazo prudencial que se determine en el pliego.

- exigencia de contar al momento de presentación de la oferta de material móvil (incluso de características muy especiales/motores híbridos, de gas, eléctricos, etc.)

que no se precisan para la prestación del servicio, y que en todo caso, como en el supuesto anterior, debería de poder aportarse por la empresa adjudicataria en un plazo prudencial a partir de la adjudicación del contrato.

- respecto de los concursos para la adjudicación de los contratos de servicios a los centros docentes (transporte escolar), los pliegos reguladores acostumbra a valorar solamente el precio y la antigüedad del material móvil, lo que supone una ventaja para las empresas que explotan servicios concesionales, ya que:

- a) sobre el precio, pueden ofertar material móvil que sirve la concesión, y que en consecuencia está amortizado a través del contrato de concesión de servicios de la línea regular.

- b) en lo concerniente a la antigüedad del material móvil, claramente esta prescripción igualmente supone una ventaja para las grandes empresas, independientemente de que la antigüedad no parece que pueda ser un concepto de valoración cuasi único si nos atenemos a los criterios que fundamentan la sentencia del

T. Supremo (Sección Tercera de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de septiembre de 2020 (nº 1220/2020 – recurso nº 144/2019), en tanto que la edad del material móvil no puede constituir un requisito de acceso a la profesión del transportista (y por tanto, a la posibilidad de acceder a la prestación de toda clase de servicios). En cambio, lo que sí deberían valorar los pliegos son las características (seguridad, confort, aspectos medio ambientales, etc.) del material móvil, cuya edad no debe de representar ni una ventaja ni un impedimento siempre que se tengan las ITV,s en regla.

- etc.

Es evidente que estas prácticas o cláusulas de los pliegos reguladores de las licitaciones, por su contenido y alcance, esto es, efectos de su aplicación, lo que provocan es ya asegurar la continuidad de la empresa que ha venido prestando el servicio caducado, ya que se prime a una empresa determinada para que sea la adjudicataria del contrato.

En todo caso, y **respecto de los contratos de**

transporte escolar a los centros educativos públicos (servicios regulares permanentes de uso especial), **debería de existir una mayor coordinación entre las Consejerías de Educación y de Transportes de las respectivas CCAA, por la incidencia que esta clase de contratos tienen para el sector.**

Todas estas prácticas, y otras muchas de similar alcance (la casuística es interminable, y por ello las que se han indicado lo son a título de ejemplo acreditativo de una realidad), que por razón de espacio no se señalan, **acreditan la existencia en el sector de un régimen de contratación pública que, en más casos de los esperables en toda gestión pública, se ha degradado con una intensidad preocupante.**

Teniendo en consideración además que, conforme al art.50 de la LCSP, no se puede interponer recurso especial en materia de contratación si previamente se ha presentado oferta al concurso, la conclusión es la de una cierta impunidad respecto de esta clase de cláusulas, máxime cuando incluso muchas Corporaciones Locales

han creado sus propios Tribunales de Contratación Pública, lo que de hecho, al depender éstos del propio Ayuntamiento u órgano de contratación, convierte esta clase de recursos en un recurso similar a los de reposición o alzada. Considerando la lentitud y coste de la Jurisdicción contencioso administrativa, nos encontramos así con un escenario de cierta impunidad, salvo en los casos en los que pueden actuar los Tribunales de Contratación del Sector Público (especialmente el TACRC y los de las CCAA).

Siendo incuestionable que por razones de competencia exclusiva de las CCAA y las Corporaciones locales no puede existir un Organismo que antes de la convocatoria de cada licitación, validase los pliegos reguladores, **sería aconsejable en este sector que la CNMC publicitase una serie de pliegos-tipo para las distintas clases de servicios a licitar (regulares urbanos e interurbanos, transporte escolar, servicios turísticos urbanos, etc.), así como una Guía sobre las mejores prácticas en la contratación de esta clase de servicios (enunciando los**

requisitos y condiciones que no deben de establecerse en los pliegos). En todo caso, y como así se hizo en el periodo 1996-1999 (etapa en la que ostenté el cargo de Director General de Ferrocarriles y Transportes por Carretera – aprobación del pliego-tipo declarado conforme a Derecho por sentencia del Tribunal Supremo), **el Ministerio de Transportes debería,** a mi juicio, **aprobar un pliego de bases –tipo, regulador de los concursos, que previamente haya obtenido la conformidad de la CNMC,** e incluso de la Junta Consultiva de Contratación. Pero ello no solo en base a que el pliego sea ajustado a Derecho, sino que se inspire en principios que a la vez que aseguren la competencia y no discriminación, fomenten que los servicios sean rentables.

II.8.- Justificación de las ofertas desproporcionadas o temerarias; el Informe técnico del artículo 149 LCSP

Cuando una baja está incurso en temeridad de acuerdo con las prescripciones del pliego del concurso, es preceptivo que se emita un Informe técnico sobre las

alegaciones justificativas de la empresa ofertante, Informe que no es vinculante ni para la propuesta que ha de hacer la Mesa de Contratación, ni para el órgano de contratación.

Siendo un Informe para el Órgano de Contratación competente para resolver el concurso, y en primer término para la Mesa de Contratación, que es la que lo estudia y hace la propuesta de adjudicación, rechazando o estimando tales alegaciones justificativas de la oferta, es evidente que **tales Informes han de estar redactados y/o firmados) por funcionarios ajenos a tal Mesa de Contratación, esto es, por el “asesoramiento técnico del servicio correspondiente” (que no es, ni puede ser, ningún funcionario de la Mesa de Contratación)**, tal y como de forma clara se pronuncia el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en similar sentido se reguló en el art.152 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público - Real Decreto Legislativo 3/2011, derogado por la nueva LCSP).

Igualmente se pronuncia el art.69 de la Directiva UE 24/2.014, reguladora de la contratación pública, y la doctrina del Tribunal de Justicia UE / entre otras, Sentencia 27 de noviembre de 2001 (empresa Lombardini SpA – Empresa Generale di Costruzioni), en la que se mantiene de forma reiterada que la calificación de una oferta como anormalmente baja es presunta y se requiere siempre, en todo caso, solicitar de los afectados una justificación o defensa de las razones que han llevado a presentar una proposición que es considerada desproporcionada o anormal.

Pues bien, frente a la claridad de este precepto, que como todos los referidos al procedimiento de la contratación pública, persigue el afianzamiento de una competencia no discriminatoria, y siendo evidente e incontestable que los Informes técnicos de que se trata han de ser suscritos por el "*Servicio técnico correspondiente*" (que sea competente por razón de tecnicidad de la materia), y no por ningún miembro de la Mesa de Contratación (el "*Servicio técnico correspondiente*" no es la Mesa de Contratación), **resulta**

que no son infrecuentes los casos en los que este Informe está suscrito por miembros de la Mesa de contratación.

Hay que reiterar que es la Mesa de Contratación la que debe valorar el Informe técnico, no siendo adecuado a Derecho que el mismo órgano (o alguno de sus miembros) que ha de hacer esta valoración sea el que realice o suscriba el Informe. Es más, aunque no es lo usual, en ocasiones la Mesa de Contratación se separa del contenido y conclusiones del Informe técnico, proponiendo al órgano de contratación una decisión diferente.

Las Mesas de Contratación (LCSP) son órganos colegiados competentes para la tramitación del procedimiento legalmente establecido, velando por su cumplimiento, valorando (puntuando) las ofertas conforme a las disposiciones del pliego de bases regulador del concurso, elevando al órgano de contratación su propuesta de adjudicación (que ha de ser motivada y contener, igualmente razonadamente, las exclusiones por ofertas con valores anormales o desproporcionados, así

como, en su caso, la aceptación de aquellas justificaciones de tales ofertas, sea ello conforme o no con los Informes técnicos, que son preceptivos, pero no vinculantes). Pero la Mesa de Contratación (y en consecuencia, ninguno de sus miembros) tiene competencia para la realización (o firma - validación) de los Informes técnicos en cuestión, sino solamente para solicitarlos del "*asesoramiento técnico del servicio correspondiente*", y una vez emitidos valorar su contenido con los consiguientes efectos en la propuesta de resolución del concurso que ha de elevar al órgano de contratación.

La Mesa de Contratación, a tenor de la LCSP no es un órgano técnico en las materias sectoriales, sino un órgano colegiado cuya formación y competencias se refieren al procedimiento, debiendo de adoptar sus propuestas (exclusiones, de subsanación de errores u omisiones en las ofertas, de adjudicación, etc.) conforme a lo reglamentado establecido en el pliego regulador del concurso y en caso de que así sea preceptivo por aplicación de una disposición legal, valorando el contenido de los Informes técnicos que sean emitidos por los Servicios

(que ha de ser totalmente ajenos y diferentes de la Mesa) técnicos competentes.

La incompatibilidad de los miembros de la Mesa para poder ser los actores del Informe técnico es manifiesta, siendo de destacar, además, que las alegaciones de las empresas sobre las ofertas temerarias o desproporcionadas han de ser estudiadas o valoradas por funcionarios técnicamente competentes en la materia totalmente ajenos a la Mesa de contratación, que son los que han de redactar y suscribir los Informes técnicos. Así pues, cualquier intervención, como la mera suscripción (firma) de estos Informes por cualquier miembro de la Mesa de contratación, invalida tales Informes.

La nulidad de los procedimientos concursales en los que ya no existe este Informe técnico, ya está suscrito por un órgano distinto del dispuesto en la norma (especialmente por Vocales de la Mesa de contratación), viene siendo declarada en multitud de fallos judiciales, como últimamente la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Segovia (ST 154/2016, de 30 de junio/prcdto. nº

79/2015, dictada en un caso similar).

Teniendo en cuenta la disparidad de criterios seguidos sobre la aceptación o rechazo por las Mesas de contratación de las justificaciones de las ofertas desproporcionadas, en tanto que en los distintos concursos realizados se han aceptado rebajas tarifarias cercanas al 50% y rechazado otras que no llegan, ni mucho menos, a dicho porcentaje, **esta cuestión adquiere una importante notoriedad en orden a un sistema concursal que, al cumplir con el procedimiento reglado, no provoque esta inseguridad jurídica (que claramente afecta a la competencia por razón de no discriminación respecto de los criterios a seguir, que deberían además de ser transparentes).**

II.9.- Las concesiones zonales y el transporte escolar

La LOTT regula en sus arts.78 a 80, ambos inclusive, las concesiones zonales, prescribiendo el art.78 lo

siguiente:

➤ *"Como regla general, las concesiones se otorgarán, únicamente, para servicios predeterminados de carácter lineal; no obstante, la Administración podrá otorgar concesiones zonales que comprenderán todos los servicios regulares permanentes o temporales y de uso general o especial que hayan de prestarse en una determinada zona, salvo los que expresamente se exceptúen. Será de aplicación a las concesiones zonales el régimen jurídico establecido para las lineales en tanto resulte compatible con su específica naturaleza".*

Las distintas Leyes de las CCAA, igualmente regulan esta clase de concesiones, que en algunas Comunidades ya existen y que en otras son constitutivas en los planes de transporte como la clase de servicios a fomentar, por mor de contribuir al ahorro presupuestario y de incrementar la rentabilidad de los servicios regulares permanentes de uso general. Respecto al ahorro presupuestario, al integrar estas concesiones los servicios de transporte escolar, se produce un gran ahorro

presupuestario, como también por la integración de servicios permanentes de uso general rentables y no rentables, lo que provoca que la suma de todos estos servicios derive en una rentabilidad que hace que no hayan de otorgarse subvenciones o ayudas públicas.

Es pues objetivo de esta clase de concesiones el ahorro presupuestario, dentro de una concepción del transporte en el que siendo esta finalidad prioritaria, no tiene en la debida consideración el mantenimiento de las pequeñas y medianas empresas (que tanto valor tienen en muchos puntos geográficos de escaso interés para otras empresas de mayor volumen), ni el valor social de estas empresas de menor tamaño. Que el objetivo prioritario de estas concesiones zonales es, en muchos casos, el indicado, de ahorro presupuestario, se denota por la ausencia de un resultado final de la concesión zonal en el que los distintos servicios integrados estén debidamente coordinados, atendiendo a horarios, conectividad y cercanía o lejanía entre los mismos.

La integración de numerosos servicios regulares permanentes de uso general (líneas regulares) y de uso especial (transporte escolar a centros docentes públicos) en una sola concesión (zonal), provoca una concentración tal que limita el acceso a los mismos, restringiendo la competencia por el mercado, otorgando además a la empresa adjudicataria de la concesión zonal una ventaja tal en la amplia zona de que se trate, que hace que pueda ofertar a cualquier otra clase de servicios (discrecionales y turísticos) con notoria ventaja competitiva.

Si bien es evidente que las Administraciones públicas han de intentar optimizar los recursos económicos disponibles, a mi juicio esta concepción del transporte es, en algunos casos, errónea y anti social, teniendo en cuenta todos los factores a considerar, especialmente no solo desde el orden de una mayor posibilidad de competencia, sino en lo concerniente a que **supone la quiebra de centenares de empresas pequeñas de gran valor social y laboral, en su casi totalidad de índole familiar.**

Ello no prejuzga que haya casos (que los hay) en los que una concesión zonal esté plenamente justificada, dadas las características de población, del territorio y de las infraestructuras en una zona concreta, así como la coordinación dada en la concesión respecto de todos los servicios que integra. Pero **una gestión global, en la que de principio, y salvo excepciones, prime este modo de gestión pública de los servicios, a mi juicio es errónea, lo que en modo alguno quiere decir que no sea una práctica acertada en muchos supuestos singulares, tal y como se ha indicado.**

Esta concepción de la gestión-planificación y política de transportes, que considera al transporte en sí mismo, aisladamente de los factores de orden social, es sumamente equivocada, y acredita un desconocimiento absoluto de lo que es y representa el transporte público de viajeros por carretera. Es pues sumamente negativo el seguimiento de una política de transportes como la que se censura, ya que además de restringir la competencia, es de hacer notar, entre otras cuestiones, las siguientes:

- Dificulta la vertebración territorial
- Incrementa los problemas de los territorios despoblados o “vaciados”
- No protege a los trabajadores
- Obstaculiza la subrogación de los trabajadores
- Fomenta los oligopolios
- Destruye a las pequeñas y medianas empresas, que en sus respectivas zonas prestan unos servicios que a las grandes empresas no les interesa servir
- Incide en la competencia respecto de los servicios discrecionales, turísticos y de transporte escolar, pues es evidente que la situación de preeminencia en una zona concreta hace que estas empresas puedan ofrecer para estos servicios unos precios mucho más bajos, distorsionando una competencia que se convierte en discriminatoria.

Por lo demás, y con referencia a la censura sobre

esta clase de concesiones, nos remitimos a lo que se amplía en el apartado II.17.

Todo ello nos lleva a plantear que, **si bien es cierto que no todas las empresas, por su volumen y solvencia, pueden acceder a prestar cierta clase de servicios, y la competencia ha de ser ordenada, también lo es que en definitiva esta clase de concesiones zonales, junto con los hechos más atrás examinados y otras prácticas que se exponen a continuación, derivan en que la competencia en el sector está restringida más allá de lo estrictamente necesario.**

No se es pues, contrario a las concesiones zonales, siempre que no respondan prioritariamente al fin del ahorro presupuestario (el transporte público de viajeros por carretera merece y precisa inversiones), sino a la mejor coordinación y optimización de los medios y recursos disponibles, **dando a su vez viabilidad a las empresas pequeñas y medianas** (tal y como se ha indicado), **lo que es compatible.** Lo que **se censura es que en los Planes de movilidad de algunas CCAA,**

que establecen esta clase de concesiones, no se dispongan, simultáneamente, de mecanismos y programas que otorguen viabilidad a las pequeñas y medianas empresas (ya mediante su integración en otras de mayor volumen, ya a través de la unión de las mismas en sociedades cuyo resultado sea de un volumen satisfactorio), puesto que además de cumplir estas empresas un servicio necesario en las zonas en las que se ubican, **existen razones de índole social que así lo demandan, dentro de una concepción de la política de transportes global e integral, de carácter social.**

II.10.- La realización de transporte de escolares en las líneas regulares

También respecto del transporte escolar (contratos de servicios – servicios regulares permanentes de uso especial), se asiste en los últimos años a regulaciones de algunas CCAA, que permiten y fomentan el traslado de alumnos, en las líneas regulares interurbanas (contratos de concesión de servicios - servicios públicos permanentes de uso general), principalmente como modo de incrementar la rentabilidad de estos servicios

concesionales. Esta posibilidad está también prevista en el art.75.2 LOTT, que dispone: *"En todo caso, el contratista estará obligado a reservar, a favor de la Administración pública que así se lo demande, un cierto número de plazas en determinadas expediciones para el transporte de estudiantes o trabajadores hasta y desde centros docentes o de trabajo de titularidad pública. En dicho supuesto, la compensación que reciba el contratista de la Administración que reserve las plazas no podrá ser nunca superior a la cuantía que resulte de la aplicación de la tarifa ordinaria del servicio"*.

Ello constituye una **medida más que, aunque en muchos supuestos pueda estar justificada, es contraria a las pequeñas y medianas empresas, que prácticamente solo prestan esta clase de servicios de transporte escolar más los de índole discrecional, lo que igualmente es una medida que restringe la competencia.**

De otro lado, **difícilmente, sino imposible, resulta cumplir la normativa que regula las condiciones en que han de transportarse los alumnos, bajo esta**

fórmula (autobús adaptado al transporte escolar, ITV especial, acompañante, régimen tarifario, etc.), esto es, al contenido del Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores.

No puede omitirse respecto de la cuestión que se examina en este apartado, que como es sobradamente conocido, la normativa reguladora de la contratación pública (Ley Contratos Sector Público y Directiva 24/2014, sobre contratación pública), **esta reserva de plazas para el transporte de escolares constituye una adición de prestaciones complementarias al contrato concesional o alteración del contrato original**, como así se dispone en el art.204.2 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 (art.105.2 del ya derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

Pero en todo caso, resulta cierto que esta medida, sin perjuicio de su finalidad de ahorro presupuestario, beneficiando a las empresas concesionarias, limita las posibilidades de prestar el transporte escolar al resto de

empresas no concesionarias, lo que en definitiva constituye un elemento más de perturbación de la competencia.

Cuanto se ha indicado no ha de entenderse en el sentido de concluir que no existan muchos casos en los que por la diseminación geográfica o territorial de la población en relación con localidades muy vaciadas de personas, no existan supuestos en los que la mejor solución no sea sino la de que el traslado de los alumnos a los centros escolares sea por medio de las líneas regulares, pero ello siempre que esta vía suponga la última alternativa posible.

Por otra parte, este modo de transporte escolar plantea el tema de la tarifa a aplicar a los escolares o alumnos, que no puede ser la general del servicio concesional, lo que deviene en una problemática de necesidad de modificación del título concesional que origina ciertas cuestiones de índole jurídica, cuyo examen no corresponde en este documento.

Respecto del transporte escolar es también pertinente citar el reciente **Informe de la CNMC, de 9 de enero de 2020, sobre “las licitaciones públicas de transporte de pasajeros en vehículos de turismo en los ámbitos escolar, laboral y sanitario”, de 9 de enero de 2020**, que en suma concluye que por lo general las Administraciones excluyen de la participación en estos concursos de vehículos de turismo (taxis y VTC), que a su juicio son más eficaces en zonas rurales con poca densidad de población, limitaciones que pondera que incumplen los principios de “buena regulación”, al no ser necesarias y proporcionadas para el interés general.

II.11.- La gestión indirecta de las estaciones de autobuses de titularidad pública por empresas de transporte de viajeros por carretera

Como así tiene declarado la Comisión UE, y más específicamente en su proyecto de modificación del Reglamento UE 1.073/2009, relativo a las normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses, la existencia de un

régimen de explotación de las estaciones de autobuses (EA) no discriminatorio es esencial para que pueda existir un régimen de leal competencia entre las empresas prestatarias de los distintos servicios públicos de transporte en autobús.

También son esenciales las EA para que las empresas de transporte puedan cumplir, sin barrera alguna, las obligaciones derivadas del Reglamento UE181/2011, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar, y la normativa sobre accesibilidad (por lo que a España se refiere, regula el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad, modificado por el RD 537/2029, de 20 de septiembre).

Ahora bien, **no todas estas instalaciones o infraestructuras, aunque operen como EA, tienen tal consideración jurídica, existiendo algunas que por no cumplir todos los requisitos que la normativa requiere, no deberían de tener la consideración**

jurídica de “estación de autobuses” (en este sentido cabe citar, entre otras, las Sentencias del TSJ de Castilla-León nº 528/2.008, de 7 de noviembre y nº 84/2.011, de 4 de marzo, y del Juzgado Contencioso- Administrativo de Segovia nº 52/2.012, de 13 de febrero, que incluso ordenaron la devolución de los pagos realizados por las tasas percibidas). Así, para que estas instalaciones puedan ser consideradas «estaciones de autobuses» (lo que es competencia de las CCAA), conforme a lo prevenido en el art. 127.3 LOTT, han de cumplir todos los requisitos que enuncian los arts.183 y 184.1 del ROTT.

Por otra parte, **la utilización de las estaciones no es obligatoria para las empresas concesionarias**, salvo para las líneas regulares cuyos contratos de concesión hayan sido otorgados dentro la vigencia de la redacción dada al art.84.2 por el RD 70/2019, y no deban de estar exceptuadas de tal obligación (por tener concedidas otras paradas o una EA de su propiedad).

La utilización obligatoria de las estaciones no rige desde la derogación del art. 131.2 LOTT por el

art.27 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (reforma debida a la Directiva UE 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006), razón por la que en la última reforma del ROTT (RD 70/2019) se ha dado nueva redacción al art.75, no contemplando dicha obligatoriedad la nueva redacción de los arts.183 y siguientes.

De otro lado, **las tasas (de entrada y salida de vehículos y por cada viajero) que tengan aprobadas las EA, son repercutibles en la tarifa** conforme a lo así previsto en la Orden Ministerial de Fomento de 4 de diciembre de 1.998, lo que es independiente de lo establecido en el art. 19.3 LOTT (revisión individualizada del régimen tarifario). Suponen pues las estaciones, un coste que se repercute en los usuarios (a través de la tarifa del servicio), de donde debe de cuidarse no solo que exista una eficaz gestión de estas instalaciones, sino que también de que sus tarifas no influyan más allá de lo

lógico en el precio del transporte.

Es dentro de este contexto que, **teniendo en consideración que la titularidad de las estaciones de autobuses, restando las escasas que son de titularidad privada, son ya de las CCAA (a través o no de Consorcios de Transportes), ya de las Corporaciones locales, que la práctica muy extendida de que su explotación sea por gestión indirecta por medio de una concesión otorgada a una empresa de transporte en autobús (o a varias de éstas si han licitado en UTE), en algunos casos provoca una clara distorsión de la competencia, dándose situaciones tales como las siguientes:**

- que la concesionaria de la EA, que a su vez presta en la misma zona servicios de transporte en autobús, no factura un precio tarifario igual a unas empresas que a otras (existiendo acuerdos al efecto).
- que incluso la empresa o empresas de transporte en autobús concesionaria/asde la EA no abonan tales tasas o abonan un precio o tarifa inferior al que facturan a las

empresas (limitándose a hacer, cuando se precisa, aportaciones de capital).

- que no es infrecuente que se deniegue a alguna empresa en competencia la utilización de la estación por la supuesta falta de espacio.
- que tampoco es infrecuente que los medios que se faciliten a otras empresas en competencia (taquillas, etc.) sean muy deficitarios.

Aunque no se puede generalizar, pues en la mayoría de los casos no se dan circunstancias discriminatorias, ni abusivas, es lo cierto que en mayor o menor medida todo ello provoca una situación que al afectar a la calidad de los servicios, atención a los usuarios y costes de explotación (precio de las tasas o tarifas que percibe la EA de las empresas de transportes), afecta a la competencia, y muy acusadamente con relación a las licitaciones de los servicios regulares permanentes de uso general, ya que en los supuestos en los que las empresas en competencia concesionarias de la EA no abonan las tasas por su utilización, o abonan unos precios más bajos, es evidente

que sus ofertas (al tener menores costes) pueden ser más competitivas (tarifa más baja).

Por estas objetivas razones, y sin que se generalice respecto de tales supuestos, y resaltando que también existen supuestos de gestión indirecta en los que la empresa que explota la estación no es ni empresa de transportes, ni está vinculada a ninguna empresa de este sector, **a mi juicio (siguiendo los Criterios de la UE sobre la necesidad de que estas instalaciones no se conviertan en elementos que distorsionen la competencia y generen discriminaciones) la explotación o gestión de las EA de titularidad pública no deberían de ser adjudicadas a empresas de transporte en autobús, o a sociedades que formen parte de estas empresas o grupos empresariales (los pliegos deberían de prever que no pueden presentarse al concurso). A mi entender, existe una cierta incompatibilidad en la prestación de ambas actividades (EA y servicios) en tanto que cuanto se refiera a las EA repercute en la explotación de los servicios por las distintas**

empresas en competencia.

Es en este orden de cuestiones que cabe preguntarse, ¿cómo valoraríamos si los puertos de interés general o los aeropuertos fueran gestionados, respectivamente, por empresas privadas navieras o aeronáuticas? Pues a mi entender, igual ha de ponderarse con relación a las estaciones de autobuses, cuyas instalaciones e infraestructuras son para el transporte en autobús lo que los puertos y aeropuertos para el transporte marítimo y la navegación aérea.

II.12.- Servicios urbanos regulares y turísticos adjudicados en exclusiva requiriéndose experiencia previa

Como es sobradamente conocido, **solamente los denominados «servicios esenciales» pueden ser objeto de asunción de su titularidad por las Administraciones públicas («publicatio» / art. 128.2 Constitución), y por ende ser excluidos de la competencia, lo que además es preciso que se haga por Ley.**

Y ello porque en otro caso se vulneraría el principio constitucional de libertad de empresa, ya que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, solamente puede ser calificada de *«actividad esencial la que sea indispensable para la vida social»* (STC 26/1981, de 17 de julio), como, por ejemplo, lo es el transporte urbano colectivo general y ello, tal y como se ha indicado, mediante Ley.

Es en este orden de cuestiones que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen local (en adelante LBRL), establece (art.25.2 LBRL) la competencia de los municipios para el *«transporte colectivo urbano»*, calificándose como esencial , *«el transporte público de viajeros»*, esto es, el transporte urbano de uso general o colectivo, reserva o *«publicatio»*, que siendola única base para excluir de la competencia cualquier clase de actividad o servicio, solamente está establecida (art.86.2 LBRL) para dicho transporte colectivo urbano general.

No hay, pues, obstáculo legal alguno para que esta

clase de servicios públicos sea excluida de la competencia en el mercado, mediante una licitación (competencia por el mercado) que tenga por objeto el otorgamiento del contrato (de concesión de servicios) en exclusiva a un solo operador.

Pero siendo de aplicación la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP), la Ley de Bases de Régimen local, la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones públicas (LPAP), el Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales (RBCL / RD 1372/1986), y el Reglamento UE 1370/2007, se plantea la problemática de que las Corporaciones locales exigen en los correspondientes pliegos de bases reguladores de los concursos, para poder presentar ofertas, que la empresa de transporte de viajeros por carretera acredite que, normalmente en un período de tres años anteriores a la convocatoria, han realizado similar clase de transporte, por lo general en localidades de un número al menos similar de habitantes al que se corresponde con el Ayuntamiento que licita el servicio.

Respecto de esta cuestión referida a la exigencia de

acreditar una experiencia previa, es evidente que la solvencia técnica o profesional, conforme a lo previsto en los artículos 74, 77 y 90 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, puede ser objeto en los pliegos reguladores de los concursos de la exigencia de acreditación mediante la experiencia previa en servicios «iguales o similares», en los últimos tres años, así como que esta experiencia en servicios iguales o similares que los que constituyen el objeto del contrato, han de referirse al CPV (Common Procurement Vocabulary / Vocabulario Común de Contratos Públicos) que indique el pliego. Así pues, el término «igual o similar» no viene referido a que se tenga experiencia en servicios urbanos de transporte colectivo, sino en el más general de transporte de viajeros por carretera (Reglamento UE 213/2008, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento no 2195/2002 por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos—CPV, y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV).

La problemática se suscita porque en algunos casos los órganos de contratación no admiten la oferta sino se acredita una experiencia en servicios urbanos de transporte colectivo, inaplicando así el artículo 90 de la Ley de Contratos del Sector Público, esto es, no admitiendo a empresas cuyo CPV incluye la clase de servicio de transporte a realizar objeto de la licitación.

De otro lado, en los pliegos se acostumbra a requerir que esta experiencia sea en poblaciones de un determinado número de habitantes, lo que excede de dicho artículo 90 LCSP e impide a la mayoría de las empresas poder licitar, máxime si se trata de grandes ciudades (respecto de las que muy pocas empresas pueden acreditar tal experiencia).

Por tanto, respecto de la exigencia de experiencia previa, como requisito indispensable de acreditación de la solvencia técnica (LCSP), no puede sino concluirse que **en el expediente debe quedar acreditada su necesidad y proporcionalidad** (artículos 132 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector

Público, así como los arts. 3, 5 y 9 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado - LGUM, 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia). Además, inaplicar el referido artículo 90 LCSP tal y como se ha expuesto, o bien exigir que esta experiencia, para que pueda ser estimada como «igual o similar» sea en poblaciones de un determinado número de habitantes, claramente a mi juicio no se ajusta a Derecho (al ser un requisito innecesario y desproporcionado).

La CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), en su Requerimiento al Ministerio de Fomento de fecha 5 de julio de 2018 (previo a la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo), consideró que los pliegos de este Departamento para la adjudicación de los servicios públicos concesionales de transporte regular permanente de uso general de viajeros por carretera, *"en tanto que exigen la necesidad del cumplimiento del requisito de*

«experiencia en los tres últimos años de prestación de servicios de transporte público de viajeros por carretera con un número de vehículos igual o superior al exigido en el apartado 8 del cuadro de características de este Pliego, y adicionalmente la presentación de documentación relativa a los vehículos que justifiquen su disponibilidad «en los tres años inmediatamente anteriores a la presenta convocatoria de licitación», como modo de acreditar la solvencia técnica constituyen una «barrera de entrada», siendo desproporcionados al objetivo pretendido, que no es otro sino el de acreditar requisitos de solvencia técnica o profesional». La similitud entre este supuesto y el que se ha venido haciendo mérito es evidente, como lo es que esta clase de requisitos, claramente desproporcionados al objeto de la prestación del servicioo cumplimiento del contrato, constituyen barreras de entrada.

Por otra parte, **se asiste, desde hace aproximadamente una década, a la licitación pública, para su prestación en exclusiva (con la contraprestación del abono de un canon), de servicios turísticos urbanos, ya en autobús, ya**

en trencitos especialmente contruidos para este fin. Estos servicios son concursados por los Ayuntamientos por un plazo que acostumbra a no superar los cinco años, ya como contrato de concesión de servicios, ya como licencia del dominio público para la prestación del servicio.

Pues bien, siendo de aplicación la LCSP, la Ley de Bases de Régimen local, la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones públicas y el Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales (RD 1372/1986), y no así el Reglamento UE 1370/2007 (que excluye de su ámbito a los servicios turísticos de transporte), resulta inequívocamente lo siguiente:

- Que como se ha explicitado, solamente los denominados «servicios esenciales» pueden ser objeto de asunción de su titularidad por las Administraciones públicas («publicatio» / art. 128.2 Constitución Española), y por ende ser excluidos de la competencia, lo que además es preciso que se haga por Ley.

- Que no solo es inexistente Ley alguna que así haya

declarado a esta clase de servicios públicos, sino que además ello resultaría contrario al principio constitucional de libertad de empresa, ya que, como se ha expuesto más atrás, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, solamente puede ser calificada de «actividad esencial la que sea indispensable para la vida social» (STC 26/1981, de 17 de julio), como lo es el transporte urbano colectivo general, y ello, tal y como se ha expuesto, mediante Ley.

- Que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen local, si bien establece (art.25.2 LBRL) la competencia de los municipios para el «*transporte colectivo urbano y la promoción de la actividad turística*», solamente califica como esencial, «el transporte público de viajeros», esto es, el transporte urbano de uso general o colectivo, que es radicalmente diferente de los servicios turísticos. Esta reserva o «publicatio», que es la única base para excluir de la competencia cualquier clase de actividad o servicio, solamente está establecida (art.86.2 LBRL) para dicho transporte colectivo urbano general, y no para los servicios turísticos de la clase de que se trata, sea por medio de autobuses (normalmente de

configuración panorámica), sea a través de trenecitos especialmente acondicionados (que incluso pueden o no circular ya por un raíl, ya por la vía pública).

Esta doctrina no solo es la que nuestra Jurisprudencia reitera, sino que además es la que se contiene en el reciente **Informe** (remitido a todos los Ayuntamientos por la Federación Española de Municipios) **de la Secretaria de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (SECUM), de 13 de febrero de 2019, sobre «La existencia de obstáculos a la libertad de establecimiento en el ámbito de la prestación de servicios de transporte turístico urbano, bien en autobuses panorámicos, o en trenes turísticos»**. En este Informe de forma clara y fundamentada jurídicamente, **se concluye que la exclusión de esta clase de servicios de la competencia (exclusiva en su prestación) es contraria a Derecho, de acuerdo con los art. 16 de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado (LGUM)**.

No obstante, en este fundamentado y acertado Informe de la SECUM, se aprecia la posibilidad de que por

razones de las limitaciones que pueda tener el dominio público (infraestructura viaria), **la prestación de estos servicios pueda limitarse, mediante licencia (de ocupación del dominio público), a otorgar por concurso público, a un solo operador o a más de uno, pero debiendo de adecuarse esta limitación al principio de necesidad y de proporcionalidad** previstos en los arts. 9 y 16 de la LGUM, y arts.3.11 y 17 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Es decir, en el expediente de contratación ha de quedar acreditado, de forma indubitada, que la prestación en exclusiva, por la configuración concreta de la infraestructura o vía de que se trate (dominio público), determina obligatoriamente, por sus características técnicas (capacidad, medio ambiente, patrimonio artístico, etc), que solamente pueda haber un operador (lo que no se acostumbra a referir, ni acreditar), o bien que dicha configuración permite un número determinado de operadores.

En otro orden de cuestiones, ha de resaltarse que es

también común que en esta clase de licitaciones públicas se exija la acreditación de una previa experiencia en la realización de las mismas clases de transporte, normalmente en los últimos tres años y en localidades de al menos un número similar de habitantes al de aquella cuyo Ayuntamiento licita la prestación del servicio público o de la licencia municipal de ocupación del dominio público. Sobre esta cuestión relativa a la experiencia cabe enunciar los mismos preceptos legales y juicio crítico enunciados más atrás.

Habida cuenta que tanto por lo que se refiere al transporte urbano colectivo, como a los citados servicios urbanos turísticos, el número de empresas que pueden acreditar tal experiencia como solvencia técnica o profesional es muy reducido, su exigencia en los pliegos de bases reguladores de los concursos provoca que no más de media docena de empresas puedan presentarse a las licitaciones del transporte urbano colectivo y alrededor de no más de tres para los servicios turísticos, lo que provoca una situación cuasi monopolística.

A mi juicio, **la exigencia de tales requisitos de experiencia, además de no ser** (por lo general) **proporcionales en relación con las prestaciones a que obliga el contrato, aunque estén contemplados en la LCSP, no se compatibilizan con la normativa emanada de la UE sobre acceso al mercado del transporte público de viajeros por carretera y a sus distintas clases de servicios. En efecto, esta normativa no contiene la posibilidad delimitación alguna al respecto, sino que meramente se exige el cumplimiento de los requisitos de los Reglamentos UE 1071/2009, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera, 2020/1055, de 15 de julio de 2020, y 1370/2007, de 23 de octubre de 2007.**

También respecto a los servicios urbanos, hay que añadir que en ocasiones (como el caso del Ayuntamiento de Madrid con el servicio Navibus”, que pasaría a denominarse “Autobús de la Navidad” y después

“Naviluz”), servicio mixto ya que no participa de todos los elementos de un servicio regular permanente de uso general, y tampoco de un servicio turístico), **que para que puedan ser excluidos de la competencia y otorgarse en exclusiva han de licitarse, en lugar de adjudicarse directamente a una empresa municipal, anulándose así toda competencia.** Como así ha fallado el TSJ de Madrid, en su sentencia nº 94/2021 (Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 26 de febrero de 2021, esta práctica es irregular, puesto que la empresa municipal (de transportes) y el Ayuntamiento son personas jurídicas distintas, y por tanto no estamos ante una gestión directa, sino indirecta, que precisa para la adjudicación del servicio de la convocatoria de un concurso, al que puede acudir la empresa municipal de transportes.

Vemos, pues, que no solo respecto del Estado y de las CCAA las restricciones a la competencia son numerosas e importantes, sino que estas también afectan con cierta intensidad a las Corporaciones locales, debiéndose de significar que el requisito de experiencia

previa en ciudades de un determinado número de habitantes, hace que a los concursos solo puedan presentarse unas pocas empresas (aunque existan muchas del suficiente volumen y solvencia, sumamente capacitadas, pero que no pueden acreditar tal experiencia), y si se trata de los servicios turísticos (trenecitos y autobuses adaptados panorámicos) no un número mayor de tres, lo que provoca situaciones de oligopolio.

Así pues, no solo es el incumplimiento normativo por las Administraciones lo que perturba la competencia, sino que también una aplicación de una norma no necesaria legalmente, o bien ya su aplicación sin acreditar la necesidad y proporcionalidad de la medida, ya su aplicación de forma desproporcionada.

Con relación a los servicios turísticos, que ni son regulares, ni discrecionales cuando revisten carácter periódico, considero pertinente afirmar que **la regulación que el ROTT hace de los mismos en los arts.128 a 132, ambos inclusive** (especialmente de aquellos que revisten carácter periódico y se prestan con reiteración de

itinerario), **es manifiestamente mejorable en orden a la competencia, siendo compatible una regulación más liberalizadora con la necesidad de que a su amparo no se creen servicios regulares permanentes de uso general encubiertos**, que ilícitamente perturben a estos servicios. Esta reforma de los servicios turísticos es a mi juicio especialmente pertinente cuando estos servicios turísticos periódicos con reiteración de itinerario sean coincidentes en origen y destino con un servicio regular permanente de uso general. Pero esta es una materia que rebasa el objeto del presente estudio, no obstante lo cual se apunta esta problemática, ya que en cierta medida la regulación vigente en la materia, que podría ser mejorada, es también un elemento que afecta a la competencia, máxime si tenemos en consideración que las empresas dedicadas solamente al transporte discrecional, solamente tiene este subsector, junto con el de los servicios turísticos y el transporte escolar, para desarrollar su actividad.

Que esta reforma de los servicios turísticos de carácter interurbano, sometidos al régimen de mera comunicación previa (art.130 ROTT) es necesaria, impidiendo que ya los Municipios (por protección de sus servicios turísticos urbanos), ya las CCAA (por protección de los servicios concesionales), **lo acredita la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha nº 2/2021, de 18 de enero (recurso contencioso-administrativo nº 506/2018).**

Este fallo jurisdiccional, de forma clara detalla la problemática existente a que se ha hecho mérito, concluyendo que al no ser de aplicación las Ordenanzas municipales, sino el ROTT (servicios interurbanos), las Corporaciones locales no pueden prohibir esta clase de servicios (no son competentes), como tampoco deben prohibirlos las Consejerías de las CCAA cuando, como así sucede en el caso objeto de esta sentencia (extensible a otros muchos casos similares), se cumplen los requisitos que el ROTT prescribe para la prestación de los servicios turísticos periódicos con reiteración de itinerario (régimen de comunicación previa).

II.13.- Actuaciones de no competencia entre empresas

La realidad también acredita que se den supuestos **en licitaciones que comprenden numerosos lotes de servicios, que ciertas empresas no liciten a las que concurren otras, y viceversa, aun cuando se trate de los contratos de mayor valor estimado, lo que parece se debe a así contribuir a que cada una renueve el servicio que viene explotando.**

Se trata de una práctica de "colaboración entre empresas", que no puede ser tildada de generalizada, cuya ilicitud (acuerdos entre empresas) es difícilmente acreditable, pero que no deja de sorprender cuando se examinan las ofertas que se han presentado a cada servicio o licitación, comparando las ausencias en estas, que tienen su reciprocidad tal y como se ha indicado.

Por tanto, y como también se expone en los dos apartados que siguen, **no solo la ausencia de un régimen de competencia satisfactorio se debe a la gestión de las Administraciones públicas** (por

incumplimiento de la normativa sectorial y reguladora de la contratación pública, y por la introducción de requisitos innecesarios o desproporcionados en los pliegos reguladores de los concursos), **tal y como hasta ahora se ha expuesto**, sino que también, pero con menores efectos o incidencia respecto de la competencia, a ciertas prácticas entre empresas, que si bien no están generalizadas, sí son apreciables en ciertas licitaciones.

Con carácter general, respecto a toda clase de conductas colusorias, hemos de citar la *Comunicación (UE) relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo* (2021/C 91/01 / DOUE de 18.3.2021), cuyo antecedente inmediato es la *Comunicación (UE) de 2017 «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa»* [COM (2017) 572], que contiene unas interesantes orientaciones para los poderes adjudicadores acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión relativo a la colusión de conformidad con el art.38, aptdo. 7, letra e) de la Directiva 2014/23, del art.57, aptdo. 4, letra d) de la Directiva 2014/24, y del art.80, aptdo.1, de la

Directiva 2014/25, a cuyo texto nos remitimos.

II.14. Formación de UTES entre empresas que cumplen individualmente todos los requisitos exigibles para licitar

La práctica concursal también acredita la existencia de **casos, no generalizados, pero tampoco infrecuentes, en los que respecto de licitaciones de cierta entidad, dos e incluso más empresas que cumplen individualmente todos los requisitos de capacidad técnica-profesional y de solvencia económica, concurren juntas en UTE**, lo que claramente desvirtúa el objeto jurídico de estas uniones de empresas, situando así la oferta en una posición claramente dominante.

Este hecho no tendría mayor relevancia si el órgano de contratación actuara en estos casos como es pertinente, lo que no acostumbra a suceder, dándose así viabilidad a una práctica que no se ajusta a Derecho, y que es difícil de justificar por parte de las empresas que han utilizado esta práctica (si bien siempre se puede

aducir que por razones financieras de inversión no es factible poner el servicio en funcionamiento de forma individual, esto es, sin la aportación de otras empresas).

II.15.- Concursos de transporte escolar (transporte regular permanente de uso especial); situaciones de posible cártel detectadas por la CNMC en las licitaciones

La CNMC ha venido detectando en los últimos años un buen número de situaciones de posible cartel, que vulnerarían la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, tanto respecto del servicio de ambulancias (excluyendo a los vehículos de turismo como taxis y VTC), situación reflejada en el Pro/CNMC/002/19 –Informe (de 9.1.2020) sobre las licitaciones públicas de transporte de pasajeros en vehículos de turismo en los ámbitos escolar, laboral y sanitario, como muy especialmente respecto a los servicios públicos regulares permanentes de uso especial (reparto de los servicios licitados para el transporte de escolares en autobuses).

Entre los procedimientos sancionadores incoados por

la CNMC respecto de esta última clase de servicios públicos de viajeros por carretera (transporte de escolares a centros educativos públicos), destacan los siguientes:

- 15.3.2017 / Baleares: desmantelamiento de un cartel que afectó a 34 empresas y a una asociación profesional al menos desde agosto de 2005 hasta el 2013 con efectos hasta el 2017. - X.2019 / Cantabria: se incoa procedimiento sancionador a 25 empresas por reparto en las licitaciones. - IX.2020 / Murcia: se sanciona a 33 empresas y una asociación profesional desde 2009 hasta 2018 por reparto en las licitaciones. - IX.2020 / Navarra: se sanciona a 33 empresas por reparto en las licitaciones y encarecimiento de los precios desde diciembre de 2013 a diciembre de 2018.

Ha de significarse que en todos estos procedimientos habrá de pronunciarse la Jurisdicción contencioso-administrativa, no siendo infrecuente en las sentencias que se dictan que algunas de las empresas en principio sancionadas sean exculpadas, esencialmente por falta de prueba.

También debe resaltarse que, **en la práctica, en**

muchas ocasiones más que acuerdos para repartirse los contratos de transporte escolar, lo que hay es un reparto (incluso en algún caso auspiciado por la propia Administración con la patronal provincial o regional de que se trate) al objeto de que en todas las licitaciones haya al menos una oferta, no quedando ningún servicio sin atender, lo que aun siendo satisfactorio para el interés público, conlleva igualmente las sanciones por la CNMC (que han de decirse que son de una enorme notoriedad económica, normalmente desproporcionada al beneficio, conllevando también la sanción accesoria de prohibición para contratar el sector público durante un plazo de tiempo determinado).

Estos expedientes sancionadores se deben siempre a la denuncia de una empresa que se siente relegada, y sin perjuicio de que las sanciones sean justas cuando se pruebe que hay acuerdos que perturben la competencia (precios del contrato, etc.), lo que sí es apreciable es que, como se ha expuesto, las sanciones que se imponen son desorbitadamente desproporcionadas al posible beneficio

(lo que debería de corregirse mediante la aprobación de la pertinente normativa).

Entre otras, y por su aplicabilidad a estas prácticas, y consiguientes sanciones impuestas, son de interés las siguientes sentencias, cuyo contenido, por razón de espacio, no podemos resumir:

- Sentencias de la Audiencia Nacional (Sección Sexta de lo Contencioso- Administrativo), dictadas en los recursos nºs. 598/2015 y 658/2015, de 28 de diciembre de 2018 y 18 de febrero de 2020, respectivamente.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sección Tercera de lo Contencioso- Administrativo), nº 1776/2020, de 17 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sección Tercera de lo Contencioso- Administrativo), nº 621/2020, de 29 de mayo, sobre la prescripción de las infracciones continuadas en el ámbito de la competencia.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sección Tercera de lo Contencioso- Administrativo), nº 1822/2020, de 30 de

diciembre, sobre la graduación de las multas en el ámbito de la competencia.

En lo concerniente a la participación en conductas de concertación, ha de considerarse que para que existan ha de haber reciprocidad en la asistencia, de acuerdo con las conclusiones de la CNMC en la Resolución *Montaje y Mantenimiento Industrial* (Resolución de 1 de octubre de 2019 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 1 de octubre de 2019, S/DC/0612/17, *Montaje y Mantenimiento Industrial*), que indica que *"tanto las empresas de la red de colaboración como aquellas que, de forma puntual, pudieron participar en una o más coberturas, participaban en ese mismo entendimiento común" (la reciprocidad en la asistencia)*.

Es de hacer notar que esta práctica no se acostumbra a dar en el sector y que la CNMC, a mi juicio, a veces aplica indebidamente la existencia de la misma en la clase de contratos a los que nos referimos. En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 11 de julio de 2014, Sasol y

otros/Comisión, T-541/08, EU:T:2014:628, y también: la sentencia de 12 de diciembre de 2014, H & R Chem Pharm/Comisión, T-551/08, EU:T:2014:1081, la sentencia de 12 de diciembre de 2014, Eni/Comisión, T-558/08, EU:T:2014:1080, y la sentencia de 12 de diciembre de 2014, Repsol Lubricantes y Especialidades y otros/Comisión, T-562/08, EU:T:2014:1078.

En cuanto a la materia referida a la cuantía de las multas, añadir, frente a algunas sanciones impuestas por la CNMC, que es jurisprudencia reiterada que, a la hora de imponer una sanción "*.....la determinación de dicho importe definitivo es, en particular, el resultado de diversas circunstancias ligadas al comportamiento individual de la empresa en cuestión –como la duración de la infracción*", tal y como así se declara en la sentencia del Tribunal Justicia UE de 13 de julio de 2011 (caso Thyssen Krupp Liften Ascenseurs / Comisión, T144/07, EU: T: 2011: 364, apartado 456). También es de destacar que, como así ha declarado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto *Kilpailu- ja*, la duración de la infracción desaparece en el

momento de la celebración del contrato entre el adjudicatario y el poder adjudicador, no pudiéndose asumir, como acostumbra a hacer la CNMC, que la infracción se prolongue durante toda la vigencia del contrato público (sentencia del Tribunal Justicia UE de 14 de enero de 2021, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, C-450/19, EU:C:2021:10).

Así pues, no solo respecto de los servicios públicos concesionales regulares permanentes de uso general (líneas regulares – servicios regulares permanentes de uso general) la competencia adolece de irregularidades, sino que también se han detectado posibles anomalías con relación a los servicios públicos permanentes de uso especial (transporte público de escolares a centros docentes), lo que en definitiva conforma un sector en el que las reglas de la competencia, por incumplimiento de la normativa que es de aplicación, son vulneradas con cierta notoriedad y reiteración.

Pero no deja de sorprender que siendo públicos y notorios los hechos descritos en los apartados II.2, II.4

y II.5, la CNMC no intervenga en estas cuestiones, de la responsabilidad de los gestores públicos, y en cambio sea tan diligente y rígida para con las empresas en los casos de supuestos (de posibles cartel referidos), y ello porque realmente lo que éstas puedan hacer en torno a perturbar la competencia, según lo expuesto, no es nada apreciable en relación con las prácticas descritas en tales apartados de las que son responsables las Administraciones públicas.

II.16.- Omisión del deber de publicación de las licitaciones conforme a la Ley de Contratos del Sector Público y la normativa comunitaria

La publicidad y transparencia son principios básicos de la contratación pública (art.1 Ley 19/2017 de Contratos del Sector Público / LCSP), lo que se concreta en la obligatoriedad de publicitar las licitaciones conforme a la regulación contenida en el artículo 63 de la LCSP, que incrementa considerablemente la obligación de publicidad activa sobre los contratos que impone el artículo 8.1.a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia,

acceso a la información pública y buen gobierno. No obstante estas medidas, el artículo 154.7 de la LCSP permite que no se publiquen determinados datos relativos a la celebración del contrato, debiendo solicitarse de forma preceptiva un informe al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que deberá evacuarlo en el plazo de 10 días.

Como es sobradamente conocido, el art. 135 de la LCSP dispone (para todos los sectores de actividad) que el anuncio de licitación para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, a excepción de los procedimientos negociados sin publicidad, habrá de publicarse en el perfil de contratante, si bien en los contratos celebrados por la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas, el anuncio de licitación se publicará además en el Boletín Oficial del Estado. Este mismo precepto añade que cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea, y cuando el órgano de contratación lo estime conveniente, los procedimientos para la

adjudicación de contratos de obras, suministros, servicios, concesiones de obras y concesiones de servicios no sujetos a regulación armonizada podrán ser anunciados, además, en el DOUE.

Por su parte, el art. 347.3 de la misma Ley prevé que los órganos de contratación de las Administraciones Locales, así como los de sus entidades vinculadas o dependientes, podrán optar, de forma excluyente y exclusiva, bien por alojar la publicación de sus perfiles de contratante en el servicio de información que a tal efecto estableciera la Comunidad Autónoma de su ámbito territorial, o bien por alojarlos en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Además, especialmente para el transporte público de viajeros por carretera de carácter regular, rige también el Reglamento UE 1370/2007, que prescribe la obligatoriedad del anuncio previo (distinto del anuncio de licitación) requerido a tenor de su art.7.2, de forma que hasta que transcurra al menos un año desde este anuncio (previo) en el DOUE no se puede publicar la correspondiente convocatoria del concurso (anuncio de

licitación). Este mismo Reglamento establece, también, en su art.4.1.ii.c, la obligatoriedad de que se publiciten, junto con la convocatoria, los costes estimados del servicio, requisito de transparencia que es exigible en orden a poder confeccionar la oferta con un mínimo de consistencia, sin que pueda existir discriminación o ventaja competitiva respecto de la empresa que viene realizando el servicio que se licita.

Así, dicho art.7.2 ("Publicidad") del Reglamento UE 1370/2007, dispone: *"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. Las autoridades competentes podrán optar por no publicar esta información cuando un contrato de servicio público tenga por objeto la prestación anual de menos de 50.000 kilómetros de servicios públicos de*

transporte de viajeros. En caso de que la información sufriera cambios después de su publicación, la autoridad competente publicará una rectificación lo antes posible. Esta rectificación se entiende sin perjuicio de la fecha de inicio de la adjudicación directa o de la licitación”.

La obligatoriedad de este requisito ha sido matizada por el TACRC (recurso nº452/2015), en su Resolución nº 545/2015, de 12 de junio de 2015, así como por las sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nºs 167/2016 (recurso nº 518/2.015), de 1 de junio de 2016, y 322/2016 (recurso nº 546/2014), de 4 de noviembre de 2016, y muy especialmente por el TJUE (Sala Novena) que finalmente ha fijado la doctrina válida sobre los efectos del incumplimiento de la publicación en el DOUE del anuncio previo del enunciado art.7.2 del Reglamento UE 1370/2007, en su Sentencia de 20 de septiembre de 2018 (asunto: C 518/17, Rudigier), que sustancialmente es coincidente con las meritadas SSTT del TSJM. En definitiva, a tenor de estos pronunciamientos, para que la convocatoria pueda ser

estimada como nula, la parte recurrente ha de acreditar que la omisión de este trámite la ha provocado una desventaja competitiva (lo que no es sencillo de fundamentar).

Pues bien, **pese a la claridad de esta normativa, son numerosos los casos (esencialmente con relación a las Corporaciones locales) en los que, respecto a servicios contenidos dentro de la aplicabilidad de dicho precepto comunitario, se incumple esta normativa** (publicación en el DOUE con la debida antelación), incluso en algunos casos publicitando las licitaciones solamente en págs. web generales de la Corporación, lo que constituye un elemento que claramente distorsiona la competencia, por ausencia de la debida publicidad y transparencia.

II.17.- Concentración en un solo Lote a licitar de numerosos servicios regulares permanentes de uso general

Últimamente proliferan en las CCAA **concursos de servicios regulares permanentes de uso general,**

que se licitan en lotes que comprenden cada uno un importante número de esta clase de servicios, lotes que, por su dimensión o características, impiden o dificultan la participación de las pequeñas y medianas empresas, que se ven obligadas a integrarse en UTES controladas en ocasiones por grandes operadores, lo que determina una limitación de la competencia y podrían encubrir posibles acuerdos colusorios restrictivos de la misma. Esta práctica deriva, además, en que en numerosos de estos lotes solamente se presente una oferta, y salvo excepciones, no más de dos, lo que acredita que claramente constituyen una restricción a una más amplia competencia.

En algunos supuestos estos lotes no guardan coherencia territorial o funcional, lo que provoca problemas de viabilidad económica de los servicios, dificultades en la subrogación de los trabajadores y penalización del aprovechamiento de los medios. Esta práctica también dificulta el mantenimiento del empleo en zonas desfavorecidas y poco pobladas, así como la de contribuir a una movilidad sostenible que

fomente la solidaridad interterritorial dentro de la propia Comunidad autónoma.

La agrupación de varios servicios en un solo lote, al igual que sucede con las concesiones zonales, tiene como fundamento esencial, entre otros de menor entidad, que al unir servicios rentables con deficitarios, el resultado sea positivo, ahorrándose así la Administración las correspondientes subvenciones. Pero las consecuencias de esta "política" son claramente perjudiciales, pues además de lo indicado al respecto (apartado II.9), disminuye la rentabilidad para la empresa, e indubitadamente, respecto de la materia de la competencia, la restringe fomentando los oligopolios.

Esta clase de concursos (al igual que sucede con las concesiones zonales) producen la destrucción masiva del tejido empresarial de las pymes del sector, ya que objetivamente reducen sus posibilidades por el tamaño y características de los lotes, con una tolerancia excesiva en la apreciación de bajas anormales, y con la evidente insuficiencia de dotación

económica.

Es pues pertinente reiterar aquí lo ya expuesto en el apartado II.9, respecto del seguimiento de una gestión del transporte público de viajeros por carretera que, teniendo como uno de sus principales objetivos el ahorro presupuestario, no tenga en cuenta los factores sociales y territoriales, en lo que supone una concepción aislada del transporte que lo considera solamente “en sí mismo”, que ignora su valor estratégico y social.

Es más, esta clase de medidas (lotes que integran números servicios y concesiones zonales), no suponen un ahorro para la Administración, si se computa el alto número de pequeñas y medianas empresas que destruye, lo que supone una pérdida de ingresos (impuestos) y un gasto en personal (subsidio de paro). Son las consecuencias de una gestión pública que no valora en su planificación y decisiones la repercusión que el transporte tiene más allá de su consideración aislada o en sí misma.

Una medida positiva para ampliar la competencia, para cuando se licitan numerosos lotes (que se viene aplicando en

muchos concursos) es la de limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a una misma empresa, medida que está prevista en la Directiva UE 2014/24, cuyo art.46.2.II establece que *"los poderes adjudicadores estarán facultados para limitar el número de lotes que puedan adjudicarse a un solo licitador"* (como así se declara en la sentencia ya citada del TSJ Galicia nº 113/2020, de 21 de febrero).

III. CONCLUSIONES

A la vista de cuanto se ha expuesto y argumentado, se puede concluir que en el transporte público de viajeros por carretera **las distorsiones de la competencia son tan numerosas y algunas de tan gran magnitud e intensidad, que no puede sino afirmarse que en general la competencia real existente no es satisfactoria.**

Como igualmente se deduce del contenido de la presente colaboración, **esta situación no se debe a la existencia de una normativa que sea distorsionadora de la competencia, ya que muy por el contrario la normativa emanada de la UE, y por ende la dictada por el Estado y por las CCAA, regulan un régimen legal en el que de su aplicación habría de derivar una situación de competencia altamente satisfactoria.**

De otro lado, la Jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

(TACRC) sobre las cuestiones expuestas en la presente colaboración es muy clara, reiterada y contundente, de donde no cabe alegar que no se dispongan de los medios jurídicos suficientes para que en la contratación pública en el sector del transporte público de viajeros por carretera impere un régimen de competencia justo y no discriminatorio.

La problemática viene pues, derivada, tal y como se ha descrito, de una gestión de los poderes públicos que, ya contraviene dicha normativa, ya no aplica los preceptos que mejor pueden asegurar la competencia (impidiendo barreras de entrada y discriminaciones).

También es un hecho constatable, que **la realidad descrita no tiene similitud alguna con relación a cualquier otro sector, resultando altamente desalentador que en un Estado de Derecho se haya podido llegar a este escenario, que dura ya tantos años.**

Además, ha de ponderarse, también, que **esta**

ausencia de la deseable competencia, que principalmente se refiere a las líneas regulares (ampliaciones reiteradas de los plazos contractuales y continuidad en la explotación de los servicios caducados, junto con la muy generalizada ausencia de licitaciones), **afecta a la competencia en el resto de los servicios** (transporte escolar, servicios discrecionales y turísticos, etc.). En efecto, y ello es muy relevante, las empresas que explotan estas líneas regulares, al tener unos ingresos fijos, así como amortizado el material móvil con cargo a estas líneas, pueden ofrecer unos precios en estas otras clases de servicios con los que no pueden competir el resto de empresas, siendo por ello esencial que los servicios públicos permanentes de uso general solamente se exploten de acuerdo con su plazo contractual inicial, licitándose con la cadencia y regularidad pertinente.

La CNMC ha venido censurando algunas de las cuestiones aludidas en esta colaboración, proponiendo medidas (*Informe sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús*, de 14.VII.2008, *Informe sobre las prórrogas de las concesiones*

interurbanas de transporte de viajeros en autobús de titularidad autonómica, de 10.3.2010, e *Informe de seguimiento del proceso de renovación de las concesiones estatales de transporte interurbano de viajeros en autobús*, de 10.3.2010, entre otros). Pero es lo cierto que la sintonía entre la CNMC y el Ministerio de Transportes no viene siendo una nota a destacar, como se acredita por el contenido de estos Informes, así como por el hecho de que los pliegos reguladores de los concursos no sean previamente informados por la Comisión.

Es respecto de esta cuestión que **sería altamente beneficioso que el Ministerio aprobara un pliego-tipo regulador de los concursos para la adjudicación de los contratos de concesión de servicios (regulares permanentes de uso general), y que ello se formalizara con la debida coordinación con la CNMC. Respecto de esta cuestión, ha de resaltarse la gran incidencia que tiene cuanto haga el MITMA (Dirección General de TT), ya que las CCAA tienden a reproducir sus modos de gestión.**

En el momento actual, la CNMC está redactando un Informe general que abarca la mayor parte de las cuestiones referidas en esta colaboración, como resultado de que las mismas han sido objeto (en 2018 y 2019) de imputación por patronales (de pequeñas y medianas empresas). Para la elaboración de este Informe (que claramente se está retrasando apreciablemente) la CNMC abrió un procedimiento de participación pública, siendo de esperar que dicho Informe pueda ser aprobado a principios del segundo trimestre del año 2021, y que pueda constituir un documento que inicie los cambios, preferentemente de la gestión pública que precisa el sector para que pueda existir una competencia leal y no discriminatoria entre empresas; en definitiva, para que cumpliéndose la normativa comunitaria y estatal sectorial y reguladora de la contratación pública, exista también la debida seguridad jurídica.

Estas pequeñas asociaciones empresariales, con motivo de la tramitación del proyecto de modificación del Reglamento UE 1.073/2009 (más atrás enunciado, que finalmente no fue aprobado por no contar con la mayoría

suficiente), ya informaron a la Comisión UE de la mayoría de las cuestiones planteadas en la presente colaboración, razón por la que cabe añadir que la defensa de nuestro sistema concesional de gestión de los servicios regulares permanentes de uso general (admitido por el Reglamento UE tantas veces enunciado 1370/2007 - "competencia controlada"), principalmente en torno a una posible liberalización pilotada desde las instituciones comunitarias, es incompatible con la realidad que se ha descrito.

En definitiva, se trata de algo tan sencillo como que se cumplan, sin excepciones, entre otros, esencialmente, los siguientes preceptos jurídicos que ordenan la contratación pública y la competencia:

- art. 64.1 LCSP, previene que *"los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar*

cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores”.

- art. 126.1 LCSP, a cuyo tenor las prescripciones técnicas *“proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”.*

- art. 132.1 párrafo. 1º LCSP, que establece que *“los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”*, en tanto que el apartado 2 de este mismo precepto afirma que *“la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”.*

- art. 9 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado/LEGUM, que dispone que *"todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia"*.

- art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia/LDC, que prohíbe *"todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional"*.

IV. REFLEXIONES FINALES

Si cada hecho de los expuestos constituye en sí mismo, en mayor o menor medida, un motivo de perturbación de la competencia, incluso en alguno de estos supuestos de carácter grave, la suma de todos ellos deriva en una situación preocupante y alarmante, que no solo lleva demasiado tiempo afectando al sector, sino que puede afirmarse que con el paso del tiempo se incrementa la ya gravedad de la situación.

Especialmente grave me parece, de cuantos se han expuesto, los casos en los que habiéndose extinguido la concesión, y siendo el servicio deficitario, las Administraciones no provean a formalizar la relación contractual (tal y como se ha expuesto en su lugar) a efectos de que el servicio se preste debidamente con amparo contractual, y por ende puedan seguir otorgándose las subvenciones necesarias.

Como valedor del sistema concesional (competencia por el mercado) **ponero que la mejor defensa del mismo** (frente a procesos de liberalización) **es coadyuvar a que esta situación revierta a la normalidad**, en el sentido de que la gestión pública se adecue a las normas y directrices reguladoras de la contratación pública, a efectos de la inexistencia de barreras de entrada y discriminaciones, y por ende, asegure y fomente un régimen en el que impere una competencia satisfactoria (que no tiene porqué ser descontrolada).

Sobre esta posible liberalización del sistema concesional, principalmente auspiciada por algún sector de la Comisión UE y del Parlamento Europeo, y por nuestra CNMC, **como defensa de este régimen, solamente añadir lo siguiente:**

- que no existe reciprocidad en los Estados de la UE, en tanto que por protección al ferrocarril, los servicios regulares interurbanos en autobús están muy limitados o restringidos.

- que un gran número de nuestros servicios interurbanos regulares son deficitarios, lo que obliga a que sean concursados en exclusiva.
- que una liberalización (aunque fuera —controlada / “modelo mixto” según la denominación que ya expresé en una anterior Estudio titulado *“Reflexiones en torno a un nuevo modelo mixto de prestación de los servicios públicos regulares permanentes y de uso general de transporte de viajeros por carretera”* / 2015; con exigencia de requisitos de calidad y frecuencias o expediciones) provocaría el abandono de los servicios no rentables o menos rentables, para centrarse las empresas en una competencia relativa a los servicios de mayor rentabilidad.
- que como así ha quedado acreditado por la experiencia habida en los Estados en los que se ha establecido una liberalización (Francia y Reino Unido), el resultado ha sido el de la existencia de un oligopolio en favor de una única empresa.
- que habida cuenta los ya bajos y muy degradados precios del transporte público regular en autobús (los

más bajos de toda la UE), y la altísima calidad de los servicios, la liberalización no representa ningún elemento apreciable en pro de los usuarios.

- que en orden a la competencia, basta que se cumpla la vigente normativa (tal y como se ha expuesto), para que exista un régimen en el que exista igualdad de oportunidades para todas las empresas (máxime cuando nuestro régimen de contratación pública permite, frente a las grandes empresas, la formación de UTES que pueden licitar en competencia).

Cuestión distinta es que, como vengo exponiendo desde hace más de una década en distintas publicaciones, deba de reformarse el régimen concesional de prestación de los servicios públicos permanentes de uso general, modernizándolo en toda una serie de elementos (mayor capacidad de gestión de la empresa concesionaria, posibilidad de adecuación de la oferta a la demanda con celeridad, distinto régimen tarifario según expediciones, material móvil de distinta capacidad según expediciones,

etc.). Y dentro de esta modernización, introducir (como así existe respecto del transporte escolar-régimen de autorización administrativa) la posibilidad por parte de la empresa concesionaria de subcontratación parcial de expediciones a terceras empresas, lo que supondría una optimización de los recursos disponibles, con efectos de rentabilidad para la concesión, y una ayuda a las pequeñas y medianas empresas (posibilidad que sí contempla la Ley de Contratos del Sector Público y la Directiva UE 24/2017).

A mi entender, la realidad de la situación descrita no solo no beneficia en orden a la defensa del régimen concesional, sino que tampoco a empresa alguna, sea incluso de gran volumen, ya que en definitiva **los hechos explicitados en la presente colaboración provocan una monumental inseguridad jurídica**, lo que a medio y largo plazo las perjudica.

Si el sector adolece de falta de la debida competencia, es evidente que lenta y progresivamente camina hacia su destrucción. Es por todo ello que las patronales, especialmente las más representativas

(CONFEBUS) tienen una relevante responsabilidad en intentar que todas las cuestiones planteadas sean rectificadas de forma que impere un régimen de competencia lo más perfecto posible (que es lo que justifica el sistema concesional de competencia por el mercado).

Dada la deriva que ha tomado la gestión pública del sector, resumida en la presente colaboración, aun no siendo optimista sobre el cambio que ha de producirse respecto de los hechos descritos, considero que es necesario aflorar cuanto se ha expuesto como modo de contribuir a la mejora de un sector (transporte público de viajeros por carretera) que se encuentra inmerso en una situación tan atípica como la relatada, que con toda seguridad no tiene similitud con la gestión pública de ningún otro sector, y dentro de ésta, con la relativa a la contratación pública.

Otra cuestión distinta, pero también de gran importancia, es que **los concursos no se conviertan en subastas**, por medio de la aceptación de ofertas desproporcionadas (número de expediciones y tarifas),

como ha venido sucediendo en una gran mayoría de las escasas licitaciones publicitadas. De una u otra forma, debe impedirse que ofertas que rebajan incluso un 20% (llegando incluso hasta el 50%) la tarifa, puedan ser ponderadas como viables (el papel lo aguanta todo). Además, los criterios técnicos (informados por personal con la debida capacitación del "Servicio Técnico correspondiente") que se sigan para aceptar o rechazar las alegaciones relativas a las proposiciones desproporcionadas o temerarias, deben de ser transparentes y uniformes para todas las empresas, sin que exista discriminación alguna en los criterios técnicos a aplicar. Sobre esta cuestión, debe significarse que la aplicación (como se hace en la mayoría de los pliegos) a los concursos de un precepto (art.85 del Reglamento General de Contratación) que está definido en el Reglamento para las subastas, en lugar de aplicar el art.152.2 del TRLCSP o similar precepto de la nueva Ley de Contratos 9/2017 - art.149, no ayuda, sino que dificulta, respecto de las ofertas temerarias, hacer valer lo dispuesto al efecto en el art.74.4 LOTT, a cuyo tenor: *"En cualquier caso, deberán desestimarse las ofertas que*

establezcan condiciones desproporcionadas o anormales, técnicamente inadecuadas, o que no garanticen debidamente la continuidad del servicio o su prestación en las condiciones precisas”.

Además, **en muchos de los concursos para el otorgamiento de servicios públicos permanentes de uso general, se calculan los costes de explotación con parámetros de servicios discrecionales para el conjunto de España** (Observatorio de costes del Ministerio de Transportes), lo que se traduce en un falso equilibrio económico que compromete la viabilidad de las concesiones en condiciones normales y aún más en el contexto de la crisis económica y de movilidad provocada por la pandemia COVID19.

En el caso de que las licitaciones no se adecuen a estos parámetros, la degradación del sector, aun cuando se cumplan las condiciones normativas reguladoras de la contratación pública, será todavía mayor que la que deriva del incumplimiento de las mismas según lo expuesto en la presente

colaboración.

Tan importante es que se cumpla la normativa e impere un razonable régimen de competencia, como que las licitaciones promuevan la rentabilidad de los servicios y se mantengan criterios muy rígidos (y transparentes) sobre la aceptación o no de las ofertas temerarias o desproporcionadas. Es evidente que **si la Administración acepta una oferta temeraria en un porcentaje mayor del 10 %, ello es prueba indubitada de que el proyecto del concurso no se ajusta a la realidad**, lo que en gran medida supone un fraude o engaño a las empresas licitantes, que redactan su oferta conforme a los datos del proyecto, que luego se ven desvirtuados por la propia Administración cuando acepta la justificación de la oferta desproporcionada en porcentajes tan notorios.

Todo ello permite afirmar que la problemática existente precisa para que sea encaminada por una ruta satisfactoria, la **conjugación del principio de no discriminación y cumplimiento de la normativa con el de rentabilidad de los servicios.** Para ello se precisa,

además de una patronal cuyos socios apoyen que se defienda con ímpetu la inexistencia de las anómalas prácticas descritas (que ya duran demasiado tiempo), unos concursos que no constituyan una deseconomía de los recursos disponibles.

Me parece indubitado que además de ser preciso que se cumpla la normativa sectorial y reguladora de la contratación pública, terminándose con las prácticas o incumplimientos a que se ha hecho mérito en este estudio, es también absolutamente necesario que se cambie de rumbo respecto a los concursos, en el sentido de que los servicios, de acuerdo con el pliego de bases, sean rentables. Si se continua por la senda ya iniciada hace más de una década, etapa ya larga en la que por lo general muchos de los servicios no son rentables por mor del contenido de tales pliegos y de la admisión de ofertas muy desproporcionadas o temerarias, el sector se empobrecerá, caminando hacia su decadencia. Poco o nada valdrán los planes que se dibujan desde el Ministerio de Transportes y desde las CCAA si no se atiende a esta

principal cuestión de asegurar la rentabilidad de los servicios.

Es más, como vengo anunciando desde hace años, **no sería de extrañar que de seguirse las pautas en los concursos que se censuran por razón de la falta de la debida rentabilidad de los servicios, más de una gran empresa reclame una liberalización controlada del sector del regular, como modo de poder mantenerse en el sector.**

Es lo cierto que muchas de las más importantes empresas del sector, respecto de las que es esencial su mantenimiento, si en la actualidad están teniendo viabilidad es por las líneas regulares del Consorcio Regional de Transporte de Madrid que explotan, ya que las líneas de largo recorrido son en gran parte deficitarias. Venciendo estos servicios regulares concesionales de este Consorcio a finales del 2024, a partir de esta fecha se presenta un escenario para estas empresas sumamente difícil, salvo que antes se cambie de rumbo, tal y como se viene

exponiendo. En otros casos, además este equilibrio económico empresarial, **se sustenta en la explotación de servicios fuera de nuestras fronteras, todo lo cual abunda en que ha de tomarse conciencia de que la explotación de los servicios ha de ser rentable.**

Pero **la rentabilidad de los servicios no solo ha de fomentarse de forma individual en cada concurso, sino que como vengo defendiendo de forma pionera desde hace más de una década** (y recientemente ha resaltado el Presidente de CONFEBUS en su intervención en la Jornada organizada por la Fundación Francisco Corell sobre Movilidad), **debe de ser una acción coordinada Ministerio de Transportes – CCAA, en el sentido de optimizar todas las concesiones, mediante la creación de lo que he venido a denominar “red concesional en red” (“mapa concesional en red”).** Esta actuación, sí debió de haberse hecho, pues además de incrementar la rentabilidad de todas las concesiones (por optimización de cada servicio en su conexión con el resto), hubiera sido muy beneficiosa para los usuarios, pero la falta de unidad

de acción administrativa Estado-CCAA, con las consiguientes y reiteradas ampliaciones de los plazos concesionales, han impedido la que hubiera sido la actuación más importante para el sector.

Conviene, pues, **reiterar aquí la necesidad del seguimiento de una política de transportes que considere todos los factores (sociales, territoriales, etc) sobre los que repercute el transporte, huyendo de que el principal elemento en la planificación sea el del ahorro presupuestario**, máxime teniendo en cuenta que nos encontramos ante un sector estratégico, lo que conlleva que si bien han de optimizarse los recursos, debe ser objeto de una suficiente inversión pública (lo que nunca ha ocurrido, pudiéndose afirmar que quizás sea el “sector Cenicienta” de la Economía española).

Si el transporte público de viajeros por carretera es un sector estratégico, lo es en gran medida porque incide muy acusadamente en todos esos elementos que se han enunciado, de donde resulta que toda política que los perturbe y no los tenga

en la debida consideración, no solo es nefasta globalmente considerada, sino que además es imprudente (e incluso, en algunos casos, anti social).

Añadir que a mi juicio **la política de transportes a seguir debe de atender, además de a cuanto se ha expuesto, en todo caso, a la supervivencia de las pequeñas y medianas empresas, tanto por razones de orden social, como porque prestan un importante servicio en aquellas zonas o localidades en las que operan. Cada clase de empresa, según su volumen, está destinada a servir distintos servicios, según su importancia.** Este objetivo claramente está relacionado con la gestión y visión que de la competencia se mantenga por las Administraciones públicas, de forma que **sea el mercado quien ordene el sector, pero no de forma artificial o dirigida,** esto es, mediante normativas y gestión pública que prime a una clase de empresas sobre otras en cualquiera de las formas que se han expuesto en la presente colaboración.

El cambio de denominación de Ministerio de Fomento al de Transportes se aparece, pues, como

ya anuncié que sucedería, como una mera modificación nominal, lo que se ha denotado tanto porque no se han corregido algunas de las prácticas examinadas en el presente estudio que más perturban la competencia, como con motivo de la pandemia y consiguiente ausencia de un conjunto de ayudas directas (subvenciones) e indirectas (cancelación obligatoriedad de abono de impuestos, tasas y cotizaciones sociales) que desahoguen a las empresas de su crítica situación económica (en la mayoría de los casos, con repercusión directa en la situación económica familiar de los empresarios).

Si todas las empresas están en un momento muy delicado por razón de la pandemia y las restricciones normativas (*factum príncipis*), son las pequeñas y medianas, que solamente prestan servicios discrecionales y de transporte de escolares, las que con mayor incidencia han venido siendo perjudicadas por muchas de las cuestiones examinadas en esta colaboración. Si a cuanto se ha examinado en el presente documento sumamos los efectos de la pandemia, el resultado es que se encuentran

en una situación de quiebra que aboca a su cierre, lo que debería de evitarse.

Significar que **quien quiera entender en la presente colaboración algún sesgo en contra de las grandes empresas o del régimen concesional, claramente se equivoca**, pues siempre he defendido (como Director General de FFCC y T. Carretera, Comisión de Fomento del PP, conferencias, organización de Jornadas técnicas y alrededor de 100 artículos publicados sobre la defensa del sistema concesional) tanto a dichas empresas como al enunciado régimen. Defender a las grandes empresas no significa no defender a las pequeñas y medianas, ni viceversa. Pero esta defensa no es incompatible con un escenario en el que no solo se cumpla la normativa reguladora de la contratación pública y sectorial, y que se eliminen todas las medidas, prácticas y excesos que conducen a un sector en el que la competencia esté tan devastada como se ha expuesto.

Afirmo con rotundidad que **fomentar (artificialmente) la viabilidad y rentabilidad de algunas empresas por mor de los "defectos" a que**

se ha hecho mérito (no licitación de concursos, ampliación reiterada de los plazos concesionales, continuidad en la prestación de los servicios caducados, etc), lo único que fomenta es la ineficiencia **de las empresas que involuntariamente se ven beneficiadas por estas prácticas, con gran perjuicio para otras que no tienen oportunidad de demostrar su valía y capacidad. En suma, lo que provocan es la degradación y destrucción del sector.** Pero ha de afirmarse que estas empresas, presuntamente beneficiadas de las prácticas enunciadas, no son en modo alguno culpables o responsables de las mismas, sino que como se ha indicado, en definitiva son perjudicadas por razón de la inseguridad jurídica que supone.

Es más, reitero que **solo desde una efectiva competencia se defiende el sistema concesional, frente al erróneo y silencioso discurso de ignorar los hechos que se han enunciado.** Y de otro lado, tampoco obsta esta defensa que tradicionalmente vengo manteniendo desde hace cuatro décadas, en la que me reafirmo, con la justa defensa de las pequeñas y medianas

empresas.

Por cuanto se ha expuesto, no se acierta a comprender que en el reciente Documento redactado por la consultora KPMG, a instancias de la patronal CONFEBUS, titulado *"El autobús como elemento clave de la nueva movilidad"* (marzo de 2021), en el apartado **"Situación y retos del Sector"** no se haga referencia a ninguno de los apartados de la presente colaboración, sobre todo a los que hacen mérito a la inexistencia de licitaciones y a la continuidad en la prestación de servicios extinguidos, como tampoco se hace relato alguno sobre la competencia dentro del sector (salvo unas referencias genéricas a la liberalización establecida en algunos Estados de nuestro entorno europeo). Si como muy acertadamente se titula y concluye en este estudio, *"el autobús es un elemento clave de la nueva movilidad"*, en la *"hoja de ruta"* que plantea para el sector muchas de las cuestiones a que se ha hecho mérito en el presente estudio deberían de estar presentes.

Es dentro de este orden de cuestiones referido a las patronales, que todas ellas (CONFEBUS, ANETRA,

DIREBUS, etc) han estado muy activas en la protección del sector a los efectos de la pandemia (siendo muy meritorias las actuaciones de CONFEBUS y alguno de los logros obtenidos), si bien en lo relativo a las principales problemáticas que se exponen en el presente documento (prestación de servicios caducados, ausencia de licitaciones, etc) solamente DIREBUS y EURORUTAS han venido manteniendo una posición de denuncia, instando el correspondiente cambio de rumbo.

La competencia es en los sectores económicos y productivos, y por tanto al transporte, lo que la tierra fértil a la Naturaleza, si bien ésta puede ayudarse con abonos naturales, como en el caso del transporte con toda una serie de políticas complementarias que lo fomenten y modernicen. Sin un régimen de competencia justo y equilibrado (que es lo que en definitiva supone la política de transportes tal y como enunciamos al principio de este documento), todas las medidas que se establezcan, descarbonización, digitalización y mejora de las infraestructuras básicas, etc (tal y como anunció recientemente el Secretario de Estado de Transportes,

Movilidad y Agenda Urbana, en relación con los anunciados 3.600 mills. € para el sector del transporte de los fondos de ayudas europeos) no tendrán a medio y largo plazo el efecto esperado, ya que si se adolece de la clase de defectos a los que se ha hecho mérito, lo que se provoca son ineficiencias empresariales y rentabilidades artificiales no sostenibles.

En estos momentos, en los que tanto se habla de una Ley de Movilidad (materia regulada extensamente en capítulo III-“Transporte y Movilidad Sostenible”, del Título III-“Sostenibilidad Ambiental”, de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, y no en la LOTT, como indebidamente se ha escuchado últimamente en algunos eventos, ya que ésta Ley no es propiamente una ley de movilidad) y también de una Ley de Financiación del Transporte Urbano, no parece que la materia de la competencia dentro de cada sector, y entre los distintos sectores del transporte deba de ser ignorada.

Si bien es cierto que la movilidad es un concepto inmensamente más amplio que el del transporte (urbanismo, seguridad vial, infraestructuras, etc) y que el transporte por carretera y otras materias (urbanismo, etc), en su mayor parte, son de la competencia de las CCAA y Corporaciones locales, y por tanto una futura Ley de movilidad habrá de ser esencialmente declaratoria de objetivos y principios, no es menos cierto que la competencia de cada modo de transportes y entre éstos, debería de ser objeto de tales principios ordenadores de la movilidad.

A mayor abundamiento, cabe preguntarse, ¿cómo se puede instar desde el mundo empresarial una gestión pública que optimice los recursos disponibles y fomente la rentabilidad de los servicios dentro de un escenario tan devastado como el relatado? En definitiva, ¿cómo se puede con fundamento reclamar los cambios que precisa el sector en un escenario de competencia tan insatisfactorio?

A mi juicio, quien no mantenga una conducta de amparo y tutela para todas las empresas por igual, sin

perjuicio de la defensa de los intereses de cada una dentro de la estricta legalidad, contraria a la realidad que se ha descrito, no solo no es persona o profesional que tenga un verdadero afecto y compromiso vocacional por el sector, sino que lo está perjudicando gravemente (y con toda seguridad a su propia empresa a medio plazo).

Pero la culpa no es solo de las Administraciones públicas, siendo al respecto pertinente dejar inserta la frase de Concepción Arenal "*Cuando la culpa es de todos, la culpa no es de nadie*"; ahí estriba el problema. O dicho de otra manera, según el Evangelio de San Juan (Cpt. VIII), "*El que esté libre de pecado que lance la primera piedra*".

Si la presente colaboración sirve para aflorar lo que, aunque es evidente, luce desde hace más de una década negativamente en el sector con intensidad, en un entorno en el que rige un oscuro silencio sobre cuanto se ha expuesto, se habrá cumplido el objetivo.

Verba volant, scripta manent.

Por distintas razones obvias, no atisbo motivo alguno

para ser optimista, esto es, para que la actual situación cambie de rumbo, lo que no obsta para que entienda que deba de dejarse constancia de cuanto se ha expuesto y argumentado en el presente documento, que no pretende no ser objeto de mayores o menores discrepancias, siempre bienvenidas si son fundamentadas. De todo debate siempre ha de resultar algo positivo; del silencio ninguna mejora se puede esperar.

Como decían los ya desaparecidos grandes del sector, en mi mente tantas veces ante un presente que con su presencia no hubiera podido llegar a la situación actual,..... ***"Lo que solo es bueno para una empresa, es malo para todas"***.

"Dura lex, sed lex"

*

La competencia en el transporte público de viajeros por carretera

Abril de 2021