

NOVEDADES SOBRE CONCESIONES PÚBLICAS Y COMPETENCIA, EN GENERAL, Y SOBRE CONCESIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA, EN PARTICULAR

Novedades sobre concesiones públicas y competencia, en general, y sobre concesiones de servicios públicos de transporte de viajeros por carretera, en particular

En los últimos tiempos la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) ha adoptado numerosas medidas de promoción de la competencia en el ámbito de los procesos de licitación pública, en general, y en el sector de las concesiones de los servicios de transporte de viajeros por carreteras, en particular, incluyendo la interposición de recursos contra disposiciones adoptadas por las Administraciones Públicas que a su juicio entorpecen el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado. Los principales aspectos que preocupan a la CNC en este ámbito se refieren a las condiciones de las licitaciones y a los procesos de prórroga de las concesiones, en tanto que extienden temporalmente las situaciones de monopolio legal de determinados operadores. La adopción en octubre de 2010 de una resolución de la CNC ha venido a complementar a las medidas de promoción indicadas, arrojando cierta luz sobre las facultades sancionadoras de la CNC en este ámbito. En este trabajo se expondrán las principales iniciativas adoptadas por la CNC en el sector de la licitación pública, en general, y en el sector del transporte de viajeros por carretera, en particular.

Recent developments in public concessions and competition law in general and in passenger land transportation public services in particular

In the recent days, the Spanish Competition Commission (CNC) has adopted several measures to promote competition in the field of the public tenders in general and, in particular in the field of concessions of passenger transport services by road, including the filing of appeals against certain measures taken by Public Administrations that, in their view, undermine the development of effective competition in the market. The main issues of concern for the CNC in this area relate to the conditions of tenders and the extension of the duration of the concessions, since they temporarily extend legal monopolies in favour of certain operators. The resolution adopted by the CNC in October 2010 has complemented the measures mentioned before, shedding some light on sanctioning powers of the CNC in this field. This article will describe the major initiatives taken by the CNC in the field of public tenders in general and in particular in the field of road passenger transport.

Introducción

Con carácter general, los regímenes concesionales se justifican por la necesidad de adjudicar la explotación de un determinado servicio público a una entidad privada, pero garantizando la libre circulación de personas, mercancías y servicios. Cuando los servicios de interés general presentan escasas posibilidades de explotación comercial, como es el caso, por ejemplo, de ciertas líneas de transporte terrestre de viajeros, su explotación se combina con otros servicios con mayor rentabilidad comercial, adjudicando al concesionario los derechos exclusivos de explotación. De este modo, el régimen concesional supone la creación de «monopolios» legales de carácter temporal en favor de los adjudicatarios del servicio público, que pretenden garantizar la recuperación de las inversiones realizadas.

El hecho de que se creen estas situaciones de «monopolio» legal y temporal no es un acto reprochable en sí mismo desde la perspectiva de la normativa de defensa de la competencia. La competencia en los mercados de licitación normalmente se produce por el «acceso al mercado» y no tanto «en el mercado». Los licitadores compiten por obtener

la adjudicación del concurso, pero una vez adjudicadas las licitaciones, posiblemente no exista competencia en la prestación del servicio público de que se trate. Por lo tanto, la preocupación de las autoridades de defensa de la competencia en este ámbito se centra en salvaguardar el proceso competitivo en la fase previa de la adjudicación de la concesión más que en la fase posterior de su explotación.

En los últimos años, la CNC ha mostrado una creciente preocupación por el ámbito de las concesiones, en general, y en el sector de los servicios de transporte de viajeros por carretera, en particular. Precisamente por ello en este último ámbito ha decidido adoptar todo tipo de medidas de promoción de la competencia para tratar de mejorar la transparencia y evitar la duración excesiva de los monopolios legales derivados de los regímenes concesionales. Entre las medidas adoptadas destacan tres iniciativas concretas, que son las que abordaremos en este trabajo.

En concreto, nos referimos a (1) una iniciativa de carácter general, consistente en la adopción de una guía sobre contratación pública y competencia; y dos tipos de iniciativas específicas en el sector de los servicios de transporte de pasajeros por carrete-

ra, que se refieren a (2) la emisión de informes no vinculantes sobre los procedimientos de licitación de concesiones públicas en este ámbito, y que critican esencialmente los criterios de licitación y las prórrogas de las concesiones administrativas; y (3), por otra parte, el ejercicio por primera vez por parte de la CNC de las facultades que le reconoce el artículo 12.3 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia* (LDC), para «impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados», que en este caso se refería al régimen de prórrogas de las concesiones autonómicas de transporte de pasajeros por carretera.

A estas tres medidas de promoción de la competencia en los procesos de concesiones públicas se añade la reciente Resolución del Consejo de la CNC, de 6 de octubre de 2010 (expte. S/0063/08 Protocolo de concesiones de transporte por carretera), que clarifica las facultades sancionadoras de la CNC en este ámbito.

Guía de la CNC sobre Contratación Pública y Competencia

En febrero de 2011, la CNC emitió una Guía práctica de recomendaciones en materia de «contratación pública y competencia», dirigida principalmente a los órganos de contratación pública y a las empresas. En esta Guía, la CNC realiza una serie de recomendaciones con el objetivo de fomentar la competencia efectiva en los procedimientos de contratación pública a través de dos vías: (i) se facilitan pautas para el diseño, celebración y ejecución de los procedimientos de contratación pública a fin de evitar que se introduzcan restricciones injustificadas a la competencia y se garantice el dinamismo y frecuencia en el proceso competitivo de «acceso al mercado»; y (ii) se proporcionan recomendaciones para la prevención de posibles conductas colusorias entre los licitadores.

Dejando de lado este segundo aspecto de la Guía de la CNC, la Guía ofrece recomendaciones muy interesantes y pone de manifiesto la especial preocupación de la CNC por garantizar que los pliegos de condiciones de las concesiones públicas son abiertos y transparentes. La contratación pública en el sector del transporte por carretera de viajeros ocupa un lugar destacado en esta Guía, haciendo así

gala de la preferencia que tiene la CNC por este sector específico de concesiones públicas. Esta preferencia se ve confirmada por otras muchas medidas de promoción de la competencia adoptadas por la CNC en este ámbito, a las que nos referiremos a continuación.

Informes emitidos por la CNC en relación con las concesiones de transporte de viajeros por carretera

Los procesos de concesión pública en el sector del transporte de viajeros se han regido tradicionalmente a nivel nacional por la *Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres* (LOTT), y por el correspondiente reglamento de desarrollo aprobado por *Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre* (ROTT) que tenía carácter básico. En ocasiones, este marco normativo se complementaba con normativa aprobada por las Comunidades Autónomas en lo que no fuera contrario a lo previsto en la normativa estatal. Este régimen se complementaba igualmente con la *Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, que sujeta a los principios de publicidad y concurrencia y a estrictas normas procedimentales las licitaciones de los contratos de gestión de los servicios públicos.

Este régimen general se ha visto profundamente afectado por el nuevo régimen de concesiones de transporte terrestre por carretera de viajeros aprobado a nivel comunitario mediante el *Reglamento (CE) 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera* (Reglamento 1370/2007), que entró en vigor el 3 de diciembre de 2009. Este Reglamento introduce una nueva regulación sobre la duración y los procedimientos de adjudicación de las concesiones de servicios de transporte público, destacando entre otros factores (i) la obligatoriedad de adjudicar las concesiones mediante procedimientos públicos equitativos; (ii) la fijación de una duración máxima de las concesiones del servicio de transporte por carretera de 10 años, prorrogables como máximo por otros 5 años, que puede ampliarse de forma excepcional por causa de inversiones extraordinarias que deba realizar el concesionario a los efectos de mantener el equilibrio en la prestación contractual; y (iii) al establecimiento de un régimen transitorio para las concesiones ya adjudicadas cuando entró en vigor del Reglamento.

Dado que la LOTT, el ROTT y la normativa autonómica en muchos casos excedían los plazos máximos

de duración de la concesión administrativa establecida en el Reglamento 1370/2007, la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible* (Ley 2/2011) ha venido a modificar en este punto la LOTT, para adaptarla a la duración de las concesiones y a la posibilidad de prórroga del Reglamento. Esta reciente modificación constituye un gran avance en términos de seguridad jurídica en las futuras concesiones. Ahora bien, para el período transitorio de aprobación del Reglamento 1370/2007 (en octubre de 2007) y su efectiva entrada en vigor (diciembre de 2009) sigue quedando un área de cierta incertidumbre jurídica que han tratado de colmar la CNC, con su actuación de promoción de la competencia, y más recientemente los Tribunales.

En efecto, a raíz de la adopción del Reglamento 1370/2007 la CNC publicó numerosos informes (en total 4 entre los años 2007 a 2010) en los que manifestaba su preocupación por fomentar la competencia en los procedimientos de adjudicación de los concursos. A modo de resumen, estos informes se centraban esencialmente en dos aspectos, a saber: (i) la compatibilidad con las normas de defensa de la competencia de los criterios establecidos por las Administraciones Públicas en los pliegos administrativos para la adjudicación de estas concesiones; y (ii) la compatibilidad de las prórrogas concedidas por varias Administraciones Públicas a varios concesionarios con los principios del Reglamento 1370/2007 tras su entrada en vigor.

La preocupación de la CNC sobre estos dos aspectos concretos de los procedimientos de concurso se ha reiterado constantemente, siendo sin duda el detonante de acciones posteriores adoptadas por los Tribunales y por la propia CNC, como se explica a continuación.

Posición de la CNC en relación con los criterios de los pliegos de condiciones de las concesiones de transporte de viajeros por carretera y situación actual: la Resolución de 6 de octubre de 2010

Dado que entre los años 2007 y 2018 se produciría el vencimiento de la mayoría de las concesiones de transportes, tras la aprobación del Reglamento 1370/2007, la Dirección General de Transportes Terrestres del Ministerio de Fomento aprobó el *Protocolo de apoyo para fijar los criterios de los concursos de concesiones de servicios públicos del transporte de viajeros regular y de uso general, de competencia del Ministerio de Fomento, que venzan a partir de 2007*

(el Protocolo), con el objetivo de establecer los criterios para la elaboración de los futuros pliegos de condiciones de los concursos convocados a nivel estatal de concesión de rutas.

En 2008, tras aprobarse el Reglamento 1370/2007, la CNC publicó el informe *La Competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España*, en el que resaltaba ciertas carencias de los criterios de adjudicación establecidos en el Protocolo, ya que favorecían el mantenimiento de las concesiones de los actuales titulares concesionales. En particular, se identificaban las siguientes cláusulas de los pliegos que, a juicio de la CNC podrían ser potencialmente restrictivas de la competencia: (i) no inclusión de la prestación de servicios de carácter discrecional que permitiera acreditar la experiencia de los licitadores; (ii) establecimiento de un derecho de preferencia del titular en la renovación de la concesión; (iii) crítica del escaso peso de las ponderaciones de tarifas y frecuencias; (iv) obligación de la subrogación del personal por los nuevos concesionarios; (v) valoración de prestaciones ajenas al objeto de la concesión; (vi) posibilidad de realizar con carácter sobrevenido modificaciones, transmisiones y unificaciones de prestaciones.

Tras la publicación de este informe, el Ministerio de Fomento introdujo ciertas modificaciones en los pliegos de condiciones a los efectos de incorporar algunas de las recomendaciones realizadas en el informe de la CNC de 2008. La CNC valoró favorablemente estas modificaciones en su *Informe sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros de autobús en España*, de 10 de marzo de 2010, si bien consideró que el Protocolo continuaba presentando graves restricciones a la competencia y propuso modificaciones adicionales, incluyendo el respeto de los plazos máximos de duración de las concesiones fijado en el Reglamento 1370/2007 con carácter general.

Entre la adopción del primer Informe de 2008 y este segundo Informe de 2010, la CNC tuvo ocasión de conocer de una denuncia formulada el 14 de marzo de 2008 por parte de una entidad que no había resultado adjudicataria de los concursos convocados por el Ministerio de Fomento en relación con la oferta de servicios de transporte de viajeros sobre la base del Protocolo: la empresa Globalia Autocares, S.A. Esta entidad remitió un escrito a la CNC en el que, inspirándose en los propios informes de la CNC, consideraba que los pliegos de condiciones de las concesiones de los concursos y el Protocolo vulneraban la LDC, y solicitaba que se

declarase la nulidad de varias de sus cláusulas, especialmente las relativas a los sistemas de valoración de las ofertas económicas. Con carácter subsidiario, solicitaba a la CNC que impugnase ante los Tribunales competentes los actos administrativos objeto de la denuncia, con base en la facultad que le confería el artículo 12.3 de LDC.

Pues bien, la CNC ha resuelto este caso en la importante Resolución de 6 de octubre de 2010, en la que archiva la denuncia y aclara el ámbito de sus facultades de intervención en materia de concesiones públicas, en general, y en el sector de transporte de viajeros por carretera, en particular. En esta Resolución, la CNC destaca que, sin perjuicio de que sus facultades de promoción de competencia se refieran a cualquier actividad que puede afectar al desarrollo de los mercados competitivos, sus facultades sancionadoras se limitan, como establece el propio artículo 49 de la LDC, a las conductas que realicen empresas o entidades económicas que supongan una vulneración de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC, i.e., conductas colusorias, de abuso de posición de dominio y falseamiento de la libre competencia por actos desleales. En consecuencia, el Consejo de la CNC no está facultado para sancionar a las empresas beneficiarias de una concesión pública por entender que ésta no se ha concedido correctamente, ni tampoco puede declarar la nulidad total o parcial de las condiciones del correspondiente pliego del concurso o sancionar a las Administraciones Públicas que adoptaron el pliego correspondiente de la concesión. Las conductas denunciadas *«tienen por objeto actuaciones administrativas que no se ajustan a ninguno de los ilícitos prohibidos por la LDC»*, y la Administración actuó no en su calidad de operador económico, sino en su calidad de entidad reguladora, de modo que la CNC no puede adoptar ninguna medida concreta más allá de informar al Ministerio de Fomento de los efectos negativos de la normativa denunciada.

La relevancia de este precedente estriba, pues, en la delimitación que se realiza de las facultades de la CNC en materia de criterios de concesión pública cuando cuestiona la actuación de las Administraciones Públicas. Como admite el Consejo de la CNC, solo los Tribunales tienen competencia para declarar si el clausulado de un determinado concurso es conforme o no con la normativa de defensa de la competencia y declarar su nulidad total o parcial. La CNC puede como máximo realizar actos de promoción del respeto de la normativa de competencia o incluso formular en determinados casos un recurso contra la normativa aplicable (ver apar-

tado 4 *infra*), pero no es a ella a quien corresponde pronunciarse sobre la legalidad de los concursos. Esta declaración corresponde únicamente a los Tribunales, que deberán realizar en cada caso una ponderación de los intereses en juego, y no a la CNC en el marco de un procedimiento sancionador.

Esta clara delimitación de competencias realizada en la Resolución de la CNC se ha visto confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que ha conocido de los cinco recursos contencioso-administrativos interpuestos en paralelo por la misma entidad que denunció las convocatorias de los concursos del Ministerio de Fomento ante la CNC (i.e., Globalia Autorcares, S.A.). Los recursos formulados se fundamentaban en que los pliegos de las convocatorias de los concursos *«eran lesivos para la libre competencia al derivarse de los mismos obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados»*. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha estimado parcialmente las pretensiones de la recurrente en las sentencias que resolvían estos cinco recursos (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 150/2011 de 25 de febrero, 154/2011 de 23 de febrero, 158/2011 de 21 de febrero, 152/2011 de 25 de febrero y 160/2011 de 22 de febrero), ratificando varias conclusiones contenidas en el Informe de la CNC de 2008 en relación con el carácter restrictivo de la competencia de ciertos criterios de adjudicación contenidos en los pliegos de condiciones que fijaba el Protocolo. Con ello, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha anulado los pliegos del concurso del Estado para adjudicar diversas rutas, por considerarlos contrarios a los principios de libre competencia.

Posición de la CNC en relación con las prórrogas de las concesiones de transporte de viajeros por carretera y situación actual: interposición de recursos formulados por la CNC contra la normativa autonómica

El segundo aspecto que preocupaba a la CNC se refiere al régimen de prórrogas de las concesiones administrativas adoptado por el Estado y varias Comunidades Autónomas después de la aprobación —e incluso entrada en vigor— del Reglamento 1370/2007. Este régimen de prórrogas prolonga las concesiones vigentes a sus actuales titulares a efectos de mantener el equilibrio de las prestaciones y en algunos casos el plazo de la prórroga era superior al previsto en el citado Reglamento.

En su Informe de 2008 sobre *La Competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España*, la CNC criticó seriamente este régimen de prórrogas, pues consideraba que limitaban la competencia en el mercado, sin que se hubiera acreditado que las mejoras de calidad del servicio ofrecidas justificasen la duración de las prórrogas para mantener el equilibrio de las prestaciones. Asimismo, consideró que las prórrogas podrían vulnerar los principios del Reglamento 1370/2007 no sólo en aquellos casos en los que éstas se adoptasen con posterioridad a la entrada en vigor del citado Reglamento (diciembre de 2009), sino también cuando se adoptasen en el período transitorio comprendido entre su aprobación y su entrada en vigor. En consecuencia, la CNC indicó que estas prórrogas eran susceptibles de impugnación en sede jurisdiccional y advirtió de que haría uso de las facultades de impugnación normativa previstas en el artículo 12.3 de la LDC si las Administraciones competentes otorgaban prórrogas contrarias al citado Reglamento.

Pues bien, a pesar de las contundentes amenazas realizadas por la CNC en el informe mencionado, la CNC finalmente sólo interpuso dos recursos contencioso-administrativos contra normas de rango inferior a la Ley aprobadas con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1370/2007 (no cuestiona por tanto la validez de las prórrogas aprobadas durante el período transitorio del Reglamento). En particular, la CNC ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el *Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular de viajeros por carretera de la Comunidad Valenciana* (aprobado por Decreto de 29 de enero de 2010) y la *Resolución de 26 de febrero de 2010 de la Consejería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia*, por entender que la prórroga de las concesiones que llevan a cabo resulta contraria a la libre competencia y al derecho de la Unión Europea.

La interposición de estos recursos por parte de la CNC constituye una gran novedad en el empleo de las facultades de promoción de la competencia que le reconoce la LDC. Hasta la fecha la CNC no había hecho uso de sus facultades de impugnación normativa previstas en el artículo 12.3 de la LDC, de modo que el resultado de estos dos recursos será sin duda muy interesante para delimitar el ámbito competencial de la CNC en sus actuaciones de fomento de la competencia en el mercado.

A modo de ejemplo, los Tribunales que conozcan de estos dos recursos deberán determinar, entre

otras cuestiones, si la CNC tiene legitimación activa para interponer recursos contra disposiciones adoptadas por Administraciones Públicas que no vulneran los artículos 1, 2 y 3 de la LDC (que son las únicas infracciones respecto de las cuales la CNC tiene potestades sancionadoras, como se indicó la Resolución de 6 de octubre de 2010 ya citada).

Por otra parte, estos recursos también pueden suscitar dudas en relación con la delimitación competencial entre la CNC y los órganos autonómicos de defensa de la competencia cuando existieren. En este sentido, el artículo 1 de la *Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia* establece que la CNC tendrá competencia en relación con aquellas conductas que alteren la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, mientras que los órganos autonómicos serán los competentes cuando las conductas alteren la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma. En la medida en que las disposiciones que se han recurrido son autonómicas y únicamente afectan al transporte de pasajeros por carretera dentro de una única Comunidad Autónoma, y existen autoridades de defensa de la competencia autonómicas, habrá que estar a lo que indiquen los Tribunales sobre la legitimación de la CNC para interponer los recursos ex artículo 12.3 LDC.

En consecuencia, en aquellos supuestos en los cuales la concesión administrativa estuviera limitada al territorio de una única Comunidad Autónoma en la que exista un órgano de defensa de la competencia autonómico, estas sentencias deberán aclarar si la CNC ostenta legitimación activa para la interposición del recurso.

Conclusiones

La CNC dispone de una gran variedad de herramientas para garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. Al margen de sus potestades sancionadoras, que se limitan a conductas empresariales restrictivas o abusivas previstas en la propia LDC, la CNC también realiza una amplia labor de promoción de la libre competencia. Esta actividad ha adquirido una especial relevancia en los últimos tiempos en relación con los procedimientos de concesión administrativa, en general, y en el sector del transporte de viajeros por carretera,

en particular. Mediante la emisión de estudios e informes, la CNC ha realizado múltiples recomendaciones sobre cómo podría promoverse la competencia en este sector, ya sea mediante la modificación de las condiciones de la concesión, o mediante la supresión de las prórrogas a la duración de la concesión que excedan del ámbito previsto en el Reglamento 1370/2007.

Estas recomendaciones no se han quedado en el plano teórico. La CNC ha hecho incluso uso de las facultades excepcionales previstas en el artículo 12.3 de la LDC de impugnación en vía jurisdiccional de actos administrativos o disposiciones legislativas con rango inferior a la Ley que puedan obstaculizar la libre competencia. Estos recursos están todavía pendiente de resolución, pero es indudable que las sentencias que los resuelvan resultarán de

gran utilidad para ilustrar los límites de la legitimación procesal de la CNC.

En esta misma línea resulta de especial interés la reciente Resolución de la CNC, de 6 de octubre de 2010, en la que clarifica que la salvaguarda de la competencia en el mercado corresponde no sólo a la CNC, sino también a los Tribunales. Corresponde a estos últimos enjuiciar si las actuaciones de las Administraciones Públicas —cuando no actúan como operadores económicos— son conformes con los principio de libre competencia. En estos casos, la CNC no dispone de facultades sancionadoras, por lo que estas cuestiones deben remitirse a la jurisdicción ordinaria.

**PATRICIA VIDAL MARTÍNEZ y
ANA RAQUEL LAPRESTA***

* Abogadas del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).