REVISTA ESPECIALIZADA EN DERECHO DE LA CIRCULACIÓN
Tráfico
Y SEGURIDAD VIAL
NÚMERO 267
DICIEMBRE DE 2021
DOCTRINA
Consecuencias penales en el tipo del art. 384 CP ante la anulación de la sanción administrativa determinante de la pérdida del permiso de conducir
JURISPRUDENCIA COMENTADA
Los daños en el semirremolque producidos por la cabeza tractora. Acción de repetición
TRANSPORTE
Las adjudicaciones directas de servicios públicos permanentes de uso general de transporte de viajeros por carretera
¿LA ÚLTIMA REFORMA DE LA LEY DE TRÁFICO?
Wolters Kluwer

Transporte

Las adjudicaciones directas de servicios públicos permanentes de uso general de transporte de viajeros por carretera en nuestro ordenamiento jurídico. En especial, por causa de interrupción del servicio

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: *La presente colaboración examina los supuestos en los que los servicios regulares permanentes de uso general de transporte público de viajeros por carreta pueden ser adjudicados sin concurrencia.*

Palabras clave: Servicios concesionales en autobús, otorgamiento servicios regulares en autobús, contratación pública servicios en autobús, adjudicación directa servicios concesionales en autobús.

Abstract: *This collaborative work examines the cases in which permanent regular services of public road passenger transport can be awarded without competition.*

Keywords: Bus service concessions, grant of regular bus services, public contracting of bus services, direct award of bus service concessions.

Colaboración dedicada a la General del Cuerpo de Ingenieros Politécnicos del Ejército de Tierra, Subdirectora General de Sistemas Terrestres del INTA, Patricia Ortega García, y al General Consejero Togado del Cuerpo Jurídico Militar, Fiscal Jefe de la Sala 5ª del Tribunal Supremo y ex Director de la Asesoría Jurídica del INTA, Juan Pozo Vilches.

Como es sobradamente conocido, y es la regla general impuesta por el Ordenamiento jurídico, a la finalización del plazo contractual de los servicios, caduca la concesión (arts. 209 y 210.1 de la Ley Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y 82.1 y 2 de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres (en adelante LOTT)), debiéndose de proceder a la adjudicación por concurso de un nuevo contrato (art. 88.1 del Reglamento Ordenación Transportes Terrestres (en adelante ROTT)). De otro lado, conforme al artículo 4.3 del Reglamento UE 1370/2007, *«la duración de los contratos de servicio público será limitada y no podrá superar diez años para los servicios de autobús o autocar»,* si bien (apartado 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».* En el mismo sentido se pronuncia el artículo 72.4 LOTT. Estos preceptos claramente tipifican un supuesto muy diferente de los referidos a la adjudicación directa, que son sobre los que versa la presente colaboración.

Pues bien, la materia objeto de examen se suscita por razón de que estando caducado el servicio (incluso después de haberse otorgado la enunciada prórroga del artículo 4.3 del citado del Reglamento UE 1370/2007 y en idéntico sentido artículo 72.4 «in *fine*» LOTT), o bien de una prórroga obligatoria para el contratista de 2 años al amparo del artículo 5.5. del Reglamento UE 1370/2007 (y en similar sentido artículo 85 LOTT), el servicio que se ha venido prestando (por expirar su plazo de vigencia) precisa de un título habilitante que legalice su prestación, ya que la realización a precario de un servicio público permanente de uso general constituye una evidente irregularidad. En otros casos, la problemática deviene de que siendo el servicio deficitario y no siendo objeto de la proporcional subvención o ayuda pública, la empresa concesionaria anuncia el abandono en su prestación. Así pues, tanto en uno como en otro caso, se precisa una actuación de la Administración competente a efectos de legalizar la prestación del servicio, cuestión de actualidad ya que un gran número de las concesiones de que se trata (tanto del MITMA como de CCAA) están caducadas, razón por la que en los dos últimos años se asiste al procedimiento de adjudicación directa como modo de habilitar la prestación del servicio, tanto por razón de haber caducado, como por causa de abandono del mismo por la empresa concesionaria. También es un supuesto de «adjudicación directa» bastante usual, el otorgamiento de un servicio de autobús regular sustitutivo de un trayecto del modo ferroviario que por obras o cualquier otra causa deja de prestarse con carácter provisional, y que no tiene establecido un servicio concesional coincidente.

Recordamos el contenido de estos preceptos, y así:

– Art. 5.5 Reglamento UE 1370/2007

«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».

– Art. 85 LOTT

«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».

La viabilidad jurídica de la adjudicación directa, lógicamente constituye una excepcionalidad, ya que conforme al artículo 5 del Reglamento UE 1370 (de aplicación ya que la clase de servicios de que se trata se otorgan en exclusiva — artículo 72.1 LOTT—), «*toda autoridad competente que recurra a un tercero que no sea un operador interno deberá adjudicar los contratos de servicio público con arreglo a un procedimiento de licitación equitativo»,* debiéndose de *«respetar los principios de transparencia y no discriminación»* (apartado 3). En el mismo o similar sentido se expresa la LOTT, en su artículo 73.1.

Por tanto, a tenor de la normativa expuesta, y especialmente del artículo 5.5 del Reglamento UE 1370/2007, en los supuestos *«de interrupción de los servicios o de riesgo inminente de tal situación»*, existe la posibilidad de bien ampliar 2 años el plazo de caducidad de la concesión (lo que ha de formalizarse antes de que haya caducado), bien proceder a la fórmula de la adjudicación directa para un plazo máximo de prestación igual. De acuerdo con ello, es evidente que si se elige la alternativa de la adjudicación directa, en lugar de la ampliación del plazo concesional por dos años, en principio es por razón de que se pondera que la empresa prestataria ha de ser otra distinta de la que viene explotando el servicio (por ser ésta la causante del riesgo de interrupción / caso de abandono del servicio), ya que en otro caso se utilizaría la fórmula de la prórroga de la concesión, incluso modificando las condiciones de explotación. De otro lado, y a tenor de la redacción del precepto, resulta a mi juicio evidente que esta adjudicación directa no precisa de licitación alguna, pues en otro caso no estaríamos ante tal «adjudicación directa», siendo también relevante que de haber querido así introducir la norma la concurrencia, este requisito se habría indicado. Claramente la alternativa de prórroga por 2 años ha de formalizarse antes de que el servicio haya caducado, ya que no puede prorrogarse una concesión que ya no existe, razón por la que cuestión interpretativa es la de si se ha elegido la ampliación del plazo por 2 años, una vez finalizado este plazo puede o no procederse a la alternativa en principio no seleccionada, esto es, a una adjudicación directa por 2 años más. A mi entender, la elección de una de las dos fórmulas posibles excluye que la no elegida sea aplicada cuando la seleccionada haya expirado su plazo, ya que en definitiva la excepcionalidad viene motivada por razón de que la Administración tenga el tiempo suficiente (2 años) para convocar el correspondiente concurso ordinario del servicio público. La norma habla de *«alternativa»,* y no de dos posibilidades o vías que puedan sumarse.

Pero como se puede comprobar de su simple lectura, el artículo 85 LOTT introduce (respecto del artículo 5.5. del Reglamento UE) la obligatoriedad de que el concesionario acepte el acuerdo de adjudicación por el término de 2 años, lo que rebasa la establecido en la normativa UE, siendo de resaltar que, si existe tal obligatoriedad, es evidente que tal adjudicación directa puede

formalizarse solamente a favor del concesionario que viene prestando el servicio sin previo concurso alguno. Además, introduce, también, la inviabilidad de formular recurso administrativo previo al jurisdiccional. Ahora bien, han de diferenciarse dos supuestos: a) si la concesión no ha caducado («riesgo inminente de interrupción»), es indubitado que conforme a la redacción de este precepto de la LOTT la adjudicación directa solamente puede ser a favor de la empresa concesionaria que viene prestando el servicio. b) si la concesión ha caducado (*«caso de interrupción de un servicio público»),* caso en el que, no cabiendo la alternativa de prórroga de 2 años, la adjudicación directa igualmente solo procede a favor de la empresa que viene prestando el servicio. De otro lado, no puede tampoco omitirse que, si ya antes se acordó la prórroga de 2 años, siendo ésta obligatoria para la empresa concesionaria, claramente no puede exigirse a ésta que bajo la fórmula posterior de adjudicación directa se le obligue a 2 años más, por cuanto que el precepto es claro en el sentido de que tal obligación solo puede ser admitida o pertinente, excepcionalmente, eligiéndose una u otra alternativa, por un único plazo de 2 años.

Como se ha anticipado anteriormente, el artículo 87 del ROTT también trata de la «adjudicación directa», al disponer literalmente: **«**1*. La Administración podrá optar por la adjudicación directa del contrato de gestión de un servicio público de transporte regular de viajeros de uso general, cuando se den las circunstancias previstas para ello en el artículo 73.1 de la LOTT. Asimismo, podrá optar por la adjudicación directa de un contrato cuando se den las circunstancias de emergencia señaladas en el artículo 85 de la LOTT. 2. En tales supuestos, la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento elaborará el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del contrato y podrá adjudicarlo a cualquier empresa que cuente con la autorización de transporte público que resulte pertinente en función de los vehículos que hayan de ser adscritos a la prestación del servicio. El adjudicatario deberá presentar idéntica documentación a la prevista en el artículo 82 de este Reglamento y aceptar expresamente el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del contrato. Por lo demás, serán de aplicación al procedimiento de adjudicación directa las reglas contenidas en la legislación general sobre contratos del sector público en relación con los contratos menores.»*

De conformidad con este artículo del ROTT, podría erróneamente interpretarse que la adjudicación directa regulada en el artículo 5.5 del Reglamento UE 1370/2007 y correlativo artículo 85 LOTT, ha de tramitarse mediante un concurso o licitación pública (de lo que derivaría que el requisito de la obligatoriedad en la prestación por el término de 2 años sea inexistente, ya que solamente se adjudicará a una empresa que voluntariamente se haya presentado al concurso, lo que es contradictorio con lo regulado al efecto en el artículo 85 LOTT.). Pero ello no es así, ya que este artículo, que no puede modificar ni lo prescrito en un Reglamento comunitario (artículo 5.5. Reglamento UE 1370/2007), ni en una norma de rango superior (artículo 85 LOTT), claramente se refiere a supuestos distintos, como son, entre otros: que la causa de interrupción del servicio se deba al abandono de la empresa concesionaria, caso en el que no cabe adjudicar a su favor el servicio, servicios regulares de autobús de nueva creación cuya puesta en marcha sea perentoria por haberse eliminado un servicio ferroviario por razón de obras en la vía o cualquier otra causa, etc.

A mi juicio, la adjudicación directa solo tiene sentido formalizarla sin licitación (ni pública o abierta, ni por invitación), lo que estrictamente se ajusta al artículo 5.5 del Reglamento UE 1370/2007, a favor de la empresa que viene prestando el servicio, ya que lo que la norma admite excepcionalmente es esta clase de contratación directa por razones de urgencia. Y en este orden de cuestiones cabe observar que, si para formalizar tal adjudicación es precisa la tramitación de un concurso, para ello es prácticamente igual que esta tramitación sea la ordinaria que prevé la LOTT (al objeto de adjudicar el contrato por un plazo máximo de 10 años). El término adjudicación directa, a mi entender, tal y como se viene fundamentando, por su propia excepcionalidad excluye la necesidad de una licitación pública. «Adjudicación directa» y adjudicación previo un concurso público o invitación directa son conceptos contradictorios, que no se pueden compatibilizar. Por ello entiendo que la redacción del artículo 87 del ROTT, al ser totalmente contradictoria no solo con el artículo 85 LOTT, sino que esencialmente del artículo 5.5 del tantas veces citado Reglamento UE 11370/2021, solo puede aplicarse según se ha expuesto y motivado. Por otra parte, no puede omitirse que este precepto comunitario es un Reglamento, y por tanto aplicable directamente (sin

que normativa interna alguna lo tenga que desarrollar, modificar, limitar y/o extender en cuanto a la forma de su aplicación), razón por la que a mi entender no solo nada se opone a que según lo explicitado pueda formalizarse la adjudicación directa sin licitación alguna (sin que sea obligatoria para la empresa que venía explotando el servicio), sino que como se ha argumentado la adjudicación directa (contemplada de forma excepcional por la norma comunitaria frente a la regla general de la licitación pública) se opone a la existencia de concurrencia pública, debiendo de formalizarse a favor de la empresa que viene prestando el servicio (salvo en el caso, ya enunciado, de abandono de la concesión). La Comunicación de la Comisión 2014/C 92/01 contiene directrices de interpretación del Reglamento 1370/2007, y si bien no aclara nada especialmente respecto de apartado 5 del artículo 5, sí expresa genéricamente que la «adjudicación directa» ha de utilizarse restrictivamente al ser una excepción del principio de concurrencia, lo que aboga a favor de la tesis que hemos referido en el sentido de que se trata de un procedimiento sin licitación alguna, que ha de aplicarse a favor de la empresa concesionaria que viene prestando el servicio.

Debe añadirse que la Orden o Resolución de esta adjudicación no tiene porqué repetir las condiciones de explotación del servicio que se contenían en el originario contrato de concesión de servicios (introducción de modificaciones de acuerdo con lo previsto en los artículos 203 a 207 LCSP), si bien es claro que el servicio a adjudicar ha de ser el mismo que el que está afectado por el riesgo de interrupción, sin que quepa fraccionar éste en varios nuevos servicios a adjudicar directamente de forma independiente. También ha de resaltarse que, en el caso de que por la razón indicada no sea la empresa que viene prestando el servicio la adjudicataria, los trabajadores ostentan en todo caso el derecho de subrogación, según se dispone en el Acuerdo marco estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor (BOE de 25.2.2015). Siendo la adjudicación directa una formula urgente para que el servicio no se interrumpa, lógicamente esta actuación no ha de someterse al requisito de previa publicación en el DOUE. Por lo demás, el procedimiento de adjudicación directa, en la práctica, se sustancia, en contraposición a lo que se ha argumentado jurídicamente, invitando a unas pocas empresas a participar, a las que se las remite un pliego con las condiciones y criterios de valoración, no pudiéndose excluir a la empresa que venía prestando el servicio, que lógicamente es la que mejor lo conoce (salvo que esta empresa sea la causante del riesgo de interrupción por abandono o alguna otra causa debidamente justificada), pues ello sería arbitrario y constituiría una desviación de poder. En este procedimiento, se acortan los plazos, eliminándose trámites que son propios del procedimiento ordinario concursal de la LOTT y de la LCSP. Finalmente, no puede dejarse de resaltar que el servicio adjudicado directamente ha de ser rentable para la empresa contratista, gozando ésta del derecho a ser resarcida en el caso de que sea deficitario, de conformidad con la doctrina establecida por la STS 1.066/2020, de 21 de julio (si la adjudicación directa, en contra de cuanto se ha fundamentado, se ha formalizado previo concurso abierto o invitación a licitar, en lugar de directamente a favor de la empresa que venía prestando el servicio, lógicamente no existe este derecho a ser indemnizado, ya que la adjudicación se produce conforme a la oferta designada como ganadora de la licitación).

En la práctica, en los últimos dos años se ha asistido a varias adjudicaciones directas, en unos casos motivadas por abandono de la concesión, en otros por razón de legalizar la prestación de un servicio caducado, habiéndose formalizado en unos casos directamente a favor ya de la empresa que venía prestando el servicio (que es el régimen previsto en la normativa), ya a otra distinta en el supuesto de abandono, en tanto que en otros se ha otorgado mediante licitación pública, ya abierta, ya restringida (por invitación).

También, informar que para solventar la problemática de servicios próximos a expirar en su plazo concesional, incluso después de haberse otorgado la prórroga obligatoria de dos años, también es posible, ya siempre que la Resolución u Orden sea de fecha anterior al vencimiento de la concesión, lo dispuesto en 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, ya que 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 (o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato), previsión que es conforme con lo estipulado en el art.29.6 «in *fine*» de la LCSP.

Para completar el examen de la materia objeto de colaboración, dejar constancia de que el artículo 5.4 del meritado Reglamento UE 1370/2007 contempla otras excepciones a la adjudicación mediante licitación pública, al disponer: *«Salvo que lo prohíba el Derecho nacional, las autoridades competentes podrán optar por la adjudicación directa de los contratos de servicio público sea cuando su valor anual medio se haya estimado en menos de 1 000.000 EUR, sea cuando tengan por objeto la prestación anual de menos de 300 000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros. En los casos de contratos de servicio público adjudicados directamente a pequeñas y medianas empresas que no utilicen más de 23 vehículos, estos umbrales podrán aumentarse a un valor medio anual estimado en menos de 2 000.000 EUR, o en el caso de la prestación anual de menos de 600 000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros».* No estando recogidos en nuestra normativa interna estas excepciones, claramente no son aplicables.