



Lehiaren
Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca
de la Competencia

Informe del Consejo Vasco de la Competencia en relación a la consulta realizada por las Juntas Generales de Bizkaia referida a la concurrencia a concursos públicos de Euskotren en competencia con empresas privadas

Expte. I-3/2012

Pleno:

Dña. María Pilar Canedo Arrillaga, Presidente

Dña. Natividad Goñi Urriza, Vocal

D. Rafael Iturriaga Nieva, Vocal

Secretario: D. Ibon Alvarez Casado

En Bilbao, a 31 de mayo de 2013

El Consejo Vasco de la Competencia (en adelante, CVC), con la composición arriba expresada ha adoptado el siguiente informe, a petición de las Juntas Generales de Bizkaia.

INDICE:

I.- COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA.....	2
II.- ALCANCE DEL INFORME.....	3
III. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS MERCADOS Y SU INCIDENCIA EN LA COMPETENCIA.....	3
IV. LA LIBERALIZACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTES DE VIAJEROS EN LA UE Y SUS ESTADOS MIEMBROS.....	7
V. EL TRANSPORTE TERRESTRE COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL.....	10
VI. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE TRANSPORTE TERRESTRE EN LA CAE Y SU CORRESPONDENCIA CON LICITACIONES PÚBLICAS.....	12
VII. DETERMINACIÓN DEL “MERCADO AFECTADO” EN LAS LICITACIONES DE TRANSPORTE TERRESTRE EN LA CAE.....	15
VIII.- LA EMPRESA PÚBLICA ET.....	16
1. ET. DESCRIPCIÓN DE SU OBJETO SOCIAL.....	16
2. ET Y LAS LICITACIONES DE TRANSPORTE.....	18
A. Ferrocarril.....	18
a. Los medios propios de la administración. Justificación y requisitos legales.....	19



b. ET como medio propio de la Administración General de la CAE.	22
B. Transporte por carretera regular de uso general.	24
a. Premisa inicial: Igualdad entre el sector público y el privado en el respeto a la normativa de defensa de la competencia.	24
b. El interés público como justificación de la Administración en la actividad empresarial.	25
a'. Factores económicos e interés público.....	26
b'. La competencia administrativa y el interés público.....	29
c'. Relación entre el objeto social de ET y el interés público.....	30
C. Transporte por carretera de uso especial.....	32
VIII. ABANICO DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS PREVISIBLES.....	32
IX.- CONCLUSIONES	34

I.- Competencia de la Autoridad Vasca de la Competencia.

1. El 7 de mayo de 2012 tuvo entrada en el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia un escrito presentado por la Presidente de las Juntas Generales de Bizkaia (JJGG). Mediante dicho escrito se adjuntaba el certificado del acuerdo adoptado por la Comisión de Obras Públicas y Transporte de las Juntas Generales de Bizkaia de 3 de abril de 2012, por el que se solicitaba a la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) que emitiera su parecer en relación a la concurrencia a concursos públicos de "Eusko Trenbideak/Ferrocarriles Vascos, S.A." (en adelante ET) en competencia con empresas privadas.

2. La Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/2012, de la Autoridad Vasca de la Competencia establece que "con el inicio de actividades de la Autoridad Vasca de la Competencia quedarán extinguidos el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Euskadi"¹.

El 17 de julio de 2012 se produce el inicio de actividades de la AVC, a quien se asigna la competencia de "instrucción, resolución y ejecución de los procedimientos relativos a las competencias que corresponden a ésta y que estén pendientes de finalización en la fecha de inicio efectivo de las actividades del organismo autónomo"².

3. El artículo 3.5 de la Ley 1/2012 establece que "la Autoridad Vasca de la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. En particular, podrá ser consultada en materia de competencia por el

¹ Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia.

² Art. 4 del Decreto 139/2012, de 17 de julio, por el que se determina el inicio de actividades de la Autoridad Vasca de la Competencia y se regulan las condiciones de adscripción de medios personales de la Administración de la Comunidad Autónoma a dicho organismo autónomo.



Parlamento Vasco, el Gobierno Vasco, las Juntas Generales, las Diputaciones Forales, los Ayuntamientos, los colegios profesionales, las cámaras de comercio y las organizaciones empresariales, sindicales y de personas consumidoras y usuarias”.

Por su parte, el artículo 10.k) de la citada Ley 1/2012 atribuye al CVC la función de “elaborar y aprobar los dictámenes a los que hace referencia el apartado 5 del artículo 3 de esta ley”.

4. En virtud de esta normativa el CVC debe por tanto elaborar un informe para responder a la solicitud arriba señalada.

II.- Alcance del informe

5. Esta AVC, a través de su Consejo Vasco de la Competencia (CVC), analiza en este informe el impacto en las condiciones de competencia en el mercado que podría generar una empresa pública como ET al concurrir con otras empresas privadas en licitaciones públicas de Administraciones.

Una primera precisión a realizar es que en este documento no se enjuician conductas llevadas a cabo hasta el momento. El objetivo de este estudio es por tanto realizar un análisis de las posibles implicaciones que podrían derivarse de la conducta descrita en la pregunta planteada por las JJGG.

III. El papel de la Administración en los mercados y su incidencia en la competencia.

6. La premisa inicial de la que debemos partir hace referencia a la propia actividad del Estado, que se define como el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que aquél realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga, para alcanzar los fines que le son propios y que también vienen fijados por la ley. El Estado requiere de la creación de organismos (entre ellos la Administración) para el cumplimiento de sus fines y ejercicio de sus funciones. Solo las normas jurídicas pueden atribuir potestades de manera directa a esos organismos³.

La función administrativa se manifiesta por tanto en el cumplimiento de un mandato legal que tiene el objetivo de que el Estado sea capaz de llevar a cabo sus fines de organización. Dentro de las actividades de la administración (junto con las de policía y fomento) está la de servicio público, en la que se enmarca el estudio que acometemos. El servicio público es la actividad técnica, directa o

³ El artículo 103.1 de la Constitución establece que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”



indirecta, que tiene como finalidad satisfacer las necesidades de carácter general, sea de forma directa a través de los órganos del Estado, sea concesionada o por medio de particulares, sujeta a un régimen especial de derecho público.

En nuestro ordenamiento el Estado tiene reconocida, junto con sus funciones estrictamente de derecho público, la capacidad de iniciativa económica. Es el artículo 128 CE el que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Existe por tanto, en expresión del Tribunal Supremo, en nuestro sistema constitucional “una coexistencia de dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta”⁴.

7. Para que el Estado pueda intervenir en la iniciativa económica se crean entes de diversa índole que integran el sector público o la Administración en sentido amplio.

El sector público de la CAE, conforme al artículo 7 de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco (LPOHGVPV), está constituido por la Administración General y la Administración Institucional (organismos autónomos y entes públicos de derecho privado) junto con las sociedades públicas, las fundaciones del sector público de la CAE y los consorcios dotados de personalidad jurídica propia⁵. Cada una de dichas entidades está dotada de personalidad jurídica propia y diferente de la que tengan las demás.

El artículo 19 de la LPOHGVPV conceptúa como sociedades públicas a las “sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación de las entidades que integran el sector público de la Comunidad Autónoma, ya se rijan éstas por el derecho público o por el derecho privado”.

La forma de sociedad anónima implica el sometimiento de la sociedad pública al régimen jurídico vigente en cada momento respecto a dicha categoría de sociedades (artículo 21 LPOHGVPV)⁶.

⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia de 10 octubre 1989. Considerando segundo

⁵ En los casos en que una o varias de las entidades integradas en el sector público de la Comunidad Autónoma hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o cuando se hayan comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente, siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano de la Comunidad Autónoma. Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, aprobado por Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre.

⁶ Por su parte, la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas, que incorpora al derecho español la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, define en su artículo 2 a las empresas



8. Las sociedades públicas, en tanto que parte de la Administración, deben, tal como establece el artículo 103.1 CE, servir con objetividad los intereses generales y actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Además, según el artículo 31.1 CE, el “gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.

En aplicación de esos principios, es el Tribunal Supremo quien ha establecido de manera reiterada los límites de esa iniciativa pública en la actividad económica. Destaca el TS las notas fundamentales que acompañan a la empresa pública con independencia de la forma jurídica concreta que adopte: la organización controlada y mediatizada por la Administración, es decir, el carácter instrumental de la misma. Subraya además que la actividad desarrollada por la empresa debe coincidir con los fines que tiene atribuida la propia Administración matriz⁷. Continúa el TS aclarando que el lucro no resulta incompatible con la empresa pública, **siempre que éste esté subordinado al interés general**⁸.

“(...) mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean ilícitos (artículo 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los Órganos de la Administración Pública deben responder al **interés público** que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el art. 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación”
(...)

En resumen: la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea **una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado** en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto **a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado**⁹.

públicas como “cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”.

⁷ Véase la STS de 28 de septiembre de 1978, considerando segundo.

⁸ Véase STS de 16 de abril de 1987; STS de 21 de julio de 1987

⁹ Véanse como resoluciones de referencia la STS de 10 de octubre de 1989, *cit.* considerando tercero y en el mismo sentido la STS de 15 de noviembre de 1985.



Existen por tanto dos ejes sobre los que bascula la intervención del Estado en la economía y que están intrínseca e indisolublemente vinculados: la afectación de un **interés público apreciado y apreciable** y el respeto a la **libre competencia**. La administración debe ser capaz en todo momento de acreditar la concurrencia de ambos extremos en la actuación de sus empresas públicas para justificar su existencia y actuación. “El interés que debe perseguir la empresa pública no es el suyo particular, sino el interés general, el interés de la sociedad. El Estado está mucho más vinculado que los particulares a los derechos fundamentales y está obligado a tener en cuenta criterios no económicos en su actividad”¹⁰. En cualquier caso, el elemento de utilidad pública o interés público (y no los fines patrimoniales, o fiscales o de puro abastecimiento de la Administración) resulta esencial y debe presidir cualquier intervención del estado a través de empresas en el mercado¹¹. Además una motivación general no es suficiente. La razón para justificar la actuación empresarial del Estado debe ser explicitada y especificada en motivaciones concretas¹².

9. La existencia de numerosos sectores que han actuado tradicionalmente en régimen de monopolio (por razones legales o naturales y con justificaciones diversas) ha tenido consecuencias jurídicas y económicas que han llevado a un replanteamiento del sistema (de la mano en muchos casos de exigencias comunitarias). La transición desde un régimen de monopolio a un sistema liberalizado es necesariamente paulatina y genera cuestiones que implican novedades y algunas veces disfunciones que, a pesar de que pueden tener fundamentos históricos, es necesario corregir también gradualmente en aras de la competencia y la eficiencia¹³.

Pero incluso al margen del proceso liberalizador, la intervención de la administración como prestadora directa de determinados servicios en mercados en los que ya existen operadores privados con capacidad y disposición para prestar un servicio puede incidir en las condiciones de

¹⁰ Véase TONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 54 a 61, que va más allá cuando establece que la preeminencia del fin público sobre el interés empresarial por obtener beneficios es aplicable también en las empresas semipúblicas en las que exista una participación accionarial de los particulares.

¹¹ ARIÑO ORTIZ, G., *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 56.

¹² ARIÑO ORTIZ, G., *Empresa pública... cit.*, p. 57 pone como ejemplos de justificación suficiente de interés público razones de seguridad nacional, razones de política económica por considerar el sector estratégico, elevado riesgo de la inversión o el larguísimo plazo de un proyecto que hacen imposibles ser asumidos por el sector privado, o por la gestión de monopolios naturales.

¹³ Sobre como el papel de las empresas públicas ha variado a lo largo del tiempo pero nunca se ha justificado en sí misma, ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 147.



competencia efectiva en los mismos, dado *su potencial para afectar a la neutralidad competitiva*¹⁴.

IV. La liberalización del servicio de transportes de viajeros en la UE y sus Estados miembros.

10. La Unión Europea (UE) considera la consecución del mercado único o mercado interior como uno de sus principales objetivos. Las personas, los bienes, los servicios y los capitales deben circular por la UE con la misma libertad que en el interior de un solo país. La liberalización busca el logro de un mercado único eficiente y competitivo¹⁵.

A pesar de los esfuerzos acometidos, la liberalización no se considera aún completa y el sector de los servicios se está abriendo más lentamente que los mercados de bienes. La Directiva de servicios permite a las empresas ofrecer toda una serie de servicios transfronterizos, pero determinados sectores, como precisamente el de transportes, se enfrentan aún a la existencia de mercados nacionales separados¹⁶.

Los transportes son fundamentales para la sociedad y la economía: de ellos dependen el crecimiento y la creación de empleo. La capacidad para competir en la economía está condicionada por la eficacia de los sistemas de transporte¹⁷. Por todo ello, la eficiencia de los servicios de transporte y la

¹⁴ Esta distorsión de la competencia se ha definido -respecto de la intervención de los entes locales- como la posibilidad de que la actuación pública privilegie la posición de los operadores públicos, de tal modo que éstos obtienen ventajas competitivas de las que no disponen el resto de operadores. Esta intervención podría incluso perjudicar en los resultados de los prestadores privados competidores de los entes públicos hasta tal punto de tener que abandonar el mercado. La afectación a la *neutralidad competitiva* de los mercados puede derivarse de hacer valer su posición monopolista del servicio en el pasado o de su posición de monopolio actual en mercados relacionados con aquél en el que concurre con operadores privados (p. ej. lanzando ofertas vinculadas). Otro modo de incidir en la *neutralidad competitiva* puede derivarse de su acceso privilegiado a activos específicos o a información valiosa y, sobre todo, su ventaja económica y financiera a través de su posible financiación pública que abaratan sus costes de producción. Véase. ESPINOSA GARCÍA, J., "Servicios públicos locales y competencia", en GUILLÉN CARAMÉS, J., *Derecho de la Competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 213 y ss.

¹⁵ COMISION EUROPEA, "Una Europa sin fronteras (mercado único)" en http://europa.eu/pol/singl/index_es.htm (en todas las páginas web citadas en este estudio la fecha de última consulta es 7 de mayo de 2013). Las empresas que venden en el mercado de la UE tienen acceso ilimitado a cerca de 500 millones de consumidores, lo que les proporciona una sólida base para mantener su competitividad en la economía mundial y esto implica un claro foco de atracción para los inversores extranjeros, así como un valioso instrumento defensivo contra la recesión.

¹⁶ DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 12 de diciembre de 2006. relativa a los servicios en el mercado interior. DOUE L 376/36. 27 de diciembre de 2006.

¹⁷ El sector del transporte da trabajo directamente a unos diez millones de personas y representa cerca del 5% del PIB en la Unión Europea. Además para las empresas europeas, la logística de transporte y almacenamiento representa el 10-15% del coste de los



capacidad de las empresas para competir en pie de igualdad en este mercado resulta de la máxima importancia y el objetivo de este informe resulta altamente relevante para la economía vasca.

11. Los esfuerzos de liberalización del transporte se han ido reflejando en iniciativas parciales en el ámbito comunitario.

El Reglamento 1370/2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, señala que en la actualidad numerosos servicios de transporte terrestre de viajeros constituyen una necesidad en términos de Interés Económico General y no presentan posibilidad de explotación comercial¹⁸. Por ello, el Reglamento reconoce a las autoridades competentes de los Estados miembros la facultad de intervenir para asegurar la prestación de esos servicios.

Por su parte, el Reglamento 169/2009, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable generaliza la aplicación de la normativa de competencia, teniendo sin embargo en cuenta determinados aspectos de los transportes que exigen una respuesta diferenciada del ordenamiento¹⁹.

12. En el caso del transporte discrecional de viajeros por carretera que se desarrolla a nivel de los Estados miembros, ya desde 1992 se produjo una liberalización²⁰. Tras un periodo transitorio que expiró en 1995, se liberalizó el transporte no regular.

productos acabados. Por otro lado, la calidad de los servicios de transporte influye considerablemente en la calidad de vida de las personas. Así un hogar medio destina el 13,2% de su presupuesto a bienes y servicios de transporte. COMISION EUROPEA, "Una Europa sin fronteras (mercado único)" *cit.*

¹⁸ Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo (DOUE L-315/1, de 3 de diciembre de 2007)

¹⁹ Reglamento 169/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril. Las especialidades que recoge hacen fundamentalmente referencia a los acuerdos técnicos y a los que llevan a cabo agrupaciones de pequeñas y medianas empresas.

²⁰ La referida liberalización se operó en su momento por el Reglamento (CEE) 2454/92 del Consejo de 23 de julio de 1992 por el que se determinan las condiciones de admisión de los transportistas no residentes a los transportes nacionales de viajeros por carretera en un Estado miembro. DOCE L 251/1, de 29 de agosto de 1992. La citada norma no está vigente desde el 10 de junio de 1999 y ha sido objeto de numerosas modificaciones posteriores. El reglamento actualmente vigente en la materia es el 1073/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses, a su vez modificado por el Reglamento (UE) nº 611/2012 de la Comisión, de 9 de julio de 2012.



La liberalización del transporte ferroviario está en una fase de transición. La Comisión Europea, en su reciente propuesta de cuarto paquete ferroviario, fija la fecha de 2019 para culminar la liberalización²¹.

13. Ese proceso de liberalización comunitaria tiene necesariamente su reflejo en un proceso equivalente de liberalización de los servicios públicos por parte de los Estados miembros. Por ello, siguiendo el modelo y las directrices europeas, en nuestro sistema se ha evolucionado hacia la gestión privatizada de importantes servicios públicos.

Entre ellos se encuentra, tan solo parcialmente, el de los servicios de transportes de viajeros por carretera²². Esa es una de las razones por las que se plantean cuestiones como la que estamos analizando en este informe²³.

Por su parte, en el sector del ferrocarril se han dado los primeros pasos hacia la liberalización, comenzando por la separación en la gestión de la infraestructura y la prestación de los servicios de este tipo de transporte ya acometida en nuestra Comunidad²⁴.

²¹ Véase la Comunicación de la Comisión, de 17 de septiembre de 2010, sobre la creación de un espacio ferroviario europeo único COM (2010) 474 final, así como el denominado cuarto paquete de 30 de enero de 2013 compuesto por seis propuestas legislativas centradas en cuatro ámbitos fundamentales: las homologaciones a escala de la UE, la creación de una estructura común, el acceso a la red ferroviaria y la mano de obra cualificada.

²² Véanse en este punto COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA *Informe de seguimiento del proceso de renovación de las concesiones estatales de transporte interurbano de viajeros en autobús*. Madrid, 2010. COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA *Informe sobre las prórrogas de las concesiones interurbanas de transporte de viajeros en autobús de titularidad autonómica*. Madrid, 2010. Igualmente, aunque reflejando un momento anterior en el proceso, COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA *Informe sobre la fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera*. Madrid 2008 y COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA *Informe sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España*. Madrid. 2008. Todos ellos disponibles en la página web de la Comisión Nacional de Competencia: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/InformesyEstudiossectoriales/tabid/228/Default.aspx?pag=2>.

²³ Véase a este respecto el Informe del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia con relación al Borrador de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Transporte de Viajeros por Carretera, de 13 de julio de 2011, en www.competencia.euskadi.net.

²⁴ Véase la Ley 6/2004, de 21 de mayo, de Red Ferroviaria Vasca-Euskal Trenbide Sarea, en la que se recoge una muy completa referencia a la normativa comunitaria de la que trae causa. A pesar de que se había anunciado que la liberalización sería una realidad plena en julio de 2013, se ha publicado el pasado 23 de febrero un Real Decreto-Ley sobre Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estímulo del Crecimiento y de la Creación de Empleo que incluye la exigencia a los nuevos entrantes de disponer de un 'título habilitante' que otorgará el propio ministerio. Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. El hecho de que sea el propio Consejo de Ministros quien determine el número de posibles competidores en cada línea condiciona, de momento, todo el proceso de apertura del sector a la competencia.



La Ley de Economía Sostenible contiene un capítulo sobre transporte y movilidad sostenible, que, en su artículo 93 establece los principios de la regulación del sector del transporte y en concreto mantiene que “la regulación de las actividades de transporte por las Administraciones Públicas atenderá a los siguientes principios:”

- a) La garantía de los derechos de los operadores y usuarios, en especial los derechos de igualdad en el acceso a los mercados de transporte, participación, queja y reclamación.
- b) La promoción de las condiciones que propicien la competencia.
- c) La gestión eficiente por parte de los operadores y de las Administraciones Públicas²⁵.

Resulta por tanto indiscutible que en estos mercados la Administración debe redoblar sus cautelas para que la prestación de los servicios se realice de manera eficiente y se opte, de entre las posibles, por la alternativa más respetuosa con la competencia.

V. El transporte terrestre como Servicio de Interés Económico General.

14. Los Servicios de Interés Económico General (SIEG) pueden ser definidos como aquéllos cuyas actividades son esenciales y cuya prestación no puede por tanto faltar a los ciudadanos. Los SIEG constituyen un género que comprende todas las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas a obligaciones específicas de servicio público.

El papel que juegan los SIEG entre los valores comunes de la Unión Europea y su papel en la promoción de la cohesión social y territorial está reconocido por el art. 14 del TFUE. Por ello, tanto los Estados miembros como la Unión deberán velar por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. En el mismo sentido la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en su artículo 36, dentro del Título IV, relativo a la solidaridad, reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general con el fin de lograr la cohesión social y territorial de la Unión²⁶.

Dichos SIEG se caracterizan por su heterogeneidad, dado que se extienden a sectores tan diversos como los de las telecomunicaciones, energía, servicios postales, transportes, etc. Por ello existe una amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los SIEG “*lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios*” y con “*un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad*”

²⁵ Artículo 93, Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

²⁶ DOUE C 83/389, de 30 de marzo de 2010.



*de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios*²⁷.

A pesar de estas afirmaciones, que parecerían *a priori* alejar estos servicios de la normativa de competencia, el propio TFUE, en su artículo 106.2, establece que *“las empresas encargadas de la gestión de SIEG (...) quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”*.

15. El sector del transporte de viajeros por ferrocarril y el del transporte de viajeros por carretera han sido definidos como SIEG por el previamente citado Reglamento 1370/2007.

Determina dicho Reglamento (artículo 5.3) que toda autoridad competente que recurra a un tercero que no sea un operador interno para prestar un servicio de interés general debe adjudicar los contratos de servicio público con arreglo a un procedimiento de licitación²⁸. El procedimiento adoptado para la licitación debe estar abierto a cualquier operador, ser equitativo y respetar los principios de transparencia y no discriminación.

El citado Reglamento permite a los Estados conceder al operador (público o privado) -dentro del marco de un contrato de servicio público- una “compensación” en contrapartida por la ejecución de obligaciones de servicio público. En efecto, en caso de imponerse la obligación dirigida a fijar tarifas máximas, la autoridad competente debe compensar a los operadores del servicio público por la incidencia financiera neta en los costes e ingresos que para ellos se hayan derivado del cumplimiento de las obligaciones tarifarias establecidas. Deben establecerse por anticipado, de modo objetivo y transparente, los parámetros sobre cuya base ha de calcularse la compensación, si procede. Para ello deben tenerse en cuenta los ingresos correspondientes obtenidos por el operador de servicio público y la existencia de unos “beneficios razonables”. Esta compensación debe realizarse mediante reglas generales, de manera que se evite una compensación excesiva, ya que de otro modo podría considerarse que existe una ayuda de Estado prohibida por el artículo 107 del TFUE²⁹.

²⁷ Véase el Protocolo 26 al TFUE sobre los Servicios Económicos de Interés General (http://europa.eu/pol/pdf/qc3209190esc_002.pdf#page=89)

²⁸ Salvo en los casos indicados en los apartados 4, 5 y 6, referidos a la adjudicación directa.

²⁹ Todo ello, salvo que se cumplieran las condiciones del denominado “Paquete de normas de Servicios Económicos de Interés General” integrado por la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del sistema europeo de ayudas de Estado a las compensaciones ofrecidas para la provisión de Servicios Económicos de Interés General. (DO. C8, 11.01.2012, p. 4-14), la Decisión de la Comisión de 20 de Diciembre sobre aplicación del artículo 106.2 del TFUE sobre ayudas de estado en forma de compensación



El hecho de que sea la Administración contratante la que asuma, en mayor o menor medida, las pérdidas de la ejecución del SIEG de transporte de uso general de viajeros por carretera podría entenderse en el sentido de que los operadores no corren un riesgo como tal, al no existir en la práctica el supuesto de “riesgo y ventura” que fija la norma. De cualquier forma, esta cuestión afectaría por igual a las empresas que se presentaran a la licitación, fueran éstas de naturaleza pública o privada.

VI. Distribución competencial en materia de transporte terrestre en la CAE y su correspondencia con licitaciones públicas.

16. Dado que la pregunta de las JJGG hace referencia a “la concurrencia a concursos públicos de ET en competencia con empresas privadas”, consideramos necesario establecer primero el catálogo de posibles licitaciones a las que podría concurrir y sus tipos.

Teniendo en cuenta que el transporte de mercancías está liberalizado, en el mismo no se generarán licitaciones, salvo que la Administración sea demandante de los servicios, razón por la que nuestro centro de atención será el transporte de viajeros³⁰.

Dentro de éste, las dos grandes categorías afectadas serían el transporte por ferrocarril y el transporte de por carretera.

En el transporte por ferrocarril la liberalización no está culminada y se lleva a cabo en régimen de exclusiva por un solo operador, sin que hayan existido licitaciones³¹.

En el transporte de viajeros por carretera la regulación vigente realiza una distinción entre transporte privado (ajeno a nuestro ámbito de estudio) y

al servicio prestado por ciertas empresas para la operación de servicios económicos de interés general (DO L7, 11.01.2012, p. 3-10); la Comunicación de la Comisión Marco Europeo para las ayudas de estado en forma de compensación del servicio público (DO C8, 11.01.2012, p. 15-22) y el Reglamento de la Comisión sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE sobre la aplicación del criterio *de minimis* a las ayudas facilitadas a las empresas para prestar servicios de interés económico general. (DO L 114 of 26.4.2012, p. 8).

³⁰ Sobre transporte de mercancías, la normativa comunitaria pretende crear un mercado europeo de los transportes y para ello establece un régimen uniforme de acceso al mercado que se basa en la supresión de las restricciones asociadas a los prestatarios de servicios así como en un régimen de autorización del transporte. Reglamento (CEE) nº 881/92 del Consejo, de 26 de marzo de 1992, relativo al acceso al mercado de los transportes de mercancías por carretera en la Comunidad, que tengan como punto de partida o de destino el territorio de un Estado miembro o efectuados a través del territorio de uno o más Estados miembros. Véase igualmente el artículo 21 de la Ley 16/1987, de 30 de Julio, de ordenación de los transportes terrestres.

³¹ Tal como se establece en el artículo 1.3 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres se consideran transportes por ferrocarril, “aquellos en los que los vehículos en los que se realiza circulan por un camino de rodadura fijo, que les sirve de sustentación y de guiado, constituyendo el conjunto camino-vehículo una unidad de explotación”.



público, entendiéndose por tal el que se lleva a cabo por cuenta ajena mediante retribución económica³². En función de su radio de acción, los transportes públicos de viajeros por carretera son urbanos e interurbanos³³. Según la periodicidad de los servicios ofrecidos pueden ser discrecionales (ajenos a nuestro ámbito de estudio) o regulares³⁴. Los transportes públicos regulares de viajeros pueden ser, por su utilización, de uso general o de uso especial³⁵.

Teniendo en cuenta la regulación del transporte de cada uno de estos tipos, pueden verificarse licitaciones en el transporte regular de uso general (urbano e interurbano) y, aunque no es la situación más habitual, en el transporte regular de uso especial (por ejemplo los supuestos en que una administración pública demande un servicio de transporte para grupos homogéneos y específicos).

17. El régimen de competencia administrativa en estos tipos de transporte es el siguiente.

El transporte por ferrocarril es competencia exclusiva de la CAE en itinerarios que se desarrollen íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma³⁶.

En el transporte de viajeros por carretera el artículo 4 de la Ley vasca de Transporte de Viajeros por Carretera recoge las competencias de las diferentes administraciones vascas en materia de transporte por carretera³⁷:

“1. Corresponde al Gobierno Vasco el ejercicio de las competencias sobre reconocimiento de la capacitación profesional, el desarrollo normativo de la ley, la coordinación y la alta inspección, que se llevará a cabo mediante actuaciones de verificación o fiscalización y elaboración y coordinación de

³² Art. 2 de la Ley 4/2004, de Transporte de Viajeros por Carretera.

³³ Son urbanos los que transcurren íntegramente dentro del mismo término municipal, teniendo el resto de los transportes la consideración de transporte interurbano.

³⁴ Son regulares los que se efectúen dentro de itinerarios preestablecidos y con sujeción a calendarios y horarios prefijados. Los transportes públicos regulares de viajeros pueden ser, por su continuidad, permanentes o temporales. Son permanentes si se llevan a cabo de forma continuada para atender necesidades de carácter estable. Son temporales si están destinados a atender tráficos de carácter excepcional o coyuntural y de duración. Son discrecionales aquellos que se lleven a cabo sin sujeción a itinerario, calendario ni horario preestablecido.

³⁵ Son de uso general si están dirigidos a satisfacer la demanda general, siendo utilizables por cualquier interesado. Son de uso especial si están destinados a servir exclusivamente a un grupo específico de usuarios, tales como estudiantes, escolares, trabajadores y colectivos similares.

³⁶ Véase el artículo el artículo 148.1.5ª de la Constitución Española respecto de la competencia de las Comunidades Autónomas y el artículo 10.32 del Estatuto de Autonomía que establece que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en materia de ferrocarriles y transportes terrestres, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.20 de la Constitución. Para materializar el traspaso de bienes y servicios correspondientes a la citada materia se dictó el Real Decreto 2488/78, de 25 de agosto, de transferencia de competencias de la Administración del Estado al Consejo General del País Vasco, y el Real Decreto 1446/81, de 19 de junio, de traspaso de servicios del Estado en materia de transportes terrestres.

³⁷ Ley 4/2004, de la Ley de Transporte de Viajeros por Carretera.



planes de inspección. El Gobierno Vasco realizará también la planificación general y fijará las tarifas del transporte interurbano.

2. Es competencia de las diputaciones forales el desarrollo de la planificación, el ejercicio de las facultades previstas en el capítulo IX en relación con las estaciones de viajeros y la expedición de los títulos administrativos habilitantes para el ejercicio de la actividad del transporte interurbano que se regula en esta ley. En las concesiones administrativas de servicio público, las diputaciones forales serán competentes para la creación, otorgamiento, unificación, modificación, supresión y rescate de los servicios en los siguientes casos:

- a) Cuando se desarrollen íntegramente dentro del territorio histórico.
- b) Cuando, aun trascendiendo del territorio histórico, tengan prohibición de tráfico fuera de él.
- c) Cuando se trate de servicios de competencia de la Comunidad Autónoma y, no estando comprendidos en los casos anteriores, tengan su mayor recorrido dentro del territorio histórico.

Las diputaciones forales otorgarán, igualmente, las autorizaciones administrativas para el transporte interurbano, cuando estas resulten preceptivas, a los servicios residenciados en el respectivo territorio histórico.

Las diputaciones forales efectuarán la inspección directa del transporte interurbano y tramitarán y resolverán los expedientes sancionadores por las infracciones cometidas dentro del territorio histórico.

3. Los ayuntamientos son competentes, dentro del ámbito del transporte urbano, para la ordenación, gestión, inspección y sanción de los servicios de transporte público de viajeros, otorgamiento de los correspondientes títulos habilitantes y fijación del régimen tarifario con sujeción a lo dispuesto en la legislación aplicable al respecto. Igualmente, ostentarán las competencias que se establecen en el capítulo IX, en relación con las estaciones de viajeros competencia de las Diputaciones Forales y de los Ayuntamientos³⁸.”

18. De conformidad con lo anterior, en el ámbito de la CAE éstos son los concursos públicos que pueden plantearse en materia de transporte clasificados atendiendo al ámbito territorial y a las “autoridades competentes”³⁹:

Administración que ostenta la competencia		
Administración General	Diputaciones forales	Ayuntamientos
Tipo de transporte de viajeros afectado por la licitación*		

³⁸ Véanse los artículos 25.2 II) y 26.1.d) de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, establece que es competencia de los municipios el transporte colectivo de viajeros y, cuando se trata de un municipio de más de 50.000 habitantes, esa competencia se convierte en un servicio obligatorio.

³⁹ Seguimos el concepto de Autoridad competente recogido en el artículo 2.b del Reglamento 1370/2007, antes citado, según el cual se entiende por tal todo poder público o agrupación de poderes públicos que esté habilitado para intervenir en el transporte público de viajeros en un área geográfica determinada o todo órgano que reúna esas facultades.



-Transp. ferroviario (cuando se consume la liberalización)	-Transp. carretera -regular -uso general - interurbano	-Transp. carretera - regular -uso general - urbano
---	---	---

* En el caso de que la administración sea demandante de servicios, cada una de ellas podría realizar licitaciones de transporte por carretera regular de uso especial para atender sus propias necesidades a través de los procedimientos de la TRLCSP.

La siguiente tabla clasifica los transportes por tipos y territorio, concluyendo con la autoridad competente para llevarlos a cabo:

		Territorio CAE	Interurbano	Urbano
		Administración que ostenta la competencia		
Transporte ferroviario		Administración General	Administración General	Administración General
Transporte de viajeros por carretera regular	Uso general (oferente)	Diputaciones forales	Diputaciones forales	Ayuntamientos
	Uso especial (demandante)	Administración General	Diputaciones forales	Ayuntamientos

El hecho de que ET sea un ente dependiente de la Administración General de la CAE, puede condicionar su capacidad para presentarse a las diferentes licitaciones, razón por la cual la respuesta tendrá en cuenta tanto este factor como el tipo de transporte que se plantee.

VII. Determinación del “mercado afectado” en las licitaciones de transporte terrestre en la CAE.

19. Tal como hemos indicado, las licitaciones de transporte terrestre que se pueden plantear en la actualidad en nuestra CAE afectan a dos tipos de transporte: el transporte de viajeros por carretera regular de uso general (las más comunes) y el de uso especial (en el caso de que la administración tenga una necesidad de transporte que decida no cubrir por sí misma).

En el primer caso, el sistema de prestación del servicio de transporte se lleva a cabo principalmente por medio de concesión y en consecuencia existe una licitación pública para adjudicarla. El régimen que se crea en ese caso es de explotación en exclusiva⁴⁰.

⁴⁰ El artículo 21 de la Ley 4/2004, de 18 de marzo, de Transporte de Viajeros por Carretera establece en su artículo 21 que el servicio público de transporte de viajeros se efectuará, como regla general, mediante concesión administrativa. Las concesiones del servicio público de transporte de viajeros por carretera se entenderán otorgadas con carácter exclusivo, no pudiendo establecerse, mientras estén vigentes, otras concesiones que cubran servicios de transporte coincidentes.



Este régimen legal imposibilita la competencia en el mercado definido por la propia concesión, en la medida en que el oferente del servicio es único y el precio mismo viene condicionado por la concesión administrativa. Por estas razones, la competencia que debe aquí plantearse no es tanto la competencia "en el mercado" sino más bien la competencia "por el mercado". Esta competencia se manifiesta en las celebraciones de los concursos públicos para la adjudicación de las concesiones. Es la también llamada "competencia controlada o regulada y competencia ex ante o discontinua"⁴¹.

En el segundo supuesto, la administración se convertirá en un demandante de servicio de transporte y para cubrir sus necesidades se abrirá una licitación que se traducirá en la selección de un prestador del servicio con el que se formaliza un contrato.

Partiendo de estas premisas, la cuestión planteada en este informe es de especial relevancia, dado que el acceso al mercado se da únicamente en el momento de la licitación. La definición de los pliegos permite establecer los diferentes parámetros en los que se generará competencia, tales como precio, capacidad o calidad.

En este contexto, es fundamental garantizar el máximo traslado de eficiencias al usuario final mediante la disminución de los costes y la mejora de la calidad del servicio sin merma competitiva.

VIII.- La empresa pública ET

1. ET. Descripción de su objeto social.

20. Eusko Trenbideak-Ferrocarriles Vascos, S. A., con C.I.F. nº A48136550 y nombre comercial "Euskotren", es una sociedad pública creada por el Decreto del Gobierno número 105/1982, de 24 de Mayo de 1982, por el que se acuerda la creación de la "Sociedad Pública Eusko Trenbideak-Ferrocarriles Vascos, S. A." y se aprueban sus estatutos⁴². Este Decreto ha sido profusamente modificado⁴³.

⁴¹ COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA Informe sobre la competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España. *cit.*

⁴² BOPV nº 42, de 4 de junio de 1982. <http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/r48-bopv2/es/bopv2/datos/1982/06/8200693a.pdf>

⁴³ Modificado por:

- Decreto 702/1991, de 17 de diciembre, por el se modifica el artículo 16 de los estatutos de la Sociedad Pública «Eusko Trenbideak/Ferrocarriles Vascos, S.A.» (E.T./F.V.). (BOPV nº 6, de 10 de enero de 1992) <http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/r48-bopv2/es/bopv2/datos/1992/01/9200075a.pdf>

- Decreto 56/1994, de 25 de enero, de modificación de los Decretos de creación de la Sociedad Pública "Eusko Trenbideak/ Ferrocarriles Vascos, S.A." y de aprobación de sus estatutos y, de creación y régimen del Museo Vasco del Ferrocarril. (BOPV nº 29, de 11 de febrero de 1994) <http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/r48-bopv2/es/bopv2/datos/1994/02/9400454a.pdf>



21. La Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi es socio único de la sociedad, siendo, por tanto, titular del 100% de sus acciones.

22. El objeto social de ET, de acuerdo con el artículo 3 del citado Decreto 105/1982, en la redacción dada por el Decreto 67/2006, de 21 de marzo, de tercera modificación del Decreto de creación de la Sociedad Pública "Eusko Trenbideak / Ferrocarriles Vascos, S.A." y de aprobación de sus estatutos, es el siguiente⁴⁴:

"1. Constituye el **objeto principal** de la sociedad "Eusko Trenbideak/Ferrocarriles Vascos, S.A." la prestación de servicios de transporte ferroviario, tanto de viajeros como de mercancías, incluyendo el mantenimiento del material rodante, y de otros servicios o actividades complementarias o vinculadas al transporte ferroviario⁴⁵.

En especial, la sociedad podrá desarrollar, en la medida en que le sea encomendado por cualquier disposición jurídica o normativa, la explotación de las líneas ferroviarias transferidas a la Comunidad Autónoma de Euskadi por Decreto 2488/1978, de 25 de agosto y por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre.

Asimismo, podrá prestar todo tipo de servicios de transporte ferroviario sobre las líneas que se encuentren integradas en la Red Ferroviaria de Interés General.

- Decreto 336/2001, de 4 de diciembre, por el que se autoriza a la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi la suscripción y desembolso de nuevas acciones de la Sociedad Pública "Eusko Trenbideak / Ferrocarriles Vascos, S.A." y se modifican sus Estatutos. (BOPV nº 246, de 21 de diciembre de 2001) <http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/r48-bopv2/es/bopv2/datos/2001/12/0107145a.pdf>

- Decreto 121/2002, de 28 de mayo, de modificación del Decreto de creación y régimen del Museo Vasco del Ferrocarril y de segunda modificación del Decreto de creación de la Sociedad Pública "Eusko Trenbideak/ Ferrocarriles Vascos, S.A." y de aprobación de sus estatutos. (BOPV nº 108, de 10 de junio de 2002) <http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/r48-bopv2/es/bopv2/datos/2002/06/0203339a.pdf>

- Decreto 67/2006, de 21 de marzo, de tercera modificación del Decreto de creación de la Sociedad Pública "Eusko Trenbideak / Ferrocarriles Vascos, S.A." y de aprobación de sus estatutos. (BOPV nº 65, de 3 de abril de 2006) <http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/r48-bopv2/es/bopv2/datos/2006/04/0601750a.pdf>

- Decreto 140/2006, de 27 de junio, por el que se autoriza la reducción de capital de la Sociedad Pública Eusko Trenbideak / Ferrocarriles Vascos, S.A. y se modifican sus estatutos sociales. (BOPV nº 130, de 10 de julio de 2006) <http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/r48-bopv2/es/bopv2/datos/2006/07/0603533a.pdf>

- Decreto 48/2007, de 20 de marzo, de cuarta modificación del Decreto de creación de la sociedad pública Eusko Trenbideak - Ferrocarriles Vascos, S.A. y de aprobación de sus estatutos. (BOPV nº 66, de 3 de abril de 2007) <http://www.lehendakaritza.ejgv.euskadi.net/r48-bopv2/es/bopv2/datos/2007/04/0701990a.pdf>

⁴⁴ BOPV nº 65, de 3 de abril de 2006. <https://www.euskadi.net/r48-bopv2/es/bopv2/datos/2006/04/0601750a.pdf>

⁴⁵ Negrita del CVC.



2. De igual manera, con **carácter complementario** de su actividad principal, es también objeto de la Sociedad "Eusko Trenbideak / Ferrocarriles Vascos, S.A."⁴⁶:

a) La prestación de servicios de transporte por cable, tranvía, funicular o carretera, tanto de viajeros como de mercancías, que incluirá el mantenimiento del material rodante, y de otros servicios o actividades complementarias o vinculadas a dicho transporte.

b) La prestación de servicios de transporte, tanto de viajeros como de mercancías, mediante medios distintos a los mencionados en los apartados anteriores, incluyendo asimismo otros servicios o actividades complementarios o vinculados a la prestación de dichos servicios.

c) La realización de estudios y asesoramiento referentes, entre otros ámbitos, a la construcción, conservación y equipamiento, tecnología y sus medios, explotación y ordenación de infraestructuras ferroviarias, así como la dirección, inspección y control técnico de la prestación del servicio de transporte, tanto de viajeros como de mercancías.

d) La gestión de los museos de titularidad pública relacionados con el transporte que se le atribuya por Decreto o mediante la constitución o participación en otras personas jurídicas.

e) El desempeño de aquellas otras tareas relacionadas con el objeto de los apartados anteriores que le fueren encomendadas dentro del ámbito de competencia de la Comunidad Autónoma de Euskadi por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi o por otras Administraciones o personas físicas o jurídicas, cada una en uso de sus facultades.

3. La actividad principal prevista en el apartado 1 y las demás actividades recogidas en el apartado 2 anterior como complementarias, podrán ser desarrolladas por la sociedad bien de forma directa, o bien en cualesquiera otras formas admitidas en Derecho, como la participación en calidad de socio en otras entidades de objeto idéntico o análogo.

4. Si las disposiciones legales exigiesen para el ejercicio de algunas de las actividades comprendidas en el objeto social algún título profesional, o autorización administrativa, o inscripción en Registros Públicos, dichas actividades deberán realizarse por medio de persona que ostente dicha titularidad profesional y, en su caso, no podrán iniciarse antes de que se hayan cumplido los requisitos administrativos exigidos."

2. ET y las licitaciones de transporte.

A. Ferrocarril

23. Tal y como ya hemos aclarado, la prestación del servicio de transporte por ferrocarril no está plenamente liberalizada y se lleva a cabo en exclusiva para garantizar la prestación del servicio público.

⁴⁶ Negrita CVC.



a. Los medios propios de la administración. Justificación y requisitos legales.

24. La prestación del servicio público por parte de la Administración puede llevarse a cabo a través de órganos de la propia Administración o a través de los denominados “medios propios”. Esta opción está contemplada en la normativa sobre contratos del sector público (Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP)) dentro de los “contratos y negocios excluidos” del ámbito de aplicación de la citada Ley⁴⁷. Los medios propios están por lo tanto en principio exentos de la aplicación de la normativa de contratos. Sin embargo, el artículo 4 del mismo texto establece, en su letra n, que los “los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190”. Se produce en ellos por tanto una limitación parcial de la aplicación de la normativa sobre contratos públicos, dada la naturaleza de las encomiendas.

La figura del medio propio constituye una técnica para desarrollar la actividad o misión de las Administraciones Públicas con la que se intentan acotar, en los términos más estrictos que sea posible, los supuestos en que, por no haber propiamente contratación (dado que la Administración se sirve de sus propios servicios técnicos y de su propia capacidad para cumplir un fin), los principios de concurrencia se pueden limitar hasta cierto punto respetando la necesaria

⁴⁷ La Ley de Contratos del Sector Público aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre establece en su artículo 1 que la norma “tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”. A parte de los numerosos preceptos de la Ley que se refieren expresamente a las condiciones de competencia, resulta de especial interés la Disposición Adicional vigésimo tercera que recuerda el deber de comunicar “cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.



motivación⁴⁸. La Administración -en virtud de un acto administrativo (unilateral) de encomienda de gestión- encarga al ente instrumentalmente que ha creado -dependiente de ella- la ejecución de una actividad⁴⁹. No hay contrato, porque el contrato requiere de la presencia de al menos dos sujetos que actúen con voluntad propia. En el caso del medio propio y aunque éste tenga personalidad, carece de voluntad propia porque está absolutamente subordinado a la Administración de que depende.

25. Dado que el medio propio supone una excepción a las garantías que crea la normativa de contratación pública, los requisitos para considerar a un ente "medio propio" están en gran medida tasados en directrices comunitarias y se recogen tanto por la Ley como por la jurisprudencia.

El TRLCSP establece los requisitos materiales que deben cumplir los medios propios en el artículo 24.6:

- La entidad que le hace la encomienda (le "adjudica" la actividad) debe ejercer sobre el medio propio un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios.
- El medio propio debe, a su vez, realizar la parte esencial de su actividad con la entidad encomendante⁵⁰.

Existen otros requisitos de índole formal:

- que explícitamente se califique de medio propio en sus estatutos o normas constitutivas a la entidad en cuestión (art. 26.4 TRLCSP)⁵¹
- que la encomienda de gestión aparezca explicitada del mismo modo. (art. 26.4 TRLCSP)

⁴⁸ Véase el considerando 18 del Reglamento 1370/2007 que establece que "Con sujeción a las disposiciones correspondientes de la legislación nacional, cualquier entidad local o, en ausencia de la misma, cualquier autoridad nacional puede optar por prestar ella misma servicios públicos de transporte de viajeros en su territorio, o bien por confiarlos sin licitación a un operador interno. No obstante, esta capacidad de autoprestación debe estar sujeta a un marco reglamentario estricto con el fin de garantizar la equidad en las condiciones de competencia".

⁴⁹ Artículo 15 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁵⁰ Se trata de los criterios conocidos en la jurisprudencia comunitaria como "criterios Teckal" que han sido refrendados y desarrollados por el TJUE en otras muchas sentencias Véase STJUE de 18 de noviembre de 1999, Teckal As. C-107/98; Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, As. Parking Brixen Asunto C-458/03; SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA de 11 de mayo de 2006 As. Carbotermo, C-340/04, o Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2008, As. Coditel Brabant SA contra Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale, C-324/07.

⁵¹ Los Estatutos o normas en cuestión deben determinar las entidades respecto de las cuales tienen esa condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que pueden adjudicárseles contratos, y deben determinar, asimismo, la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas. Véase entre otras, Sentencia TSJ Andalucía, núm. 1285/2010 de 4 mayo.



- Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tiene que ser de titularidad pública.

Asimismo los entes, organismos y entidades del sector público considerados medios propios y servicios técnicos de poderes adjudicadores no pueden participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que son medios propios⁵². Resulta incluso posible que se encargue al medio propio de realizar forzosamente la prestación encomendada si, optando la Administración por abrir el servicio parcialmente a la competencia por medio de una licitación, no concurre ningún licitador.⁵³

En todo caso los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

26. La decisión administrativa de emplear medios propios excluye evidentemente del mercado afectado a las empresas privadas. Por ello, los principios básicos de la normativa de competencia exigen de una **motivación** que justifique que el servicio no puede ser ofrecido en condiciones de competencia y eficiencia por el mercado. No en vano “las encomiendas deberían evitarse cuando los bienes y servicios en cuestión puedan ser provistos en el mercado en la misma medida a precios inferiores como consecuencia de procesos competitivos”⁵⁴.

La exigencia de motivación por parte de la Administración en la utilización de medios propios se deriva también de la Ley 16/2012 de Apoyo a las Personas Emprendedoras y a la Pequeña Empresa del País Vasco, que establece en su Exposición de Motivos la necesidad de desarrollar cauces para evitar la competencia desleal de las administraciones vascas, tratando de fomentar y potenciar el desarrollo económico en la CAE⁵⁵. Así, su artículo 11 establece que la Administración pública y el Sector Público de la Comunidad Autónoma del País Vasco solicitarán a la AVC un informe de impacto en la competencia y en la libertad de empresa en varios supuestos, entre los que se encuentran los siguientes:

- “- antes de la puesta en marcha de servicios cuyos destinatarios finales sean los ciudadanos y ciudadanas en general y que sean susceptibles de ser

⁵² Véase en el mismo sentido el considerando 18 del Rto 1370/2007.

⁵³ Sentencia TSJ Murcia, núm. 3/2012 de 16 enero.

⁵⁴ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, Madrid, 2011, pág. 9.

⁵⁵ Ley 16/2012, de 28 de junio, de Apoyo a las Personas Emprendedoras y a la Pequeña Empresa del País Vasco. BOE 172, de 19 de Julio de 2012, pág. 51776.



prestados por el sector privado y no sean de solicitud o recepción obligatoria por la ciudadanía.

- antes de la aportación de recursos a quien preste servicios en condiciones estipuladas como de mercado y susceptibles de ser efectuados por el sector privado, bien directamente por el sector público vasco o bien a través de empresas participadas.”

Según el mismo precepto, el informe de impacto en la competencia y en la libertad de empresa elaborado por la AVC analizará si el acto de la Administración puede distorsionar gravemente las condiciones de competencia en el mercado así como si esa grave distorsión puede afectar al interés público⁵⁶.

b. ET como medio propio de la Administración General de la CAE.

27. Comenzando por los requisitos formales, ni la norma de creación de ET ni sus estatutos reconocen expresamente la condición de la empresa como “medio propio” de la Administración General de la CAE. Tal como veíamos, éste es un requisito adjetivo exigido tanto por la normativa vigente como por la jurisprudencia comunitaria.

28. Dentro de los requisitos materiales que caracterizan a un ente como medio propio -e independientemente del grado de dependencia respecto de la Administración matriz- se encuentra el hecho de que la actividad económica de la filial esté focalizada hacia la propia matriz y no hacia terceros. La jurisprudencia del TJUE tiene en cuenta diversas circunstancias como indicios que revelan si existe o no dedicación especial de la entidad filial en relación a la Administración matriz.

Uno de ellos es el ámbito territorial en el que el ente instrumental desarrolla su actividad, pues si operara en un territorio más amplio que la Administración matriz ello significaría que está orientada al mercado y no ceñida a la ejecución de las encomiendas que le hace la Administración madre. El Reglamento 1370/2007 establece que **“debe estar prohibido que una autoridad competente que preste su propio servicio de transporte o su operador interno participen en procedimientos de licitación competitivos organizados fuera del territorio de esa autoridad”**⁵⁷.

⁵⁶ En los citados supuestos el informe de impacto en la competencia y en la libertad de empresa “será previo y preceptivo para la Administración pública y el sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco”.

⁵⁷ Véase noticia publicada en el diario El Mundo. Edición El País Vasco de 16 de enero de 2013. “ET lidera un proyecto de 900 millones para el ferrocarril en Uruguay” en <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/01/16/paisvasco/1358339261.html>.



La jurisprudencia del TJUE, también se refiere a un criterio "cuantitativo" en virtud del cual hay medio propio cuando la "parte esencial de la actividad debe realizarse con la matriz, pero no se pierde tal condición si se realizan actividades marginales que se desarrollan con otros sujetos distintos y ajenos a la Administración matriz"⁵⁸.

29. La consideración jurídica de ET y la situación legal del transporte ferroviario en nuestro sistema jurídico, explica que ET haya recibido mandatos directos al margen de cualquier procedimiento concurrencial en este ámbito.

Aun cuando ET no reúne formalmente la condición de medio propio de la Administración General de la CAE, quizá porque su creación es previa al mandato legal, no cabe duda de que esta sociedad se creó expresamente para cumplir el objetivo de prestación de un Servicio Público actualmente considerado de Interés Económico General del que la CAE es titular. ET fue creada para la gestión directa del servicio público de ferrocarril en un momento en que el citado transporte se ejercía en régimen de monopolio.

Dado que la liberalización de este tipo de transporte será paulatina, deberá verificarse el régimen jurídico que se establece en cada momento y, cuando la liberalización en la prestación del servicio esté vigente, tener en cuenta la prohibición general de que un medio propio se presente a licitaciones de la administración de la que depende (art. 24.6 TRLCSP).

30. Ninguna de estas consecuencias cuestiona sin embargo el hecho de que ET pueda actuar dentro del mercado respecto de su actividad marginal, ya que el Tribunal de Justicia ha reconocido esta posibilidad⁵⁹.

Para respetar la legalidad y los principios de libre competencia, en esta segunda faceta, los medios propios han de observar al menos dos condiciones:

- Ser su actividad marginal o no esencial (conceptos jurídicos indeterminados cuya apreciación sólo puede hacerse atendiendo a las circunstancias del caso concreto)

⁵⁸ Los términos "parte esencial" constituyen un concepto jurídico indeterminado, que el TJUE no ha llegado a precisar totalmente aunque ha dado líneas relevantes para su definición. Así en el caso de la sociedad española TRAGSA (Empresa de Transformación Agraria, S.A.) la STJUE 19 de abril de 2007 As. C-295/05 consideró que se trataba de un "medio propio" al constatar que realizaba el 90% de su actividad con las Administraciones que participan en su capital social. Especialmente relevante es el comúnmente conocido caso "Correos" en que en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007, C-220/056, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, el Tribunal entendió que la parte esencial de la actividad no se realizaba con la Administración General del Estado, sino con los usuarios particulares, razón por la cual consideró que un convenio con la Administración no podía considerarse

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2005. As. Stadt Halle, C-26/03.



- actuar en régimen de mercado respetando todos los requisitos previstos en la legislación de contratos, relativos tanto a las condiciones de los contratantes como a los procedimientos de adjudicación.

B. Transporte por carretera regular de uso general.

31. En este caso, teniendo en cuenta la distribución competencial establecida en el artículo 4 de la Ley Vasca de transporte de viajeros por carretera, nos estaremos refiriendo a licitaciones convocadas por Diputaciones forales o Ayuntamientos. Respecto de ellas, junto con la exigencia general de respeto a la ley de contratos que acabamos de recordar, las empresas públicas tienen otra serie de condicionantes que pasamos a analizar.

a. Premisa inicial: Igualdad entre el sector público y el privado en el respeto a la normativa de defensa de la competencia.

32. El artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece, en su primer apartado, que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 (prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad) y 101 a 109, ambos inclusive (que recogen las normas básicas de garantía de la libre competencia).

El Tratado exige por lo tanto a los Estados que respeten y hagan respetar las normas de la libre competencia respecto de sus empresas públicas, sin imponer restricciones a su funcionamiento ni tampoco ventajas que puedan derivarse del origen de su capital⁶⁰.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007, C-220/056, previamente citada: *“Tanto los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE [actuales 43, 56 y 106 TFUE, respectivamente], como los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado (...)”*.

Véase igualmente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de abril de 2006, C-410/04, ANAV: *“Además del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores es también aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de la nacionalidad (sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 48).”*

Respecto de la definición comunitaria de empresa, pueden analizarse algunas de las sentencias más emblemáticas del Tribunal de Justicia como la de 23 de abril de 1991, C-41/90, asunto Hoefner y Elser, apartado 21; la de 17 de febrero de 1993, C-159/91 y C-160/91, asunto Poucet y Pistre, apartado 17, o SSTPI de 17 de diciembre de 1991, T-6/89, asunto Enichem, apartado 235, y de 10 de marzo de 1992, T -11 /89, asunto Shell,



33. Lo mismo cabe decir, lógicamente, de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia cuando establece que, a efectos de lo previsto en dicha Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación⁶¹. La normativa de competencia se aplica por tanto no sólo a los empresarios, sino a todos los agentes u operadores cuyas actividades económicas den lugar a repercusiones en el mercado⁶².

34. Por tanto, desde la perspectiva de aplicación de la normativa de competencia, no puede establecerse ninguna distinción de carácter general entre la naturaleza pública o privada de las empresas⁶³.

b. El interés público como justificación de la Administración en la actividad empresarial.

35. Tal como planteábamos en el epígrafe III de este informe, en el caso de que la Administración decida intervenir en la actividad económica, ésta debe acreditar en todo caso la existencia de un interés público apreciado y apreciable. Pasamos a continuación a plantear algunos factores que deberían considerarse a la hora de acreditar el citado interés público de ET al presentarse a este tipo de licitaciones.

apartado 311). Dicha jurisprudencia se centra en la capacidad de una determinada entidad de infringir la normativa de competencia, a efectos de su calificación como empresa y aborda como criterio la naturaleza económica de actividad, adoptando una definición amplia de empresa con independencia de su estatuto jurídico particular y de su modo de financiación (cubriendo así también a las administraciones públicas).

⁶¹ Véase la Disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁶² La definición de empresa a efectos de aplicación de la regulación de competencia se determinó ya desde las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y se considera como criterio decisivo del concepto de empresa la realización de una «actividad de tipo económico» (Res. TDC de 3 de junio de 1997, Expediente 352/94, asunto Industrias Lácteas). El concepto es muy amplio y engloba a las entidades que intervengan en el tráfico económico, incluidas aquéllas sin ánimo de lucro, quedando excluidos únicamente los organismos cuyas actividades constituyen prerrogativas típicas del poder público y no poseen carácter económico (Res. TDC de 24 de abril de 1997, Expediente R 192/96, asunto Ambulancias Gerona).

Existen por supuesto resoluciones más recientes, ya de la Comisión Nacional de la Competencia, en las que se imponen sanciones a empresas públicas por vulneraciones de derecho de la competencia. Sirva como muestra la Resolución de la CNC de 23 de agosto de 2011 dictada en el expediente SNC/0011/11 CORREOS. En ella se sanciona a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A. con una cuantiosa multa por infracción de la normativa de competencia.

⁶³ TS de 10 de octubre, *cit.* considerando tercero.



a'. Factores económicos e interés público.

36. Dentro de los factores económicos que pueden incidir en la eficiente consecución de un interés público puede distinguirse entre aquéllos de carácter macroeconómico frente a los de carácter microeconómico.

37. Comenzando por los primeros, debe recordarse que el artículo 31.2 CE establece que “el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.

De partida, cuando existe suficiente iniciativa privada para atender un servicio, la administración debe, cuando menos, cuestionar la eficiencia en la ejecución del gasto público que supondría su propia actuación en el mercado.

Además, el hecho de que una Administración, a través de su sociedad pública, extienda su ámbito de actuación a la gestión de servicios públicos de titularidad de otras Administraciones tampoco puede considerarse en principio un empleo eficiente de los recursos de la administración exigido por el artículo 31 CE.

Debe tenerse en cuenta que aplicando las normas comunitarias de contabilidad se consideran parte del sector “administraciones públicas” todos los entes participados en más de un 50% por una administración⁶⁴.

ET se considera por tanto parte de la Administración de la CAE y sus pérdidas se cubren por el presupuesto general y en última instancia por los impuestos de los ciudadanos.

En aras de la búsqueda de la eficiencia macroeconómica, sería conveniente realizar un análisis de la relación coste-eficacia que serviría para comparar los costes de las estrategias alternativas para lograr el objetivo de interés público⁶⁵.

38. Desde una perspectiva microeconómica, existen factores que inciden en la eficiencia de las empresas públicas que deben ser analizados en relación con los efectos que éstas pueden generar en el mercado en caso de actuar en él⁶⁶.

⁶⁴ Véase en este sentido la nota metodológica presentada por EUSTAT al documento *Cuentas económicas de las administraciones públicas en la C.A. de Euskadi*, Vitoria, 2010, en http://es.eustat.es/document/datos/Nota%20met_ctas_ad_pub10_c.pdf, así como los documentos “Cálculo del déficit en de las unidades empresariales que aplican el plan general de contabilidad privada o alguna de sus adaptaciones sectoriales” Marzo 2013 del MINISTERIO DE HACIENDA Y AA.PP. Intervención General y “Manual de Cálculo del Déficit en Contabilidad Nacional Adaptado las Comunidades Autónomas, MINISTERIO DE HACIENDA. 2006.

⁶⁵ KNICKMAN, J., y otros “Consideraciones conceptuales y técnicas en el análisis de la relación costes-beneficios” en *Gestión de entes y empresas públicas. Decisión, responsabilidad y control*. Tomo III. Bilbao, 1988, pág. 80.

⁶⁶ Sobre las distintas motivaciones para la creación de empresas públicas, véase ARIÑO ORTIZ, *Empresa pública..*, cit, p. 52. Sobre una comparativa de las empresas públicas con las privadas VERGES, J., “La eficiencia comparativa Empresa Pública vs.



Desde el punto de vista de protección de los principios de libre competencia en los mercados debe plantearse si las sociedades públicas concurrirían en pie de igualdad con las privadas a una licitación⁶⁷.

No parece que pueda defenderse que una empresa en la que la titularidad es 100% de una Administración actúe en pie de igualdad con empresas particulares en las que tanto el riesgo como la inversión dependen de la iniciativa privada y en las que por tanto existe un esfuerzo empresarial previo que no resulta parangonable con el llevado a cabo por una empresa pública. Este hecho pone en tela de juicio las condiciones comparables tanto de acceso al mercado como de implementación de los servicios dentro de él entre empresas públicas y privadas.

Resulta frecuente que empresas públicas con resultados de explotación negativos reiterados en el tiempo se mantengan sin embargo en el mercado, dado que es la administración quien, vía subvenciones, cubre el déficit de explotación. A pesar de que ésta es una situación que claramente distingue a las empresas privadas de las públicas y convierte en muy difícil su carácter parangonable, no tiene por qué merecer necesariamente un juicio negativo. Si la administración está cubriendo con la subvención otorgada a la empresa pública, de manera objetiva, transparente y equilibrada, el déficit generado por las obligaciones de servicio público, claramente definidas, que forman parte de su competencia entraría dentro de los parámetros establecidos por la normativa comunitaria. Si la subvención no estuviera cubriendo los costes directamente vinculados a la prestación del SIEG o se considerara excesiva para cubrir los gastos derivados de la ejecución de las obligaciones de servicio público (teniendo en cuenta un beneficio razonable), esas compensaciones podrían considerarse ayuda de estado y resultar contrarias a la competencia⁶⁸.

Empresa Privada: Evidencia empírica”, abril 2011; HERNANDEZ DE COS, P., “Empresa pública, privatización y eficiencia” en *Estudios Económicos*, 2004, Banco de España, pág. 24.

⁶⁷ Véase a este respecto la STJ de 7 de diciembre de 2000, As. C-94/99 que, en el ámbito de la contratación administrativa y por tanto de la Directiva 92/50, aborda la cuestión de la igualdad de trato entre licitadores y que establece en su párrafo 29 que “Si bien, por lo tanto, el principio de igualdad de trato de los licitadores no se opone, de por sí, a la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de organismos públicos, incluso en un supuesto como el descrito en la primera cuestión prejudicial, no puede descartarse que, en determinadas circunstancias particulares, la Directiva 92/50 obligue a las entidades adjudicadoras a tomar en consideración la existencia de subvenciones, y en particular de ayudas no conformes con el Tratado, o, al menos, les permita hacerlo, con objeto de, en su caso, excluir a los licitadores que las reciban”.

⁶⁸ Véase como referencia la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, Asunto C-280/00. Véase el artículo 95.2 de la Ley de Economía sostenible, que mantiene “Solamente podrán otorgarse subvenciones cuando se presten servicios de interés público como compensación a la asunción de obligaciones de servicio público. Cuando proceda, las subvenciones se otorgarán en régimen de concurrencia competitiva. Las subvenciones deben ir estrictamente vinculadas a la prestación del servicio de interés público en el mercado geográfico que resulte deficitario, impidiendo las subvenciones cruzadas entre mercados que pueden alterar las condiciones de competencia”.



Si una empresa pública interfiere indebidamente en una licitación a la que pueden presentarse particulares, éstos verían cerradas opciones de expansión y crecimiento en la prestación de servicios y frenadas opciones de innovación y mejora⁶⁹.

39. En el caso de ET, su cuenta consolidada de resultados de explotación (incluyendo todas sus actividades) resulta negativa desde el año 2007 hasta el 2011 (años consultados por esta AVC y en los que la pérdida oscila entre tres y ocho millones de euros a pesar de que existen subvenciones del Gobierno Vasco para la financiación de su actividad que en 2011 superaron los treinta y siete millones de Euros)⁷⁰.

En el caso de que la citada subvención cubriera de manera directa o indirecta los costes que permiten a ET concurrir a licitaciones de otras administraciones, podría suponer una restricción de la competencia, dado que en esos supuestos no está llevando a cabo labores de prestación de un SIEG competencia de la administración de la que depende⁷¹.

Por otro lado, en determinados trayectos, el transporte de viajeros por ferrocarril puede ser competencia del transporte de viajeros por autobús. En ese caso es mejor estimular la competencia entre estos dos modos de transporte y que no sea la misma empresa la que actúe.

⁶⁹ Así se podrían plantear problemas caso de que en los pliegos se reconocieran preferencias por ser el licitante una sociedad pública, facilidades en la cualificación de la solvencia, criterios de preferencia en la adjudicación por haber prestado previamente un servicio de transporte por tren, facilidades en la subrogación de los trabajadores del incumbente, posibilidades posteriores de subcontratación de los competidores... Todas estas cuestiones deberían plantearse caso por caso en las posibles licitaciones que se plantearan.

Cuestión distinta es la **“justa compensación”** que la Administración garante de un SIEG ofrece a la empresa adjudicataria de una concesión con el objetivo de garantizar la prestación del servicio público y su desempeño universal. Ésta implica que la Administración contratante asume las pérdidas de la ejecución del servicio, lo cual podría entenderse como reflejo de que los operadores (sean públicos o privados) no corren un riesgo como tal en el sentido previamente expuesto.

⁷⁰ Pueden consultarse los datos disponibles en la web http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-ctasoce/es/contenidos/informacion/cuentas_anuales_ee_sspp/es_spe_cae/adjuntos/2011_V_EUSKO_TRENBIDEAK.pdf

⁷¹ Puede leerse en el Informe de Auditoría de Cuentas Anuales de ET (2007) “Según se explica en el apartado 1 de la memoria, la Sociedad incurre en pérdidas anuales que, de acuerdo a los mecanismos de financiación establecidos, se cubren mediante subvenciones por el importe de las pérdidas del ejercicio menos, fundamentalmente, las dotaciones para amortizaciones de inmovilizado. Aun cuando no afecta al patrimonio de la Sociedad, de acuerdo con la normativa contable vigente, las subvenciones recibidas para compensar los déficits de explotación deben registrarse en la cuenta Aportaciones de Socios para compensar pérdidas en el epígrafe de Fondos propios del balance de situación adjunto. En consecuencia, las pérdidas registradas por la sociedad en el ejercicio y las Aportaciones de socios para compensar pérdidas deberían incrementarse en 27.166.000€”. Esta es una apreciación común a los informes de auditoría de la empresa a los que ha tenido acceso esta AVC, desde 2007 a 2011.



Un efecto positivo que podría encontrarse en la concurrencia de ET a las licitaciones para prestar el servicio de transporte de viajeros por carretera sería la concurrencia de un operador más que introduciría más presión competitiva en la licitación. Sin embargo, al tratarse ET de un operador económico -que recibe grandes cantidades de dinero público- su oferta en la licitación no se realiza en igualdad de condiciones, por tanto este efecto negativo hace desaparecer el primer efecto positivo de añadir un competidor más a la licitación.

40. Barajando todos esos factores, la acreditación de existencia de un interés público en la actuación de la empresa pública presentándose a licitaciones de otras administraciones se antoja difícil de justificar desde una perspectiva económica.

b'. La competencia administrativa y el interés público

41. El análisis de este elemento parte de la premisa de que el poder público no es ilimitado y por lo tanto tampoco lo es su capacidad de iniciativa empresarial. Este principio implica que la iniciativa empresarial que reconoce el artículo 128 CE al sector público no lo es incondicionalmente sino que presupone, necesariamente, la actuación para la consecución del interés público. El principio de legalidad en la actuación de la administración exige que ésta solo pueda actuar ejerciendo las competencias que la Ley le ha otorgado. Por tanto, la Administración Pública, con todos sus entes instrumentales, ha de operar "dentro de su competencia", como primera condición.

Teniendo en cuenta que, tal como adelantábamos, ET se considera parte de la Administración de la CAE, debemos lógicamente concluir que esta exigencia de actuación dentro de su competencia le es directamente aplicable. Una empresa pública de una Administración difícilmente podrá justificar el interés público actuando fuera del ámbito competencial de la administración matriz.

El ordenamiento jurídico delimita de manera precisa el mapa competencial vigente atendiendo tanto a la dimensión territorial como a la material y a la funcional. En el supuesto del transporte de viajeros por carretera, tal como se recoge en el citado artículo 4 de la Ley vasca de transporte por carretera, no existe ningún título de competencia de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco para la prestación del servicio de transporte de viajeros por carretera. Debemos concluir por tanto que no puede existir habilitación de su ente instrumental ET para dichas actividades.

De todo lo anterior se sigue que en el caso de que ET decidiera abordar el servicio público de transporte regular de viajeros de uso general, debería acreditar el interés público que se deriva de esa actividad, justificación que se



antoja compleja atendiendo a su competencia administrativa (o por mejor decir, a su falta de ella)⁷².

c'. Relación entre el objeto social de ET y el interés público.

42. ET tiene como objeto “**principal**” de actividad “la prestación de servicios de transporte ferroviario, tanto de viajeros como de mercancías, incluyendo el mantenimiento del material rodante. Con carácter “**complementario**” de su actividad principal puede llevar a cabo “otros servicios o actividades complementarias o vinculadas al transporte ferroviario”. Entre estas últimas se incluye el transporte por carretera.

Teniendo en cuenta su objeto social principal resulta lógico que ET haya actuado como medio de la CAE al que se encomendó en su creación la prestación del servicio público de transporte por ferrocarril en Euskadi. Junto con ese objetivo principal, nada obstaría a que ET llevara a cabo actividades complementarias del servicio ferroviario, tales como lanzaderas u otros servicios semejantes.

Sin embargo, la cuestión que se plantea a esta AVC implica que ET lleve a cabo, totalmente al margen del transporte ferroviario y sin que añadan nada al citado servicio, labores de transporte por carretera.

Para considerar la posible capacidad de ET para llevar a cabo transporte por carretera, habría que precisar qué se entiende en sus Estatutos Sociales por “principal” frente a “complementario”.

Si consideráramos, siguiendo una interpretación literal, que complementario es aquello “que sirve para completar o perfeccionar algo” (RAE), deberíamos concluir que las labores definidas como complementarias en los estatutos de ET deberían implicar una labor accesoria de la principal y que suplemente la misma. En ese sentido, cabría concluir que las labores de transporte por carretera que complementaran el transporte ferroviario (lanzaderas...) serían adecuadas a los fines de la empresa, pero no aquéllas que resulten ajenas al mismo.

Pese a que en derecho privado tiende a aceptarse una interpretación más bien abierta de las descripciones de los objetos sociales de las empresas, no sucede lo mismo con el ámbito administrativo⁷³. Nuestro Tribunal Supremo ha establecido exigencias de precisión en los enunciados que forman el objeto de

⁷² En el mismo sentido véase el Reglamento 1370/2007, considerando 18 cuando establece que “debe estar prohibido que una autoridad competente que preste su propio servicio de transporte o su operador interno participen en procedimientos de licitación competitivos organizados fuera del territorio de esa autoridad.”

⁷³ Véase J.C. Sáenz García de Albizu, *El objeto social en la Sociedad Anónima*, Civitas, 1990, pp. 54-64 relativas a los problemas de interpretación del objeto social. Sobre la especialidad de la modificación del objeto social de las empresas públicas que actúan bajo la forma jurídica de S.A., véase, E. García Ruiz, *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 165.



la sociedad con el objetivo precisamente de poder constatar adecuadamente si es el interés público el que “pide, aconseja o hace oportuno” el ejercicio de la actividad económica:

“(...) el principio de la especialidad de las empresas públicas (...) exige determinar con rigor y precisión el objeto de la empresa pública y la actividad o negocio que ella deba desarrollar, pues sólo conociéndolos, la misma se podrá examinar en todos sus aspectos (técnico, económico, social, jurídico) y se podrá determinar después objetivamente si su ejercicio conviene o no al interés público, es decir, si interesa al bien común que se cree y nazca una empresa pública que ejerza aquella o aquellas concretas actividades empresariales o económicas”⁷⁴.

Partimos de la premisa de que ET debe ser capaz de acreditar en su actuación la consecución de objetivos de interés público. Solo una interpretación literal de dicho objeto social -que tenga en cuenta la competencia administrativa de la que es titular la Administración de la que depende ET- puede contribuir al citado objetivo⁷⁵.

Desde un punto de vista estrictamente económico, esa complementariedad de las actuaciones de ET podría suponer sinergias o economías de alcance cuando se demostrara que el coste de prestar conjuntamente –por la misma empresa- los dos tipos de transporte fuera menor que el coste de prestarlos separadamente –por dos empresas independientes-. En caso de la existencia de dichas sinergias podría estar justificada la actuación de ET en ambos sectores. Sin embargo, de los datos manejados no se deducen dichas sinergias.

43. En conclusión, las sociedades públicas deben justificar su actuar en la consecución del interés público para el que han sido creadas. En el análisis de los factores tanto económicos como jurídicos de esa consecución interviene el respeto a las reglas de libre competencia. Así, no debe olvidarse que la intervención pública económica tiene carácter instrumental, por lo que sólo será legítima si es necesaria y proporcionada para alcanzar ese fin de interés general debidamente acreditado⁷⁶.

⁷⁴ Véase la previamente citada STS de 10 de octubre de 1989 (considerando noveno) junto con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de abril de 1997. Resulta interesante analizar resoluciones como la STS núm. 117/2007 de 8 febrero RJ 2007\959 en que se establece el nivel de precisión requerido en los Estatutos de las sociedades.

⁷⁵ En este sentido MONTOYA MARTIN, E., *Las empresas públicas sometidas al derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 531 mantiene que resulta imprescindible una vinculación entre el objeto social de las empresas públicas y el principio de legalidad que, siendo inherente a toda potestad pública puede implicar la sanción de la nulidad radical de un acto en caso de que sea “consecuencia del ejercicio de potestades administrativas exorbitantes al margen de la norma legal que expresamente ha de atribuírselas”.

⁷⁶ LAGUNA DE PAZ, JC, “La aplicación del Derecho de la Competencia a los Servicios de Interés Económico General”, en GUILLÉN CARAMÉS, J., *Derecho de la*



La administración, caso de existir varias opciones de acción posibles, debe optar entre las alternativas más favorecedoras de la competencia, o las que la restrinjan lo menos posible.

Si no se consigue acreditar la concurrencia de interés público, la Administración estaría interviniendo en el mercado en la misma posición y con la misma finalidad que los privados. Tal intervención, en concurrencia con otras empresas, podría producir alteraciones indebidas en la estructura del mercado afectado y en la competencia.

C. Transporte por carretera de uso especial

44. Este tipo de licitaciones se diferencian de las anteriores en la forma jurídica en que se arbitra el servicio y en el papel que juega la administración en el mismo (oferente de servicio público frente a demandante del mismo).

En este caso, la administración demandante del servicio podría ser tanto la CAE como la administración foral como la local.

Desde una perspectiva de competencia, las afirmaciones que hemos realizado respecto del epígrafe anterior, pueden mantenerse respecto de estas licitaciones: La clave para la justificación de la actuación de ET está igualmente en este caso en la posible acreditación de interés público en su concurrencia.

VIII. Abanico de consecuencias jurídicas previsibles.

45. En caso de que ET se presentara a una licitación de transporte de viajeros por carretera, podrían plantearse, desde la perspectiva de competencia, diversas consecuencias jurídicas que serían objeto de análisis en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias.

46. En primer lugar, debe recordarse la posible aplicación de las normas comunitarias de ayudas de Estado previstas en el artículo 107 del TFUE, en los términos previstos en el Reglamento 1370/2007⁷⁷.

47. Por otra parte, el artículo 3 de la Ley 15/2007 establece que “la CNC o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán, en los términos que la presente ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la competencia afecten al interés público”.

Competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 155.

⁷⁷ Sobre la aplicación del régimen de ayudas de estado a las empresas públicas, véase HANCHER, L, OTTERVANGER, T, JAN SLOT, P, *EC State Aid*, 3ª Ed, Thomson Sweet&Maxwell, 2006, pp. 205 y ss.



Para que este precepto pudiera ser de aplicación, deberían por tanto verificarse dos requisitos: la competencia desleal y la existencia de interés público. Ambos requisitos deben analizarse en conductas concretas y verificarse a la luz de las circunstancias de cada caso objeto de estudio. Sin embargo, siguiendo con nuestro análisis genérico podrían vislumbrarse algunas conclusiones generales.

En primer lugar, la afectación al interés público puede verificarse tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa. Desde una perspectiva cuantitativa, habría que analizar el número de licitaciones en que la conducta objeto de estudio se planteara, concluyendo que si afecta a un número escaso de supuestos, no existiría afectación suficiente al interés público. Sin embargo, desde una perspectiva cualitativa, se tendría en cuenta el hecho de si la práctica afecta a la prestación de un SGEI por parte de una administración y si implica la existencia de financiación pública para prestar un servicio en condiciones especiales. En esos casos, podría concluirse que la afectación a una licitación aislada podría implicar afectación al interés público.

En segundo lugar, debería analizarse en el caso concreto una posible vulneración de la regulación de competencia desleal. Para que exista tal, se requiere que la práctica concreta pueda ser encuadrable en alguno de los supuestos de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal. Esta norma establece que los comportamientos previstos en ella tendrán la consideración de actos de competencia desleal “siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales” (artículo 2), cuestión que también tendría que analizarse caso por caso. De cualquier modo, el capítulo segundo de la citada ley tipifica los actos que se reputan de competencia desleal y, dentro de ellos, el artículo 15 describe los actos desleales que denomina de “violación de normas”. El citado precepto establece que se considera desleal “prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes.” Recoge también este precepto que “tendrá la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”. Para que pudiera darse la citada infracción debería por tanto verificarse una violación de normas o una infracción de leyes.

Cualquier vulneración que en el caso concreto se produjera, bien de la TRLCSP, bien la Ley de Economía Sostenible, o de la Ley vasca de Transporte de Viajeros por Carretera, podría generar una situación que habría que analizar desde la perspectiva de competencia.

48. Por todo ello este CVC, en su labor de dictar recomendaciones a las Administraciones Públicas para que se modifiquen normas o comportamientos públicos en pro de la libre competencia, recomendará a la Administración General de la CAE que su sociedad pública ET se ciña en su actuar a la prestación del servicio público del que es titular dicha Administración, sin



concurrir en competencia con operadores privados a la prestación del servicio público de otras Administraciones, salvo en el caso de que pueda acreditar la concurrencia de interés público.

IX.- CONCLUSIONES

PRIMERA: Las empresas públicas están sometidas a la normativa sobre competencia.

SEGUNDA: Si bien ET no reúne algunas condiciones para ser considerada medio propio de la Administración General de la CAE, es una personificación creada por la citada administración para la prestación de un servicio público, el transporte por ferrocarril, que es competencia de la misma y en este momento se encuentra en fase de liberalización.

TERCERA: ET debe limitar su intervención en el mercado a aquellos casos en que pueda acreditarse el interés público. El análisis de la concurrencia de tal interés debe realizarse teniendo en cuenta factores económicos y jurídicos y, dentro de éstos, su objeto social y su competencia administrativa. En caso de no acreditarse este interés, podrían generarse disfunciones en el mercado y alteraciones indebidas en la competencia. Si una empresa pública interfiere indebidamente en las licitaciones a las que pueden presentarse particulares, éstos verían cerradas opciones de expansión y crecimiento en la prestación de servicios y frenadas sus opciones de innovación y mejora.

PRESIDENTE
MARIA PILAR CANEDO ARRILLAGA

SECRETARIO
IBON ALVAREZ CASADO

VOCAL
NATIVIDAD GOÑI URRIZA

VOCAL
RAFAEL ITURRIAGA NIEVA