



## **INFORME EN RELACIÓN CON SOBRE LA VIABILIDAD JURÍDICA DE LAS DISTINTAS POSIBILIDADES EN RELACIÓN AL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA DETERMINAR LA SUBSIGUIENTE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE DEL FUNICULAR DE ARTXANDA**

---

**37/2016 IL**

### **INTRODUCCIÓN**

Por la Dirección del Planificación del Transporte del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial se eleva consulta en relación con la prestación del servicio de transporte del funicular de Artxanda.

El presente informe se emite de conformidad con lo previsto en los artículos 11.1 letra a) y 13. Letra a) del Decreto 188/2013, de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Administración Pública y Justicia.

### **CONSULTA**

Refiere el órgano administrativo que realiza la consulta varias alternativas en relación con la prestación del servicio de transporte de viajeros del funicular de Artxanda, una vez extinguida la actual concesión administrativa a favor de la empresa municipal "Funicular Artxanda SA".

#### **Antecedentes**

1. El funicular de Artxanda es uno de los 3 funiculares existentes en la CAPV, junto con el de la Reineta y el de Igeldo.

2. En cuanto a la tipología de este concreto medio de transporte se ubica entre los correspondientes a los transportes de viajeros por ferrocarril, considerando su principal característica de discurrir a través de un camino de rodadura. Ello sin perjuicio de serles de aplicación la normativa propia del transporte por cable, en la medida de que en su funcionamiento interviene este elemento de tracción. Su catalogación como transporte por ferrocarril es coherente con la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario y 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. Asimismo, apoya esta catalogación, lo previsto en el Plan Territorial Sectorial de la Red Ferroviaria de la CAPV, aprobado por Decreto 41/2001, de 27 de febrero (modificado por Decreto 34/2005), cuyo artículo 2.1 declara integrar los funiculares.
  
3. La titularidad de las líneas de transporte ferroviario, incluidos por tanto, las líneas de funiculares antedichas, corresponde a la Administración General de la Comunidad Autónoma, conforme los términos de las transferencias operadas por Decretos Real Decreto 2488/78 y 1446/81, en el marco de la competencia en materia de ferrocarriles, a que se refiere el art. 10.32 del Estatuto de Autonomía del País Vasco.
  
4. Es de reseñar que, dependiente de la Administración General del País Vasco, la Sociedad Pública Eusko Trenbideak se creó por Decreto del Gobierno 105/1982, de 24 de mayo, por el que se acuerda la creación de la "Sociedad Pública Eusko Trenbideak-Ferrocarriles Vascos, S.A." y se aprueban los estatutos de la sociedad pública («B.O.P.V.» 4 de junio de 1982).
  
5. Conforme al artículo 3 de sus Estatutos, la "Sociedad Pública Eusko Trenbideak-Ferrocarriles Vascos, S.A." tiene por objeto: "...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 ferroviario..." y, con carácter complementario de su actividad principal, es también objeto de la Sociedad 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*" (conforme a la modificación estatutaria operada por

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; «B.O.P.V.» 3 abril).

6. De los 3 funiculares existentes, Eusko Trenbideak presta, por Decreto 214/1994, el servicio del funicular de la Reineta. Reseñar que este funicular fue objeto de traspaso de Diputación Foral de Bizkaia a Gobierno Vasco, por Decreto foral 19/1985, en el marco de las previsiones de la LTH.
7. Por su parte, el funicular de Artxanda se explota por la empresa pública del Ayuntamiento de Bilbao “Funicular Artxanda S.A.”, que asumió la explotación que venía haciendo una empresa privada al quebrar esta última en 1939. “Funicular Artxanda S.A.” a día de hoy es una sociedad mercantil propiedad del Excelentísimo Ayuntamiento de Bilbao en su totalidad, siendo regida por el Consejo de Administración del que forman parte todos los partidos políticos con representación en el mismo, y teniendo como Junta General al propio Pleno del Ayuntamiento.
8. El funicular de Artxanda resulta deficitario, cubriendo el 86 % de su coste de explotación por medio de subvención que otorga el Ayuntamiento de Bilbao. Este dato revela una limitación de posibilidades de explotación comercial. Esto va a determinar que haya de plantearse la prestación del servicio de forma directa, bien sea por la sociedad pública Eusko Trenbideak o la sociedad municipal “Funicular Artxanda SA”.
9. Hemos de discernir, en línea de principios, lo que es una gestión directa por medio propio, de lo que es el recurso a una adjudicación directa en un expediente de contratación por concurrencia de las circunstancias previstas en la legislación de aplicación, entre las que están la ausencia de interés comercial, el valor anual medio, los Km. anuales recorridos o las razones de concurrencia de un interés cultural o turístico.
10. Por último, en aras de concretar el ámbito del presente informe, señalamos el interés del órgano consultante en valorar la viabilidad jurídica de las alternativas dirigidas a facilitar la continuidad de la explotación del funicular por la empresa municipal “Funicular Artxanda SA”, lo que de alguna manera se trasluce del escrito de la Dirección de Planificación del Transporte.

## INFORME

**I.- La aplicación del Reglamento 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo.**

11. Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, ya hemos avanzado que siendo el transporte en funicular un transporte encuadrable como transporte ferroviario, le es de aplicación el marco normativo establecido por el Reglamento (CE) nº 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, como norma de cabecera en esta área, que *“se aplicará a la explotación nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y otros modos ferroviarios y por carretera, a excepción de los servicios que se exploten esencialmente por su interés histórico o su finalidad turística”* (artículo 1.2). Y todo ello sin perjuicio de las especialidades que tiene un medio de transporte como el funicular, de índole puramente local.

### **II.- Sobre las fórmulas que se avanzan en el informe del Departamento**

12. En el informe se exponen diferentes alternativas para la continuidad de la explotación del funicular de Artxanda, incidiendo en aquellas que parten de la premisa de continuidad de la empresa municipal “Funicular Artxanda SA”. A las mismas haremos mención a continuación.

#### **II.1 La adjudicación directa a favor de “Funicular Artxanda SA”**

13. Atendiendo a la concurrencia de los parámetros que se recogen en el art. 5.4 del Reglamento (CE) nº 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, estaría justificada una contratación sin concurrencia, por el sistema de adjudicación directa, en el sentido de que:

*“Salvo que lo prohíba el Derecho nacional, las autoridades competentes podrán optar por la adjudicación directa de los contratos de servicio público sea cuando su valor anual medio se haya estimado en menos de 1 000 000 EUR, sea cuando tengan por objeto la prestación anual de menos de 300 000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros.*

*En los casos de contratos de servicio público adjudicados directamente a pequeñas y medianas empresas que no utilicen más de 23 vehículos, estos umbrales podrán aumentarse a un valor medio anual estimado en menos de 2 000 000 EUR, o en el caso de la prestación anual de menos de 600 000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros”.*

14. No obstante, esta opción aparece condicionada por la remisión que el Reglamento efectúa al Derecho nacional de cada estado miembro, a partir de lo cual entra en juego la Disposición adicional octava de la LCSP relativa a los contratos celebrados en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales , y que nos advierte de que:

*“La celebración por las Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirá, en todo caso, por la presente Ley”.*

## **II.2- La definición de Funicular Artxanda SA como medio propio de la Administración General de la CAPV.**

15. Esta vía es la que se sugiere en el apartado 4.2.3 del informe adjunto, lo que se conecta con la previsión del art. 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público. A tal efecto, se plantea conferir a Funicular Artxanda SA la condición de medio propio de la Administración General de la CAPV que habilitara la encomienda a su favor de la prestación del servicio del funicular, por medio jurídico adecuado.

16. La prestación del servicio por medio propio situaría los términos jurídicos del negocio jurídico fuera del régimen de la LCSP.

17. Así, procede recordar que el artículo 5.2 del Reglamento (CE) nº 1370/2007, permite que:

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

*a) para determinar la existencia de ese control por la autoridad local competente, habrán de tenerse en cuenta factores como el nivel de presencia en los órganos de administración, dirección o supervisión, las especificaciones correspondientes en los estatutos, la propiedad, la influencia y control efectivos de las decisiones estratégicas y las decisiones aisladas de gestión. De conformidad con la legislación comunitaria, la propiedad del 100% por parte de la autoridad pública competente, en particular en el caso de colaboraciones público-privadas, no constituye un requisito obligatorio para determinar que existe un control en el sentido del presente apartado, siempre que exista un influencia pública dominante y que pueda determinarse el control sobre la base de otros criterios;*

*b) la condición para aplicar el presente apartado será que el operador interno y cualquier entidad sobre la cual este operador ejerza una influencia, por mínima que sea, realicen sus actividades de transporte público de viajeros dentro del territorio de la autoridad local competente, no obstante las líneas salientes u otros elementos auxiliares de dicha actividad que entren en el territorio de autoridades locales competentes vecinas, y no participen en licitaciones relativas a la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros organizadas fuera del territorio de la autoridad local competente;”*

18. En este sentido, se argumenta por el Departamento consultante que una participación minoritaria de la Administración General de la CAPV en el capital de Funicular Artxanda SA conferiría a esta empresa el carácter de medio propio, y habilitaría a autorizar la prestación del servicio por esta empresa.
19. En relación con este planteamiento, parece encontrarse un apoyo en la jurisprudencia que se cita, así como en la STS 30-1-2008 en el asunto TRAGSA. Según esta Sentencia, una pequeña participación por otras Administraciones en el capital de una empresa de titularidad íntegramente pública habilitaría a éstas a considerarlas medio propio (a pesar de las reflexiones que se contienen en los votos particulares críticos con este planteamiento mayoritario).
20. En todo caso, este criterio parece chocar, o al menos ser condicionado, por la letra del art. 24.6 de la actual LCSP (recordemos que la directiva se remite en este extremo al Derecho nacional), cuyo párrafo tercero exige que el ente esté obligado a la ejecución de los servicios que le encomiende la Administración, lo cual deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos. Así, este precepto señala literalmente que:

*“6. A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.*

*En todo caso, se entenderá que 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.*

*La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas 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”.*

21. Asimismo, dudamos que una participación minoritaria, como se plantea, sea suficiente para determinar un control relevante por parte de la Administración general, con influencia en la toma de decisiones (como exige la SJCE de 13-10-2005 asunto c-458/03, *Parking Brixen*), y con la posibilidad de dar instrucciones o ejercer funciones de vigilancia (obsérvese que para el caso de TRAGSA, la LCSP estableció un régimen singular ex DA 30ª). Al menos, sin contar con el concurso del Ayuntamiento de Bilbao y actuando de consuno como *“una agrupación de autoridades que presten servicios públicos”*, en el sentido indicado en el reglamento, lo cual requeriría bien la constitución de un consorcio o, cuando menos, una articulación específica de la relación entre ambos entes (en este sentido, véase el apartado relativo a la figura convencional).
22. Dicho lo anterior, tampoco se informa negativamente esta posibilidad, si tenemos en cuenta, además de lo sentado por nuestra jurisprudencia, lo previsto en el art. 4.2 b) del Reglamento 1370/2007 que, en el ámbito del sector de transporte que regula, establece un criterio más flexible en relación con el requisito de influencia que ejercen las autoridades con peso minoritario en la sociedad instrumental llamada a prestar el servicio como medio propio, siempre que se cumplan el resto de condiciones de la LCSP.
23. A tal efecto, en todo caso, sería necesario que la consideración de medio propio de la Administración General de la CAPV estuviera prevista en los estatutos de la entidad en el sentido arriba indicado.



### **II.3- La encomienda de gestión a Funicular Artxanda SA**

24. El informe del Departamento, en su propuesta 4.3, se refiere a la encomienda de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992, como vía para encomendar a Funicular Artxanda SA la prestación del servicio de transporte, y la conecta con la que sugiere en el apartado 4.2.4.
25. La figura de la encomienda de gestión ex art. 15 de la LCSP, sin embargo, tiene un ámbito diferenciado que no se aprecia idóneo para obtener el resultado pretendido, pues, lo que es criterio asentado por la doctrina, esta figura, a diferencia de las encomiendas del artículo 24 de la Ley de Contratos del Sector Público, se caracteriza por aquellas actividades o actuaciones que por su contenido son ajenas a la legislación de la contratación administrativa.
26. En el presente caso, la prestación del servicio de transporte de viajeros por funicular tiene, *a priori*, connotación contractual, dentro del contrato de gestión de servicios públicos.

### **II.4.- La colaboración institucional con el Ayuntamiento de Bilbao**

27. La confluencia de competencias compartidas entre el Ayuntamiento de Bilbao (como son el transporte de viajeros y un incuestionado interés de orden turístico en el mantenimiento de un elemento de transporte plenamente identificado con sus señas de identidad) y el Gobierno Vasco como titular del servicio ferroviario, encuentran en la alternativa del convenio de colaboración (en el marco de lo previsto en los arts. 6 y 9 de la LRJ-PAC y Ley de Régimen Local), un marco adecuado para institucionalizar y vehicular las relaciones jurídicas dirigidas a mantener la prestación del servicio de transporte de viajeros por la empresa pública municipal "Funicular Artxanda SA", como medio propio del ayuntamiento de Bilbao.
28. Así, el Convenio contendría las estipulaciones jurídico-administrativas y condiciones técnicas que habrán de regular la prestación del servicio, entre ellas, el plazo de gestión, plan de inversiones y déficit de explotación (aplicando los criterios que se establecen en el art. 4 del Reglamento 1370/2007 para evitar una compensación excesiva).

29. Con base en el Convenio, se formalizaría un concierto para la gestión de servicio público que tendrá como partes la Administración General, como titular del servicio, y la empresa “Funicular Artxanda SA”.
30. En todo caso, la suscripción del Convenio debería venir precedida de las actuaciones dirigidas a dar por extinta la actual concesión, con reversión de bienes e incorporación como bienes de dominio público al patrimonio de la Administración General de la CAPV.

#### **V.- Otras consideraciones. La declaración como bien cultural.**

31. Finalmente, trayendo de nuevo a colación el literal del artículo 1.2 del Reglamento (CE) nº 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, conforme al cual este se aplicará exclusivamente *“a la explotación nacional e internacional de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y otros modos ferroviarios y por carretera, a excepción de los servicios que se exploten esencialmente por su interés histórico o su finalidad turística”* trasladamos, a modo de reflexión, la semejanza que existe entre el funicular de Artxanda y el funicular de Igeldo.

Y consideramos de utilidad valorar la significación histórica, cultural y turística que para la Villa de Bilbao tendría su calificación de Bien de Interés Cultural (al igual que sucedió con el funicular de Igeldo ex Decreto 84/2014), en orden a apoyar la singularidad de este servicio, que trasciende del mero concepto formal de “transporte de viajeros”, para soportar la legalidad y oportunidad de la vía del Convenio de Colaboración institucional.

### **CONCLUSIONES**

**Primera.-** La vía que definimos como más jurídicamente más idónea, en consideración a los antecedentes y circunstancias expuestas, es la adjudicación de contrato de gestión de servicio a favor de Funicular Artxanda SA con la Administración General de la CAPV, previa suscripción de un marco de colaboración con el Ayuntamiento de Bilbao.

**Segunda.-** La Adquisición de una participación minoritaria permitiría avanzar en el modelo de gestión por medio propio. Partiendo de tal carácter, la Administración podría encomendar la explotación a la empresa Funicular Artxanda SA, en el marco del art. 24.6 de la LCSP y art. 4 del Reglamento 1370/2007. En todo caso, entendemos que el mismo fin se obtiene con el planteamiento anteriormente señalado, sin necesidad de configurar un estatus de medio propio, que tiene las complicaciones indicadas en el cuerpo de este informe.

**Tercero.-** En cualquiera de las hipótesis analizadas, es necesario proceder a la extinción en forma de la actual concesión, con elaboración de inventario de bienes, para su integración como bienes de dominio público de la Administración General de la CAPV y práctica de las inscripciones en el Registro de la Propiedad.