

Concesión de Ferrocarriles Metropolitanos. Los casos de Metro de Sevilla y Metro de Málaga

SUMARIO: 1) Introducción - 2) Distribución de competencias en materia de transporte mediante ferrocarril metropolitano – 3) Naturaleza del contrato, legislación aplicable y régimen jurídico del servicio público – 4) Procedimiento y forma de adjudicación – 5) Titularidad de la concesión. Forma societaria de la concesionaria y participación de la Administración – 6) Riesgo y ventura del concesionario – 7) Otros aspectos de interés: *a) Cláusula de progreso; b) Compatibilidad de uso por otros operadores; c) Imagen corporativa* – 8) Potestades de la Administración; Régimen de supervisión y vigilancia – 9) Régimen económico del contrato. *a) Equilibrio económico de la concesión. b) Retribución del concesionario* – 10) Problemática de sectorización en SEC 95 – 11) Régimen fiscal. Problemática del IVA

1. Introducción¹

A partir del año 2000 la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía aborda, en el marco de una política decidida de desarrollo de los transportes públicos en general y del ferrocarril en particular, la implantación de sistemas de ferrocarril metropolitano en diversas aglomeraciones urbanas de Andalucía, tales como Sevilla, Málaga, Granada y Bahía de Cádiz.

La política de promoción del transporte público pretende ser una de las principales contribuciones del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía en aras de reducir las emisiones contaminantes a la atmósfera, conforme a los objetivos fijados en el Protocolo de Kyoto. Trasluce en definitiva una forma de entender el desarrollo urbano y la ordenación territorial conforme a criterios de racionalidad, eficiencia energética y sostenibilidad.

Así, concluidos los estudios y trabajos previos, en noviembre de 2002 se licita el contrato de concesión para la construcción y explotación de la Línea 1 Interurbana - Metro de Sevilla. En la actualidad este proyecto, adjudicado en mayo de 2003, se encuentra en plena fase de ejecución de las obras con el horizonte de la efectiva puesta en servicio durante el segundo semestre del año 2006.

Por su parte, el contrato de concesión para la construcción y explotación de las Líneas 1 y 2 del Metro de Málaga, se adjudica por la Administración con una previsión de plazo de ejecución de obras de cuarenta meses, que, sumados al periodo inicial de redacción del proyecto definitivo, permitiría una previsible puesta en servicio a finales del año 2008.

Metro de Sevilla y Metro de Málaga son los primeros proyectos de ferrocarril metropolitano desarrollados en España bajo la fórmula de contrato de concesión que engloba como prestaciones del concesionario privado la redacción del proyecto constructivo definitivo –a partir del anteproyecto licitado por la Administración-, la construcción de las infraestructuras necesarias y demás obras e instalaciones asociadas, el suministro del material móvil y el resto de elementos necesarios para la

¹ Versión resumida de este capítulo se publicó en la revista *Análisis Local*, núm. 55 IV/2004, en colaboración con Jesús Jiménez, Letrado de Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía exc.

prestación del servicio, y la explotación del servicio de ferrocarril metropolitano, lo que a su vez conlleva la conservación de las obras, instalaciones y material móvil.

Se trata, a través de novedosos modelos y mecanismos jurídicos, de hacer frente a una situación reiterada en las actuales sociedades occidentales: un crecimiento constante de la demanda de transporte y movilidad ciudadana que genera una demanda creciente de construcción de infraestructuras, lo que a su vez conlleva un incremento proporcional creciente de las necesidades financieras para atender a la provisión de dichas infraestructuras, y todo ello en un marco de recursos impositivos estable –sino decreciente- y de políticas de estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas que en toda Europa se consideran hoy el presupuesto y paradigma para el mantenimiento de unas condiciones macroeconómicas que favorezcan el crecimiento continuado. Ello requiere una respuesta adecuada, razonable y financieramente sólida, a través de mecanismos de máxima seguridad jurídica para que la inversión privada juegue su papel.

En ambos casos el plazo de la concesión será de treinta y cinco años, a contar desde el día siguiente al de la formalización del contrato, revirtiendo a la Administración en la fecha de terminación de la concesión las obras, las instalaciones y el material móvil, de manera que a partir de ese momento la Administración adquirirá la línea concedida con todas sus dependencias.

La contraprestación al concesionario por la ejecución del contrato consistirá en el derecho a prestar el servicio de transporte, percibiendo las tarifas autorizadas a cobrar de los usuarios, los rendimientos procedentes de la explotación de actividades complementarias autorizadas y las aportaciones y subvenciones que correspondan a la Administración, respetándose en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario.

El análisis del proceso de decisión para la adopción de esta fórmula contractual, frente a otras alternativas posibles y desarrolladas en proyectos similares, permitiría sin duda un extenso debate sobre sus ventajas e inconvenientes, que obviaremos en aras de la concreción sobre los supuestos aquí analizados.

Se trata pues de formular un breve análisis, casi mera enumeración, de algunos de los aspectos más relevantes en estos proyectos que permitan vislumbrar su complejidad jurídica y financiera. Esta complejidad se manifiesta en una estrecha relación entre ambas materias, y a su vez entre muy diversas ramas jurídicas, que, condicionándose mutuamente, deben ser objeto de estudio minucioso, y ello en aras de conseguir el objetivo establecido, la viabilidad y seguridad jurídica y financiera de los proyectos en su conjunto para la Administración, que a su vez debieran ser atractivos para los inversores –constructores y explotadores- privados que concurriesen a la licitación, de forma que se garantizará la efectiva puesta en marcha del servicio público.

Por otra parte, si bien el contrato de concesión del Metro de Sevilla se licitó con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, sin duda incorporaba ya –posteriormente reiterados en Metro de Málaga- aspectos novedosos sobre diversas cuestiones que posteriormente viniera a regular dicha norma.

Ello nos permitirá, a partir del análisis del contrato de concesión de Metro de Sevilla y de Metro de Málaga, realizar una valoración, siquiera superficial, sobre algunos aspectos relevantes de la citada Ley 13/2003. Esta norma, de especial relevancia, viene, por un lado, a suplir la fragmentación y escasa sistematización de la regulación de la concesión de obras públicas, y por otro, y de forma fundamental, a dar un tratamiento multidisciplinar y global a un instrumento que, integrando lo jurídico, lo técnico y lo financiero, permita articular la contribución de la iniciativa y los recursos privados, en un marco de seguridad jurídica, a la financiación y gestión de infraestructuras públicas, garantizando en todo caso la prestación del servicio público.

2. Distribución de competencias en materia de transporte mediante ferrocarril metropolitano

Siendo el objetivo del epígrafe la delimitación competencial, en general, en materia de transporte mediante ferrocarril metropolitano, entendido como modo de transporte, no podemos obviar el contexto en el que se enmarca el estudio de estos supuestos singulares, los ferrocarriles metropolitanos conocidos como Metro de Sevilla y Metro de Málaga. Por ello, punto de partida para esta exposición pueden ser los documentos contractuales en ambos casos.

Así, establecen los correspondientes Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rigen ambos contratos de concesión que *«La Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía (COPT) – en adelante “la Administración” - convoca el presente concurso con el objeto de la selección del concesionario...»*.

Resulta indudable que la puesta en funcionamiento de estos ferrocarriles metropolitanos andaluces requiere, cualquiera que sea la fórmula contractual o de financiación por la que se opte, la existencia de bases jurídicas y económicas firmes, ciertas y seguras. Uno de los elementos esenciales en la configuración de la confianza y certeza que precisan este tipo de proyectos es la del sujeto concedente, en este caso la Administración competente en la actuación.

Sobre este presupuesto, la actuación de la Administración se asienta en las competencias que le atribuye el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado mediante Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, y se produce en los términos establecidos en la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Andalucía (*Ley 2/2003*).

De conformidad con el artículo 13, apartados 9 y 10 del Estatuto, la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene las competencias exclusivas en materia de ferrocarriles intracomunitarios y en materia de servicios de transportes intracomunitarios, considerando intracomunitarios en ambos casos el itinerario que se desarrolla íntegra y exclusivamente por el territorio de la propia Comunidad Autónoma.

Esta previsión estatutaria se ha desarrollado en cuanto a los ferrocarriles y a los servicios de transportes mediante ferrocarril metropolitano, entendido como modo de transporte, en la Ley 2/2003 citada. Por su claridad y precisión conviene reproducir, en lo pertinente, su artículo 4, bajo la rubrica *Competencias*:

«3. Corresponden a la Comunidad Autónoma las siguientes competencias:

...

c) La declaración de los transportes de interés metropolitano y, en los términos previstos en el título III de esta Ley, participar en su ordenación y planificación.

....

d) La planificación, ordenación y gestión de los servicios e infraestructuras de transporte mediante ferrocarril metropolitano, entendido como modo de transporte, declarados de interés metropolitano.

....

f) El ejercicio de las funciones de inspección y sanción respecto de los servicios de su competencia.»

La declaración de interés metropolitano se regula expresamente en el artículo 13, *Interés metropolitano*, en los siguientes términos, en lo que ahora nos afecta:

«1. Podrán declararse, total o parcialmente, de interés metropolitano los servicios, tráfico, infraestructuras e instalaciones necesarios para la constitución y gestión del sistema de transporte metropolitano, cuando resulten imprescindibles para la prestación coordinada de los servicios, la obtención de economías de escalas, o la aplicación de un sistema tarifario integrado.

...

3. En el caso de los servicios, tráfico e infraestructuras a que se refiere el artículo 4.3 d) de esta Ley, la declaración de interés metropolitano se efectuará por el Consejo de Gobierno a propuesta de la Consejería competente en materia de transportes, previo informe de las Administraciones Públicas afectadas»

Por último, señala la disposición adicional sexta, *Declaraciones de interés metropolitano*, que «los servicios, tráfico, infraestructuras e instalaciones declaradas de interés metropolitano con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se considerarán declaradas de interés metropolitano a los efectos establecidos en la misma».

Este planteamiento normativo parte del respeto a la autonomía local como garantía institucional constitucionalmente establecida.

No puede olvidarse que el modo de transporte al que con carácter general nos referimos, el ferrocarril metropolitano, se desarrolla de forma natural en ámbitos urbanos, lo que obliga a delimitar las competencias constitucionales de la Comunidad Autónoma expuestas respecto de las competencias de los municipios sobre los servicios de transporte urbano de viajeros. Esta delimitación procede realizarla, con pleno respeto a la autonomía local, mediante Ley autonómica y a ello responde precisamente la Ley 2/2003.

Desde este punto de vista para la delimitación competencial se han predeterminado legalmente criterios ciertos (artículo 13 Ley 2/2003) basados en última instancia en el carácter supramunicipal del interés que se tutela. No olvidamos por otra parte que nos encontramos con carácter general ante infraestructuras respecto de las cuales se atribuyen a los explotadores de servicios derechos

exclusivos y excluyentes lo que puede hacer necesario la unidad de actuación respecto de la infraestructura y respecto del servicio que se presta sobre ella².

La Línea 1 Interurbana - Metro de Sevilla, además de ser como su nombre indica interurbana³, fue declarada de interés metropolitano mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en mayo de 2002. El Acuerdo se adoptó en ejercicio de las competencias a que se refiere el artículo 13, apartados 9 y 10, del Estatuto de Autonomía, y tenía como presupuestos normativos el artículo 27 de la Ley 15/2001, de 26 de diciembre, y el Decreto que 172/1995, de 11 de julio, por el que se acuerda la formulación del Plan Intermodal de Transporte Metropolitano de Sevilla⁴. En cualquier caso, de conformidad con la disposición adicional sexta de la Ley 2/2003, la declaración se considera realizada a los efectos previstos en la misma.

La declaración de interés metropolitano se justifica en la necesidad de su explotación unitaria y, en todo caso, coordinada con el resto del sistema de transporte, tratándose de una obra pública de un marcado carácter autonómico, por ser estructurante en su proyección social, económica y territorial, y que requiere, además, mecanismos de financiación específicos y estables. El título competencial así ejercido en este punto, relativo a obras públicas de interés autonómico, complementa al correspondiente de ferrocarriles, y el de transporte interurbano.

Desde el punto de vista de la contribución a la financiación de la actuación tienen especial relevancia los Convenios de Colaboración celebrados con cada uno de los municipios afectados (Ayuntamientos de Dos Hermanas, Sevilla, San Juan de Aznalfarache y Mairena de Aljarafe). En estos Convenios se establece la participación en la financiación de estas Administraciones locales y medidas de colaboración interadministrativa en la licitación y ejecución del contrato.

Por último, no puede olvidarse la peculiaridad que afecta, desde el punto de vista de la financiación de la Administración General del Estado, a la parte de la Línea que coincide con la Línea 1 de la modificación del Plan de Red de Ferrocarril Metropolitano de Sevilla aprobado por Decreto 153/2002, de 21 de mayo. Esta parte resulta afectada, respecto de dicha financiación, por las previsiones de la Ley 37/1975, de 31 de octubre, sobre Construcción y Explotación del Metro de Sevilla, y en consecuencia, del artículo diecisiete del Real Decreto 698/1979, de 13 de febrero, sobre transferencia de competencias de la Administración de Estado en materia, entre otras, de transportes.

² La nueva ordenación del sector ferroviario que resulta de las Directivas comunitarias de aplicación - Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre desarrollo de ferrocarriles comunitarios, modificada por Directiva 2001/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, y por Directiva 2004/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004; Directiva 2001/14/CE del Parlamento y del Consejo, modificada por Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril; Directiva 95/18/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias, modificada por Directiva 2001/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, y por Directiva 2004/49/CE, y demás disposiciones- teniendo como presupuesto la separación entre infraestructuras ferroviarias y actividades que se desarrollan sobre las mismas, prevén excepciones respecto del modo de transporte y los ámbitos territoriales a que nos referimos.

³ La Línea 1 Interurbana - Metro de Sevilla discurre por los municipios de Dos Hermanas, Sevilla, San Juan de Aznalfarache y Mairena de Aljarafe.

⁴ La Ley 2/2003 entró en vigor el 28 de mayo de 2003.

Respecto de las Líneas 1 y 2 del Metro de Málaga la declaración de interés metropolitano se ha producido en el presente año, con carácter previo a la licitación, por Acuerdo del Consejo del Consejo de Gobierno, al cual se ha atribuido los efectos previstos en los artículos 4 y 13 de la Ley 2/2003 de conformidad con la Disposición Adicional sexta. Además, a los efectos de la coordinación y financiación se ha suscrito el oportuno Convenio con el Ayuntamiento de Málaga.

Lo anterior, y para ambos casos, debe entenderse sin perjuicio de los acuerdos que pudieran alcanzarse con la Administración General del Estado también para su participación en la financiación.

Puede por tanto considerarse que la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, es la Administración concedente en la construcción y explotación de las Líneas de ferrocarril metropolitano de Sevilla y Málaga de conformidad con las previsiones de los artículos 4, 13 y disposición adicional sexta de la Ley 2/2003, las declaraciones de interés metropolitano que les afectan, con fundamento último en las previsiones del Estatuto de autonomía para Andalucía.

Además, para el desarrollo y ejercicio de las actividades, funciones y potestades que corresponden a la Administración concedente de los contratos, competentes respecto de la infraestructura y el servicio público, la Administración de la Junta de Andalucía puede actuar a través de sus entidades instrumentales, empresas de la Junta de Andalucía conforme al artículo 6 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma.

En este punto debe destacarse la intervención del Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces (*Ferrocarriles Andaluces*), entidad de derecho público, creada mediante el artículo 30 Ley 2/2003, que ejerce actualmente potestades administrativas en el ámbito del Metro de Sevilla y Metro de Málaga en los términos establecidos por la correspondiente atribución del Consejo de Gobierno.

En dicho artículo 30 la mencionada Ley señala como objetivos, entre otros, del Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces, con carácter general, el servir como instrumento idóneo para el ejercicio de las competencias que corresponden a la Junta de Andalucía en materia de transporte ferroviario, especialmente las referidas a los servicios ferroviarios regionales de altas prestaciones, y en particular, el ejercicio de las funciones de control e inspección que correspondan a la Junta de Andalucía respecto de las concesiones otorgadas por ésta para la construcción y explotación de las infraestructuras y servicios de transporte mediante ferrocarril metropolitano, en los términos y con el alcance de la correspondiente atribución del Consejo de Gobierno.

Por Decreto 218/2003, de 22 de julio, se aprobaron los Estatutos del Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces, que con su entrada en vigor con fecha 28 de julio de 2003 conllevaron la efectiva constitución del Ente.

En los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen los citados contratos de concesión de metro de Sevilla y Metro de Málaga se establece expresamente en la cláusula 4.2 la

posibilidad de subrogación de *Ferrocarriles Andaluces* en la posición jurídica de la Administración contratante.

Con fecha 21 de diciembre de 2004 el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía acordó atribuir a *Ferrocarriles Andaluces* con carácter general las competencias y funciones relativas a los servicios del ferrocarril metropolitano de la Línea 1 Interurbana – Metro de Sevilla y de las Líneas 1 y 2 del Metro de Málaga. Ello conlleva la subrogación en la posición jurídica de la Consejería de Obras Públicas y Transportes en ambos contratos de concesión, asumiendo la totalidad de las obligaciones, derechos y potestades previstas para aquella en dichos contratos y los restantes documentos contractuales que los conforman.

Asimismo puede tener especial importancia la participación de Gestión de Infraestructuras de Andalucía, Sociedad Anónima (GIASA), respecto de actividades que no supongan el ejercicio de funciones administrativas.

Sin perjuicio de las previsiones específicas respecto de Ferrocarriles Andaluces, en ambos casos, las relaciones de mandato podrán articularse conforme a lo dispuesto en Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma y concordantes, a través en su caso de la figura del “encargo de ejecución”.

3. Régimen jurídico del contrato

Como se ha señalado constituyen el complejo objeto del contrato las siguientes actividades a realizar por el concesionario: redacción del proyecto de construcción; construcción de las infraestructuras necesarias; adquisición del material móvil y elementos necesarios para la prestación del servicio; explotación del ferrocarril metropolitano mediante la prestación del servicio; conservación y mantenimiento de obras, instalaciones y material móvil.

El contrato, que tiene carácter administrativo, vinculado a la satisfacción de los intereses públicos, de acuerdo con los correspondientes Pliegos es el previsto en el artículo 161 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), caracterizándose porque comprende conjuntamente, como hemos indicado, la construcción y la explotación del ferrocarril metropolitano.

Se revela a nuestro juicio la accesoriedad de la infraestructura respecto de la prestación del servicio público de viajeros lo que indudablemente ha de afectar a su régimen jurídico como se revela en la exposición de las normas de aplicación en el propio PCAP, entre las que destacan las normas sectoriales configuradoras del régimen jurídico básico del servicio público⁵.

⁵ Realmente esta indicación supone la elección por un tipo contractual de difícil concreción. Efectivamente, los tipos contractuales de los que partimos son el contrato típico de obras, el contrato típico de concesión de obras públicas, y el contrato típico de gestión de servicios públicos con obra aneja. Estas posibilidades se corresponden a nuestro juicio con las previsiones del artículo 157 y 158 LOTT - obras mediante gestión directa o indirecta, construcción y explotación conjunta mediante gestión indirecta -. Se aplica en estos supuestos un criterio cualitativo que parece haber sido asumido por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo de 31 de marzo (Artículo 1, apartado 2 d) y apartado 4). Interesante en el futuro puede ser la regulación que resulte finalmente de los llamados Servicio de Interés General y de los contratos que se prevean en dicho contexto, dada la exclusión del régimen de la Directiva prevista para las concesiones de servicios en su artículo 17.

De acuerdo con lo anterior, los contratos de construcción y explotación del ferrocarril metropolitano de Metro de Sevilla y Metro de Málaga se regirán por tanto en su desarrollo, ejecución y desenvolvimiento por las previsiones de la LOTT y su reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (ROTT); por la citada Ley 2/2003; por los preceptos contenidos en el TRLCAP, junto con sus normas de desarrollo y, en particular, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGCAP).

Por último, el contrato esta sujeto a las disposiciones y normas de Derecho Comunitario que le sean de aplicación. En este punto puede ser de importancia la aplicación de Directivas citadas en nota anterior.

En cualquier caso, deberá atenderse al PCAP, en lo que no contradiga normas de derecho necesario indisponibles por la Administración y, en general, por las partes en el contrato.

Con relación al régimen jurídico básico del servicio público, la prestación del servicio de transporte mediante ferrocarril metropolitano en los supuestos analizados, se rige por la LOTT, el ROTT, con pleno respeto y cumplimiento del reglamento regulador del servicio que se apruebe por la Administración, conforme a las bases contenidas en el Anteproyecto licitado, el PCAP y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP)-, *“necesario para el buen servicio, administración y explotación del servicio, que contendrá las prescripciones necesarias en orden a procurar la seguridad de la explotación y regulará asimismo las relaciones de los usuarios con la concesionaria”*. Este Reglamento del servicio se aprobará por la Administración de acuerdo con las prescripciones del artículo 264 ROTT.

4. Procedimiento y forma de adjudicación

El contrato de concesión en ambos casos se adjudica por procedimiento abierto mediante la forma de concurso. La elección del sistema de concurso se justifica conforme al artículo 161 LOTT y apartados a), b) y d) del artículo 85 y 235 TRLCAP, ya que el contrato requiere, por su especialidad, el empleo de tecnología especialmente avanzada, siendo, su ejecución particularmente compleja.

Asimismo, resultan admitidas variantes técnicas por los licitadores, con limitaciones en su alcance, considerándose que la definición de la prestación fijada en el contrato es susceptible de ser mejorada.

En materia de capacidad y prohibiciones de contratación el contrato no contempla especialidades reseñables que se aparten del régimen establecido en el TRLCAP. Mencionar en su caso que la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas.

Respecto a la solvencia económica y financiera el volumen y alcance del proyecto hace aconsejable la exigencia de unas mínimas garantías financieras de los grupos licitadores, concretadas en una situación financiera saneada para obtener financiación suficiente para inversiones de más de 500

millones de euros; un resultado global positivo en los últimos tres ejercicios; Informe de auditoría que ponga de manifiesto que las cuentas anuales reflejan la imagen fiel de la sociedad, y una cifra de negocios global del licitador en los tres últimos ejercicios superior a 250 millones de euros anuales.

Al margen de estos requisitos financieros formales, la configuración del contrato de concesión, englobando la construcción de la infraestructura y la explotación del servicio, y dado el elevado volumen de inversión requerido, conlleva sin duda una cierta limitación a la concurrencia en el proceso de licitación, que se ve abocada al liderazgo de grandes empresas constructoras, con elevada solvencia y recursos financieros, en el seno de los eventuales grupos licitadores.

Por otra parte este propio diseño del contrato condiciona el plazo de la concesión -35 años-, dada la necesidad de un amplio periodo de recuperación y amortización financiera de tan cuantiosa inversión.

En relación con la solvencia técnica y profesional de los licitadores, al margen de los criterios usuales sobre experiencia en obras y servicios de naturaleza análoga –ferroviarias y transporte público de viajeros respectivamente– realizados en los últimos años y la información de medios personales relevantes a aportar a la ejecución de las distintas fases del contrato, merece mención la cuestión relativa a la exigencia de determinada clasificación administrativa como contratista a los licitadores.

El PCAP que rige el contrato exige, opcional y alternativamente a otros medios de acreditación, la clasificación administrativa a la entidad constructora que efectivamente ejecute las obras correspondientes, que podrá ser indistintamente bien el concesionario directamente bien empresas constructoras subcontratadas al efecto, a las que en su caso les será exigida.⁶

El concesionario podrá optar pues por realizar directamente las obras de cualesquiera tramos. A estos efectos se entenderá que se realiza la obra directamente por el concesionario cuando se encomiende a empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión, o las empresas vinculadas a ellas, según el artículo 234 TRLCAP. En el caso de que la sociedad concesionaria opte por no ejecutar las obras de cualquier tramo directamente podrá contratar hasta el 100 por 100 de las mismas con terceros.

Cuando el licitador opte por realizar directamente las obras o cualesquiera tramos, deberá pues presentar adicionalmente documentos que conforme al artículo 17 TRLCAP justifiquen el cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica para contratos de obras o, en su caso, la correspondiente clasificación administrativa exigida. Si la ejecución de obras se subcontrata por el concesionario serán los empresarios contratados los que debieran aportar dichos requisitos o clasificación administrativa.

⁶ La licitación se produce con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2003, que trata la cuestión en su artículo 232. Los criterios que se fijan respecto a la clasificación administrativa se derivan de la interpretación conjunta de la legislación sectorial de transportes y del TRLCAP, a la luz de la doctrina establecida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informes 49/97 de 17 de noviembre y número 25/01, de 30 de enero de 2002).

Por lo demás el contenido de las ofertas a presentar por los licitadores no requiere mayor comentario en relación con la oferta técnica (proyecto de construcción y ejecución de obras, material móvil y explotación del servicio). Destacar que la elaboración de los estudios de demanda y usuarios y su pronóstico que sirvan de soporte a la oferta económica es responsabilidad del licitador, sin que la Administración adquiera responsabilidad sobre las conclusiones y proposiciones formuladas las ofertas.

Por otra parte, a los meros efectos de conformar sus ofertas técnicas y económicas, y con el objetivo de lograr la homogeneización comparativa de las distintas ofertas, los licitadores deberán en todo caso adoptar el valor de la tarifa media ponderada por usuario que se señala en la documentación aportada por la Administración (en Metro de Málaga 0,72 euros/usuario -valor 2004, sin incluir el IVA, actualizado conforme a IPC anual estimado en el modelo).

La oferta económica a presentar por los licitadores deberá ajustarse en todo caso en su formato y contenido al modelo aportado por la Administración, que representa una estimación del plan económico-financiero de la concesión, y en el que los licitadores deberán introducir únicamente las variables concernientes a sus previsiones de tráfico, la tarifa media ponderada establecida en este Pliego (valor constante 2004), los costes de inversión y explotación previstos, el porcentaje de reintegro de excedentes ofertado, así como algunos aspectos de la financiación externa y del factor de indexación sobre IPC ofertado (a efectos de actualización de tarifa técnica).

Las ofertas presentadas tendrán por tanto cuatro elementos principales que determinan el equilibrio económico financiero de la concesión: Tarifa técnica; Inversión a realizar; Costes de explotación; y Tasa Interna de Retorno (TIR) del capital del concesionario esperada calculada por el modelo (considerando inflación del 2,5 % utilizada en el modelo determinará la TIR del capital esperado en valor constante).

El objetivo del modelo es asegurar la evaluación homogénea, transparente y objetiva de las propuestas económicas presentadas. Los licitadores pueden utilizar otros modelos propios en sus análisis internos, sin perjuicio de que deben presentar sus ofertas cumplimentando el modelo citado sin modificarlo.

Los licitadores deben ofertar además un porcentaje de ingresos/recaudación por billeteaje a reintegrar a la Administración sobre los excesos de ingresos obtenidos como consecuencia de demandas reales de usuarios superiores a la demanda prevista en su oferta.

En el ámbito financiero destacar asimismo que ambos proyectos cuentan con la financiación del Banco Europeo de Inversiones (BEI), que ha llevado a cabo un proceso de evaluación del proyecto y los considera plenamente viables, ofreciendo condiciones financieras privilegiadas.

Por otra parte los criterios de valoración de las ofertas, al margen de aspectos técnicos relativos a construcción de obras y explotación del servicio (seguridad laboral, programación, frecuencia y calidad del servicio, seguridad de pasajeros,...), ponderan especialmente aspectos económicos de las ofertas -400 puntos sobre 1.000- (% de reintegro de excedentes por tráficos reales superiores a

los previstos en oferta; mejor cobertura del servicio de deuda; ...), y en particular el menor valor actual neto de las aportaciones requeridas de la Administración durante la explotación del servicio (225 puntos), que en definitiva representa el coste real que supondrá para la Administración su subvención al servicio.

A efectos de valorar la temeridad económica de las ofertas se consideran los riesgos de insolvencia que presenten las ofertas durante los primeros siete años de explotación, entendiéndose que existen cuando el saldo neto patrimonial (capital social + reservas +/- resultados) sea inferior al 66% del capital social. Para su determinación se efectúa una evaluación de las ofertas mediante una revisión financiera del modelo que utilice los parámetros ofertados por el licitador con excepción del número de viajeros estimados, que se sustituye por cifras anuales promedio de usuarios de la totalidad de licitadores derivadas de los distintos estudios de tráfico elaborados.

5. Titularidad de la concesión. Forma societaria de la concesionaria y participación de la Administración

La titular de la concesión es la sociedad creada por el adjudicatario, sin perjuicio de las obligaciones de éste derivadas del contrato en su condición de accionista. En todo caso la sociedad adquirirá todos los compromisos asumidos por los adjudicatarios y derivados de la licitación.

La constitución y estatutos sociales de la sociedad concesionaria deben ajustarse a determinadas condiciones, entre las que cabe destacar como más relevantes las siguientes:

- El objeto social consistirá exclusivamente en la redacción del proyecto de construcción, ejecución de las obras, adquisición de material móvil, conservación y mantenimiento de las obras, instalaciones y material móvil, y explotación del servicio de la concesión de la línea ferroviaria de transporte público de viajeros correspondiente.
- En el modelo de financiación adoptado se estima necesaria una sólida dotación de fondos propios, con capital social mínimo inicial del 20% del coste de inversión (infraestructuras, instalaciones y material móvil, excluyendo gastos capitalizables), desembolsado al menos en un 25% a la constitución, y que no podrá reducirse sin autorización de la Administración. En el plazo máximo de un año y un día, deberá desembolsarse al menos un 50% adicional del capital, que deberá quedar totalmente desembolsado en plazo máximo de dos (2) años y un día.

En el caso de Metro de Málaga un porcentaje del 25% del capital así determinado es suscrito y desembolsado por la Administración –directamente o por entidad pública por ella designada- en las mismas condiciones establecidas para el adjudicatario. Como garantía adicional en los estatutos sociales de la sociedad deberán incorporarse las medidas necesarias que permitan las transmisiones de sus acciones por parte de la Administración, excluyendo el derecho de adquisición preferente de los restantes accionistas.

- Por otra parte los estatutos sociales deberán incorporar el derecho de adquisición preferente de la Administración en los supuestos de transmisión de acciones por cualquier medio por parte de los restantes accionistas de la sociedad. La transmisión requerirá comunicación

previa a la Administración de los elementos esenciales de la operación siendo necesario, como mínimo, la comunicación de la identificación de las acciones (serie y número) a transmitir, el negocio jurídico por el que se articula (compraventa, donación, otros) e identificación del adquirente.

- El órgano de administración estará constituido por un Consejo de Administración, integrado por al menos tres miembros. Al margen de la representación que corresponda por su participación accionarial, se reconocerá a la Administración el derecho a designar un Representante permanente, con derecho de asistencia a las reuniones del Consejo de Administración y de Junta General de Accionistas.
- La sociedad concesionaria podrá financiarse mediante préstamos participativos concedidos por entidades financieras, socios o terceros, con duración a lo largo de toda la vida de la concesión, sin perjuicio de su eventual capitalización, y cuyo importe global no supere un valor del 5% del coste de inversión, equivalente a un importe adicional del 20% de la cifra de recursos propios.
- En los Estatutos sociales figurará expresamente la obligación de la sociedad de ampliar el capital en el supuesto de incurrir en pérdidas acumuladas que reduzcan el patrimonio contable a la mitad del capital social a fin de evitar la disolución prevista en el artículo 260.4 de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA). Su incumplimiento será causa de resolución del contrato.

6. Riesgo y ventura del concesionario

La totalidad del contrato de concesión, en sus aspectos de construcción, explotación, conservación y financiación, se desarrolla a riesgo y ventura del concesionario.

En particular en materia de construcción de las obras la Administración reconocerá única y exclusivamente el Presupuesto de ejecución incorporado al contrato y reflejado en los presupuestos de los proyectos de construcción que se aprueben por la Administración, en su caso, con las modificaciones aprobadas e incorporadas por ésta mediante la oportuna modificación del contrato, y que se reflejarán en el precio final reconocido de las obras.

El concesionario será único responsable del contenido técnico de los proyectos de construcción, asumiendo íntegramente la responsabilidad del resultado final de la ejecución de las obras, por mayor o menor medición de unidades de obra o la aparición de imprevistos, y respondiendo asimismo de los daños derivados de los defectos del proyecto. La responsabilidad se extenderá también a daños debidos a defectos de los proyectos para la conservación y explotación de la obra pública.

La Administración podrá introducir modificaciones en el Proyecto por razón de interés público, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente.

El plan económico-financiero de la concesión deberá recoger mediante los oportunos ajustes los efectos derivados del incremento o disminución de costes por esta razón.⁷

Desde el punto de vista de seguimiento técnico y económico de la evolución de la construcción de obras, el concesionario realizará mensualmente relaciones valoradas a origen de las unidades de obra ejecutadas, al objeto de que la Administración conozca el ritmo de ejecución y su sujeción a los proyectos y programas de obra. Estas relaciones valoradas no tienen el carácter de certificaciones de obra ni implican aceptación o entrega de la misma. De hecho, las mediciones reflejadas en dichas relaciones valoradas no supondrán en ningún caso mayor derecho a favor del concesionario, respecto del importe de las obras ofertado y aprobado por la Administración para los proyectos de construcción.

La Administración, a la finalización de cada una de las obras construidas en desarrollo de los proyectos aprobados, establecerá el precio final reconocido de las obras, que deberá coincidir con el presupuesto de ejecución ofertado y aprobado para el propio proyecto, incrementado o disminuido por el importe de las modificaciones de proyecto aprobadas, en su caso, por la Administración, y deducido el importe de ejecución por reducciones, en su caso, por baja calidad en determinadas partes de obra admitidas..

Una vez concluidas en su totalidad las obras la Administración aprobará el precio final reconocido del conjunto de obras, que, incorporado al plan financiero de la concesionaria para su actualización, tendrá reflejo en la determinación de la financiación y de las aportaciones de la Administración.

El concesionario asume, en el mismo concepto, el riesgo y ventura de la evolución de las condiciones financieras del mercado a lo largo de la concesión, y asimismo de la evolución de tráfico, sin que pueda reclamarse de la Administración compensación por las desviaciones de la evolución real del tráfico sobre las pronósticos aportadas por el concesionario.

En particular no se derivarán responsabilidades para la Administración respecto a los resultados de la explotación de las líneas; la evolución del número de viajeros; la evolución de residentes en el entorno de las estaciones; el aumento, supresión o modificación de líneas de transporte colectivo que sirvan actualmente a la zona por otras administraciones públicas competentes distintas a la contratante; y la evolución y rendimiento de las actividades complementarias que se autoricen.

Por lo tanto, la ejecución del contrato, tanto en la fase de construcción y explotación como en lo relativo a la financiación, se realiza a riesgo y ventura del concesionario, quien no tendrá derecho a indemnización alguna salvo en los casos de fuerza mayor. Los retrasos por fuerza mayor o causa imputable a la Administración durante la construcción darán al concesionario derecho a prórroga en el plazo de ejecución de la obra y extensión equivalente en el plazo de concesión. Si dichas causas implicasen mayores y sustanciales costes se procedería a restablecer el equilibrio económico financiero de la concesión o a resolver el contrato a decisión de la Administración.

⁷ Con limitaciones análogas al artículo 240 TRLCAP (Ley 13/2003): el concesionario podrá solicitar la resolución cuando la Administración imponga modificaciones en fase de ejecución que incrementen o disminuyan obra en un % superior al 20% del importe total de obras previsto o representen una alteración sustancial del proyecto inicial.

El régimen descrito, correspondiente a los casos de Metro de Sevilla y Metro de Málaga, refleja el principio informador más característico del régimen económico del contrato de concesión de obras públicas recogido en la Ley 13/2003: el principio de asunción por el concesionario del riesgo asociado a la explotación de la obra, que constituye su rasgo definitorio frente a otras fórmulas de financiación de las obras públicas.⁸ Posteriormente analizaremos como se coordina este principio jurídico con las exigencias del sistema contable y presupuestario establecido por la Unión Europea en el marco de su política de control y estabilidad presupuestaria para las distintas Administraciones Públicas.

7. Otros aspectos de interés: Cláusula de progreso; Compatibilidad de uso por otros operadores; Imagen corporativa

a) Cláusula de progreso

El concesionario deberá mantener y explotar el servicio objeto de concesión de conformidad con lo que, en cada momento, y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental y de seguridad de los usuarios aplicable. Esta cláusula será aplicable en todo lo relativo al mantenimiento y explotación del servicio, y en particular a aspectos de conservación, seguridad, accesibilidad, cuidado medioambiental, sistemas de billeteo, y otros análogos.

El concesionario queda obligado a aplicar una determinada medida cuando sea aprobada por la normativa de transportes o ferroviaria correspondiente en las materias citadas, sin que en este caso tenga derecho a exigir indemnización alguna de la Administración, por las cargas económicas inherentes a la puesta en práctica, salvo que la misma suponga una modificación sustancial del equilibrio económico-financiero de la concesión.

Asimismo, esta cláusula de progreso obligará al concesionario en caso de que, aún no habiéndose incluido en la normativa una medida en concreto, esté siendo exigida de manera habitual a las nuevas infraestructuras similares. En este caso, la Administración tendrá potestad para exigir la aplicación de la misma, debiendo compensar al concesionario por los costes incurridos para llevarla a la práctica.

b) Imagen corporativa

El concesionario se obliga a la utilización del logotipo, marca y denominación que establezca la Administración en la cartelería, vallas y cierres de obras necesarios durante la ejecución, instalaciones y material móvil, vestuario y vehículos de obra, señalética informativa de estaciones y sus accesos.

El concesionario podrá utilizar dichos logotipo, marca y denominación en cualquier actividad, tales como presentaciones, papelería y sellos corporativos, folletos informativos, a efectos de identificar el proyecto y el servicio público en explotación, indicando siempre su condición de concesionario.

⁸ En la Ley 13/2003 el propósito del legislador resulta claro en esta materia, y así se recoge en el Preámbulo cuando señala que *“la asunción de riesgo en “proporción sustancial” por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación”*.

c) Compatibilidad de uso por otros operadores

Se incorpora la posibilidad de que la Administración, en el ejercicio de sus competencias de ordenación y planificación del sistema ferroviario andaluz, establezca el uso compartido parcial o de la totalidad de las líneas concedidas en el contrato mediante su interconexión a otra u otras de su competencia.

La Administración notificará al concesionario la interconexión acordada, así como los operadores y tráficos autorizados, previa audiencia a aquel para informar sobre la viabilidad de los tráficos previstos. A partir de entonces el concesionario deberá permitir a los operadores señalados a operar sobre la infraestructura, sin perjuicio del mantenimiento y conservación de las instalaciones e infraestructuras afectas al servicio público. La Administración fijará los cánones o tarifas que deban abonar los operadores autorizados que presten servicio sobre la línea, y que permitan compensar los costes reales que se deriven del uso compartido.

8. Potestades de la Administración; Régimen de supervisión y vigilancia

Con carácter general, encontrándonos ante un contrato administrativo, la Administración ostenta las prerrogativas generales de interpretarlo, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, acordar su resolución y determinar sus efectos (artículo 59 TRLCAP).

A estas prerrogativas generales derivadas de la celebración misma del contrato administrativo, en garantía y tutela de los intereses públicos que se pretenden satisfacer, hay que añadir las derivadas de su carácter de administración reguladora del servicio de transporte de viajeros, en ejercicio de tal competencia administrativa. En ello tiene especial importancia la Ley 2/2003, la LOTT y sus disposiciones de desarrollo, que, como normas sectoriales habrán de ser consideradas en todo caso.

Por otra parte, debemos considerar el conjunto de posibilidades de actuación que resultan de su condición de accionista de la sociedad concesionaria, directamente o indirectamente, que ya ha sido analizado anteriormente. Estas posibilidades se desenvuelven en el ámbito del derecho privado sin perjuicio de que esté dirigida a la consecución de los intereses públicos.

En este contexto pueden considerarse elementos esenciales de estas funciones de la Administración:

- En relación con la redacción de los proyectos constructivos, le corresponde la supervisión y aprobación de proyectos de construcción, así como de sus modificaciones.
- Respecto de las obras ejerce, entre otras, funciones de seguimiento y supervisión de obras de infraestructura y de estaciones; aprobación del plan de autocontrol de calidad del constructor; aprobación de programa de trabajos; fijación del precio final reconocido de las obras.

- Respecto al material móvil, al margen de una potestad de supervisión permanente en el proceso de fabricación, le corresponden potestades y funciones de autorización de características y prestaciones, participación en el acta de comprobación y puesta en funcionamiento.
- En relación con la prestación del servicio le corresponde la aprobación del Reglamento General del Servicio; la fijación de tarifas a usuarios; la resolución expresa de puesta en servicio de instalaciones, accesorios, material móvil; la aceptación de propuesta de Director del Explotación; las modificaciones del servicio; la autorización de actividades comerciales complementarias; el establecimiento de sistema para el cálculo de los parámetros de calidad y capacidad del servicio.
- Con carácter general, el ejercicio de las potestades de inspección y control de la calidad de prestación del servicio, así como la imposición de penalidades derivadas de incumplimientos contractuales; las modificaciones del contrato; la supervisión en la transmisión de acciones de la concesionaria por accionistas; la autorización a la cesión del contrato; la autorización de subcontratos de explotación; la resolución de uso compartido de líneas mediante interconexión con otras de la Administración y fijación del canon de uso compartido a abonar a la concesionaria; y la intervención del servicio. Existen otras funciones y potestades vinculadas a la extinción de la concesión y la reversión de los bienes afectos a la explotación del servicio, cuales son la resolución por incumplimiento, la autorización previa para modificación de plantilla en el periodo final de concesión, resolución sobre prolongación de explotación, el nombramiento del Interventor Técnico, la aprobación del plan final de desmovilización, y la conformidad al acta de reversión de concesión y entrega de infraestructura e instalaciones.

Como se observa no se trata de una enumeración exhaustiva pero si representativa de las funciones de la Administración respecto de los contratos analizados, y en particular respecto de la explotación del servicio público de transporte de viajeros, que se gestiona indirectamente.

Para el cumplimiento de estas funciones y potestades la Administración actúa a través del llamado "Representante de la Administración", cuyo cometido fundamental, que no único, es controlar e inspeccionar la propia ejecución de las obras y su adecuación al proyecto aprobado, y las labores de la dirección técnica de las obras. Para el cumplimiento de sus funciones el Representante de la Administración, que dispone de su propio equipo técnico, puede dar al efecto instrucciones de interpretación técnica del proyecto conforme al artículo 143 TRLCAP. Se considera, conforme al PCAP, interlocutor del concesionario a los efectos de cualquier relación con la Administración.

Con relación a la prestación del servicio y conservación de las obras el Representante de la Administración ejercer la función de inspección general del servicio vigilando su adecuada prestación, así como la conservación de las infraestructuras en su fase de explotación. Sus principales funciones en este punto serán la verificación del cumplimiento del programa de conservación; del plan de explotación del sistema; de los sistemas de control de usuarios; del cumplimiento de los requisitos legales de seguridad e inspección respecto del material móvil; así

como cualquier otra que se prevea en los documentos contractuales o en la legislación sectorial de transportes.

Por otra parte, y conforme al PCAP, el Representante de la Administración ejercerá las funciones de vigilancia, inspección y control económico-financiero y técnico de la sociedad concesionaria, para lo cual puede solicitar los datos y documentos de carácter económico-financiero que estime necesarios.

La concesionaria está obligado a facilitar la información que posea sobre la situación de sus bienes y el libre acceso a sus instalaciones al Representante de la Administración o personas por él designadas para el desarrollo de sus competencias de inspección general del servicio.

Por último, no puede olvidarse lo ya indicado de la participación en estas funciones de vigilancia y supervisión, de la Empresas de la Junta de Andalucía.

9. Régimen económico del contrato

a) Equilibrio económico de la concesión

El punto de partida de todo contrato es la obligatoriedad de lo pactado para las partes firmantes, la denomina regla *pacta sunt servanda*, y la asunción del riesgo por cada una de ellas del cumplimiento de sus respectivas obligaciones. No obstante, en el ámbito de la contratación administrativa se han acuñado un conjunto de quebras al citado principio a raíz del cual se consolida la doctrina del derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

El régimen económico del contrato deberá mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión en los términos que sean considerados para la adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario.

La Administración podrá restablecer el equilibrio económico financiero del contrato, en beneficio de la parte contratante que corresponda, exclusivamente en los supuestos establecidos al efecto en el PCAP, que se remiten en su práctica integridad al artículo 248 TRLCAP.

En este sentido el PCAP de los contratos de concesión de Metro de Sevilla y de Metro de Málaga anticipaba una de las grandes aportaciones de la Ley 13/2003, la regulación simétrica del equilibrio económico del contrato en sintonía con la naturaleza y finalidad de la institución y la ponderada distribución del riesgo, que debe caracterizar este tipo de contratos. Justificado el restablecimiento del equilibrio económico en el *pacta sunt servanda*, y, más en particular, en la cláusula *rebus sic stantibus* y en el principio de equidad, no tiene sentido circunscribir la aplicación de ésta en beneficio únicamente de una de las partes del contrato.

Los PCAP de Metro de Sevilla y de Metro de Málaga⁹, en términos análogos al apartado 2 del artículo 248 de la Ley 13/2003, prevén los supuestos concretos en los que se producirá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, y que se reconducen a las figuras jurídicas del *ius variandi*, fuerza mayor y *factum principis*.¹⁰

Conforme al PCAP en los supuestos en que proceda, salvo que se decida la resolución de la concesión en su caso, el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, se realizará bien mediante la modificación de las tarifas establecidas, bien por ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los plazos legalmente permitidos, o bien por la autorización de aprovechamientos comerciales, de alquiler de espacios, publicidad o de otro tipo adicionales a los concedidos y autorizados. Este objetivo podrá no obstante alcanzarse mediante cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico del contrato o en su caso mediante combinación de cualquier de las medidas descritas.

La Ley 13/2003 no se pronuncia respecto al procedimiento específico para hacer efectivo el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, y no define alternativas basadas en instancias u organismos reguladores independientes de la Administración contratante, con tanta tradición en países anglosajones.

Frente a este silencio, los PCAP de Metro de Sevilla y Metro de Málaga incorporan un procedimiento específico que trata de establecer una interpretación estricta y rigurosa del criterio de mantenimiento del “*equilibrio económico –del contrato de concesión- en los términos que fueron considerados para su adjudicación*”, basada en la realidad económica del contrato hasta el momento en que proceda el restablecimiento de dicho equilibrio económico, en aras de evitar, en defensa del interés público, la ventaja o beneficio injustificado que pudiera derivarse de su deficiente propia gestión o de la inconsistencia de determinadas previsiones establecidas en su oferta inicial.

Así el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, al efecto de compensar las repercusiones derivadas de los supuestos señalados, se realizará sobre el plan económico-financiero de la siguiente forma: a) para los años anteriores al de cálculo se introducirán los datos reales, conforme a los balances auditados de la concesionaria, de todos los parámetros del modelo; b) para los años posteriores los valores pertinentes de dichos parámetros, teniendo en cuenta los estimados por el concesionario en su oferta; c) se calculará la TIR de capital en términos constantes

⁹ Cláusula 35 PCAP: La Administración podrá restablecer el equilibrio económico financiero del contrato, en beneficio de la parte contratante que corresponda, exclusivamente en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones establecidas en el presente pliego, tanto para la construcción de la obra como para su posterior explotación.
- b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 TRLCAP.
- c) Cuando se produzcan el resto de circunstancias expresamente previstas en su caso a estos efectos en el presente Pliego

¹⁰ Cuestión llamativa en la Ley 13/2003 es la ausencia de una referencia expresa a la doctrina del riesgo imprevisible. No obstante, aunque la Ley omita las circunstancias imprevisibles entre las que dan lugar al restablecimiento económico del contrato no significa que dicha doctrina no resulte aplicable, en cierta medida y de forma muy restrictiva, en virtud de la doctrina general sobre la alteración de la base del negocio.

de la combinación de los datos anteriores; d) se definirá el efecto de adoptar alguna de las medidas citadas que resulte en una TIR de capital en términos constantes que tenga como límite máximo la anteriormente calculada.

b) Retribución del concesionario

La contraprestación al concesionario por la ejecución del presente contrato consistirá en el derecho a prestar el servicio de transporte en los términos establecidos en el contrato, percibiendo las tarifas que corresponda cobrar de los usuarios, los rendimientos procedentes de la explotación de actividades complementarias que fueren autorizadas y las aportaciones y subvenciones que como consecuencia de la oferta realizada correspondan a la Administración, respetándose en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario ya comentado.

a) Subvención de Capital

Con el fin de reducir la tarifa técnica de la prestación del servicio, de forma que el usuario obtenga una tarifa razonable por su uso, el importe de la inversión en infraestructura e instalaciones fijas (excluido el material móvil y gastos capitalizados) será subvencionado en un 33% a través de aportaciones de la Administración, con independencia de que puedan ser parcialmente reembolsadas a ésta por parte de otras Administraciones Públicas a través de los convenios que a tal efecto se perfeccionen.

Esta subvención de capital específica provoca, dado el régimen fiscal vigente en España en la materia (artículo 104 Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido–LIVA-), la minoración del importe de la deducción de las cuotas del IVA soportadas por la construcción de obras en la misma medida que las subvenciones hayan contribuido a su financiación. Actualmente se encuentra pendiente de resolución en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea un procedimiento contra España sobre la corrección de la normativa española del IVA en cuanto al tratamiento otorgado a la percepción de subvenciones y sobre su compatibilidad con el Derecho comunitario. Se incorpora en el contrato una previsión de forma que la modificación del régimen legal de deducibilidad del IVA descrito facultará a la Administración para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato en la forma descrita.

b) Tarifas a cobrar de los usuarios

La primera parte de la retribución del concesionario durante la explotación del servicio será la compuesta por las tarifas que cobrará a los usuarios por la utilización del ferrocarril metropolitano. Dichas tarifas serán cobradas directamente por el concesionario, sin perjuicio del control que realice la Administración sobre dichos cobros.

c) Aportaciones de la Administración.

El sistema de aportaciones de la Administración durante la fase de explotación persigue un múltiple objetivo, por un lado, “subvencionar” al consumidor del servicio posibilitando una tarifa de usuario viable en el mercado evitando trasladar a aquel la totalidad del coste de la inversión (tarifa técnica) y permita así obtener niveles de demanda adecuados para el proyecto; por otro, limitar el riesgo de

tráfico o demanda transferido al concesionario de forma que se garantice un nivel mínimo de ingresos, y ambos objetivos condicionados por la necesidad de satisfacer los requisitos exigidos por el SEC 95 y Eurostat para evitar que el sistema de aportaciones –y por tanto el proyecto en su conjunto- no afectara el nivel de déficit de la Junta de Andalucía más que a medida que ésta satisfaga anualmente las subvenciones a la tarifa previstas, y en todo caso que el endeudamiento del concesionario no compute como endeudamiento de la Junta de Andalucía.

La aportación que realizará la Administración al concesionario durante la explotación del servicio estará constituida por la suma de las dos siguientes cantidades cuyo cálculo se realizará cada año:

- A. La que resulte de la multiplicación de la tarifa técnica que el concesionario ha ofertado, por las dos siguientes cantidades: un coeficiente β , variable en el tiempo conforme a la tabla descrita a continuación, y el número de viajeros previsto por el concesionario en su oferta para el año de cálculo.

Año i (explotación)	1 a 5	6 a 10	11 a 15	16 a 20	21 a 25	26 a 30
β	0,45	0,40	0,35	0,30	0,27	0,24

- B. La que resulte, siempre que fuese positiva, de la multiplicación de las dos siguientes cantidades: a) el número real de viajeros para el año de cálculo y b) la obtenida de restar a la cantidad 1 el coeficiente β y multiplicar el resultado por la tarifa técnica ofertada y, a este resultado, restarle la tarifa media percibida por cada viajero que use el ferrocarril metropolitano en ese mismo año.

Los licitadores deberán ofertar la tarifa técnica para el primer año y el factor de actualización (definido como % sobre IPC anual) al que se efectuará la actualización de la misma cada año a lo largo de la concesión. Este factor no podrá ser superior al 100%.

Esta cantidad a aportar por la Administración puede expresarse mediante la siguiente fórmula:

$$P_i = \beta t_{ti} N_{Pi} + [(1 - \beta)t_{ti} - t_{ri}] N_{Ri} = A_i + B_i \quad 11$$

La aportación de la Administración así definida tendrá un valor máximo para cada año igual al que resulte de multiplicar la diferencia entre la tarifa técnica y la tarifa media percibida por el número de viajeros previstos por el concesionario en su oferta.

$$P_{imax} = [t_{ti} - t_{ri}] N_{Pi} \quad 12$$

¹¹ Siendo: P_i Aportación de la Administración en el año i ; N_{Pi} Número de viajeros previstos por el concesionario, en su oferta, para el año i ; t_{ri} Tarifa media percibida por viajero en el año i ; t_{ti} Tarifa técnica ofertada indexada al año i ; N_{Ri} Número de viajeros reales en el año i ; y siempre que $[(1 - \beta)t_{ti} - t_{ri}] > 0$

¹² Dado lo anterior en el supuesto de que $N_{Ri} > N_{Pi}$ se sustituirá N_{Ri} por N_{Pi} en la fórmula de cálculo.

Los parámetros A y B así definidos serán segregables y podrán ser cedidos por el concesionario en garantía de operaciones de financiación concertadas para la construcción y explotación.

Para el supuesto de que la demanda real supere a la prevista por el licitador en su oferta, éste deberá haber ofertado que porcentaje del exceso de los ingresos totales por billeteaje obtenidos como consecuencia de la diferencia de demanda reintegrará a la Administración, y que se realizará mediante compensación con los importes a cobrar de la Administración según la fórmula antes descrita.

10. Problemática de sectorización en SEC 95

Como ya se indicaba al inicio la financiación de proyectos de inversión de esta índole en un marco político y normativo general de restricción presupuestaria deviene sin duda en un problema para cualquier Administración Pública, que se encuentra ante la necesidad de mejorar la dotación de infraestructuras y servicios de su territorio y a la vez con la limitación para incrementar su endeudamiento para su efectiva realización. Ante esta diatriba las Administraciones, con carácter general, están contando cada vez con mayor frecuencia con el sector privado, promoviendo la colaboración público-privada en el desarrollo de proyectos de inversión en grandes infraestructuras.

Una de las ventajas fundamentales, aunque no única, de los modelos de participación público-privada (PPP) es que, estructurados conforme a los criterios establecidos por el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales vigente (SEC 95) y Eurostat¹³, permiten la financiación de las infraestructuras públicas fuera del balance de la Administración, es decir, sin repercusión sobre el endeudamiento y déficit público. El criterio último definido por SEC 95 para que una determinada infraestructura financiada y gestionada con un modelo PPP no consolide en las cuentas públicas es el de que la mayoría de los riesgos del proyecto estén transferidos a la iniciativa privada.

La Junta de Andalucía ha optado por el modelo concesional para acometer estos proyectos del Metro de Sevilla y Metro de Málaga. Como veremos, la fórmula de la concesión no plantea problemas de consolidación de la inversión (mayor déficit) ni de la deuda que la financia (mayor endeudamiento) en las cuentas de la Administración pública concedente, si el coste del proyecto es repercutido íntegramente a los usuarios mediante tarifas o peajes. La cuestión a analizar se suscita por la participación de la Administración en la financiación del proyecto, debido a la voluntad de no trasladar a los usuarios la totalidad del coste de la inversión, y si ello determina un tratamiento distinto y una eventual consolidación en sus cuentas.

Conforme al SEC 95 la construcción de las infraestructuras constituirá un supuesto de “formación bruta de capital fijo”. La cuestión radica pues en definir en qué balance debe registrarse el activo nuevo y por tanto la formación bruta de capital fijo.

Si lo correcto es registrarlo en el balance de la Administración, será ella quien acometa la formación bruta de capital fijo: se incrementará con ello su déficit por el total importe de la inversión y al inicio

¹³ Organismo designado por la Comisión Europea para garantizar la aplicación de SEC 95.

del proyecto.¹⁴ Si se registra el activo en su balance, será necesario registrar también el pasivo que lo financia: se incrementaría con ello el endeudamiento de la Junta de Andalucía.

Si, por el contrario, lo correcto es registrar la inversión en el balance del concesionario, no habrá impacto en déficit ni en endeudamiento de la Junta de Andalucía. Tratándose de una empresa de capital y control privados, el concesionario es, a efectos del SEC 95, una unidad institucional calificable como productor de mercado privado, y sus masas patrimoniales quedan fuera del ámbito de las administraciones públicas.

Obviamente, esta cuestión no depende únicamente del tratamiento jurídico-formal del modelo: existencia o no existencia de título de propiedad o de contrato de préstamo; sino que la operación debe tratarse a la luz de su verdadera sustancia económica subyacente.

El SEC 95 no establece reglas concretas para el tratamiento contable de las concesiones privadas, y menos si éstas tienen un importante elemento subvencional, como en estos supuestos. De las reglas generales que contiene se extraen unas conclusiones preliminares para determinar si un concesionario debe reputarse titular económicamente de los activos que construye y explota. En primer lugar, la propiedad, desde el punto de vista económico, implica el control y la capacidad de decisión sobre el bien y la asunción del riesgo económico de sus pérdidas, rendimientos o quebrantos. En segundo lugar, existen casos en los que, a pesar de que una unidad institucional no sea jurídicamente propietaria, deba registrarse en su balance cierto activo: es el supuesto de activos poseídos en régimen de arrendamiento financiero.

Dada la ausencia de un tratamiento casuístico por parte del SEC 95, Eurostat ha venido señalando ciertos criterios sobre el tratamiento de los supuestos de financiación o participación privada en infraestructuras públicas.¹⁵

En su apartado IV “*Arrendamientos, licencias y concesiones*” Eurostat contempla en su Manual dos modelos posibles: un primer modelo en el que el empresario privado construye y explota la infraestructura a cambio de unos pagos que recibe de la Administración como remuneración por servicios¹⁶; y un segundo modelo en el que la remuneración del concesionario proviene íntegramente de las tarifas pagadas por los usuarios, sin que existan pagos por la Administración.

El tratamiento por Eurostat del segundo modelo no tiene impacto en el déficit o en el endeudamiento de la Administración concedente. El tratamiento del primer modelo, en cambio, depende de si el empresario asume o no la mayoría de riesgos derivados de la propiedad y recibe la mayoría de los beneficios. En caso afirmativo, la inversión y por tanto la formación bruta de capital fijo se entiende realizada por el concesionario y registrada en su balance. El efecto en déficit en la Administración se produce sólo a medida y en proporción a cada pago que realice la

¹⁴ Normativa comunitaria: “*Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo*” y Reglamentos (CE) nº 3605/93 y 475/2000, ambos del Consejo.

¹⁵ “Manual sobre Endeudamiento y Déficit”, capítulo IV, titulado “Infraestructuras Públicas financiadas y explotadas por el sector sociedades”

¹⁶ Engloba modelos “Private Finance Initiative”, del Reino Unido, y “peaje en la sombra”.

Administración. El pasivo que financia la inversión también es atribuible al empresario privado sin efecto por tanto en la deuda pública. En caso negativo, el tratamiento es el contrario.

Para juzgar con precisión cuando se entiende que el concesionario asume o no la mayor parte de los riesgos o beneficios del proyecto, Eurostat asimila la cuestión a la diferencia entre un arrendamiento operativo, en cuyo caso el empresario es titular del activo y de la deuda, y un arrendamiento financiero, en cuyo caso es la Administración quien se reputa titular y deudora. En un anexo a su Manual, Eurostat detalla ocho criterios a tener en cuenta para su diferenciación, que analizaremos para estos proyectos.

No obstante no sentarse por SEC 95 y Eurostat un criterio específicamente referido al supuesto de una concesión que se financia, como en nuestro caso, mediante una combinación de ingresos tarifarios y de subvenciones públicas, consideramos que los criterios establecidos por Eurostat en su Manual permiten calificar con razonable certeza el modelo por el que ha optado la Junta de Andalucía.

En primer lugar, la existencia de una subvención a la tarifa hace que el modelo que nos ocupa sea asimilable al contemplado por Eurostat bajo la modalidad de *“peaje sombra”*, es decir, retribución por la Administración en función del número de usuarios. La Administración no subvenciona un eventual déficit general de explotación del servicio; su subvención se traduce en un importe por viajero que es tanto como retribuir al concesionario en función del nivel de utilización de la infraestructura. Estaríamos ante la combinación de dos modelos teóricos tratados por Eurostat en su Manual (*“peaje en la sombra”* y concesión costeada al 100% por usuarios). Pues bien, conforme a la doctrina sentada por Eurostat, el modelo de *“peaje en la sombra”* no implica consolidación en las cuentas públicas si *“la sociedad afronta la mayoría de los riesgos derivados de la propiedad y recibe la mayoría de los beneficios”*. Por lo tanto, el modelo analizado tampoco acarreará la consolidación si el concesionario asume la mayor parte del riesgo y ventura del proyecto.¹⁷

En principio, en nuestro ordenamiento jurídico la concesión se define por el principio de riesgo y ventura a cargo del concesionario. Veamos en concreto la aplicación a nuestro supuesto de los ocho criterios de Eurostat para determinar el grado de asunción de riesgo y ventura por el concesionario:

- **Mantenimiento y aseguramiento de los activos:** El modelo lo satisface plenamente toda vez que es consustancial a la figura de la concesión que el concesionario se responsabilice de la conservación y mantenimiento de obras e instalaciones, contratando, en su caso, los oportunos seguros. Sólo en casos extremos de fuerza mayor se produce la transmisión del riesgo a la Administración.

¹⁷ Ver en este sentido Decisión de Eurostat de febrero 2004, posterior a estos proyectos de Metro de Sevilla y Metro de Málaga. En dicha Decisión, con el objetivo de homogeneizar criterios, entre la elevada diversidad de riesgos que pueden ser analizados en este tipo de contratos de PPP, se seleccionan tres categorías genéricas de riesgos sobre los que formular el análisis: *“riesgo de construcción”*, *“riesgo de demanda”* y *“riesgo de disponibilidad”*. Para que los activos vinculados a un proyecto PPP se consideren no públicos, y por tanto no se registren en el balance de la Administración Pública, deben cumplirse dos condiciones: el socio privado debe ostentar la mayoría del riesgo de construcción y la mayoría del riesgo de disponibilidad o alternativamente la mayoría del riesgo de demanda.

- Determinación de la naturaleza del activo: Este criterio también se satisface plenamente toda vez que el concesionario es como hemos analizado responsable de la elaboración del proyecto constructivo y del programa o proyecto de explotación, bajo la tutela y control de la Administración.
- Reembolso de financiación en caso de resolución anticipada del contrato: Si se resuelve la concesión por causa imputable al concesionario, la Administración no tiene la obligación de reembolsar las deudas del concesionario. Su obligación consiste en el abono de la inversión realizada, teniendo en cuenta su grado de amortización, deducidos daños y perjuicios causados.
- Asunción del riesgo de demanda: Este es el principal criterio a tener en consideración. Hemos visto, al describir el modelo, como el concesionario asume claramente un riesgo de demanda, aunque no de forma ilimitada. Como se concibe el modelo tarifario, se satisface el nivel de riesgo exigible. Ciertamente Eurostat no tiene establecidos criterios cuantitativos concretos para definir cuando se entiende asumido el riesgo de demanda por el concesionario.
- Reducción de los pagos a realizar por la Administración por defectos de calidad: El PCAP establece penalidades en casos de incumplimiento de los compromisos de disponibilidad o parámetros de calidad.
- Ingresos de terceros como parte sustancial de las rentas obtenidas por el activo: Este criterio se cumple plenamente dado que los propios usuarios costearán una parte considerable del servicio.
- Traslado a la Administración del incremento de costes: Las obras y la explotación tal y como se conciben en los modelos analizados no se retribuyen en régimen de “administración” o en función de costes realmente incurridos, sino en función de precios globales ofertados por el concesionario, asumiendo éste el riesgo de desviaciones del presupuesto constructivo o de explotación.
- Valor residual: Este criterio es irrelevante en nuestro caso ya que los activos concesionales revertirán gratuitamente a la Administración, al final del plazo concesional. Ello al margen de que la fórmula de la reversión es expresamente contemplada y aceptada por Eurostat.

A la vista de las consideraciones anteriores, el modelo concesional planteado por la Junta de Andalucía para Metro de Sevilla y Metro de Málaga satisface los criterios sentados por Eurostat – transferencia de mayoría de riesgo de construcción y de la mayoría del riesgo de demanda- para entender que la inversión debe registrarse en el balance del concesionario privado, siendo éste y no la Administración quien efectúa la correspondiente formación bruta de capital fijo. Por lo tanto, el proyecto no afectará el nivel de déficit de la Junta de Andalucía más que a medida que ésta satisfaga anualmente las subvenciones en la construcción o a la tarifa previstas. Asimismo, el endeudamiento del concesionario no computará como endeudamiento de la Junta de Andalucía.

Del análisis del sistema de retribución y distribución de riesgos descrito anteriormente, tanto en Metro de Sevilla y Metro de Málaga, se desprende el objetivo fundamental de la Administración de la

Junta de Andalucía de optimizar la transferencia de riesgo en estos proyectos, aplicando el principio de asignar el riesgo a aquella parte –pública ó privada- que se considere más habilitada para soportarlo al menor coste y gestionarlo de forma más eficiente. Este principio es básico en todo proyecto de participación público-privada: la obtención del equilibrio adecuado entre los riesgos transferidos y los retenidos por la Administración Pública. Si por una parte un exceso de riesgos transferidos aseguraría la eliminación del riesgo de consolidación contable y presupuestaria, ello supondría sin duda un excesivo encarecimiento del precio exigido por el socio privado para verse retribuido por el riesgo asumido. Sin embargo, por el contrario, un elevado nivel de riesgos retenidos o soportados por la Administración Pública, si bien facilitaría la concurrencia de múltiples socios privados con muy bajo coste, conllevaría un alto riesgo de consolidación de la infraestructura en las cuentas públicas y, en definitiva, de endeudamiento.

11. Régimen fiscal. Problemática de IVA

Nos centraremos en la breve descripción de algunos de los aspectos más relevantes desde la óptica fiscal considerados en proyectos de esta índole, con especial incidencia en los distintos hechos imponibles producidos a la luz de la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Con carácter general, las concesiones administrativas están sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), dado que la LIVA las califica expresamente como operaciones “no sujetas”. No obstante, establece determinadas excepciones que sí somete a tributación. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, introdujo una modificación en el artículo 7.8º LIVA, que regula la no sujeción de las operaciones realizadas por los entes públicos en el ejercicio de funciones públicas, incluyendo dentro de la lista de operaciones expresamente sujetas a IVA “*Los servicios portuarios y aeroportuarios y explotación de infraestructuras ferroviarias incluyendo, a estos efectos, las concesiones y autorizaciones exceptuadas de la no sujeción por el número 9º siguiente*”. Adicionalmente, La Ley 50/1998, incluyó dentro de las concesiones administrativas que están expresamente sujetas a IVA las concesiones administrativas que tengan por objeto “*la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias*”.¹⁸

El otorgamiento de la concesión de Metro de Sevilla y de Metro de Málaga está por tanto sujeta a IVA, en tanto que la misma tiene por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias, de acuerdo con la normativa citada, y en este sentido se pronunció la Dirección General de Tributos (25 de septiembre de 2002) a la consulta planteada para estos supuestos expresamente.

En cuanto al devengo del IVA, el artículo 75.7º LIVA establece que en los arrendamientos, suministros y en general operaciones de tracto sucesivo, el IVA se devengará en el momento en que sea exigible el pago del precio, si bien establece como excepción¹⁹ que si no se señala el momento de la exigibilidad del precio de la concesión o bien se establece con una periodicidad superior al

¹⁸ En concordancia con esta previsión, artículo 7 de Texto Refundido ITPAJD, en redacción dada por Ley 14/2000, de 29 de diciembre.

¹⁹ Modificación introducida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, con efectos desde el 1 de enero de 2002.

año, el devengo del impuesto se produciría Al final de cada año por la parte proporcional al período transcurrido.

Con carácter general, las operaciones de tracto sucesivo se definen como aquellas en las que las prestaciones de las partes se ejecuten con periodicidad continuada, previamente determinada, que se prolonga durante el tiempo de duración del contrato. En este sentido existen pronunciamientos del Tribunal Supremo que califican al contrato de concesión administrativa como relación contractual de tracto sucesivo, suponiendo la realización de prestaciones por ambas partes durante un período prolongado de tiempo.

De acuerdo con los antecedentes expuestos, la concesión administrativa otorgada prevé como precio la construcción de unas obras que van a quedar en poder de la Administración cuando reviertan al finalizar la concesión otorgada. Por tanto, el devengo del impuesto por la concesión se produciría en el momento de la entrega de las obras, momento en el que sería exigible el precio pactado por la concesión. No obstante, dado que en el presente caso la entrega de las obras se produciría al finalizar el plazo de la concesión, momento de su reversión al ente concedente, sería de aplicación la regla específica referida, devengándose el IVA al final de cada ejercicio de manera proporcional en función del precio pactado y la duración de la concesión hasta la entrega efectiva de las obras.²⁰

Por otra parte, la entrega de las obras por parte del concesionario a la Administración concedente a efectos de IVA constituiría un hecho imponible por tratarse de una “entrega de bienes”. Conforme al artículo 75 LIVA habrá que estar al momento de recepción de las obras por parte de la Administración concedente para determinar el momento de devengo del impuesto.

A tenor del artículo 241 TRLCAP²¹ y artículo 162.3 LOTT la entrega formal de las obras y recepción por la Administración se produciría al finalizar la concesión, realizándose a la finalización de las obras tan sólo un acta de comprobación. En la medida en que la entrega de la obra por los subcontratistas se produzca en favor del concesionario y la entrega por parte de éste se produzca al final de la concesión, la entrega a la Administración se produciría después de un período de utilización por el concesionario, por lo que estaríamos ante una segunda entrega sujeta y exenta de IVA y sujeta a ITP. No obstante, el Texto Refundido del ITPAJD establece una exención subjetiva aplicable a las Administraciones Públicas territoriales y a aquellos entes que formen parte de la Administración Institucional, sin perjuicio de la posibilidad de renunciarse a la exención de acuerdo con el artículo 20. dos LIVA.

En cuanto a la base imponible de la operación de concesión administrativa, debe considerarse que el precio pactado por la concesión no es dinerario sino en especie (o mixto en su caso), por lo que la base imponible estaría formada por el precio que hubieran acordado partes independientes en el mercado (artículo 79.1 LIVA). La cuantificación de la base imponible se ha calculado conforme a un criterio de “retorno de la inversión”, atendiendo al valor actual neto del flujo de beneficios esperados de la concesionaria (actualizados a la TIR del capital propuesta en el plan económico-financiero),

²⁰ Respecto a la consideración de la concesión como operación de tracto sucesivo pronunciamientos de la Dirección General de Tributos de 10 de enero de 2001 y de 18 de enero de 2002.

²¹ Ley 13/2003, de 23 de mayo

que refleja de forma razonable una valoración económica que atiende al "valor de mercado" de la concesión.

Finalmente, en lo que se refiere a la actividad a desarrollar por el concesionario en la explotación del servicio, los servicios de transportes de viajeros constituyen una prestación de servicios de carácter empresarial sujeta a IVA. En cuanto a la base imponible de estas prestaciones de servicios, tendrá incidencia la regla establecida en el artículo 78 LIVA, que incluye en su apartado dos, párrafo 3º aquellas subvenciones vinculadas directamente al precio de las operaciones, que cumpliendo determinados requisitos deberían integrarse en la base imponible del impuesto, repercutiéndose el correspondiente IVA a los usuarios, de forma que la base imponible quedaría formada por el importe del precio del billete más el importe de la subvención.