

# EL PILAR DE MERCADO DEL «CUARTO PAQUETE» FERROVIARIO: UN NUEVO IMPULSO A LA COMPETITIVIDAD DEL FERROCARRIL EN EUROPA \*, \*\*

Ciara Vicente Mampel

Becaria predoctoral

Instituto de Derecho del Transporte

Universitat Jaume I de Castellón

## RESUMEN

*En la progresiva liberalización del sector ferroviario, el legislador europeo ha adoptado un nuevo paquete de medidas ferroviarias. Se trata del denominado «cuarto paquete» ferroviario. Su propósito es establecer un verdadero espacio ferroviario único y mejorar la eficiencia y la competitividad de los servicios de transporte de mercancías y viajeros por ferrocarril en Europa. Este conjunto normativo dividido en dos pilares (técnico y de mercado) establece un nuevo marco regulador del sector que deberá ser adoptado, con carácter preceptivo, por todos los Estados miembros de la Unión Europea. Puesto que no es posible profundizar en todas las modificaciones legislativas introducidas por el mismo, este artículo se circunscribe al análisis del denominado «pilar de mercado», por el que se modifican dos aspectos sustanciales para alcanzar un mercado ferroviario único europeo: por un lado, la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias y, por otro, la apertura a la competencia de los servicios nacionales de transporte de pasajeros por ferrocarril.*

**Palabras clave:** ferrocarril, liberalización, cuarto paquete ferroviario, pilar de mercado.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA GOBERNANZA DE LAS INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS: 1. El principio de separación entre el administrador de las infraestructuras y las empresas ferroviarias. 2. Medidas destinadas a fortalecer la independencia del administrador de infraestructuras.—III. LA APERTURA A LA COMPETENCIA DE LOS SERVICIOS NACIONALES DE TRANSPORTE DE VIAJEROS POR FERROCARRIL: 1. Un entorno liberalizado, pero circunscrito. 2. La liberalización definitiva de los servicios de transporte nacional de viajeros: 2.1. El reconocimiento del derecho de «libre» acceso al mercado. 2.2. Un nuevo régimen jurídico para la adjudicación de los contratos de servicio público.—IV. CONCLUSIONES.

---

\* Fecha de recepción del trabajo: 31/01/2018. Fecha de aceptación del trabajo: 26/05/2018.

\*\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D: «Ventajas y riesgos de la competencia en el sector del transporte» (ref. UJI-B2016-14), financiado por la Universitat Jaume I. Investigadora principal: M.<sup>a</sup> V. PETIT LAVALL.

## The Market Pillar of «The Fourth Railway Package»: a New Boost to the Railway Competitiveness in Europe

### ABSTRACT

*In the progressive liberalization of the railway sector, the European legislator has adopted a new package of railway measures. It is «the fourth railway package». Its purpose is to establish a genuine railway area and to enhance the efficiency and competitiveness in freight and passenger transport services by railway in Europe. This set of rules, which is divided into two pillars (technical and market-based), settles a new legal framework for the sector that must be mandatorily adopted by all European Union Member States. As it is not possible to deepen on all the legislative amendments which have been introduced, this paper is limited to the analysis of the so-called «market pillar», which modifies two substantial aspects so as to achieve a single European railway market: on the one hand, the governance of railway infrastructures and, on the other hand, the opening to competition of domestic services of railway passenger transport.*

**Keywords:** railway, liberalization, the fourth railway package, the market pillar.

**SUMMARY:** I. INTRODUCTION.—II. THE GOVERNANCE OF RAILWAY INFRASTRUCTURES: 1. The principle of separation between infrastructure managers and railway undertakings. 2. Measures aimed at strengthening the independence of infrastructure managers.—III. THE OPENING OF DOMESTIC RAILWAY PASSENGER TRANSPORT SERVICES TO COMPETITION: 1. A liberalized context, but circumscribed. 2. The final liberalization of domestic railway passenger transport services: 2.1. The recognition of the right to «free» access to the market. 2.2. A new legal system for the award of public service contracts.—IV. CONCLUSIONS.

## I. INTRODUCCIÓN

La liberalización del sector ferroviario en Europa ha debido impulsarse por etapas, a través de sucesivos «paquetes» de medidas ferroviarias<sup>1</sup>. Su finalidad ha sido doble. Por un lado, se trata de revitalizar el ferrocarril, haciendo de él un medio de transporte eficiente y competitivo para aumentar su cuota de mercado en relación con otros modos más flexibles o rápidos como el transporte

<sup>1</sup> El proceso de liberalización se inició en la década de 1990 con la aprobación de un conjunto de Directivas (91/440/CEE, 95/18/CEE, 95/19/CE y 96/48/CE). Dado que sus resultados fueron poco significativos, el legislador ha ido configurando de forma progresiva un marco jurídico europeo del sector ferroviario, sobre todo, a través de un conjunto de normas agrupadas en «paquetes» ferroviarios. El primero de ellos se integró por las Directivas 2001/12/CE, 2001/13/CE, 2001/14/CE y 2001/16/CE, todas ellas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero. Por su parte, el segundo paquete ferroviario se compuso por las Directivas 2004/49/CE, 2004/50/CE, 2004/51/CE y el Reglamento núm. 881/2004, todos ellos del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril. Finalmente, el tercer paquete se constituyó por las Directivas 2007/58/CE, 2007/59/CE y el Reglamento núm. 1371/2007, todos ellos del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre.

por carretera o el transporte aéreo. Por otro lado, se busca abrir los mercados nacionales de transporte ferroviario a nuevos operadores públicos y privados, con la finalidad de establecer un mercado único europeo para la prestación de servicios de transporte ferroviario nacional e internacional en régimen de libre competencia.

Con anterioridad a la aprobación del —hasta la fecha— último paquete ferroviario, entre las iniciativas previas del legislador europeo destaca la Directiva 2012/34/UE<sup>2</sup> que, siguiendo el Libro Blanco del Transporte de 2011<sup>3</sup>, establece un espacio ferroviario europeo único (*single European railway area*). Esta disposición refunde en un único texto gran parte del marco jurídico europeo anterior del sector<sup>4</sup>. En consecuencia, regula algunos de los principios básicos de la política ferroviaria europea: la gobernanza de los administradores y de las empresas ferroviarias, la financiación de las infraestructuras, el marco para la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y el cobro de cánones por su utilización, las condiciones de acceso a la infraestructura ferroviaria y los servicios ferroviarios, o la supervisión reglamentaria del mercado ferroviario, entre otros<sup>5</sup>.

Si bien la Directiva entró en vigor el 15 de diciembre de 2012, la Comisión Europea manifestó la necesidad de dar un paso más en el proceso de liberalización del sector antes de que finalizara el plazo para su trasposición (esto es, a mediados de 2015) y presentó en su Comunicación de 30 de enero de 2013 el «cuarto paquete» ferroviario<sup>6</sup>. Se trata de un nuevo conjunto normativo compuesto por seis medidas legislativas que han sido finalmente estructuradas en dos pilares (técnico y de mercado)<sup>7</sup>, cuyo propósito es eliminar los últimos obstáculos al establecimiento de un espacio ferroviario europeo único y crear un sector más competitivo y eficiente que incremente la cuota de mercado del transporte ferroviario. Dichos pilares han sido aprobados en dos fases.

<sup>2</sup> Directiva 2012/34/UE, del Parlamento y del Consejo, de 21 de noviembre, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único.

<sup>3</sup> «Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transporte competitiva y sostenible», de 28 de marzo de 2011, COM (2011) 144 final. Para un análisis de su contenido y de los retos que plantea la política de transportes de la Unión Europea, *vid.* V. MAMBRILLA RIVERA, «La política europea de transportes (hacia el establecimiento de un “Espacio Único Europeo del Transporte”)», *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 9, 2012, pp. 37-84.

<sup>4</sup> En concreto, la Directiva 91/440/CEE, del Consejo, de 29 de julio, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios; la Directiva 95/18/CE, del Consejo, de 19 de junio, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias; la Directiva 2001/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización; y las enmiendas sucesivas.

<sup>5</sup> I. ALTZELAI ULIONDO, «El “cuarto paquete” ferroviario: luces y sombras», en M.<sup>a</sup> V. PETIT LAVALL y A. PUETZ (dirs.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 677-678.

<sup>6</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al «Cuarto Paquete Ferroviario: completar el Espacio Ferroviario Europeo Único para fomentar la competitividad y el crecimiento europeos», COM (2013) 25 final.

<sup>7</sup> A pesar de que el «cuarto paquete» adopta una estructura binaria, la Comisión manifestó de forma expresa que se trata de conjunto normativo que «adopta un planteamiento holístico». Por tanto, dicha estructura no es óbice para su concepción como un todo. Comunicación de la Comisión de 30 de enero de 2013, relativa al «Cuarto Paquete Ferroviario», COM (2013) 25 final, *op. cit.*, p. 12.

En efecto, en un primer momento se adoptó únicamente el pilar técnico, aprobado por el Consejo en primera lectura el 10 de diciembre de 2015 y, posteriormente, en segunda lectura, por el Parlamento el 28 de abril de 2016. Su finalidad es eliminar los todavía persistentes obstáculos técnicos de entrada de nuevos operadores al mercado ferroviario, propiciados, en particular, por la fragmentación de la red ferroviaria europea: por un lado, los costosos y dilatados procedimientos administrativos (como, por ejemplo, para la expedición de certificados de seguridad o de autorizaciones de vehículos) que los operadores deben superar para poder actuar en el mercado; y por otro, la existencia de normas de seguridad y sistemas técnicos diferentes a nivel europeo y nacional. Este pilar incluye las siguientes medidas legislativas:

— El Reglamento (UE) núm. 2016/796, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea.

— La Directiva (UE) 2016/797, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea.

— La Directiva (UE) 2016/798, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, sobre la seguridad ferroviaria.

Solo posteriormente pudo hacerse lo propio con el pilar de mercado, que fue aprobado en primera lectura por el Consejo el 17 de octubre de 2016 y, finalmente, en segunda lectura por el Parlamento el 14 de diciembre de 2016. La eficiencia y la competitividad de los servicios ferroviarios están obstaculizadas también por los fallos de reglamentación y de mercado. Es por ello que mediante este pilar se efectúan diversas modificaciones legislativas sobre gobernanza y apertura de mercado. Por un lado, se busca, en definitiva, garantizar una gestión transparente e independiente de los administradores de las infraestructuras ferroviarias respecto de las empresas ferroviarias para promover una competencia efectiva entre los operadores de transporte. Por otro lado, se trata de abrir a la competencia los mercados nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril con el «acceso libre» y las licitaciones competitivas para la obtención de contratos de servicio público. En consecuencia, se integran en este pilar las siguientes normas:

— La Directiva (UE) 2016/2370, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre, que modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias.

— El Reglamento (UE) 2016/2337, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre, que deroga el Reglamento (CEE) núm. 1192/69, relativo a las normas comunes para la normalización de las cuentas de las empresas ferroviarias<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> La derogación del Reglamento (CEE) núm. 1192/69, relativo a las normas comunes para la normalización de las cuentas de las empresas ferroviarias resulta necesaria por cuanto es, en todo caso, incompatible con los otros dos textos legislativos que contiene el pilar de mercado del «cuarto paquete» ferroviario.

— El Reglamento (UE) 2016/2338, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1370/2007, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril.

Así, el presente trabajo analiza este segundo bloque del «cuarto paquete» ferroviario —el denominado «pilar de mercado»—, que, como se ha señalado, efectúa una reforma de gran calado en materia de gobernanza y apertura del mercado al objeto de consolidar un mercado interior del ferrocarril y de favorecer la entrada de nuevos operadores privados en un sector reservado todavía hoy, al menos en España, a la iniciativa pública. Por ello, son objeto de estudio las principales modificaciones introducidas por el legislador europeo relativas, en primer lugar, a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias y, en segundo lugar, a la apertura de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril.

## II. LA GOBERNANZA DE LAS INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS

### 1. El principio de separación entre el administrador de las infraestructuras y las empresas ferroviarias

El modelo tradicional de los mercados ferroviarios europeos se basaba en una estructura unitaria verticalmente integrada de infraestructura y servicio, encomendada al Estado en régimen de monopolio legal de explotación<sup>9</sup>. Sin embargo, la liberalización del sector reestructuró el mercado ferroviario tradicional, imponiendo una separación entre las actividades de administración de la infraestructura ferroviaria y de explotación de los servicios de transporte que sobre ella se prestan<sup>10</sup>.

Pues bien, esta separación entre la gestión de las infraestructuras y la actividad de prestación de servicios de transporte se ha constituido como un componente esencial en la consecución de un mercado liberalizado<sup>11</sup>. Por un lado, la infraestructura constituye un monopolio natural<sup>12</sup> que debe gestionarse de ma-

<sup>9</sup> Los monopolios públicos abarcaban las actividades de gestión y explotación de la infraestructura, así como la prestación de los servicios de transporte, pues «se trataba de monopolios basados en la consideración de red y servicios como una unidad». Al respecto, M. CARLÓN RUIZ, «El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia», en G. FERNÁNDEZ FARRERES (coord.), *Transportes y Competencia*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 290.

<sup>10</sup> En un primer momento se exigía una separación al menos contable (Directiva 440/40/CEE). Hasta que finalmente se ha establecido, con carácter imperativo, también la separación orgánica y no únicamente contable (Directiva 2001/12/CE).

<sup>11</sup> En este sentido, M. CARLÓN RUIZ, «El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario...», *op. cit.*, p. 288; M.<sup>a</sup> I. RIVAS CASTILLO, «Regulación y régimen del sector ferroviario», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO, *Derecho de la regulación económica*, Iustel, 2010, pp. 517-518.

<sup>12</sup> Se considera monopolio natural a la situación de mercado caracterizada por grandes economías de escala —esto es, cuando los costos medios de una unidad de producción se reducen con el aumento de los niveles de producción—, en la que una empresa satisface toda la demanda de forma más eficiente que un grupo de empresas en competencia. *Vid.* R. WHISH y D. BAILEY, *Competition Law*, 8.<sup>a</sup> ed., Oxford, United Kingdom, 2015, pp. 10-11.

nera eficiente para garantizar el acceso a los usuarios; por otro, los servicios de transporte deben desarrollarse de forma independiente en un sistema de libre competencia<sup>15</sup>. Así, este principio de separación funcional entre la gestión de las infraestructuras y la explotación de los servicios ferroviarios exige la consiguiente independencia e imparcialidad del administrador respecto de cualquier empresa ferroviaria para asegurar un acceso equitativo y no discriminatorio a la infraestructura<sup>14</sup>.

Con todo, no puede decirse que exista una unidad organizativa común del sector ferroviario en Europa<sup>15</sup>. Por el contrario, el modelo de separación europeo permite optar entre diferentes estructuras: i) la separación institucional y organizativa del gestor de infraestructuras y del prestador del servicio (separación institucional)<sup>16</sup>; ii) una estructura integrada para la gestión de las infraestructuras y explotación de los servicios, regulada por un órgano independiente (integración vertical), y iii) la aplicación simultánea de ambas, es decir, la separación institucional y la creación de un órgano regulador independiente<sup>17</sup>. Ahora bien, en cualquiera de ellas debe garantizarse la independencia de los administradores de las infraestructuras respecto de las empresas ferroviarias.

Este es uno de los cometidos de la reforma introducida por el «cuarto paquete» ferroviario —en concreto, por la Directiva (UE) 2016/2370, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre, que modifica la Directiva 2012/34/UE—<sup>18</sup>, pues la Comisión Europea puso de manifiesto la necesidad de fortalecer el grado de separación entre los administradores de infraestructuras y las empre-

<sup>15</sup> Por todos, J. BERMEJO VERA, «Evolución histórica del régimen jurídico del transporte por ferrocarril», en P. MENÉNDEZ (dir.), *Régimen jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril (Tomo I)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 310-311.

<sup>14</sup> Desde los inicios de la política europea del sector ferroviario se ha establecido que el administrador de infraestructuras debe gozar de independencia con respecto a cualquier empresa ferroviaria «para promover una gestión eficiente de la infraestructura que favorezca al interés público» (Directiva 2001/12/CE). Dicha exigencia se ha mantenido a lo largo de todo el proceso de liberalización del sector hasta la vigente Directiva 2012/34/UE, que ha refundido, como ya se ha señalado, la política común que la precede.

<sup>15</sup> J. ROBLEDO MORALES, A. PORTILLO y J. F. NARRO VILLAMOR, *Modelos organizativos en el sector ferroviario europeo*, Madrid, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, 2007, pp. 16-17.

<sup>16</sup> Este es el modelo adoptado por España. Con la aprobación de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (LSF/2003) —actualmente derogada por Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (LSF/2015)— se llevó a cabo un proceso de desintegración vertical que reorganizó por completo el mercado ferroviario nacional, gestionado en régimen de exclusividad por la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE). Desde entonces, la gestión de la infraestructura ferroviaria se encomendó a RENFE, que pasó a denominarse ADIF (disp. adic. 1.ª), y se creó *ex lege* RENFE-Operadora para la prestación de los servicios de transporte (disp. adic. 2.ª). Cfr. J. GARCÍA PÉREZ, «Régimen jurídico del ferrocarril en España, su liberalización y breve referencia a los nuevos escenarios que se divisan en el transporte por ferrocarril según las nuevas orientaciones de la CE», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 325, 2012, pp. 58-59.

<sup>17</sup> Al respecto, J. J. MONTERO PASCUAL, «La transición a la competencia en el transporte ferroviario», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 4, 2009, pp. 2-5.

<sup>18</sup> La misma todavía no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico (el plazo finaliza el 25 de diciembre de 2018, salvo en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril, que está prevista a partir del 1 de enero de 2019), existiendo en la actualidad un Anteproyecto de Ley que modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector

nas ferroviarias. El motivo fundamental para que el legislador europeo incida de nuevo en reforzar la independencia del administrador de infraestructuras reside en la inadecuada aplicación práctica de este principio en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados, ya que no todos garantizan la independencia del administrador de manera eficaz<sup>19</sup>. Al respecto puede decirse que el riesgo para la independencia es mayor en el caso de los administradores de infraestructuras que se integran en un *holding* (modelo de integración vertical), ya que pueden plantearse conflictos de interés cuando el administrador de infraestructuras integrado en una sociedad *holding* supervisa también a las empresas ferroviarias. Sin embargo, esta estructura organizativa no implica *per se* una falta de independencia del administrador<sup>20</sup>.

Sea como fuere, a juicio de la Comisión, los requisitos de separación vigentes no han evitado los conflictos de interés entre los administradores de infraestructuras y las empresas ferroviarias, ni tampoco situaciones discriminatorias contra empresas de nueva incorporación en el mercado<sup>21</sup>. En consecuencia, con el «cuarto paquete» ferroviario, se establecen unos requisitos de separación más exhaustivos de tal modo que garanticen una adecuada independencia organizativa y de la toma de decisiones del administrador, en particular, respecto de los operadores tradicionales o históricos, dada la posible distorsión de la competencia que puede generarse en el mercado, al dificultar un acceso justo y no discriminatorio de nuevos operadores a la infraestructura ferroviaria.

---

Ferrovioario (disponible en [https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/30C0279B-9DDE-468B-8774-6C552717935F/147353/borradorAPL\\_20180119.pdf](https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/30C0279B-9DDE-468B-8774-6C552717935F/147353/borradorAPL_20180119.pdf)).

<sup>19</sup> Se iniciaron, así, procedimientos de infracción contra diferentes Estados miembros por incumplimiento del Derecho europeo. En la mayoría de los casos, los Estados no habían adoptado las medidas legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la independencia (tanto institucional como contable) del administrador de infraestructuras respecto de las empresas ferroviarias operadoras de transporte. Entre otras, SSTJUE de 28 de octubre de 2012, asunto C-557/10, *Comisión c. República Portuguesa*; de 28 de febrero de 2013, asunto C-483/10, *Comisión c. Reino de España*; de 18 de abril de 2013, asunto C-625/10, *Comisión c. República Francesa*. Para un análisis más extenso, C. PADRÓS REIG, «Liberalización económica y transformación de la administración pública: el caso del ferrocarril en la jurisprudencia reciente del TJUE», *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 12, 2013, pp. 115 y ss.

<sup>20</sup> Así pudo constatarse en SSTJUE de 28 de febrero de 2013, asunto C-555/10, *Comisión c. República de Austria*; y de 28 de febrero de 2013, asunto C-556/10, *Comisión c. República Federal de Alemania*, recaídas en sendos procedimientos de infracción contra la República austriaca y la República Federal Alemana relativos al incumplimiento de los mecanismos eficaces para garantizar la independencia organizativa y de toma de decisiones entre el administrador de infraestructuras y la empresa ferroviaria que presta servicios de transporte, integrados en un mismo grupo empresarial o *holding*, al menos en los aspectos legal, organizativo y de toma de decisiones.

<sup>21</sup> Comunicación de la Comisión de 30 de enero de 2013, relativa al «Cuarto Paquete Ferroviario», COM (2013) 25 final, *op. cit.*, p. 5. Así lo puso de manifiesto también en España la Comisión Nacional de la Competencia —hoy, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)— en su *Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España* (INF/DTSP/002/16), p. 137 (en [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186827\\_0.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186827_0.pdf)), al considerar que la separación entre la gestión de la infraestructura (ADIF) y la explotación de los servicios de transporte (RENFE-Operadora) no es total, dado que todavía existen vínculos estructurales entre ambas entidades públicas empresariales (y de estas con el Ministerio de Fomento), que suponen una barrera de entrada de nuevos operadores en el mercado ferroviario español.

## 2. Medidas destinadas a fortalecer la independencia del administrador de infraestructuras

Como se ha señalado, la actuación del legislador europeo está encaminada a reforzar el grado de separación entre el administrador de infraestructuras y las empresas ferroviarias. Para ello, la Directiva (UE) 2016/2370 reforma la Directiva 2012/34/UE e introduce nuevas garantías destinadas a proteger la independencia de los administradores, tanto en su labor de explotación, mantenimiento y renovación de las infraestructuras ferroviarias, como de participación en su desarrollo (art. 3.2)<sup>22</sup>. Conviene señalar, entre las funciones que se han atribuido *ex lege* a los administradores, que se califican como funciones de carácter esencial, aquellas destinadas a permitir un acceso justo y no discriminatorio a las infraestructuras ferroviarias. Esto es, según el art. 3.2 *septies*, corresponde al administrador de infraestructuras la toma de decisiones sobre la adjudicación de surcos ferroviarios y sobre el establecimiento y el cobro de cánones por el uso de las infraestructuras.

Pues bien, el nuevo texto legislativo parte como regla general de la exigencia de la necesaria separación institucional entre la gestión de las infraestructuras y las operaciones de transporte. Sin embargo, también se faculta a los Estados miembros para mantener las estructuras integradas verticalmente existentes<sup>23</sup>. En ambos casos, se exige que el administrador de infraestructuras tenga personalidad jurídica propia, ya sea respecto de cualquier empresa ferroviaria (en caso de separación institucional), ya sea, además, respecto de cualquier entidad jurídica del grupo (en caso de integración vertical) (art. 7.2).

Para ello, los Estados miembros deberán crear un marco legislativo para la evaluación de los conflictos de intereses personales, financieros, económicos o profesionales que puedan influir en la imparcialidad del administrador en el ejercicio de sus funciones<sup>24</sup>. En concreto, se introducen nuevos requisitos que los Estados miembros deberán incorporar a su Derecho interno para garantizar una gestión eficiente y no discriminatoria de las infraestructuras ferroviarias. Dichos requisitos están relacionados, en lo sustancial, con la imparcialidad de los órganos directivos del administrador de infraestructuras, el ejercicio de sus funciones,

<sup>22</sup> Por lo que se refiere a la explotación de la infraestructura, esta engloba las actividades de adjudicación de surcos ferroviarios, de gestión del tráfico y de fijación de cánones (art. 3.2 *ter*). Por su parte, la función de desarrollo de las infraestructuras incluye tanto la planificación de la red y la planificación financiera y de las inversiones, como la construcción y mejora de la infraestructura (art. 3.2 *bis*).

<sup>23</sup> Según dispone el nuevo apartado 31 del art. 3, se está ante una empresa integrada verticalmente «cuando un administrador es controlado por una empresa que, al mismo tiempo, controla una o varias empresas ferroviarias que explotan servicios ferroviarios en la red del administrador de infraestructuras» o «cuando un administrador es controlado por una empresa o varias empresas que prestan servicios ferroviarios», o viceversa. Ahora bien, se considerará que no se está ante una empresa integrada verticalmente cuando un administrador de infraestructuras ferroviarias y una empresa ferroviaria sean plenamente independientes entre sí, pero ambos estén controlados directamente por un Estado miembro (que es el caso, p. ej., de España).

<sup>24</sup> Cdo. 9 de la Directiva 2016/2370 (UE).

la transparencia financiera, la coordinación y la cooperación de los diferentes agentes del sector.

Por lo que se refiere a la imparcialidad de los órganos directivos del administrador de infraestructuras, y siguiendo el art. 7.3 de la Directiva 2012/34/UE, modificado por la Directiva (UE) 2016/2370, los Estados no deberán permitir que: i) el consejo de administración de un administrador de infraestructuras y el de una empresa ferroviaria esté compuesto por las mismas personas; ii) aquellos responsables de la toma de decisiones sobre las funciones esenciales sean, al mismo tiempo, miembros del consejo de administración de una empresa ferroviaria, y iii) los miembros del consejo de supervisión del administrador de infraestructuras sean, al mismo tiempo, miembros del consejo de supervisión de la empresa integrada verticalmente que controla a una empresa ferroviaria y a un administrador de infraestructuras. En este sentido, se prohíbe también, por un lado, que los miembros del consejo de administración del administrador de infraestructuras y aquellas personas responsables de la toma de decisiones sobre las funciones esenciales reciban una remuneración basada en los resultados de la empresa de ninguna otra entidad jurídica que forme parte de la empresa integrada verticalmente (art. 7.4) y, por otro, que la información sensible relacionada con las funciones esenciales se transmita a otras entidades del grupo, restringiéndose la misma solo al personal autorizado del administrador de infraestructuras (art. 7.5).

Por otra parte, se prohíbe que tanto las empresas ferroviarias como las entidades que formen parte de una empresa integrada verticalmente influyan en la toma de decisiones del administrador de infraestructuras, en relación con las funciones esenciales que este tiene encomendadas (art. 7 *bis*) —es decir, como ya se ha señalado, con la toma de decisiones sobre la adjudicación de surcos ferroviarios o sobre el establecimiento y el cobro de cánones por el uso de las infraestructuras—, así como con las funciones de gestión del tráfico y de planificación del mantenimiento de la red (art. 7 *ter*). No obstante, se permite que el administrador de infraestructuras ferroviarias externalice sus funciones esenciales en una entidad diferente, siempre que esta ni sea, ni controle, ni esté controlada por una empresa ferroviaria. En efecto, el art. 7 *quater* de la Directiva 2012/34/UE prevé la posibilidad de que las funciones de adjudicación de surcos ferroviarios y la fijación de cánones por el uso de las infraestructuras sean encomendadas a un órgano responsable, que tenga forma jurídica, organización y toma de decisiones independiente de cualquier empresa ferroviaria, a quien se le aplicarán, de igual forma, todas las disposiciones relativas a las funciones esenciales de un administrador de infraestructuras. Ahora bien, cuando se trate de empresas integradas verticalmente, el administrador no puede externalizar sus funciones en ninguna entidad del grupo, a menos que dicha entidad realice exclusivamente funciones esenciales. En estos casos, el administrador de infraestructuras tiene una función de órgano regulador y supervisor para velar por un acceso justo y no discriminatorio a la infraestructura ferroviaria. Además, el administrador de infraestructuras está facultado para celebrar acuerdos de cooperación con una o más empresas ferroviarias de forma no discriminatoria con vistas a ofrecer

ventajas a los usuarios del transporte ferroviario (precios reducidos o mejora del funcionamiento de la red), aunque en estos casos deberá someterse a la supervisión de un organismo regulador independiente establecido por cada Estado miembro.

En relación con la transparencia financiera (art. 7 *quinquies*), los administradores de infraestructuras ferroviarias podrán emplear los ingresos procedentes de las actividades de gestión de la red de infraestructuras, incluidos los fondos públicos, únicamente para financiar su propia actividad o para pagar dividendos. Por tanto, se prohíbe, por un lado, que los administradores utilicen los ingresos procedentes de las actividades de gestión de la red de infraestructuras para financiar a la empresa integrada verticalmente y que ejerza el control tanto sobre una empresa ferroviaria como sobre dicho administrador de infraestructuras. Por otro lado, también se prohíbe a los administradores de infraestructuras la concesión de préstamos a empresas ferroviarias, ya sea de forma directa o indirecta, y viceversa (de las empresas a los administradores). Ahora bien, los préstamos concedidos entre entidades de una empresa integrada verticalmente antes del 24 de diciembre de 2016 se pueden mantener si han sido pactados a precios de mercado. En todo caso, se exige que el administrador de infraestructuras integrado verticalmente lleve una contabilidad separada de las demás entidades del grupo y un registro detallado de cualquier relación comercial o financiera con ellas. Además, entre otras salvaguardas, se prevé: i) que las deudas del administrador de infraestructuras estén separadas de las atribuidas a otras entidades del grupo y, consiguientemente, se satisfagan por separado, y ii) que los servicios ofrecidos por las entidades de la empresa integrada verticalmente al administrador se fundamenten en contratos y se paguen a precios de mercado o que reflejen, al menos, el coste de producción.

Por último, los administradores de infraestructuras, las empresas ferroviarias interesadas y los candidatos que soliciten el acceso a la infraestructura para la prestación de servicios ferroviarios deberán cooperar entre sí, a través de un organismo regulador y unos mecanismos de coordinación adecuados (art. 7 *sexies*)<sup>25</sup>. Asimismo, se crea la Red Europea de Administradores de Infraestructuras, con vistas a facilitar la prestación de los servicios ferroviarios en todo el territorio de la Unión Europea (art. 7 *septies*). La Red, de la que también es miembro la Comisión, tiene como objetivos, entre otros, identificar los principios y prácticas comunes para desarrollar las infraestructuras europeas, establecer un espacio ferroviario europeo único, combatir los cuellos de botella transfronterizos, o supervisar y comparar resultados.

---

<sup>25</sup> A tenor del art. 7 *sexies* la coordinación se referirá, entre otros aspectos, a las necesidades de los candidatos en relación con el mantenimiento y desarrollo de las infraestructuras, el contenido de los objetivos de rendimiento, el contenido y aplicación de la declaración sobre la red, cuestiones de intermodalidad e interoperabilidad y cualquier otra cuestión relacionada con las condiciones de acceso a la infraestructura y su utilización, y con la calidad de los servicios que el administrador de infraestructuras debe prestar a los candidatos.

### III. LA APERTURA A LA COMPETENCIA DE LOS SERVICIOS NACIONALES DE TRANSPORTE DE VIAJEROS POR FERROCARRIL

#### 1. Un entorno liberalizado, pero circunscrito

La liberalización del mercado europeo de transporte ferroviario se ha configurado con carácter gradual o progresivo<sup>26</sup>. Por un lado, los mercados de los servicios nacionales e internacionales de transporte ferroviario de mercancías están abiertos a la competencia desde enero de 2007 —Directiva 2004/51/CE («segundo paquete» ferroviario)—. Por otro, desde el 1 de enero de 2010 están liberalizados los servicios internacionales de transporte de viajeros —Directiva 2007/58/CE («tercer paquete» ferroviario)—, que pueden incluir servicios de cabotaje, pues se permite «recoger y dejar viajeros en cualquiera de las estaciones situadas en el trayecto internacional, incluso en estaciones situadas dentro de un mismo Estado miembro». En consecuencia, cualquier empresa ferroviaria que cumpla los requisitos de acceso a la infraestructura (licencia y certificado de seguridad) puede solicitar al administrador la capacidad de infraestructura necesaria para la prestación de servicios nacionales e internacionales de transporte ferroviario de mercancías y de servicios internacionales de transporte ferroviario de viajeros (incluyendo servicios de cabotaje), a través del procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria; esto es, la asignación de las franjas horarias, definidas en la *Declaración sobre la red*, con el fin de que un tren pueda circular entre dos puntos durante un periodo de tiempo determinado<sup>27</sup>.

No obstante, debe destacarse que los servicios ferroviarios de cabotaje no han significado la apertura a la competencia *de facto* de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril. Por el contrario, se trata de servicios ferroviarios internacionales de viajeros de libre acceso con paradas intermedias o auxiliares. Es decir, el objetivo principal del servicio ferroviario es el transporte de

<sup>26</sup> Al respecto, M. CUERDO MIR, «La liberalización del sector ferroviario: la apertura del transporte ferroviario a la competencia», en P. MENÉNDEZ (dir.), *Régimen jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril (Tomo I)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 127. Esta gradualidad en la liberalización del sector ferroviario ha sido manifestada durante todo el proceso legislativo europeo por la Comisión, pues la apertura a la competencia de determinados servicios ferroviarios debía adaptarse a la ruptura de los monopolios nacionales caracterizados por un fuerte intervencionismo estatal. Cfr. M. CARLÓN RUIZ, «El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario...», *op. cit.*, p. 297.

<sup>27</sup> En España, la *Declaración sobre la red* (documento por el cual se exponen las características de la infraestructura puesta a disposición de las empresas ferroviarias y se informa sobre la capacidad y las condiciones de acceso a la misma) y el procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria se encuentran regulados por los arts. 32 a 38 de la LSF/2015; el Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario (RSF) y la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria. En concreto, esta asignación de capacidad comporta el derecho de acceso a la infraestructura y el derecho a recibir el servicio de control de circulación del tren durante el periodo de vigencia del horario de servicio. Para ello, se exige que las entidades empresariales hayan obtenido previamente licencia de empresa ferroviaria y, junto con la solicitud de capacidad de infraestructura, adjunten la copia del certificado de seguridad del que sea titular (arts. 57 del RSF y 10 de la Orden FOM/897/2005).

viajeros que viajen en un trayecto internacional<sup>28</sup>. Así, más allá de los servicios de cabotaje que forman parte de un trayecto internacional, el mercado de servicios nacionales de transporte ferroviario de viajeros a nivel europeo ha continuado cerrado a nuevos operadores hasta la aprobación del «cuarto paquete» de medidas ferroviarias, a pesar de que algunos Estados miembros ya habían liberalizado, en gran parte, sus mercados nacionales<sup>29</sup>.

Por lo que respecta a España, la apertura a la competencia del mercado de servicios nacionales de transporte ferroviario de viajeros se ha efectuado con carácter restrictivo. En efecto, con las modificaciones de la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (LSF/2003) —actual disp. trans. 1.<sup>a</sup> de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (LSF/2015)—, efectuadas por el Real Decreto-ley 22/2012<sup>30</sup> y el Real Decreto-ley 4/2013<sup>31</sup>, el legislador nacional estableció un régimen de apertura del mercado de transporte nacional de viajeros, que ponía fin al régimen de monopolio legal de explotación a favor de la compañía tradicional (RENFE-Operadora). En concreto, se fijó el 31 de julio de 2013 como fecha en la que quedaba

<sup>28</sup> Al respecto, el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 869/2014, de la Comisión, de 11 de agosto, sobre nuevos servicios de transporte ferroviario de viajeros, establece que las empresas ferroviarias interesadas en explotar un servicio internacional de transporte ferroviario de viajeros deben notificarlo al organismo regulador competente antes de solicitar el acceso a la infraestructura ferroviaria. Se trata de un procedimiento de verificación en el que el organismo regulador publica el servicio propuesto por el candidato para que las entidades competentes (previstas *ex lege* en el art. 5) puedan solicitar una «prueba del objetivo principal» respecto del servicio propuesto y determinar si, en efecto, el objetivo principal del servicio es transportar viajeros entre estaciones situadas en Estados miembros distintos. Por lo que se refiere a España, se han aprobado los principios y criterios metodológicos que deben valorarse, sin carácter cumulativo, para identificar la «vocación internacional» de estos servicios. Entre ellos, debe ser especialmente destacado, por un lado, que la vocación del nuevo servicio se considera internacional si en el plazo de tres años, al menos un 30 por 100 de los ingresos y del tráfico total deriva de viajeros con origen/destino fuera de España; por otro, que el transporte se realiza en un tramo internacional si este supone al menos el 20 por 100 de los kilómetros totales del servicio, medido entre la estación de origen y de destino final. *Vid.* Resolución de la CNMC, de 20 de septiembre de 2017 (STP/DTSP/032/17). Sin embargo, a través de la prensa se tiene noticia de que esta Resolución ha sido recientemente recurrida por el Ministerio de Fomento ante la Audiencia Nacional, pues se considera que la misma supone una apertura anticipada del mercado nacional de transporte de viajeros respecto de la fecha establecida por el legislador europeo en la Directiva (UE) 2016/2370, cuya aprobación le corresponde, previa propuesta del Ministerio de Fomento, a las Cortes Generales (en <https://intereconomia.com/economia/administracion/fomento-argumenta-comptencia-incumple-la-normativa-europea-espanola-20171219-2046/>; <http://www.expansion.com/empresas/transporte/2017/12/19/5a3967bfca4741cc0a8b45ec.html>; <http://www.elmundo.es/economia/2018/04/16/5ad57fc646165ff06a8b45c1.html>).

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, Austria, República Checa, Alemania, Italia, Países Bajos, Suecia y Reino Unido. *Vid.* P. PERENNES, «Open access for Rail Passenger Services in Europe: Lesson Learnt from Forerunner Countries», *Transportation Research Procedia*, núm. 25, 2017, p. 362. Para un estudio comparado de la situación de los mercados nacionales de transporte ferroviario de viajeros en Europa, *vid.* M. A. CARMELLO ÁLVAREZ, *Public service rail transport in the European Union: an overview*, Brussels, CER, 2017, pp. 47-142 (<http://www.cer.be/sites/default/files/publication/CER%20PSO%20Brochure.pdf>); M. FINGER, D. KUPFER y J. J. MONTERO PASCUAL, «Workshop on the European experience of Competition in the railway passenger market», *European University Institute*, 2016 ([http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/45024/FSR\\_RR\\_2016.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/45024/FSR_RR_2016.pdf?sequence=1)).

<sup>30</sup> Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios (art. 3).

<sup>31</sup> Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (art. 37).

establecida la apertura al mercado de los servicios de transporte ferroviario de viajeros en España. Ahora bien, dicho régimen diferencia entre: i) los servicios de transporte ferroviario nacional de viajeros con finalidad prioritariamente turística, que deben ser prestados en régimen de libre competencia (disp. trans. 1.<sup>a</sup>, apdo. 2), y ii) los servicios de transporte interior de viajeros que no estén sujetos a obligaciones de servicio público, que solo pueden prestarse por aquellas empresas ferroviarias que hayan obtenido el correspondiente título habilitante (disp. trans. 1.<sup>a</sup>, apdo. 3).

Por tanto, dejando a salvo los servicios de transporte ferroviario sujetos a obligaciones de servicio público, únicamente el transporte ferroviario de viajeros con finalidad prioritariamente turística se presta en régimen de libre competencia. Esto es, «aquellos servicios en los que, teniendo o no carácter periódico, la totalidad de las plazas ofertadas en el tren se prestan en el marco de una combinación previa, vendida u ofrecida en venta por una agencia de viajes [...] para satisfacer de una manera general las necesidades de las personas que realizan desplazamientos relacionados con actividades recreativas, culturales o de ocio»<sup>32</sup>. Parece pues que el legislador nacional se refiere a un transporte ferroviario que incluye previamente un contrato de chárter entre una empresa ferroviaria (fletante) y una agencia de viajes (fletador), que obtiene un número de plazas —se exige la totalidad de las mismas— para poder comercializarlas por su cuenta formando parte de un paquete turístico (viaje combinado)<sup>33</sup>.

Con todo, esta actividad no puede asimilarse, en ningún caso, a aquella que tiene como objeto principal el transporte de viajeros por ferrocarril, que debe ser prestada por empresas ferroviarias establecidas en España con la correspondiente autorización administrativa. Así se ha establecido por el legislador español con carácter transitorio hasta el 1 de enero de 2019, fecha en la que se ha previsto la plena apertura a la competencia del transporte ferroviario de viajeros en Europa —Directiva (UE) 2016/2370—. En concreto, se exige como presupuesto necesario para garantizar el acceso a los nuevos operadores a la prestación de servicios nacionales de transporte ferroviario de viajeros, salvo los servicios de transporte ferroviario de interés público y aquellos servicios que se presten con una finalidad prioritariamente turística, la obtención de títulos habilitantes otorgados por el Ministerio de Fomento, a través del correspondiente procedimiento de licitación<sup>34</sup>. Ahora bien, de momento, RENFE-Operadora es la única empresa

<sup>32</sup> Así lo establece la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de la LSF/2015. En concreto, las condiciones de prestación de estos servicios ferroviarios se hallan reguladas por la Orden FOM/1403/2013, de 19 de julio, sobre servicios de transporte ferroviario de viajeros con finalidad prioritariamente turística.

<sup>33</sup> Al igual que ocurre con el contrato de chárter aéreo. Por todos, A. CONDE TEJÓN, *El contrato de chárter aéreo*, Granada, Comares, 2008, pp. 1-6.

<sup>34</sup> En concreto, según establece la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de la LSF/2015, le corresponde al Consejo de Ministros determinar el número de títulos habilitantes para cada línea o conjunto de líneas en las que se prestará el servicio en régimen de concurrencia, así como su periodo de vigencia. Dichos títulos habilitantes serán otorgados por el Ministerio de Fomento, a través de un procedimiento de licitación público y competitivo, que se halla regulado en la Orden FOM/1977/2015, de 29 de septiembre, sobre el procedimiento de licitación para el otorgamiento del título habilitante para la realización del transporte ferroviario de viajeros previsto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de junio de 2014, por el

ferroviaria que dispone de dicho título para operar los servicios en todo el territorio español<sup>35</sup>.

## 2. La liberalización definitiva de los servicios de transporte nacional de viajeros

Para culminar, por el momento, el proceso de liberalización del sector ferroviario, el legislador europeo ha previsto recientemente la apertura a la competencia de los mercados ferroviarios nacionales de viajeros. Con ello se pretende conseguir el deseado mercado europeo único para la prestación de servicios de transporte por ferrocarril nacional e internacional.

Son dos las normas del segundo pilar del «cuarto paquete» de medidas ferroviarias destinadas a la materia: 1) la Directiva (UE) 2016/2370, que modifica la Directiva 2012/34/UE, y 2) el Reglamento (UE) 2016/2338, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1370/2007 en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril. Las mismas, por un lado, establecen la apertura a la competencia de los mercados nacionales de prestación de servicios de transporte ferroviario de viajeros a partir del 1 de enero de 2019, al reconocer el derecho de libre acceso al mercado a todos los operadores del sector, exceptuando aquellos servicios que deban prestarse en el marco de un contrato de servicio público; y, por otro lado, introducen normas comunes en materia de adjudicación de los contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, junto con medidas para mejorar el éxito de los procedimientos de licitación.

### 2.1. El reconocimiento del derecho de «libre» acceso al mercado

La apertura a la competencia de los mercados nacionales de transporte ferroviario de viajeros implica el reconocimiento del derecho de libre acceso a las infraestructuras de los Estados miembros a todos los operadores públicos o privados con la correspondiente licencia de empresa ferroviaria para la explotación de servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril.

Y el ejercicio de este derecho de libre acceso debe ser garantizado de forma justa, transparente y no discriminatoria a todas las empresas ferroviarias, que podrán «recoger viajeros en cualquier estación y dejarlos en cualquier otra» (art. 10.2 de la Directiva 2012/34/UE). Por tanto, se pone fin al derecho de exclusiva de los operadores tradicionales para la explotación de los servicios

---

que se determina el número y vigencia de títulos habilitantes para la prestación de servicios de transporte ferroviario de viajeros en régimen de concurrencia en determinadas líneas y tramos de la Red Ferroviaria de Interés General.

<sup>35</sup> El apartado 4, último párrafo, de la disposición transitoria 1.ª de la LSF/2015 atribuye *de iure* a RENFE-Operadora el título habilitante para operar los servicios de transporte ferroviario interior de viajeros, sin necesidad de acudir al procedimiento de licitación.

de transporte nacional de viajeros por ferrocarril, que quedarán abiertos a la competencia a partir del 1 de enero de 2019, aun cuando el servicio no podrá prestarse hasta el 14 de diciembre de 2020<sup>36</sup>.

No obstante, debe destacarse que existe una importante excepción a la libre prestación de estos servicios, toda vez que los Estados miembros están facultados para restringir el acceso a la prestación de un determinado servicio de transporte interior de viajeros si declaran que el mismo está sujeto a obligaciones de servicio público.

Ciertamente, el transporte ferroviario de viajeros es un servicio de interés económico general (SIEG)<sup>37</sup>. Esto es, «aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general»<sup>38</sup>. Por tanto, este interés general legitima a las autoridades nacionales a actuar frente a los fallos del mercado mediante la imposición de obligaciones de servicio público<sup>39</sup>, concediendo a los operadores derechos de exclusividad en virtud de contratos públicos<sup>40</sup>.

De conformidad con la legislación española, la declaración de que la prestación de un servicio de transporte ferroviario de viajeros queda sujeta a obligaciones de servicio público se podrá emitir por parte de la autoridad nacional competente (en este caso, el Consejo de Ministros, pudiendo declararse de oficio o a instancias de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales) cuando «la oferta de servicios de transporte de viajeros que realizarían los operadores, si considerasen exclusivamente su propio interés comercial y no recibieran ninguna compensación, resultara insuficiente o no se adecuara a las condiciones de frecuencia, calidad o precio necesarias para garantizar la comunicación entre

<sup>36</sup> Así lo establece el art. 3.2 de la Directiva (UE) 2016/2370.

<sup>37</sup> J. C. LAGUNA DE PAZ, «La aplicación del derecho de la competencia a los servicios de interés económico general», en J. GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 153-154.

<sup>38</sup> Esta definición es aportada por la Comisión al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2004, COM (2004) 374 final, p. 24. En el mismo, el ejecutivo comunitario distingue entre el concepto de servicios de interés general y el concepto de servicio público, dada la ambigüedad que este último puede ocasionar a nivel europeo. Debe destacarse que la Comisión manifiesta que el término de «servicio público» puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión, pues «con esta expresión se alude a veces al hecho de que un determinado servicio se ofrece al público en general, mientras que otras veces lo único que se quiere resaltar es que se ha asignado a un servicio una misión específica de interés público». Y ello sin intención de entrar en un debate jurídico propio de la disciplina administrativista, que se aleja de las pretensiones del presente trabajo. En este sentido, *vid.*, entre otros, L. PAREJO ALFONSO, «Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, pp. 51-68; J. RODRÍGUEZ ARANA, «Servicio público y derecho comunitario europeo», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 31, 2005, pp. 375-398.

<sup>39</sup> El interés general autoriza al poder público a imponer obligaciones de servicio público a determinados servicios prestados por la iniciativa privada. Al respecto, L. PAREJO ALFONSO, «Servicios públicos y servicios de interés general...», *op. cit.*, pp. 56-57.

<sup>40</sup> J. J. MONTERO PASCUAL, «La obligación de servicio público en el transporte ferroviario», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 25, 2013, p. 136.

distintas localidades del territorio español» (art. 59 LSF/2015)<sup>41</sup>. En consecuencia, el acceso libre al mercado de prestación de servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril por parte de los operadores ferroviarios puede verse limitado en España si un determinado servicio de transporte nacional de viajeros está sujeto a obligaciones de servicio público, a cambio (si procede) de la correspondiente compensación por la explotación de dichos servicios.

Pues bien, la Directiva (UE) 2016/2370, declarando el libre acceso a la prestación de servicios de transporte interior de viajeros por ferrocarril, prevé la posibilidad de que los Estados miembros lo limiten por la existencia de servicios nacionales de transporte ferroviario de viajeros sujetos a obligaciones de servicio público<sup>42</sup>. En concreto, se diferencia entre aquellos contratos sujetos a obligaciones de servicio público que reciben una compensación por la explotación del servicio de transporte ferroviario de viajeros sujeto a obligaciones de servicio público y los que, por el contrario, no reciben tal compensación por su explotación.

Para los primeros conviene distinguir entre los servicios convencionales de transporte nacional de viajeros y los servicios de transporte nacional de viajeros de alta velocidad. Por un lado, cuando se trate de servicios convencionales, los Estados miembros estarán facultados para restringir el derecho de acceso a las infraestructuras y, consiguientemente a la prestación del servicio de transporte nacional de viajeros entre un determinado origen y un determinado destino, cuando «uno o más contratos de servicio público cubran el mismo itinerario u otro alternativo y el ejercicio de dicho derecho ponga en peligro el equilibrio económico de ese contrato o contratos» [art. 11.1 de la Directiva 2012/34/UE, modificado por la Directiva (UE) 2016/2370]. Para determinar si está o no en peligro el equilibrio económico de un contrato de servicio público, el organismo regulador competente deberá llevar a cabo un análisis económico objetivo y tomará una decisión conforme a unos criterios predefinidos, de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 11, apartados 2 y 3. Por otro lado, cuando se trate de servicios de transporte de viajeros de alta velocidad, el derecho de acceso únicamente puede estar sujeto a los requisitos establecidos por el organismo regulador competente (art. 11 *bis* de la Directiva 2012/34/UE). Por con-

<sup>41</sup> En efecto, la declaración de servicios de transporte ferroviario sujetos a obligaciones de servicio público integrados en la Red Ferroviaria de Interés General (RFIG) —esto es, en las infraestructuras ferroviarias que resulten esenciales para garantizar un sistema común de transporte ferroviario en todo el territorio del Estado o cuya administración conjunta resulte necesaria para el correcto funcionamiento del sistema común de transporte (art. 4 LSF/2015)— le corresponde al Consejo de Ministros, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. No obstante, conviene señalar que, de conformidad con la distribución competencial delimitada por los arts. 148.1.5 y 149.1.21 de la Constitución, las Comunidades Autónomas pueden tener atribuidas competencias para declarar que determinados servicios de transporte ferroviario cuyo itinerario circule íntegramente por su territorio están sujetos a obligaciones de servicio público, siempre que asuman, en ese caso, su financiación. Así, por ejemplo, ocurre en Cataluña (art. 36 de la Ley 4/2006, de 31 de marzo, Ferroviaria).

<sup>42</sup> Así, el legislador europeo concede flexibilidad suficiente a los Estados miembros para que organicen sus redes ferroviarias de manera que puedan prestarse servicios de libre acceso y servicios sujetos a obligaciones de servicio público, dada la diversidad de su organización territorial y política y la heterogeneidad de las redes en cuanto a sus dimensiones y su densidad [*vid.* cdos. 23 de la Directiva (UE) 2016/2370 y 17 y 18 del Reglamento (UE) 2016/2338].

siguiente, le concierne a este determinar si el servicio de transporte de viajeros de alta velocidad previsto entre un punto de origen y de destino determinado compromete el equilibrio económico de un contrato de servicio público que cubre la misma ruta u otra alternativa. En tal caso, el organismo regulador está facultado para indicar posibles cambios en el servicio, garantizando, en todo caso, el derecho de libre acceso para la prestación de los servicios de transporte ferroviario de viajeros de alta velocidad. Así, parece que la posibilidad de que los Estados miembros limiten el derecho de acceso a la prestación de los servicios de transporte nacional de viajeros de alta velocidad es menor que la prevista para los servicios convencionales. Se trata, en definitiva, de desarrollar el mercado de prestación de servicios de transporte de viajeros de alta velocidad y promover un uso óptimo de las infraestructuras, con el objeto de fomentar la competitividad de dichos servicios y generar efectos beneficiosos para los pasajeros (art. 11 *bis*, apdo. 1).

En cambio, para los segundos —aquellos que no reciben compensación por la explotación de los servicios sujetos a obligaciones de servicio público—, el legislador ha establecido un régimen transitorio. Es decir, los Estados miembros podrán limitar el derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias para la explotación de servicios nacionales de transporte de viajeros, según dispone el art. 11.5 de la Directiva 2012/34/UE, cuando: *a)* haya sido otorgado un derecho exclusivo para la prestación de servicios nacionales de transporte de viajeros entre un punto de origen y de destino concreto conforme a un contrato de servicio público atribuido antes del 16 de junio de 2015, o *b)* haya sido concedido un derecho o una autorización habilitante adicional para explotar dichos servicios en competencia con otro operador antes del 25 de diciembre de 2018 mediante un procedimiento de licitación. Ahora bien, esta limitación únicamente puede mantenerse durante la duración originaria de dichos contratos de servicio público o autorizaciones, o hasta el 25 de diciembre de 2026, debiendo prevalecer el periodo más corto.

En consecuencia, el legislador europeo ha regulado la competencia en los mercados nacionales de transporte ferroviario de viajeros por ferrocarril en dos niveles<sup>45</sup>. Por un lado, la competencia «dentro del mercado» de los servicios de libre acceso (servicios comerciales). Por otro, la competencia «por el mercado» de servicios sujetos a obligaciones de servicio público. Al respecto, se introduce la libre competencia «dentro del mercado» para la adjudicación de servicios nacionales de transporte nacional de viajeros por ferrocarril mediante el reconocimiento del derecho de libre acceso a las infraestructuras ferroviarias para todos los operadores. Sin embargo, cuando no sea factible la competencia «dentro del mercado», el libre ejercicio de la actividad económica de prestación de servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril puede verse, en lo sustancial, limitado para garantizar el cumplimiento de la misión de interés

<sup>45</sup> Así lo señaló la Comisión Europea en la Comunicación del «cuarto paquete» ferroviario, COM (2013) 25 final. En el mismo sentido, C. CATALDI, «Il “quarto pacchetto ferroviario”: la proposta per uno spazio ferroviario europeo unico e liberalizzato», *Munns*, núm. 1, 2016, p. 153.

general que un determinado servicio sujeto a obligaciones de servicio público tenga encomendada<sup>44</sup>.

En efecto, la gestión de un servicio de interés económico general (SIEG) puede verse limitada en la medida en que las normas de competencia impidan el cumplimiento de la misión específica de interés general propia del servicio (art. 106.2 TFUE)<sup>45</sup>. Por tanto, se trata de servicios de libre acceso que quedan sujetos a condiciones y obligaciones que limitan la autonomía empresarial y la libre competencia mediante un sistema de competencia controlada o competencia «por el mercado», basado en la adjudicación de contratos de servicio público mediante licitación, que asignan derechos exclusivos, aunque limitados en su duración y ámbito territorial, para la prestación de servicios nacionales de transporte ferroviario de viajeros<sup>46</sup>.

## 2.2. *Un nuevo régimen jurídico para la adjudicación de los contratos de servicio público*

La mayor parte de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril se realiza en el marco de contratos de servicio público, ya que su prestación «parece, al menos en lo que al transporte local, regional y de cercanías se refiere, de difícil encaje en un sistema de libre competencia, puesto que las exigencias propias de los servicios suelen implicar la existencia de líneas no rentables o deficitarias»<sup>47</sup>.

Pues bien, para que una empresa ferroviaria pudiese prestar servicios de transporte se requería que obtuviese la correspondiente autorización administrativa, debidamente otorgada por un procedimiento previo de licitación competitivo o, en su caso, por una resolución de adjudicación directa<sup>48</sup>. Al respecto, no

<sup>44</sup> Para un análisis de las ventajas e inconvenientes de ambos modelos de competencia en el mercado de transporte de viajeros por ferrocarril, *vid.* R. RAMOS MELERO, A. GARCÍA ÁLVAREZ y A. CILLERO HERNÁNDEZ, «Principales aspectos a considerar para el desarrollo del marco regulador para la apertura a la competencia del transporte interurbano de viajeros por ferrocarril en España», en *Memorias de artículos y publicaciones y conferencias 2009-2010*, Madrid, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, 2011, pp. 74-82; I. ALTZELAI ULIONDO, «¿Competencia por el mercado o competencia en el mercado de los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril?», en M.<sup>a</sup> V. PETIT LAVALL, F. MARTÍNEZ SANZ y A. RECALDE (dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 97-100.

<sup>45</sup> Cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Transporte por carretera y competencia», en G. FERNÁNDEZ FARRERES (coord.), *Transportes y Competencia*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 474.

<sup>46</sup> Al respecto, sobre otros sectores económicos, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Transporte por carretera y...», *op. cit.*, pp. 473-477; M. GÓMEZ PUENTE, «Ordenación jurídico-administrativa de los servicios de transporte aéreo», en G. FERNÁNDEZ FARRERES (coord.), *Transportes y Competencia*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 113-115.

<sup>47</sup> La intervención del sector público está legitimada cuando la misma deba asegurar la continuidad y la calidad del servicio de transporte público de viajeros. Cfr. A. PÜTZ, «El transporte de viajeros por ferrocarril como servicio de interés general: la situación después de Altmark Trams», en F. MARTÍNEZ SANZ y M.<sup>a</sup> V. PETIT LAVALL (dirs.), *Aspectos jurídicos y económicos del transporte (vol. 2)*, núm. 15, Castellón de la Plana, Publicacions de la Universitat Jaume I, 2007, p. 1177.

<sup>48</sup> S. E. FRANCISCO ESCOBAR, *La autorización administrativa en los servicios de interés económico general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 101-110.

se habían dictado a nivel europeo normas comunes para la adjudicación de los contratos de servicio público. De este modo, la existencia de diferentes regímenes normativos en cada Estado miembro ha venido dificultando que las empresas ferroviarias concurren de manera efectiva en los mercados ferroviarios nacionales. Por ello, el legislador europeo finalmente ha incluido en el «cuarto paquete» ferroviario, entre sus prioridades, el establecimiento de normas comunes en materia de adjudicación de los contratos de servicio público de transporte de viajeros por ferrocarril mediante el Reglamento (UE) 2016/2338<sup>49</sup>.

Con anterioridad a la aprobación del «cuarto paquete» ferroviario, siguiendo el Reglamento (CE) núm. 1370/2007 (art. 5), un contrato de servicio público debía adjudicarse, como norma general, con arreglo a un procedimiento de licitación. Sin embargo, las autoridades competentes tenían también la facultad de adjudicar directamente los contratos de servicio público de transporte ferroviario a un operador determinado sin necesidad de recurrir a dicho procedimiento, salvo que lo prohibiera el Derecho nacional<sup>50</sup>. En consecuencia, el nuevo Reglamento (UE) 2016/2338, que modifica el régimen del Reglamento (CE) núm. 1370/2007, pretende disminuir o atenuar el ámbito de discrecionalidad de las autoridades nacionales para, así, garantizar una mejora en la calidad, la transparencia, la eficiencia y el rendimiento de los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril adjudicados en virtud de un contrato de servicio público.

Entre sus novedades, esta disposición compele a las autoridades nacionales competentes a definir las obligaciones de servicio público y el ámbito geográfico de los contratos de servicio público, así como a establecer por anticipado los parámetros sobre cuya base ha de calcularse la compensación y la naturaleza y el alcance de los derechos exclusivos concedidos al operador de servicio público, en aquellos casos en que consideren que la intervención pública es necesaria para garantizar la continuidad del servicio [art. 4.1.a) y b)]<sup>51</sup>. Para ello, estas deberán

<sup>49</sup> Comunicación de la Comisión de 30 de enero de 2013, relativa al «Cuarto Paquete Ferroviario», COM (2013) 25 final, *op. cit.*, pp. 7-9.

<sup>50</sup> En España, por ejemplo, se le concede amplia discrecionalidad a la autoridad nacional competente, dado que la autorización para la prestación de servicios ferroviarios sujetos a obligaciones de servicio público puede ser objeto de adjudicación directa cuando: i) el coste anual de prestación del servicio no exceda de un millón de euros; ii) no exista una pluralidad de oferta de servicios en el mercado ferroviario suficiente para acudir a la licitación, o iii) se refiera a servicios de alta densidad y elevado volumen de tráfico en áreas metropolitanas de población (disp. trans. 8.ª de la LSF/2015).

<sup>51</sup> Si bien el concepto de contrato de servicio público es amplio, pudiendo ser un acto administrativo o una norma legal o reglamentaria, se exige que sea, en todo caso, un acto expreso y vinculante que contenga los requisitos establecidos *ex lege* en el Reglamento (CE) núm. 1370/2007. Al respecto, J. J. MONTERO PASCUAL, «Las obligaciones de servicio público en el transporte ferroviario. Escenario ante la liberalización», en M.ª V. PETIT LAVALL, F. MARTÍNEZ SANZ y A. RECALDE CASTELLS (dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 118-119. No obstante, en España, el contenido de los diferentes contratos celebrados entre la Administración General del Estado y RENFE-Operadora, en virtud de los cuales se ha articulado la prestación de los servicios nacionales de transporte ferroviario de viajeros sujetos a obligaciones de servicio público en España, no siempre ha cumplido taxativamente con lo exigido por el legislador europeo. Para un análisis en profundidad de las diferentes etapas de la articulación de la prestación de servicios ferroviarios sujetos a obligaciones de servicio público en España y de su falta de adecuación al Reglamento (CE) núm. 1370/2007, *vid.* J. AGUDO GONZÁLEZ, «Obligaciones de servicio público y sector ferroviario en España. Un análisis crítico del proceso de

suministrar, en todo caso, la información operativa, técnica y financiera sobre el transporte de viajeros cubierto por un contrato de servicio público, que va a ser adjudicado mediante licitación a todos los operadores que lo soliciten.

Asimismo, toda autoridad competente que recurra a un tercero para la gestión de servicios sujetos a obligaciones de servicio público deberá adjudicar los contratos de servicio público con arreglo a un procedimiento de licitación competitiva (art. 5.3). En efecto, el nuevo régimen establece la obligatoriedad de llevar a cabo un procedimiento de licitación abierto a cualquier operador de transporte, bajo los principios administrativos de equidad, transparencia y no discriminación a partir del 3 de diciembre de 2019 [art. 8.2.ii)]. No obstante, se mantiene la vigencia de aquellos contratos de servicio público de transporte ferroviario que hayan sido adjudicados directamente, con arreglo al régimen anterior, hasta el 25 de diciembre de 2023 [art. 8.2.iii)].

Con todo, esta regla general, por la que se reconoce el carácter obligatorio del procedimiento de licitación competitivo para la adjudicación de contratos de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril, tiene un régimen propio de excepciones. En efecto, la modificación del Reglamento establece determinadas circunstancias excepcionales —reguladas en el art. 5, apdos. 3 *bis*, 4, 4 *bis*, 4 *ter*, 5 y 6—, que siguen concediendo a las autoridades nacionales (aunque de forma más limitada) facultades para la adjudicación directa de los contratos de servicio público de transporte nacional de viajeros por ferrocarril.

En concreto, las autoridades competentes podrán conceder, por un periodo limitado de cinco años, directamente nuevos contratos a servicios de transporte público de viajeros por ferrocarril que hayan sido adjudicados mediante un procedimiento de licitación competitiva si concurren dos circunstancias excepcionales (art. 5.3 *bis*). Por un lado, cuando haya procedimientos de licitación en marcha que puedan afectar a las ofertas que se recibirían si el nuevo contrato se concediera mediante licitación. Por otro lado, cuando se precisen cambios en el ámbito de aplicación de los contratos públicos para optimizar la prestación de los servicios de transporte por ferrocarril.

Asimismo, la autoridad competente podrá optar por la adjudicación directa de aquellos contratos de servicio público de transporte de viajeros por ferrocarril cuyo valor medio anual se estime en menos de siete millones y medio de euros o cuya prestación anual tenga por objeto menos de 500.000 km (art. 5.4)<sup>52</sup>. Tam-

---

adaptación, no definitivo, al Derecho Europeo», en M.<sup>a</sup> V. PETIT LAVALL y A. PUETZ (dirs.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 17-35. Al respecto, conviene señalar que, tras el contrato celebrado entre la Administración General del Estado y la sociedad mercantil RENFE-Viajeros para la prestación de los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril de cercanías, media distancia y ancho métrico de competencia estatal sujetos a obligaciones de servicio público en 2016, prorrogado para el año 2017 (puede consultarse en [https://www.fomento.gob.es/mfom/lang\\_castellano/direcciones\\_generales/transporte\\_terrestre/trans\\_viajeros\\_ferrocarril/](https://www.fomento.gob.es/mfom/lang_castellano/direcciones_generales/transporte_terrestre/trans_viajeros_ferrocarril/)), no consta que se haya celebrado —hasta la fecha— el contrato correspondiente para el año 2018, lo que constituye un incumplimiento de la normativa europea.

<sup>52</sup> Como se observa, el nuevo apartado 4 modifica el límite de las cantidades que anteriormente se establecían en el Reglamento núm. 1370/2007 para la adjudicación directa de los contratos de servicio

bién se podrá justificar la adjudicación directa de los contratos de servicio público con base en las «características estructurales y geográficas del mercado y de la red»<sup>55</sup> o en una mejora de la calidad y/o de los servicios, en comparación con el anterior contrato de servicio público adjudicado (art. 5.4 *bis*).

Especialmente se prevé que una autoridad nacional competente estará facultada para adjudicar directamente un contrato de servicio público de servicios nacionales cuando los servicios «se refieran únicamente a la explotación de servicios ferroviarios de viajeros por un operador que gestione simultáneamente la totalidad o la mayor parte de la infraestructura en la que se presten los servicios», siempre que se respete el límite temporal de diez años (art. 5.4 *ter*).

Junto a estas excepciones, se establece que la autoridad nacional competente podrá adoptar una medida de emergencia en caso de interrupción de los servicios o riesgo inminente de dicha interrupción, «en forma de adjudicación directa o de acuerdo formal de prórroga de un contrato de servicio público, o de exigencia de prestar determinadas obligaciones de servicio público» (art. 5.5). Finalmente, el legislador europeo faculta a las autoridades competentes para adjudicar a diferentes empresas ferroviarias contratos de transporte público de viajeros por ferrocarril que cubran partes de la misma red o un mismo paquete de rutas. A tal efecto, se permite que las autoridades puedan limitar, antes de iniciar la licitación, el número de contratos que deben adjudicarse a una misma empresa ferroviaria (art. 6 *bis*).

Por su parte, también se recogen los principios que deben regir en materia de acceso al material rodante ferroviario para la prestación de aquellos servicios de transporte de viajeros por ferrocarril sujetos a obligaciones de servicio público. En concreto, el art. 5 *bis* del Reglamento (CE) núm. 1370/2007 establece *ex novo* que los Estados miembros deberán garantizar a los operadores —potenciales licitadores que deseen prestar servicios sujetos a obligaciones de servicio público de viajeros por ferrocarril— el acceso efectivo y no discriminatorio a un material rodante adecuado. Para ello, los Estados miembros podrán adoptar las siguientes medidas: i) que la autoridad competente adquiera el material rodante necesario para la ejecución del contrato de servicio público y lo ponga a disposición del operador del servicio a precio de mercado o como parte del mismo contrato; ii) que la autoridad competente otorgue una garantía de financiación del material rodante necesario para la ejecución del contrato de servicio público a precio de mercado o como parte del mismo contrato; iii) que la autoridad competente se comprometa en el contrato de servicio público a hacerse cargo del material rodante, bajo condiciones financieras predefinidas al concluir el contrato a precio de mercado, o iv) la cooperación con otras autoridades competentes para la creación de un fondo común de material rodante. De esta forma, el legis-

---

público, ya que diferencia los contratos de servicio público en general de los contratos de servicio público de viajeros por ferrocarril, en particular.

<sup>55</sup> En particular, «las características estructurales y geográficas del mercado y de la red» hacen referencia a su tamaño, las características de la demanda, la complejidad de la red, el aislamiento técnico y geográfico de la red o los servicios que son objeto del contrato.

lador europeo trata de evitar posibles obstáculos a la competencia entre todos los interesados en concurrir a la licitación un contrato de servicio público, pues su acceso al mercado podría verse restringido, dado que la adquisición de material rodante en propiedad supone elevados costes de inversión que resultan incompatibles con el carácter temporal de los contratos de servicio público adjudicados.

En definitiva, las nuevas directrices establecidas por el legislador europeo armonizan el marco normativo común para la adjudicación de los contratos de servicio público de transporte de viajeros por ferrocarril en Europa. El mismo no solo exige garantizar un procedimiento de adjudicación de los contratos de servicio público transparente, equitativo y no discriminatorio, sino también el acceso de los licitadores a un material rodante adecuado. No obstante, si bien este nuevo marco jurídico reconoce como regla general la obligatoriedad del procedimiento de licitación competitiva, también prevé un régimen de excepciones al procedimiento de licitación que otorga cierta discrecionalidad a los Estados miembros para adjudicar directamente los contratos de servicio público.

#### IV. CONCLUSIONES

Con la aprobación del «cuarto paquete» de medidas ferroviarias se ha completado una nueva etapa en el proceso liberalizador del sector ferroviario. Sin embargo, no puede concluirse que este proceso sea, a día de hoy, definitivo.

Por un lado, la imparcialidad en la gestión del administrador de infraestructuras se ve reforzada para garantizar un acceso justo y no discriminatorio a la red a todos los operadores ferroviarios, sobre todo, en aquellos casos en los que el administrador y la empresa ferroviaria están integrados verticalmente, dados los conflictos de interés que estas estructuras generan en la práctica. De hecho, la independencia de gestión en muchos de los ordenamientos jurídicos nacionales solo puede presumirse. En efecto, los operadores de nuevo acceso no siempre se encuentran equiparados a las compañías ferroviarias tradicionales que tienen ya una posición consolidada en el mercado. Esto ha dado lugar a situaciones anticompetitivas que han distorsionado la libre competencia, como así ha podido constatar en los mercados de los servicios nacionales e internacionales de transporte ferroviario de mercancías, a pesar de que están abiertos a la competencia desde enero de 2007.

Por otro lado, se reconoce el principio de libre acceso de terceros operadores para la prestación de servicios nacionales de viajeros. Ahora bien, este principio de libre acceso puede quedar limitado por la existencia de servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril sujetos a obligaciones de servicio público adjudicados en virtud de contratos de servicio público. El nuevo régimen establece, como regla general, que estos contratos de servicio público deben ser adjudicados por la autoridad nacional competente con arreglo a un procedimiento de licitación competitiva. No obstante, el legislador europeo ha previsto también un régimen de excepciones a la regla general, en virtud del cual se otorga

cierta discrecionalidad a las autoridades nacionales para adjudicar directamente los contratos de servicio público si concurren las circunstancias expresamente establecidas para ello.

Así, la nueva política común del sector ferroviario debe conducir a la revitalización de un modo de transporte con evidentes ventajas y beneficios para la sociedad respecto del transporte por carretera o aéreo, pero en declive desde hace algunas décadas. Sin embargo, el diseño de algunos mecanismos fundamentales del nuevo régimen continúa siendo ineficiente, pues las características propias del sector todavía constituyen un freno evidente a la libre competencia entre operadores, que ven impedido el acceso a la prestación de unos servicios ferroviarios competitivos a causa de la existencia de barreras de entrada al mercado.

En definitiva, desde el punto de vista práctico no existe aún una verdadera concurrencia en el mercado, ni siquiera en el ámbito del transporte de mercancías, dada la inexistencia de operadores privados que compitan realmente con los operadores tradicionales en condiciones de igualdad y de forma eficaz. Es por ello por lo que el nuevo marco regulador europeo del sector ferroviario establecido mediante el «cuarto paquete» ferroviario comporta nuevas obligaciones para los Estados miembros que deberán verse reflejadas en los sectores ferroviarios nacionales dentro del plazo previsto. Este marco regulador no será adoptado de igual forma en todos los países europeos, pero a pesar de las diferencias existentes, deberá paliar los problemas prácticos que entorpecen el establecimiento de un espacio ferroviario europeo único.