

# MODELOS DE FINANCIACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL EN LA UNIÓN EUROPEA Y APERTURA DE FACTO A LA COMPETENCIA: LA ASIGNATURA PENDIENTE EN ESPAÑA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE FERROVIARIO DE PASAJEROS

*Financial models for Services of General Economic Interest in the European Union and real opening to competition: the pending subject in Spain of the passenger rail transport service*

Javier PORRAS BELARRA

*Doctor en Estudios Europeos. Profesor de Derecho de la Unión Europea y Derecho Internacional Público. Universidad CEU San Pablo*

## RESUMEN

Si bien la década entre 2010 y 2020 ha sido crucial para en el proceso de liberalización de los sectores reservados a servicios de interés económico general y el establecimiento de criterios a nivel comunitario para el control de modelos de financiación que no incurran en ayudas de Estado ilegales a los mismos, no hemos sido capaces en todos los Estados miembro de que la competencia de facto exista en algunos sectores. Uno de ellos es el del transporte ferroviario de pasajeros, con importantes diferencias operativas entre los Estados miembro y en el que España todavía no ha sido capaz de atraer a competidores frente a la tradicional empresa estatal.

## ABSTRACT

Although the decade 2010-2020 has been crucial in the liberalization process of the sectors reserved for Services of General Economic Interest and the establishment of criteria at European level for the control of financing models that do not incur illegal state aid, we have not been able in all Member States to have a real competition in some sectors. One of them is the passenger rail transport service, with important operational differences between the Member States and in which Spain has not yet been able to attract competitors against the traditional state-owned company.

**Palabras clave:** Política de la Competencia, SIEG, Servicio Público, Financiación, Servicio ferroviario de transporte de pasajeros.

**Keywords:** Competition Policy, SGEI, Financing Public Services, Rail passenger transport service.

## I. INTRODUCCIÓN

Bien es sabido, el punto de partida en el año 1951 en Europa era el de mercados monopolísticos en la provisión de ser servicios públicos cuyos operadores eran de titularidad estatal. Desde entonces, la Unión Europea ha sido el gran catalizador de un proceso de liberalización de diversos mercados. Ello ha conllevado a abandonar la idea "clásica" de servicio público en diversas materias, así como a revisar las consecuencias derivadas de la habilitación de nuevos operadores para la prestación de estos servicios.

Este proceso, iniciado con las primeras Comunidades y rápidamente consolidado, tiene su origen, principalmente, en los avances tecnológicos que han permitido variar sustancialmente las condiciones económicas en la prestación de los servicios afectados. Pero no ha de obviarse la importancia del viraje político e ideológico en lo referente a la asunción del libre mercado y la competencia, en dónde la entrada de operadores privados en régimen de libre competencia es aceptada y se considera que además puede garantizar igualmente un servicio de calidad y eficiente<sup>1</sup>.

Ha sido ya extensamente analizado por la doctrina y la jurisprudencia europea como la existencia de monopolios no sólo se califica de innecesaria, sino que además la Unión la considera contraproducente para el alcance de los objetivos del mercado único. Entre otras razones, para evitar el ya estudiado fenómeno de la "captura del regulador" por el operador, al existir relaciones necesariamente estrechas entre ambos y porque desincentiva la investigación y desarrollo de nuevas respuestas técnicas (que si bien son básicas para las nuevas empresas en tanto los avances que logren les facilitarán el acceso al mercado y las situarán en posición de ventaja competitiva no representan grandes alicientes para el operador monopolístico ya instalado, que no suele estar por ello dispuesto a asumir excesivos costes)<sup>2</sup>.

Se considera que, una vez desplegada la red básica, el mantenimiento de las prerrogativas monopolísticas deja de tener sentido, y que la consecución de un mejor y más barato servicio pasa por la apertura del mercado a la competencia. Se trata de una opción política que se extiende desde la Unión Europea, una vez comprobado los resultados que las incursiones en esta vía estaban proporcionando en Estados Unidos o, en menor medida, en el Reino Unido. A su vez, la liberalización de ciertos servicios públicos impulsados por la Unión (como los servicios postales, la red eléctrica, los transportes o telecomunicaciones, entre otros) se ajusta necesariamente al marco normativo impuesto en los Tratados constitutivos y en sus sucesivas reformas. Llegado a este punto, y a modo introductorio, dos son los principales límites que nos encontramos en el año 2020 (si bien se remontan a 1956 con el TCEE):

1. El principio de neutralidad, recogido en el actual Art. 345 del TFUE. Según dicho artículo, la Unión "no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros". Consecuentemente, queda vetada cualquier política europea que interfiera en el régimen de titularidad que cada Estado miembro fija. Por ello, la empresa pública no debe recibir, sin control, ayuda de ningún tipo que distorsione la competencia.

---

<sup>1</sup> Ver ADAMS, William James. *La justification économique du service public*, en CHEVALIER, J. ; EKELAND, I. y FRISON-ROCHE, M.A. (Dir.) *L'idée de service public est-elle encore soutenable?* Paris, P.U.F., 1999. Pp. 177-200.

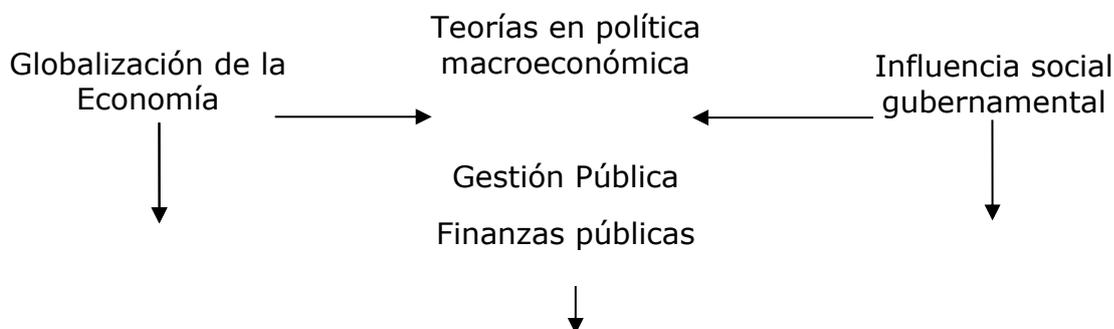
<sup>2</sup> En España, son notables los estudios realizados por Rafael Pampillón Olmedo. Fuera de nuestras fronteras, resultan igualmente interesantes los trabajos de Michael E. Levine, Daniel Carpenter y David Moss dentro de la doctrina anglosajona.

2. La excepción contenida en el apartado 2 del Art. 106 TFUE<sup>3</sup>.

A la luz de este precepto extraemos como, en los casos señalados, la prestación de ciertos servicios se puede llevar a cabo en un régimen que se sustraiga a los principios habituales de la libre competencia.

## II. MODELOS DE FINANCIACIÓN

Dependiendo de las tradiciones históricas y sociales de cada Estado y de las características específicas de los servicios de que se trate, los Estados miembros aplican mecanismos diferentes para asegurar el equilibrio financiero de los proveedores de servicios de interés general. No podemos obviar que en nuestros días idea clásica de financiación pública se encuentra en entredicho por nuevas modalidades. Desde un punto de vista de la teoría económica, tampoco podemos obviar el impacto de la innovación tecnológica y de la liberalización de los servicios. Esquemáticamente, Pekka Valkama lo representa de la siguiente manera:



Incentivos y presiones para aumentar la innovación en el sector público

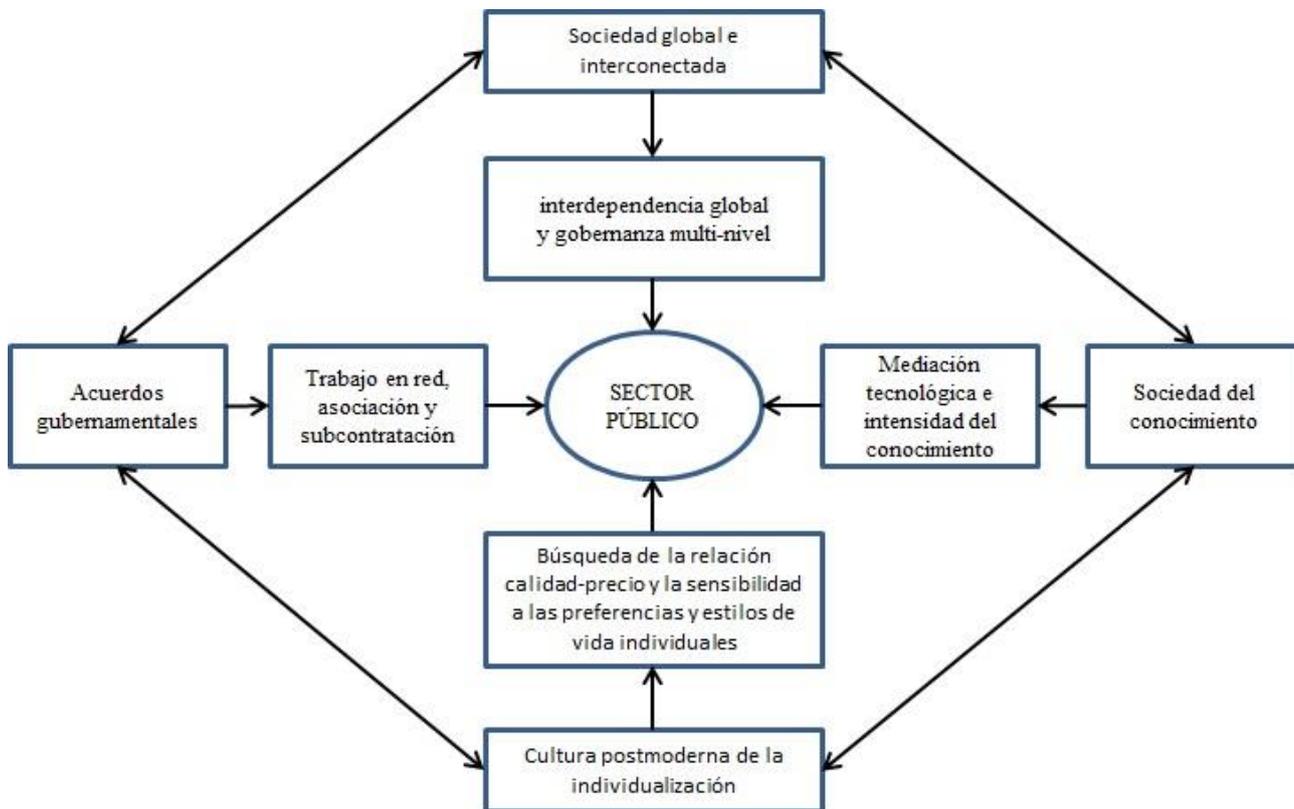
- a) Restricciones de la competencia global, los recortes presupuestarios y la escasez de recursos
- b) Necesidades urgentes para aumentar la eficiencia y la creación de valor para el dinero
- c) Nuevas posibilidades por la desregulación, la descentralización y la autonomía para reorganizar los servicios públicos y crear nuevas herramientas para la gestión financiera



Innovación en la financiación pública

<sup>3</sup> "Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho, o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión".

En un sistema multinivel como es la Unión europea, el esquema queda de la siguiente manera:



Fuente: Prof. Pekka Valkama<sup>4</sup>

Cualquiera que sea la evolución de la jurisprudencia sobre las compensaciones de servicio público, queda patente que las eventuales compensaciones excesivas pueden constituir ayudas estatales. Así pues, es importante precisar los métodos de cálculo de las compensaciones con el fin de evitar las compensaciones excesivas<sup>5</sup>.

Muchos servicios de interés general no pueden suministrarse viablemente recurriendo únicamente a los mecanismos de mercado, siendo necesarios mecanismos específicos para asegurar el equilibrio financiero del proveedor. Por ello, corresponde a los Estados miembros garantizar la financiación de los servicios de interés general y

<sup>4</sup> BAILEY, Stephen J; VALKAMA, Pekka y ANTTIROIKO, Ari-Veikko. *Innovations in financing public services. Country case studies*. Reino Unido: palgrave macmillan, 2010. Pp. 5 y 6.

<sup>5</sup> Como respuesta a la petición del Consejo Europeo de Niza de 7, 8 y 9 de diciembre de 2000, la Comisión presentó al Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001, un informe sobre los Servicios de interés general (COM (2001) 598 final). En este informe, la Comisión indica, en particular, que, con el fin de mejorar la seguridad jurídica en el ámbito de las compensaciones por servicio público, "la Comisión tiene intención de establecer, en el transcurso de 2002 y en estrecha consulta con los Estados miembros, un marco comunitario para las ayudas estatales concedidas a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. Este marco permitirá mantener informados a los Estados miembros y a las empresas de las condiciones en las cuales la Comisión puede autorizar ayudas estatales a título de compensación por la realización de obligaciones de servicio público. En particular, podría precisar las condiciones para la autorización de los regímenes de ayudas estatales aplicados por la Comisión, lo que permitiría aligerar la obligación de notificación en relación con ayudas específicas. En una segunda fase, la Comisión evaluará la experiencia adquirida en la aplicación de este marco y, en la medida en que esté justificado, adoptará un Reglamento por el que se eximirá a ciertas ayudas en el ámbito de los servicios de interés económico general de la obligación de notificación previa."

calcular el coste adicional que entraña su suministro. En algunos casos, la Unión puede contribuir a la cofinanciación de proyectos específicos<sup>6</sup>.

Entre los modelos de financiación que pueden conllevar problemas con arreglo a la legislación comunitaria en materia de ayudas de Estado se encuentran:

- A) La ayuda financiera directa a cargo del presupuesto público, lo que se traduce en:
- Subvenciones: Gastos de transferencia de los entes públicos a favor de personas o entidades, siempre a fondo perdido o sin contrapartida.
  - Desgravaciones fiscales, que se materializan en porcentajes aplicados sobre la renta, dando lugar a cantidades que no se devengan por decisión de la autoridad pública.
- B) La concesión de derechos especiales o exclusivos: Se trata de restricciones en el número de los operadores autorizados a ejercer una determinada actividad económica; la utilización puede concederse a varios operadores (se habla entonces por lo general de derechos especiales) o a uno solo (se habla entonces de derecho exclusivo o de monopolio). Naturalmente, estos privilegios pueden concederse tanto a empresas privadas como a empresas públicas.
- C) Las contribuciones de los participantes en el mercado, como son los fondos de servicio universal, creados para financiar los costes en los que incurren los prestadores del servicio universal cuando suministran el servicio a determinados grupos de usuarios o áreas geográficas. El Fondo sólo es un instrumento de gestión para el regulador. Puede parecer ineficiente crear un fondo para administrar los recursos en lugar de transferir directamente los fondos de las fuentes a los destinatarios. No obstante, la intervención del órgano regulador da a todo el proceso unas garantías a los consumidores y empresas que difícilmente podría proporcionar el sector privado.

En el caso de estos modelos, ha sido la reiterada jurisprudencia del Tribunal la que ha definido qué es considerado por la UE como ayuda de Estado, así como las consecuencias de su concesión irregular. Aunque son varios los estudios al respecto, el más reciente y amplio es el realizado por Juan Jorge Piernas López<sup>7</sup>. Según el mismo, coincidimos en que nos encontramos en un periodo que se inició en la segunda mitad de la década de los noventa (para Piernas López el cuarto de la etapa europea).

Entre las opciones que no presuponen una incompatibilidad:

- D) La equiparación de tarifas, estableciendo una tarifa de ámbito nacional uniforme, aunque existan considerables diferencias en el coste del suministro del servicio
- E) La financiación solidaria, normalmente reflejada en las cotizaciones realizadas a la seguridad social. Por lo general, estas obligaciones, además, son absolutamente indisponibles, en el sentido que la ley establece la nulidad de todo pacto individual o colectivo por el que uno de los sujetos obligados a cotizar asuma el abono, total o parcial, de la cuota que corresponda pagar al otro.
- F) El copago: Esta modalidad, que si bien ya existía ha cobrado un nuevo protagonismo a raíz de la actual crisis económica, ha sido objeto de discusión entre operadores, usuarios y administraciones. Como señala Saz Carranza "el

<sup>6</sup> Algunos ejemplos serían los Fondos Estructurales los programas de Redes Transeuropeas de Telecomunicaciones (TEN).

<sup>7</sup> PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge. *The concept of State Aid under EU Law: From internal market to competition and beyond*. European University Institute: Tesis doctoral dirigida por Giorgio Monti, 2013.

actual debate sobre el copago en servicios públicos se basa principalmente en pasiones, más que en datos y características más o menos contrastados"<sup>8</sup>. Esta controversia se genera por la innovación que se introduce en el balance entre la financiación pública y privada, aunque hay que matizar ambos conceptos, ya que los usuarios se ven involucrados en ambos, en mayor o menor proporción.

En palabras de Stephen J. Bailey, la diferencia entre un impuesto y una tasa es que el primero es un pago sin que este último esté condicionado a la recepción del servicio. En principio, asumiendo la capacidad de pagar, el balance de los copagos entre el Estado (a través de los impuestos) y el usuario del servicio (a través de "derechos de uso" o tasas) deben reflejar el equilibrio entre los beneficios más amplios a la sociedad y los beneficios personales al usuario<sup>9</sup>.

La disposición del ciudadano en general a pagar mayor número de servicios en base a una medida de "pay-as-you-use" (pagar en función del uso) depende de si el Estado cambia la naturaleza de su clásico estado de bienestar hacia un sistema "cradle-to-grave" (que lo lleve a la tumba) basado en un sistema de "take-it-or-leave-it" (lo tomas o lo dejas). El copago pretende terminar con el "paternalismo" del Estado, introduciendo la teoría de la responsabilidad mutua basada en combinaciones variables de financiación colectiva (impuestos y medidas estatales) e individual (tasas)<sup>10</sup>.

Para la doctrina a favor del copago<sup>11</sup>, las ventajas son numerosas. La inclusión de tasas (co-pagos), por bajas que sean:

- a) Son educativas, mostrando al ciudadano que los servicios tienen un coste que ha de cubrirse en función de la calidad del servicio demandado.
- b) Son más "justas", ya que suponen una mayor carga económica en la financiación para los usuarios frente a los que no demandan el servicio.
- c) Sirven para conocer la demanda real del servicio, ya que marcan cuánto está el usuario dispuesto a pagar por obtenerlo.
- d) Reducen el gasto público de la administración.
- e) Limita la demanda de un servicio público, ya que la gratuidad de un servicio público puede llevar a un exceso de consumo no justificado. Ofertar un servicio público totalmente gratuito podría implicar una demanda infinita.

No obstante, para sus detractores<sup>12</sup>, especialmente los defensores de la cohesión social de los territorios europeos, la desventaja principal del copago es su efecto sobre la desigualdad. Los países o regiones que lo han introducido, aun cuando ese copago es variable en función de la renta del usuario, aumentan las desigualdades de acceso al servicio entre los usuarios. Es decir, la oferta de servicios públicos gratuitos y universales tiene una función más redistributiva que los servicios con copagos.

Aunque siguen coexistiendo diversas formas de financiación, durante las últimas décadas se observa una tendencia clara: cada vez es más común que los Estados miembros retiren los derechos exclusivos para la prestación de servicios de interés general y abran los mercados a nuevos operadores, entre otros motivos, forzados por la

<sup>8</sup> SAZ CARRANZA, Ángel. *Apuntes para el debate sobre el copago*. Artículo publicado por el Grupo Vocento el 19 de abril de 2012. Disponible en [www.esade.edu](http://www.esade.edu)

<sup>9</sup> BAILEY, Stephen J; VALKAMA, Pekka y ANTTIROIKO, Ari-Veikko. *Innovations in financing public services. Country case studies*. Reino Unido: Macmillan, 2010. Pág. 203.

<sup>10</sup> Ibidem. Pág. 204.

<sup>11</sup> Principalmente, la escuela liberal de economía.

<sup>12</sup> Las políticas de tendencia social-demócratas o demócrata-cristianas.

jurisprudencia del Tribunal. Esta tendencia ha hecho necesario recurrir a otras formas de ayuda financiera, tales como la creación de fondos específicos financiados por los operadores presentes en el mercado o la financiación pública directa con cargo al presupuesto, que es la fórmula que entraña menos distorsiones<sup>13</sup>. Gracias a estas formas de financiación, se ha reforzado la transparencia por lo que respecta al coste de la prestación de los servicios de interés general y a las opciones políticas subyacentes y se ha enriquecido el debate político en torno a estos servicios.

Por regla general, los Estados miembros pueden elegir el sistema que desean aplicar para financiar sus servicios de interés general. Sólo tienen que velar por que el mecanismo elegido no distorsione indebidamente el funcionamiento del mercado interior. En concreto, los Estados miembros pueden conceder compensaciones de servicio público, siempre que sean necesarias para el funcionamiento del servicio de interés económico general. Las normas en materia de ayudas estatales sólo prohíben las compensaciones excesivas. A fin de reforzar la seguridad jurídica y la transparencia en la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios de interés general, la Comisión anunció, en su Informe al Consejo Europeo de Laeken, su intención de establecer en primer lugar un marco comunitario para las ayudas estatales concedidas a los servicios de interés económico general y posteriormente, en la medida en que así lo justifique la experiencia adquirida en la aplicación de este marco, de adoptar un reglamento de exención por categorías en este ámbito. Posteriormente se pusieron en curso los trabajos relativos a las directrices relativas a la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios de interés económico general<sup>14</sup>.

En algunos casos, la legislación sectorial establece reglas específicas para la financiación de los costes adicionales que entrañan las obligaciones de servicio público. Así, en el sector de las *comunicaciones electrónicas*, la reglamentación sectorial exige a los Estados miembros que retiren todos los derechos especiales o exclusivos, pero prevé la posibilidad de crear un fondo para cubrir los costes adicionales que entrañan las obligaciones de servicio público, financiado mediante contribuciones de los participantes en el mercado<sup>15</sup>. Por lo que se refiere a los *servicios postales*, la Directiva postal permite mantener un monopolio postal definido y crear un fondo de servicio universal para financiar el servicio postal<sup>16</sup>. En el sector del *transporte aéreo*, los Estados miembros pueden conceder, con carácter temporal y sobre la base de una licitación pública, un permiso exclusivo para asegurar un servicio regular en ciertas rutas para las cuales el mercado no puede ofrecer un servicio adecuado<sup>17</sup>. En el sector de los *transportes públicos*, la Comunidad ha establecido normas relativas al cálculo de la compensación<sup>18</sup>.

Las normas sobre mercado interior, competencia y ayudas estatales tienen por objeto garantizar que cualquier ayuda financiera concedida a los proveedores de servicios

<sup>13</sup> Véase *Liberalisation of Network Industries, Economic implications and main policy issues, European Economy* nº 4, 1999

<sup>14</sup> Informe sobre el estado de los trabajos relativos a las directrices sobre las ayudas estatales relacionadas con los servicios de interés económico general, 13.12.2002

<sup>15</sup> Artículo 13 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva «Servicio universal»), DO L 108 de 24.4.2002, Pág. 51

<sup>16</sup> Artículo 7 y apartado 4 del artículo 9 de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, DO L 15 de 21.1.1998, Pág. 14, modificada por la Directiva 2002/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L 176 de 5.7.2002.

<sup>17</sup> Artículo 4 del Reglamento (CEE) nº 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias, DO L 240 de 24.8.1992, Pág. 8

<sup>18</sup> Reglamento (CEE) nº 1191/69, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, DO L 156 de 28.6.1969, Pág. 1, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CEE) nº 1893/91, DO L 169 de 29.6.1991, Pág. 1

de interés económico general no distorsione la competencia y el funcionamiento del mercado interior. De igual modo, la legislación sectorial en vigor sólo trata de garantizar que los mecanismos financieros puestos a punto por los Estados miembros sean menos distorsionadores de la competencia y faciliten la entrada en el mercado. Por consiguiente, la legislación comunitaria permite en especial una entrada selectiva en el mercado.

En definitiva, y de manera esquemática, podríamos resumir estas modalidades y su interacción con posibles problemas en la distorsión de la competencia y la existencia de posibles ineficiencias en la prestación de la siguiente manera:



\*En ocasiones los problemas de eficiencia y de competencia se superponen. A esto cabe sumar que se debe de sumar el problema de la adecuación de las Ayudas de Estado conforme a la normativa europea.

### III. EL CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO EN LA FINANCIACIÓN DE LOS SIEG EN LA ACTUALIDAD

Son varios los trabajos que ya han analizado las medidas introducidas por la Comisión tras el último paquete normativo hace casi diez años y, aunque las críticas han sido diversas por ciertos sectores académicos, tal y como nos recuerda T. Maxian Rusche, no están justificadas ya que el Tratado de Lisboa no modifica la competencia en exclusiva de la Comisión para autorizar una ayuda de Estado como compensación por la prestación de un SIEG<sup>19</sup>. Esto se traduce en dos cuestiones que continúan inamovibles:

- El control *a posteriori* de la Comisión sobre las ayudas otorgadas.
- La potestad del ahora Tribunal General y en su caso el TJUE para el control de las decisiones adoptadas por la Comisión.

<sup>19</sup> REUCHE, T. Maxian. "The Almunia Package: Legal Constraints, Policy Procedures, and Political Choices", en "Financing Services of General Economic Interest. Reform and Modernization". La Haya: Springer, 2013. Pág. 121.

Dicha continuidad ofrece sin ninguna duda, una serie de garantías jurídicas. Tal y cómo nos recuerda Leigh Hancher, la crisis financiera que asola a Europa desde 2008 ha venido a recordarnos cómo la Unión Europea es la única "organización económica internacional"<sup>20</sup> o cuasi federal organización o unión cuyos miembros se someten a un riguroso régimen de control. De este modo, los E.E.U.U., Australia o Canadá (por poner ejemplos occidentales relevantes), no imponen controles tan exhaustivos a sus provincias o regiones para la concesión de ayudas a la industria y los servicios<sup>21</sup> (si bien es cierto que tanto la NAFTA como la OMC están a favor de un mínimo de controles). Ahora bien, tanto la concesión como la cuantificación de la ayuda y su adecuación a las normas europeas no están libres de controversia.

Una Comunicación de 2005 ya nos mencionaba como

"Al utilizar en mayor medida un enfoque económico reajustado, se asegura una evaluación correcta y más transparente de los falseamientos de la competencia y del comercio asociados con las medidas de ayuda estatal. Este planteamiento puede ayudar también a investigar por qué el mercado no alcanza por sí mismo los objetivos de interés común esperados y, en consecuencia, a evaluar los beneficios de las medidas de ayuda estatal de cara a alcanzar estos objetivos"<sup>22</sup>.

Para Roderick Meiklejohn, los gobiernos conceden ayudas y subsidios por diversas razones, que se mueven entre las económicas, las sociales, las políticas o las estratégicas<sup>23</sup>. En cualquier caso, Phedon Nicolaidis afirma que los subsidios y ayudas públicas son prácticamente siempre la mejor alternativa para mejorar el funcionamiento de los mercados dado que introducen sus propias distorsiones y son explotados por grupos de interés concretos o especiales<sup>24</sup>.

Ahora bien, como nos señala James Kavanagh, es indiscutible que la tras Lisboa y el nuevo paquete normativo, la Comisión emplea un test económico reforzado con el fin de asegurar que los prestadores de SIEG ganan sólo un beneficio razonable y tienen suficientes incentivos para asegurar la eficiencia y la innovación en el servicio<sup>25</sup>.

El nuevo marco SIEG exige actualmente que las autoridades competentes realicen importantes esfuerzos para asegurar que la oferta de un SIEG se guía por el beneficio (rentabilidad) razonable, garantizándose una contabilidad transparente. Compartimos la opinión de los economistas como Kavanagh que defienden que, hasta cierto punto, la Comisión fomenta una forma de regulación económica en relación con la prestación de SIEG que necesita de la experiencia de los reguladores del sector.

De esta manera, tal y como afirma Nicolaidis, la regulación sectorial no es la misma que la definición de obligación de servicio público<sup>26</sup>. Coincidimos con Nicolaidis en que las aclaraciones aportadas por el TJUE son importantes para ayudar a homogeneizar criterios sobre la naturaleza económica de una actividad. El Tribunal General nos dice que, si una empresa está dispuesta a suministrar un producto, la provisión de un producto similar por

<sup>20</sup> Las comillas son mías, dado que no comparto esta visión excesivamente simple sobre la naturaleza de la Unión Europea.

<sup>21</sup> HANCHER, Leigh; OTTENVANGER, Tom y SLOT, Piet Jan. *EU State Aids*. Reino Unido: Sweet & Maxwell, 2012. Pág. 28.

<sup>22</sup> Plan de acción de ayudas estatales - Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005 - 2009 (COM/2005/0107 final). Párrafo 22.

<sup>23</sup> MEIKLEJOHN, Roderick. *The Economics of State Aids*. En *European Economy*, 1999, no. 3. Pp. 25-31.

<sup>24</sup> NICOLAIDES, Phedon. *The Economics of State Aids and the Balancing Test*. En HANCHER, Leigh; OTTENVANGER, Tom y SLOT, Piet Jan. Op. cit. Nota 174. Pág 30.

<sup>25</sup> KAVANAGH, Jame. Op. cit. Nota 20. Pág. 159.

<sup>26</sup> NICOLAIDES, Phedon. *Altmark, again!*, en <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/4355>. Publicado el 14 de diciembre de 2015.

parte del Estado de forma gratuita no es suficiente para sacarlo de la esfera de las actividades económicas<sup>27</sup>.

No obstante, también es indiferente que proveedores en el mercado estén dispuestos a ofrecer el servicio en condiciones diferentes. Si el TJUE no lo viera de esta manera, el Estado siempre podría ofrecer un producto de forma gratuita y luego afirmar que no existe un mercado para él porque ningún operador del mercado está dispuesto a suministrarlo de forma gratuita<sup>28</sup>.

Coincidimos con Bauby en que la evolución durante los últimos treinta años (descrita en este capítulo) en cuanto a la europeización de los servicios dotados de una "función social" y "universal" se ha caracterizado por las tensiones e interacciones entre la apuesta por la unidad o la diversidad<sup>29</sup>.

Quedan patentes la dificultad y los problemas en el seno de la Unión Europea para definir los conceptos de SIG, SSIG y SIEG de manera unánime. Como consecuencia de ello, crear un sistema normativo común no es tarea sencilla. Para ello, se ha articulado un marco normativo que bien podría calificarse "de mínimos", pues un consenso relativamente amplio entre los Estados miembros parece imposible (por cuestiones sociales, culturales o simplemente políticas). En palabras de Dagmar Schiek, en la actualidad, el peligro de que ciertos servicios de carácter social se vean mermados es contrarrestado al garantizarse los derechos de los ciudadanos (a nivel comunitario, pero sobre todo a nivel nacional), especialmente para aquellos servicios que no son económicamente activos, reduciendo así la relevancia de la UE para los servicios de mayor uso entre la población. En la medida en que los SSIG son también SIEG las nuevas competencias en el Tratado de Lisboa pueden ser utilizadas con este objetivo<sup>30</sup>.

Tras todo lo analizado, parece ser que la determinación sobre la naturaleza económica de la actividad es fundamental. El Tribunal General nos reitera que, si una empresa está dispuesta a suministrar un producto, el que se pueda proveer un producto o servicio similar por parte del Estado de forma gratuita no es suficiente para sacarlo de la esfera de las actividades económicas. También es indiferente que el proveedor, dentro de un mercado, esté dispuesto a ofrecerlo en condiciones diferentes. El Estado siempre podría ofrecer un producto de forma "gratuita" y luego afirmar que no existe un mercado para él porque ningún otro operador del mercado está dispuesto a suministrarlo de en esas condiciones. El problema, sin embargo, es que no sabemos cómo diferentes los términos de la oferta pueden ser antes de productos similares dejan de ser similar y lo que el estado ofrece algo más de lo que efectivamente puede haber ningún mercado.

Seguramente la manera correcta de enfocar estas cuestiones no es preguntándonos si un producto puede ser ofrecido exclusivamente por la ley de la oferta y la demanda en el mercado, sino examinar si en el mercado se ofrecería ese producto o servicio, independientemente de los costes y la demanda y la configuración de suministro. Por ejemplo, parece claro que ningún inversor privado ofrecería cobijo y cobertura a las personas sin hogar o sustento a los indigentes, o salvo excepciones, sería difícil encontrar un inversor privado para financiar la investigación en aras del conocimiento o la educación

<sup>27</sup> Casos que se han dado en España contra la Comisión.

<sup>28</sup> NICOLAIDES, Phedon. Op. cit. Nota 206.

<sup>29</sup> Idea trabajada en el estudio de BAUBY, Pierre y SIMILIE, Mihaela Maria. *Public services in the European Union & in the 27 member states: mapping of the public services*. Technical Report – CEEP. Ayo de 2010. Sin obviar lo señalado al comienzo de este capítulo, en la idea de que "For more than twenty years, the "sectors" of Public Services / Services of General Interest have faced tremendous changes due to Europeanisation of the definition and organisation framework, policies of liberalisation, opening up of the markets, new rules, enlargement of the European Union, etc. It is therefore important to "map" the situation of enterprises providing services at European level and in all the 27 Member States".

<sup>30</sup> SCHIEK, Dagmar. "Social Services of General Interest: The EU Competence Regime and a Constitution of Social Governance" en "Social Services of General Interest in the EU". La Haya: Springer, 2013. Pág. 92.

en aras de la mejora de la sociedad. Estos ejemplos tienen en común que los beneficiarios finales de estos servicios no están en disposición de cubrir ni siquiera una parte de los costes, aunque en estos casos los beneficiarios son aquellos que necesitan o merecen la ayuda. El mercado no funciona de acuerdo con la necesidad o la justicia sino de acuerdo con la capacidad de pago del servicio o del producto. Para Hans-Peter Schwintowski, los SIEG son aquellos servicios que el mercado no está dispuesto a ofrecer bajo la ley de la oferta y la demanda por no ser lo suficientemente lucrativos para el proveedor<sup>31</sup>.

No obstante, es muy oportuna la pregunta lanzada por Aleksander Maziarz: "Servicios de Interés Económico General: ¿hacia valores comunes?"<sup>32</sup>. Compartimos su visión respecto a que los SIEG tienen un carácter universal y que su "razón de ser" es cubrir las necesidades de comunidades o grupos de consumidores específicos. La discrepancia llega en cuanto al concepto de qué se entiende por servicio básico. Si el elemento de decisión va a ser la ley de oferta y demanda, nos encontraremos con que los servicios van variando con el tiempo de una consideración de simplemente económicos a tener un interés general, y viceversa.

Así pues, y aceptando el marco ideológico europeo de considerar nuestra economía como "social de mercado altamente competitiva", tal y como nos plantea Ross, lo que se plantea en la UE es si la solidaridad es ese principio general de importancia constitucional para incorporar elementos "sociales", ejerciendo presión sobre todos los niveles de toma de decisiones en la forma de una responsabilidad conjunta para asegurar y proteger los valores fundamentales<sup>33</sup>.

Pero con independencia de la "cuestión social" o la "solidaridad", la cual no discutimos que es un elemento fundamental de la sociedad europea, hay una realidad que nos plantea un dilema al que debemos de tratar de dar respuesta (a no ser que sea un paradigma): El hecho de que aceptemos que ciertas ayudas a los servicios calificados como SIEG no tengan tal consideración y por lo tanto dentro de los criterios Altmark no se consideren como "anticompetitivas" no suponen que de facto no se produzca una distorsión de la Competencia que impida a otros operadores participar en ese mercado.

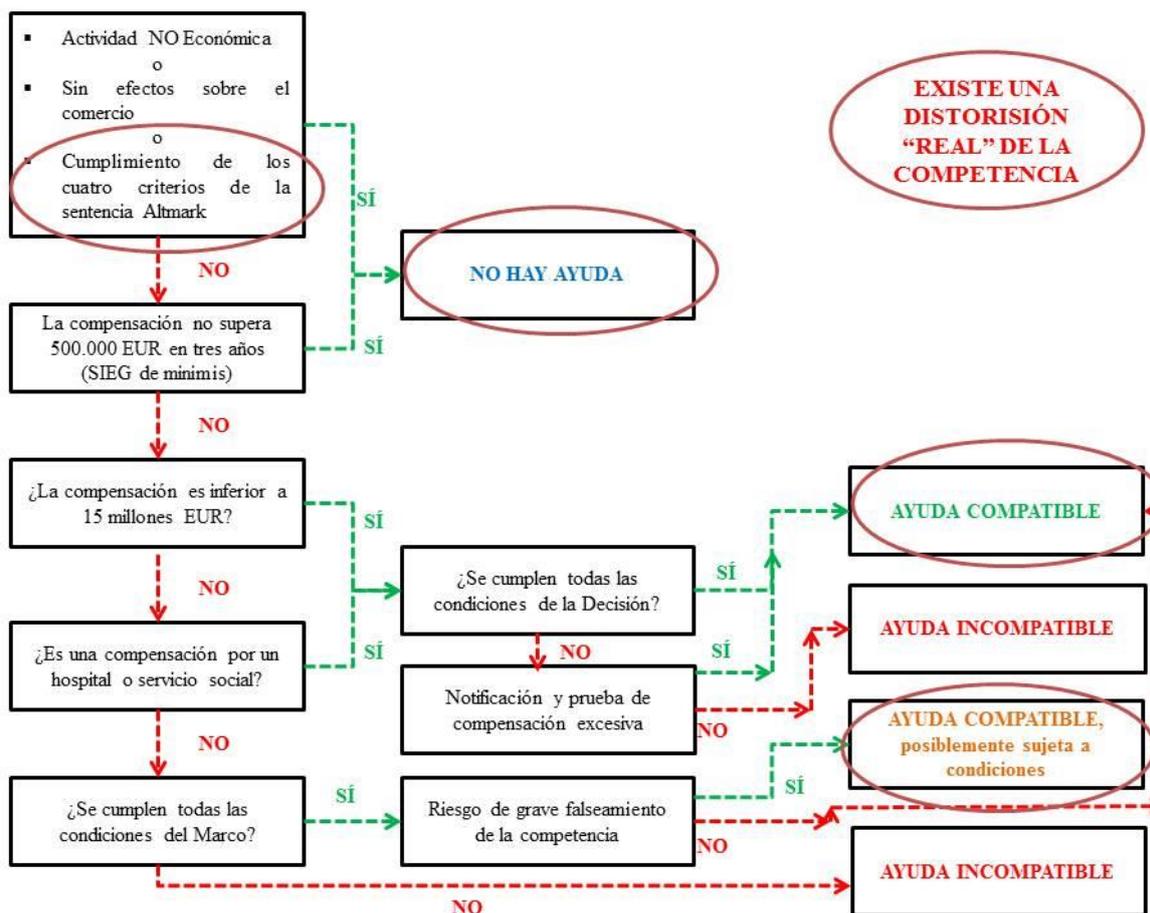
---

<sup>31</sup> SCHWINTOWSKI, Hans-Peter. *The Common Good, Public Subsistence and the Functions of Public Undertakings in the European Internal Market*. European Business Organization Law Review, Volume 4, Issue 3. Diciembre 2003. Pp. 353-382

<sup>32</sup> MAZIARZ, Aleksander. *Services of General Economic Interest: Toward Common Values?* EStAL 1/2016. Pp. 16-30.

<sup>33</sup> ROSS, Martin. "SSGIs and solidarity: Constitutive Elements of the EU's Social Market Economy?" European Competition Law Review, Vol. 34, febrero de 2009. Pág. 115.

De manera gráfica:



Fuente: Elaboración propia<sup>34</sup>.

De acuerdo con la doctrina de la "Acción del Estado"<sup>35</sup>, muy bien explicada por Pier-Jan Slot, las acciones gubernamentales relacionadas con los SIEG normalmente se acogerán a lo dispuesto en el Art. 106 del TFUE. No obstante, dichas acciones gubernamentales podrían favorecer acciones privadas incompatibles con las normas de Competencia. Ese puede ser el caso cuando dichas normas establecen *cuasi* SIEG o en el

<sup>34</sup> Se ha tomado como base la *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*. Comisión Europea. Bruxelles, 29.4.2013 SWD (2013) 53 final/2. Pág. 28.

<sup>35</sup> Recogida por primera vez por el TJUE en el Asunto 13/77 *GB-Inno.BM contra ATAB*. ECR 2115: "En consecuencia, si bien es cierto que el artículo 86 está dirigido a empresas, sin embargo, es también verdad que el tratado obliga a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas que puedan eliminar esta disposición de su eficacia. Así, el artículo 90 dispone que en el caso de empresas públicas y empresas a los que los Estados miembros conceden derechos especiales o exclusivos, los Estados miembros no pueden adoptar ni mantener ninguna medida contraria entre otras, las disposiciones previstas en los artículos 85 a 94. Igualmente, los estados miembros no pueden establecer medidas que permitan empresas privadas para escapar de las restricciones impuestas por los artículos 85 a 94 del Tratado". Párrafos 31 a 33 Ampliado en el Asunto 267/86 *Pascal van Eecke contra Societe Anonyme ASPA* ECR4796: "Procede recordar a este respecto, que, considerados en sí mismos, los artículos 85 y 86 del Tratado se refieren únicamente a la conducta de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros. No obstante, es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia, que los artículos 85 y 86, considerados en relación con el artículo 5 del Tratado, obligan a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan anular la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Tal es el caso, en virtud de esa jurisprudencia, cuando un Estado miembro, o bien impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica". Párrafo 16.

caso de otras medidas relacionadas con los SIEG<sup>36</sup>. Tales medidas pueden, en casos excepcionales, caer fuera la acción del Estado<sup>37</sup>.

Compartimos con Slot que los gobiernos son y permanecen en el “asiento del conductor” a la hora de definir y mantener los SIEG. En primer lugar, como se desprende de la discusión del concepto de empresa, los gobiernos deciden qué actividades SIEG van a controlar por ellos mismos y los que van a dejar que se rijan por las reglas del mercado. En segundo lugar, también son, en virtud de las normas de libre circulación del Tratado, libres para asumir la propiedad o el control completo de empresas designadas como SIEG. La principal limitación es que no pueden “tener su pastel y comérselo también”<sup>38</sup>. En tercer lugar, aun cuando se establecen las actividades SIEG como las operaciones de mercado, el artículo 106 TFUE, según la interpretación del TJUE, permite a los Estados miembros un margen considerable para confirmar los SIEG y conceder a las empresas encargadas derechos exclusivos o especiales para el funcionamiento de dichos servicios. La jurisprudencia en virtud del artículo 106.2 del TFUE también permite a los gobiernos un margen considerable para que establezcan los parámetros relevantes. Del mismo modo, el artículo 106.2 TFUE otorga a las empresas encargadas de los SIEG un amplio espacio para el cumplimiento de sus tareas especiales. En cuarto lugar, la doctrina sobre la acción del Estado no ha evolucionado hasta convertirse en una regla general que limite las acciones gubernamentales cada vez que tienen un efecto sobre la competencia. La ley, tal y como está, sólo prohíbe los casos graves de interferencia gubernamental a través de acciones de las empresas.

Analizando la jurisprudencia relativa al artículo 106 TFUE, se podría decir que la evolución de esta parte y la legislación europea han incrementado en gran medida las posibilidades de que los gobiernos ejecuten SIEG en forma de SIEG. Éste es también el resultado de una delimitación más clara de las competencias en el Tratado de Lisboa.

La cuestión de la convivencia de los SIEG y el Derecho de la Competencia es, por supuesto, muy delicado y de carácter político, ya que la Unión Europea como tal está muy limitada, siendo los Estados miembros los competentes para seleccionar la forma de proporcionar estos servicios importantes dentro de los servicios globales del Estado, tales como las telecomunicaciones, los transportes, el suministro energético o los servicios postales<sup>39</sup>. Además, es bastante comprensible las reticencias a interferir en las opciones fundamentales de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia. Pero eso no cambia el hecho de que la jurisprudencia actual no basta para resolver los grandes retos que presenta la SIEG en el área del Derecho de la Competencia.

#### **IV. LA IMPORTANCIA DEL TRANSPORTE FERROVIARIO DE PASAJEROS COMO SIEG**

La primera idea a destacar, y que compartimos con Montero Pascual es que el transporte ferroviario de pasajeros (indistintamente el de mercancías que el de personas), ha sufrido varias décadas de estancamiento sin poder hacer frente a la competencia surgida en el transporte terrestre por carretera (quizá también debido al acceso a las

<sup>36</sup> SLOT, Pieter-Jan. *Public Distorsions of Competition*. Op. Cit Nota 269. Pág. 258.

<sup>37</sup> Ver Asunto C35/96 Comisión vs. Italia (CNSD), 1998. ECR I-3831.

<sup>38</sup> El artículo 345 TFUE les exime de la aplicación de las normas sobre libre circulación ni proporciona una base de justificación, además de la ya bien conocida exención por categoría.

<sup>39</sup> Un estudio muy interesante es el realizado por GÓMEZ JIMÉNEZ, María Luisa. *Regulación de la provisión de servicios sociales de interés general de la Unión Europea y su traslación en los efectos de la directiva de servicios en España*, en RUIZ OJEDA, Alberto (Dir.) y ZAMORA ROSELLO, María Remedios (Coord.). *Regulación y Competencia en Servicios de Interés Económico General (SIEG): Análisis sectoriales y comparativos*. Universidad de Málaga/debates. Málaga, 2015. Pp. 113-126.

infraestructuras<sup>40</sup>. Parejo Alfonso todavía es mucho más crítico, afirmando que, exceptuando el transporte urbano o el de cercanías, el transporte ferroviario se encuentra en sus horas más bajas debido a la mencionada competencia con la carretera<sup>41</sup>.

Pero dichas afirmaciones no son gratuitas, sino que coinciden con el resto de académicos europeos amparados por las palabras de la propia Comisión Europea:

“el transporte ferroviario presenta una imagen ambivalente, que compagina modernidad y arcaísmo. Por un lado, los buenos resultados de la red y de los trenes de alta velocidad, la acogida de los viajeros en estaciones modernas; por otro, el arcaísmo de los servicios de transporte de mercancías y la vetustez de algunas líneas saturadas, los habitantes de las ciudades dormitorio apretujados en trenes abarrotados y con retrasos crónicos, hacia estaciones a veces que se vienen abajo y son poco seguras<sup>42</sup>”.

Las conclusiones de la Comisión a comienzos del S. XXI eran, sin lugar a dudas, demoledoras. Por lo tanto, las primeras preguntas eran obvias: ¿cómo se ha llegado a este punto?; y casi igual de importante: ¿ha sido ésta una situación constante y homogénea en todos los territorios de la Unión Europea? Ya adelantamos que la respuesta es negativa y que España es uno de los Estados en los que menos se ha avanzado.

#### **IV.1 El Reglamento 1370/2007: tras su modificación por el “cuarto paquete ferroviario”.**

El Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo, modificado por el Reglamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 pretende completar el espacio ferroviario europeo único tras la liberalización del sector en 2001 (aunque habría que señalar que sólo *de iure* y no *de facto* como ocurre actualmente en España).

En línea con autores expertos en la materia (entre ellos Montero Pascual, Martínez Alifa, Ramos Melero o el grupo de investigación dirigido por Javier Vidal Olivares, por citar algunos de los principales autores en nuestro país)<sup>43</sup>, son cinco los aspectos esenciales del Reglamento, centrándonos nosotros especialmente en la cuantificación de la compensación por servicio público.

- A) Objeto: El presente Reglamento define las condiciones en las que las autoridades competentes pueden intervenir en el ámbito del transporte público de viajeros (transporte ferroviario y por carretera) para garantizar la prestación de servicios de interés general<sup>44</sup>. Como señala el Montero Pascual, esta norma sigue en gran medida las líneas definidas por la jurisprudencia Altamark,

<sup>40</sup> MONTERO PASCUAL, Juan José. *La financiación de las obligaciones de Servicio público en el transporte ferroviario*. en MONTERO PASCUAL, Juan José (Coord.). *Financiación de las obligaciones de servicio público. Ayudas públicas a las telecomunicaciones, televisión, correos y transporte aéreo, marítimo y terrestre*. Valencia: Tirant monografías Nº 637, 2009 Pág. 231.

<sup>41</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano (Dir.); GÁMEZ MEJÍAS, Manuel; FORTES MARTÍN, Antonio y ENTRENA RUIZ, Daniel. *Estudio sobre la ordenación del sector ferroviario en la Unión Europea*. Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente. Madrid, 2004. Pág. 19.

<sup>42</sup> Libro Blanco de la Comisión “La política europea de transporte de cara al 2010: la hora de la verdad”. De 19 de septiembre de 2001. [COM (2001) 370 final].

<sup>43</sup> En el ámbito comunitario, caben ser citados Tim Maxiam Rusche y Silvia Schmidt o la escuela de Tilburg (TILEC), cuyos máximos exponentes es el Dr. Wolf Sauter así como los trabajos desarrollados por el *European Institute of Public Administration* (EIPA) siendo el Dr. Nicolaidis uno de los principales contribuyentes.

<sup>44</sup> Art. 1 del Reglamento.

introduciendo un régimen más detallado y adaptado a la realidad del sector e incluso en algún punto menos estricto<sup>45</sup>.

Por lo tanto, la autoridad competente, es decir, la autoridad o autoridades públicas con competencia para intervenir en el transporte público de pasajeros dentro de una zona geográfica determinada, está obligada a celebrar un contrato de servicio público con el operador al que conceda un derecho exclusivo u obligaciones de servicio público<sup>46</sup>.

B) **Ámbito de aplicación:** El presente Reglamento se aplica al acceso regular y no discriminatorio, a los servicios nacionales e internacionales de transporte público de pasajeros por ferrocarril y otros modos por vía y por carretera<sup>47</sup>.

C) **Definición de las obligaciones de servicio público:** La autoridad competente concede una compensación por el impacto financiero neto ocasionado por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público definidas contractualmente o las obligaciones de fijación de precios establecidas en las normas generales. Así, el Art. 2 letra e establece como obligación de servicio público: "exigencia definida o determinada por una autoridad competente a fin de garantizar los servicios públicos de transporte de viajeros de interés general que un operador, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución".

A ello debemos sumar lo establecido en el considerando 12, es decir, que una vez más desde el punto de vista del Derecho comunitario, "es irrelevante que los servicios públicos de transporte de viajeros sean explotados por empresas públicas o privadas". Por lo tanto, el Reglamento "se fundamenta en los principios de neutralidad en lo que respecta al régimen de la propiedad"<sup>48</sup>, así como en la libertad de los Estados miembros para definir los SIEG<sup>49</sup>.

Coincido con Montero Pascual al afirmar que la mayor novedad, en base a lo establecido en el Art. 4 letra a<sup>50</sup>, es que "la definición de las obligaciones de servicio público no sólo es una competencia de los Estados miembros sino también una obligación (...) Se supera así una cierta tradición de indefinición del contenido de servicio público, en la que la mera presencia de la Administración garantizaba la satisfacción del interés general que nunca era concretado"<sup>51</sup>.

D) **Los contratos de servicio público:** El Art. 3 del Reglamento recoge cómo los contratos de servicio público y las normas generales definen:

- La obligación de servicio público que debe cumplir el operador en las zonas geográficas afectadas;

<sup>45</sup> Op. cit. Nota 40. Pág. 241.

<sup>46</sup> Las obligaciones que tienen por objeto establecer tarifas máximas para todas o determinadas categorías de pasajeros también pueden estar sujetas a las normas generales.

<sup>47</sup> Quedando por tanto excluido el transporte de mercancías, que tendrá un desarrollo normativo específico además de no tener la consideración de SIEG en la mayoría de los Estados miembros.

<sup>48</sup> En ese momento recogido en el Art. 295 del TUE.

<sup>49</sup> Recogido en el artículo 16 del TFUE y en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad consagrados en el artículo 5 del TUE. Bien es cierto que el considerando 17 del Reglamento nos recuerda que "de acuerdo con el principio de subsidiariedad, las autoridades competentes son libres de establecer criterios sociales y cualitativos para mantener e incrementar las normas de calidad para las obligaciones de servicio público (...)".

<sup>50</sup> "En los contratos de servicio público y en las reglas generales se deberán: a) definir claramente las obligaciones de servicio público que el operador de servicio público debe ejecutar, y los territorios correspondientes".

<sup>51</sup> Op. cit. Nota 40. Pág. 243.

- los parámetros sobre cuya base debe calcularse la compensación y la naturaleza y el alcance de todos los derechos exclusivos concedidos para evitar cualquier sobrecompensación;
- los medios de distribución de los costes ligados a la oferta de servicios (costes de personal, energía, infraestructura, mantenimiento, etc.); y
- los medios de distribución de los ingresos procedentes de la venta de los billetes de transporte entre el operador y la autoridad competente.

Respecto a la duración de los mismos, el Art. 4 apartado 3 establece que es limitada y no debe exceder de diez años para los servicios de autobuses y autobuses y de quince años para los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril u otros modos por vía terrestre (si bien este período puede ampliarse hasta un 50% bajo ciertas condiciones).

Adentrándonos en los criterios Altmark, el Reglamento es especialmente sensible en lo referente a la adjudicación de contratos de servicio público. De esta manera, los contratos de servicios públicos se adjudican con arreglo a las normas establecidas en el propio Reglamento. Sin perjuicio de determinadas reservas detalladas en el artículo 5 del Reglamento<sup>52</sup>, las autoridades locales competentes podrán prestar servicios de transporte público o asignarlos a un operador interno sobre el que tengan control comparable al de sus propios servicios.

Además, toda autoridad competente que utilice un tercero distinto de un operador interno debe adjudicar contratos de servicio público mediante procedimientos competitivos transparentes y no discriminatorios que puedan ser objeto de negociación, si bien el Art. 5 recoge que la obligación de instaurar procedimientos competitivos no se aplica a:

- contratos de bajo nivel, cuyo valor anual medio se estima en menos de 1 millón de euros o que suministren menos de 300.000 kilómetros de servicios públicos de transporte de viajeros;
- cuando se tomen medidas de emergencia o se impongan contratos en respuesta a interrupciones de servicio reales o potenciales; y
- el transporte ferroviario.

Esto no eximía de una aplicación progresiva del artículo 5 del Reglamento, estableciendo un compromiso por parte de los Estados miembros para adaptarse paulatinamente al Reglamento en lo que se refiere a la adjudicación de los contratos de servicio público, con el fin de evitar problemas estructurales, especialmente en términos de capacidad de transporte<sup>53</sup>.

Avanzando hacia el tema de la compensación, los Estados miembros disponen de tres meses para proporcionar a la Comisión, previa solicitud, toda la información necesaria para determinar si la compensación asignada es compatible con el presente Reglamento, asumiendo cada autoridad competente la obligación de publicar un informe anual mundial sobre las obligaciones de

---

<sup>52</sup> "Salvo que lo prohíba el Derecho nacional, cualquier autoridad local competente (independientemente de que sea una autoridad individual o una agrupación de autoridades que presten servicios públicos integrados de transporte de viajeros) podrá optar por prestar ella misma servicios públicos de transporte de viajeros o por adjudicar directamente contratos de servicio público a una entidad jurídicamente independiente sobre la que la autoridad local competente (o, en el caso de una agrupación de autoridades, al menos una autoridad local competente) ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios".

<sup>53</sup> Finalizando el periodo de transición para el 2 de diciembre de 2019.

servicio público pertinentes a su jurisdicción, los operadores de servicios públicos utilizados y la compensación resultante y los derechos exclusivos que reciban<sup>54</sup>.

- E) La cuantificación de la compensación: He aquí el elemento clave del Reglamento. Como señala Montero Pascual, por primera vez se fija "la adecuación de la compensación prevista al coste efectivo de la prestación del servicio, de forma que la compensación no resulte excesiva, evitándose así la calificación de la compensación como una ayuda pública"<sup>55</sup>.

Además, Montero señala que "hay que remarcar que el Reglamento recoge el principio de coste efectivamente soportado frente al principio jurisprudencial de coste de un operador medio eficiente, siendo el criterio del Reglamento menos estricto y que permite que los operadores mantengan ineficiencias"<sup>56</sup>.

Sin ánimo de resultar caótico en la exposición, es oportuno resaltar como tuvimos que esperar siete años para que la Comisión nos aclarase este punto. Dicho documento es la Comunicación de la Comisión relativa a directrices de interpretación del Reglamento (CE) no 1370/2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera<sup>57</sup>. Evidentemente, ya había entrado en vigor el Tratado de Lisboa y la jurisprudencia Altmark estaba más que consolidada (pero de ello hablaremos en el siguiente punto).

Finalmente, señalar que este Reglamento dio cabida a la creación de un Libro Blanco sobre la política de transportes adoptado en 2011 y cuyos objetivos se planteaban principalmente para el periodo 2016-2020<sup>58</sup>.

#### **IV.2 El contexto actual: La aplicación directa del Art. 93 del TFUE**

A tenor de lo sucedido en la primera década del S. XXI, no es de extrañar que el Tratado de Lisboa continuara en la línea descrita, ratificando lo expuesto en el antiguo Art. 73 del TUE. De esta manera, el actual Art. 93 del TFUE (dentro del Título VI sobre transportes) recoge que: "Serán compatibles con los Tratados las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público".

Entre la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y el Reglamento 1370/2007 resultó de gran importancia la Comunicación de la Comisión sobre las directrices comunitarias sobre las ayudas estatales a las empresas ferroviarias (2008/C 184/07).

El Considerando 14 es especialmente relevante, el cuál recoge que: "la concesión de ayudas puede autorizarse si contribuye a la realización de un mercado europeo integrado, abierto a la competencia e interoperable y a la movilidad sostenible comunitaria."

La Comunicación, además, establecía la permisibilidad de cuatro tipos de ayudas:

<sup>54</sup> Un año antes de cualquier procedimiento de concurso o adjudicación directa, la autoridad competente debe garantizar que se publique la siguiente información en el Diario Oficial de la Unión Europea: nombre y datos de contacto de la autoridad competente, tipo de asignación propuesta y servicios y territorios afectados.

<sup>55</sup> Op. cit. Nota 40 Pág. 245

<sup>56</sup> MONTERO PASCUAL, Juan José. *La transición a la competencia en el transporte ferroviario*. Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución (RCD), 2009, nº 4. Pág. 131.

<sup>57</sup> Publicada en el DOUE 2014/C 92/01.

<sup>58</sup> Disponible en [http://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/themes/strategies/doc/2011\\_white\\_paper/white-paper-illustrated-brochure\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/themes/strategies/doc/2011_white_paper/white-paper-illustrated-brochure_es.pdf)

1. Amortización de deudas históricas: Estas ayudas quedan bajo el marco del antiguo Art. 87 TCE, y por ello, han de ser notificadas a la Comisión a fin de que establezca si son compatibles con el Tratado.
2. Ayudas de reestructuración de las empresas ferroviarias de mercancías (no es el tema que nos atañe).
3. Financiación de infraestructuras, la cual no se considera una ayuda a las empresas de servicios de transporte ferroviario si la utilización de la infraestructura está abierta a todos los usuarios potenciales sin discriminación y sujeta al canon previsto en la normativa comunitaria.
4. Ayudas a la coordinación de los transportes, sujetas a su propio régimen especial del antiguo Art. 73 TCE (Actual Art. 93 del TFUE) y no al general del art. 87 TCE (actual Art. 107 del TFUE), como por ejemplo las ayudas de hasta el 50% a la interoperabilidad.

Ahora bien, tras la aprobación del Tratado de Lisboa, en consonancia con lo expresado por Maxiam Rusche y Schmidt, el legislador comunitario tenía la sensación que la Comisión "debería ser liberada de la camisa de fuerza que le contiene"<sup>59</sup>. Esto era debido a que, un lustro tras la aprobación de la Comunicación arriba mencionada y casi siete años tras la entrada en vigor del Reglamento 1370/2007 la Comisión continuaba sin contar con un marco normativo o guía acerca de la aplicación del Art. 93 del TFUE en relación al reembolso para las cargas por las obligaciones contraídas por la prestación de servicio público<sup>60</sup>. Este impulso, como mencionamos en el apartado anterior, vino en 2014 con la Comunicación de la Comisión relativa a directrices de interpretación del Reglamento (CE) nº 1370/2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera.

La Comunicación fijaba que, en lo que respecta a los costes, pueden tenerse en cuenta todos los costes directamente relacionados con la prestación del servicio público (por ejemplo, salarios, gastos de mantenimiento, gastos generales, como el coste de gestión y administración). Cuando el prestador de servicios también lleve a cabo actividades que no entran en el ámbito de la administración pública, también puede tomarse una parte apropiada de los gastos compartidos entre el servicio público y otras actividades [por ejemplo, gastos de alquiler de oficinas, salarios de contadores o personal administrativo] Además de los costes directos necesarios para el desempeño del servicio público. Cuando la empresa posee varios contratos de servicio público, los costes comunes no sólo deben repartirse entre los contratos de servicio público y otras actividades, sino también entre los diferentes contratos de servicio público. Para determinar la proporción adecuada de costes comunes que deben tenerse en cuenta en los costes del servicio público, los precios de mercado para utilizar los recursos, si están disponibles, pueden tomarse como referencia. Si no se dispone de esos precios, pueden utilizarse otras metodologías cuando proceda<sup>61</sup>.

Los ingresos directos o indirectos relacionados con la prestación del servicio público, tales como los ingresos procedentes de la venta de billetes o de la venta de alimentos y bebidas, deberán deducirse de los gastos por los que se reclame la indemnización. También deben tenerse en cuenta otros beneficios del contrato de servicio público.

---

<sup>59</sup> MAXIAM RUSCHE, Tim y SCHMIDT, Silvia. *Transport*. En SCHIEK, Dagmar. "Social Services of General Interest: The EU Competence Regime and a Constitution of Social Governance" en "Social Services of General Interest in the EU". La Haya: Springer, 2013. Pág. 230.

<sup>60</sup> Siendo la única referencia el ya mencionado apartado 36 del Reglamento.

<sup>61</sup> Es muy importante recordar que el Marco normativo sobre SIEG de 2012 no permite tal asignación de costes comunes. Sólo los costes incrementales del servicio público son elegibles para la compensación.

Como hemos mencionado, y aunque la Comunicación es de gran interés, este punto es el más controvertido, dedicando la Comisión la mayor extensión a esta cuestión. Así, el punto 2.4 de la misma nos señala que “Las reglas sobre compensación establecidas en el Reglamento (CE) no 1370/2007 previenen toda compensación excesiva y garantizan el cumplimiento de las disposiciones del Tratado. También abordan los conceptos de beneficio razonable y de incentivo de la eficiencia, las cuestiones relativas a la subvención cruzada de actividades comerciales con compensación pagada por obligaciones de servicio público y de compensación insuficiente, así como los procedimientos de investigación ex ante y ex post de la Comisión de las compensaciones de servicio público”.

Dado que la explicación de la Comisión es sumamente detallada, Nicolaides, en un gran ejercicio de síntesis<sup>62</sup>, resalta que, en primer lugar y de manera muy obvia, para no constituir una ayuda de Estado, la compensación pública debe respetar las cuatro condiciones establecidas por el Tribunal de Justicia en la sentencia Altmark.

En líneas generales, se trata:

- a) El Art. 1, apartado 1, y Art. 6, apartado 1, sobre la garantía de que las autoridades competentes paguen una compensación “apropiada” por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público. En el paquete sobre SIEG de 2012 la Comisión dejó claro que la selección de los proveedores de servicios sobre la base de procedimientos de contratación pública se ajusta al cuarto criterio Altmark. No obstante, un procedimiento negociado o un mero diálogo no se ajustan a dicho criterio.

Los procedimientos de contratación pública deben diseñarse de tal manera que se creen las condiciones para una competencia efectiva. Un procedimiento puramente negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación se opone a los principios de transparencia y no discriminación. Del mismo modo, un procedimiento de licitación concebido de tal manera que restrinja indebidamente el número de licitadores potenciales no cumple dichos principios<sup>63</sup>. Los criterios de selección, incluidos, por ejemplo, los criterios relacionados con la calidad, medioambientales o sociales, deben estar estrechamente relacionados con el objeto del servicio prestado. No se impide a la entidad adjudicadora establecer normas cualitativas que deben cumplir todos los operadores económicos ni tener en cuenta en su decisión de adjudicación los aspectos cualitativos relacionados con las distintas propuestas.

Aclarado este aspecto, podemos entrar en los temas de ausencia de sobrecompensación en el caso de los contratos de servicio público adjudicados directamente.

- Los pagos compensatorios no deben ser superiores al coste neto real de la prestación del servicio público durante el período de vigencia de un contrato.
- La compensación debe limitarse al efecto financiero neto de la obligación de servicio público. Esto se calcula como los costes menos los ingresos generados por las operaciones de servicio público, menos los ingresos potenciales inducidos por los efectos de red, más un beneficio razonable.

<sup>62</sup> Ver NICOLAIDES; Phedon. *Guidance on the Application of Regulation 1370/2007 on Passenger Transport Services*. En <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/5> Publicado el 4 de marzo de 2014.

<sup>63</sup> Analizado por GIMENO FELIU, José María. *La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia*. Observatorio de Contratación Pública. En <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.153/relcategoria.121/relmenu.3/chk.577429fa7149b11b2d930ebe5b579d9f>

- b) El Art. 4, apartado 1, y anexo, acerca de la noción de “beneficio razonable”. Por “beneficio razonable” se entiende una tasa de rendimiento del capital normal para el sector en un Estado miembro determinado y que tenga en cuenta el riesgo o ausencia de riesgo incurrido por el operador de servicio público en virtud de la intervención de la autoridad pública<sup>64</sup>. Una forma estándar de medir la rentabilidad del capital de un contrato de servicio público es considerar la tasa interna de rentabilidad (TIR) que la compañía hace sobre su capital invertido durante la vida del proyecto, es decir, la TIR con los flujos de efectivo del contrato. Sin embargo, también se pueden utilizar medidas contables, como la rentabilidad sobre el patrimonio, la rentabilidad del capital empleado u otros indicadores económicos generalmente aceptados para la rentabilidad del capital<sup>65</sup>.
- c) el Art. 4, apartado 1, sobre el diseño de regímenes de compensación que promuevan la eficacia. La eficacia debe entenderse como la relación entre la calidad o el nivel de los servicios públicos y los recursos utilizados para prestar esos servicios. Por consiguiente, los incentivos a la eficacia deberían centrarse en reducir los costes y/o aumentar la calidad o el nivel de servicio.
- Sin embargo, los incentivos a la eficacia deberían ser proporcionados y mantenerse dentro de un nivel razonable, teniendo en cuenta la dificultad para alcanzar los objetivos. Esto puede garantizarse, por ejemplo, mediante un reparto equilibrado de las recompensas vinculadas a las ganancias de eficiencia entre el operador, las autoridades públicas y/o los usuarios. En cualquier caso, debe establecerse un sistema que garantice que la empresa no puede retener beneficios de eficacia desproporcionados.
- d) El Art. 4, apartados 1 y 2, y el anexo, acerca de impedir que la compensación percibida por una obligación de servicio público se utilice para la subvención cruzada de actividades comerciales. Cuando un prestador de servicios público también realiza actividades comerciales, es necesario garantizar que la compensación pública que recibe no se utilice para reforzar su posición competitiva en sus actividades comerciales. Los costes e ingresos relativos a la prestación de servicios en virtud de cada contrato de servicio público deben asignarse correctamente entre las actividades cubiertas por los contratos y otras actividades comerciales<sup>66</sup>.
- e) El Art. 4, apartado 1, y el Art.5, apartado 3, sobre la ausencia de compensación excesiva en el caso de un contrato de servicio público adjudicado sobre la base de un procedimiento de licitación público y abierto más el Art. 6, sobre la ausencia de compensación excesiva en el caso de los contratos de servicio público adjudicados directamente.

---

<sup>64</sup> La Comunicación de la Comisión sobre SIEG ofrece algunas orientaciones sobre la determinación del nivel de beneficio razonable que puede servir de indicador para las autoridades públicas en la adjudicación de contratos de servicio público.

<sup>65</sup> Recordemos que, dependiendo de las circunstancias particulares de cada contrato de servicio público, es necesaria una evaluación caso por caso por parte de la autoridad pública para determinar el nivel adecuado de beneficios razonables. Entre otras cosas, debe tener en cuenta las características específicas de la empresa en cuestión, la remuneración normal del mercado por servicios similares y el nivel de riesgo que implica cada contrato de servicio público. Por ejemplo, un contrato de servicio público que incluya disposiciones específicas que protejan el nivel de indemnización en caso de costes imprevistos es menos arriesgado que un contrato de servicio público que no contiene tales garantías. En igualdad de condiciones, el beneficio razonable del contrato anterior debería ser inferior al del contrato anterior.

<sup>66</sup> La idoneidad de las medidas de reparto de costes y de circunscripción entre las obligaciones de servicio público y otras actividades comerciales es crucial a este respecto. Por ejemplo, cuando los medios de transporte (como el material rodante ferroviario o los autobuses) u otros activos o servicios necesarios para cumplir las obligaciones de servicio público (como oficinas, personal o estaciones) se comparten entre las actividades de servicio público y comerciales, los costes de cada uno Deben asignarse a los dos tipos de actividades en función de su peso relativo en el conjunto de los servicios de transporte prestados por la empresa de transporte.

Cuando exista una remuneración de mercado generalmente aceptada para un servicio determinado, esa remuneración del mercado constituye el mejor punto de referencia para la compensación en ausencia de una oferta. Estos puntos de referencia se encontrarían idealmente en los contratos del mismo sector de actividad, con características similares y en el mismo Estado miembro. Por lo tanto, el beneficio razonable debe estar en consonancia con las condiciones normales del mercado y no debe exceder de lo necesario para reflejar el nivel de riesgo del servicio prestado. Sin embargo, estos puntos de referencia del mercado no siempre existen. En ese caso, el nivel del beneficio razonable podría determinarse comparando el margen de beneficio exigido por una empresa típica bien gestionada que opera en el mismo sector para prestar el servicio en cuestión.

- f) el Art. 6, apartado 1, sobre las circunstancias en las que la Comisión investigará si un régimen de compensaciones cumple el Reglamento y las diferencias entre las investigaciones ex ante y ex post de los regímenes de compensación. La Comisión considera que, en principio, se necesitan controles periódicos durante el período de vigencia del contrato para detectar y evitar en un primer momento que se produzcan situaciones de compensación excesiva. Este es el caso, en particular, de los contratos a largo plazo.

Y frente a esta situación, ¿con qué nos encontramos? Pues que tras la aprobación del Reglamento (UE) 2016/238 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 se ha reformado todo aquello en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril (con efectos desde el 24 de diciembre de 2017).

Ni qué decir tiene que la Comisión apuesta por el transporte por ferrocarril, tal y como refleja en el primer considerando al afirmar que éste tiene potencial para crecer y "aumentar su cuota modal y para desempeñar una función importante en un sistema de transporte y movilidad sostenible, creando nuevas oportunidades de inversión y creación de empleo"<sup>67</sup>.

La Comisión continúa reconociendo que el mercado de servicios de transporte internacional de viajeros por ferrocarril de la Unión no se abrió a la competencia hasta llegado el 2010. Se confirma también que gran parte de los Estados miembros han abierto a la competencia sus servicios nacionales de transporte de viajeros, bien mediante la introducción de derechos de libre acceso, bien mediante la licitación de contratos de servicio público o bien mediante ambas (aunque por desgracia, hay excepciones como es el caso español)<sup>68</sup>.

Como objetivos principales para este SIEG, la Comisión se propone como objetivos:

1. La realización del espacio ferroviario europeo único, impulsando el desarrollo del transporte ferroviario como una alternativa creíble a otros modos de transporte, especialmente en los aspectos relativos a la calidad y el precio.
2. Mejorar la calidad, la transparencia, la eficiencia y el rendimiento de los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril.
3. Dotar a las autoridades nacionales de esa discrecionalidad para:

<sup>67</sup> Aunque a su vez, como se ha reflejado con datos en este capítulo, los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril no han crecido al mismo ritmo que otros medios de transporte.

<sup>68</sup> Además, en el Libro Blanco sobre el transporte de 28 de marzo de 2011, la Comisión anunció su intención de completar el mercado interior de los servicios ferroviarios, mediante la eliminación de los obstáculos técnicos, administrativos y jurídicos que impiden la entrada en el mercado ferroviario.

- a. aprobar servicios de transporte público que cubran las necesidades de transporte local y regional;
  - b. definir las especificaciones de las obligaciones de servicio público en el transporte público de viajeros<sup>69</sup>;
  - c. Generar obligaciones de servicio público coherentes con la política de transporte público<sup>70</sup>;
  - d. Adjudicar la contratación de servicios públicos (ya sea por una o por un grupo de autoridades públicas) mediante unas normas claras que fijen los cometidos respectivos de cada una de las autoridades públicas en el proceso de adjudicación.
  - e. Articular los mecanismos que garanticen que sus sistemas jurídicos prevean la posibilidad de que un organismo independiente evalúe, con un enfoque basado en criterios de rendimiento, las resoluciones de la autoridad competente para la adjudicación directa de contratos;
  - f. Se adopten medidas para aumentar la competencia entre empresas ferroviarias mediante la limitación del número de contratos que conceden a una empresa ferroviaria.
4. Generar efectos positivos de red en términos de mejora de la calidad de los servicios, de cohesión social y territorial o de eficiencia global del sistema de transporte público.
  5. Consultar en todos los procedimientos a las partes interesadas que corresponda de conformidad con la legislación nacional de cada estado miembro.
  6. Fomentar la licitación competitiva y sancionar los casos que no sigan los criterios ya conocidos (abierta, transparente, etc...)<sup>71</sup>. Ahora bien, como veremos a continuación, debe garantizarse la sostenibilidad financiera a largo plazo de los servicios de transporte público de viajeros de conformidad con los requisitos establecidos en la política de transporte público. En particular, "dicha compensación debe fomentar el mantenimiento o el desarrollo de una gestión eficaz por el operador de servicio público y la prestación de servicios de transporte de viajeros con un nivel suficiente de calidad".
    - a. El establecimiento de compensaciones para los contratos de servicio público que no se adjudiquen basándose en un procedimiento de licitación competitiva por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público por parte de los operadores.

Entre sus principales aportaciones, cabe señalar:

1. Que "con sujeción a la aprobación de las autoridades competentes de los Estados miembros en cuyo territorio se presten los servicios, las obligaciones de servicio público podrán referirse a los servicios de transporte público a escala

---

<sup>69</sup> Siempre coherentes con los objetivos políticos que figuran en los documentos de política de transporte público de los Estados miembros.

<sup>70</sup> Si bien esto no da derecho a las autoridades competentes a recibir una cantidad de financiación específica.

<sup>71</sup> Recordemos que el procedimiento de licitación competitiva de un contrato de servicio público debe estar abierto a todos los operadores, ser equitativo y respetar los principios de transparencia y no discriminación.

- transfronteriza, incluidos aquellos que cubran necesidades de transporte local y regional<sup>72</sup>.
2. La incursión de un "Art. 2 bis" que establece la posibilidad de agrupar servicios que cubran costes con servicios que no los cubran<sup>73</sup>.
  3. La aclaración de que "las especificaciones de las obligaciones de servicio público y la compensación correspondiente de la incidencia financiera neta de las obligaciones de servicio público deberá tener por objetivo:
    - a. la consecución de los objetivos de la política de transporte público de forma eficiente en cuanto a los costes, y
    - b. la sostenibilidad financiera de la prestación del transporte público de viajeros, de acuerdo con los requisitos establecidos en la política de transporte público a largo plazo<sup>74</sup>."
  4. La modificación del Art. 4 y la incursión de un Art. 4 *bis* y 4 *ter* adaptando los criterios de contratación pública a Altmark y la Comunicación de 2008, especialmente incidente en el hecho de clarificar la compensación por servicio público por adelantado y de la manera más directa y transparente posible. Así mismo, una modificación en el Art. 6 establece que esta obligación persiste con independencia de las modalidades de adjudicación del contrato.

Pues bien, el resultado es que tras veinte años tras el comienzo de la liberalización y diez tras las últimas reformas (a excepción de esta última), los Estados miembros han tenido que compaginar sus políticas nacionales con este marco normativo, siendo el resultado un mosaico con resultados muy distintos como veremos en los casos analizados a continuación. Por eso, al mirar hacia atrás en estas dos décadas de reestructuración ferroviaria, no todos los estados miembros han reformado satisfactoriamente sus sistemas nacionales de transporte ferroviario de pasajeros (posiblemente debido a esas altas cuotas de discrecionalidad dentro del marco europeo).

Como bien afirma Nash, la política de la Comisión es introducir la competencia dentro del sector del ferrocarril (en un estado muy avanzado en prácticamente todos los Estados miembros para el transporte de mercancías). En el caso del transporte de pasajeros, hemos tenido que esperar a iniciar la apertura real a 2010. Aunque no hay actualmente requisito para abrir el mercado nacional de pasajero a la competencia, la Comisión está considerando las posibilidades para ello, y cierto número de países ya lo han llevado a cabo mediante mecanismos alternativos<sup>75</sup>.

En primer lugar, en varios países, los nuevos operadores están legalmente autorizados a competir directamente en el mercado nacional con los operadores existentes, aunque siguen existiendo algunas barreras de entrada. Hasta hace poco, los niveles reales de entrada eran bajos y se limitaban principalmente a los trenes que influían en las opciones de los pasajeros<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Art. 1 apartado 1) del Reglamento.

<sup>73</sup> Si bien al establecer esas especificaciones y el ámbito de su aplicación, la autoridad competente debe respetar debidamente el principio de proporcionalidad, de conformidad con el Derecho de la Unión. Las especificaciones deben ser compatibles con los objetivos políticos que figuran en los documentos de política de transporte público de los Estados miembros.

<sup>74</sup> Art. 2.2 bis.

<sup>75</sup> NASH, Chris. 2009. *European Rail Reform and Passenger Services: the next steps*. International Conference on Competition and Ownership in Land Passenger Transport. Delft, Septiembre de 2009.

<sup>76</sup> NASH, Chris; Nilsson, Jan-Eric y, LINK, Heike. Comparing three models for introduction of competition into railways, en Working papers in Transport Economics. CTS - Centre for Transport Studies Stockholm (KTH and VTI) Nº 2011:19. Estocolmo, 2011. Pág. 1.

### IV.3 Una tarea pendiente en España

Coincidimos con Campos Méndez en que el transporte por ferrocarril no sólo ha estado durante mucho tiempo ajeno a los movimientos liberalizadores que tenían lugar en otros sectores, sino que además el proceso de reformas que ha experimentado ha sido lento e incompleto<sup>77</sup>. Ello no se debió, lamentablemente, a la obtención de resultados socialmente eficientes o a disfrutar de elevados niveles de uso que permitían posponer los cambios sino a todo lo contrario: el sector se reveló pronto como incapaz de hacer frente sin el apoyo público a la potencia competitiva de otros modos de transporte y, amparado por una errónea concepción de monopolio natural y en una protección más política que económica, a mediados de 1980 había entrado en un declive casi definitivo.

Por consiguiente, los precios y de acuerdo con datos del INE, desde 2014 como en los meses transcurridos de 2015 el ferrocarril de larga distancia superó al transporte aéreo en el transporte doméstico de viajeros, gracias al impulso del AVE (datos que se mantienen hasta comienzos de 2019)<sup>78</sup>. No obstante, los niveles de servicio no han mejorado lo suficiente y el transporte ferroviario continúa sin ser atractivo para muchos usuarios según refleja el mismo informe. La pregunta clave que deberíamos formularnos en este momento es: ¿se ha elegido un modelo incorrecto o se ha implementado mal el modelo correcto? Como nos indica el Dr. Campos Méndez, la respuesta no es sencilla. En los países donde se optó por introducir competencia manteniendo la integración vertical los resultados tampoco han sido mucho mejores, y si bien es cierto que han aparecido menos problemas de coordinación, también se han detectado en ellos graves fallos de regulación, debido al poder del operador. Por ello, resulta razonable suponer que, cualquiera que sea el modelo o su estado de implementación, probablemente el sector necesite aún de nuevas reformas, las cuales deberán ser implementadas de forma más rápida para poder salvar el sector.

En España se ha seguido el modelo europeo y tanto la ley ferroviaria 2003 como la de 2015 han traspuesto la normativa comunitaria con el fin de cambiar definitivamente el modelo ferroviario y hacer que la competencia se asome a uno de los últimos monopolios públicos (no mencionamos la tardía transposición de la Directiva de 2016).

La apertura a la competencia del transporte de viajeros de 2015 nos deja con la situación a comienzos de 2020 de que el servicio sigue dominado por una empresa operadora que sólo permite una cuota de mercado testimonial a sus competidores privados, lo que ha producido que todavía los mismos no se hayan decidido a operar en nuestro territorio nacional.

De esta manera, los efectos beneficiosos de la competencia no se manifiestan. En línea con algunas de las recomendaciones de la CNMC (ver el citado IPN/DTSP/001/15), uno de tales cambios consiste posiblemente en acelerar la liberalización del transporte de viajeros, ampliando la apertura del mercado a nuevas rutas y corredores, no sólo el Madrid-Levante. Esto permitiría que los nuevos operadores se beneficiasen de una serie de ventajas derivadas de la extensión del territorio y del tamaño de la red, ya que la actividad ferroviaria requiere llevar a cabo importantes inversiones iniciales (en material rodante, pago de cánones, formación de trabajadores...) y presenta economías de escala y densidad. Cuanto mayor sea la red en la que puedan competir las nuevas empresas, mayores serán sus posibilidades de ser más eficientes en el ejercicio de su actividad, más atractivo les resultará la entrada y mayor será la rivalidad competitiva con el operador.

<sup>77</sup> CAMPOS MÉNDEZ, Javier. *La competencia en el ferrocarril: un análisis del nuevo marco institucional en Europa y en España*. Fedea Policy Papers - 2015/12. noviembre de 2015. Pág. 43.

<sup>78</sup> Se pueden consultar en [http://www.ine.es/dyns/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176906&menu=ultiDatos&idp=1254735576820](http://www.ine.es/dyns/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176906&menu=ultiDatos&idp=1254735576820)

Si se realiza correctamente y las distintas incertidumbres se despejan adecuadamente, la apertura del mercado del transporte de viajeros por ferrocarril a la competencia atraerá posiblemente a nuevos competidores privados hacia trayectos suficientemente rentables<sup>79</sup>. Como se desprende de los estudios diversos mencionados, los resultados financieros más recientes de RENFE Operadora muestran que las líneas de ancho UIC de alta velocidad explotadas en la actualidad incluyen, en su conjunto, trayectos rentables (una vez construidos, esto es, no considerando el coste de la construcción), mientras que las líneas de larga distancia en ancho convencional son mayoritariamente no rentables. Si la liberalización no tiene en cuenta este hecho se podría producir un descreme de mercado, es decir, que los nuevos competidores sólo entrasen en los trayectos rentables y la empresa incumbente, RENFE Operadora, fuera el único operador que prestaría servicio en los no rentables.

Esta circunstancia afectaría de manera negativa a los ingresos de la empresa pública, agravando la situación actual de su cuenta de resultados. En el caso de que estos servicios no rentables conllevasen un impacto social irrenunciable e insustituible que requiriera su prestación obligatoria por un operador ferroviario, deberían buscarse mecanismos explícitos de financiación pública, transparentes y en consonancia con la normativa comunitaria, tales como la declaración de obligaciones de servicio público que permitiera recibir una compensación económica pública por su prestación. Alternativamente, si no fueran así declarados y los trayectos no tuvieran demanda suficiente para absorber la actividad de varios operadores, podría llevarse a cabo un proceso de licitación pública para la explotación de la línea bajo un enfoque de carácter intermodal que incluyera, por ejemplo, la utilización de servicios de autobuses, aunque es previsible que este tipo de medidas generasen un elevado nivel de contestación social. Si a pesar de las recomendaciones anteriores se considerase necesario llevar a cabo la adjudicación directa de alguna línea o conjunto de líneas de los servicios con obligaciones de servicio público, o incluso en el caso que la licitación pública resultara desierta, cualquier otra actuación o procedimiento debería enfocarse a través de un proceso transparente, abierto a la opinión pública, no discriminatorio y proporcional, con plazos delimitados y con revisiones periódicas ex post. En los casos de adjudicación directa, se debería reforzar significativamente el papel de supervisión del organismo competente, la CNMC, para evitar la aprobación de una compensación excesiva que pudiera constituir una ayuda de estado o la aparición de subsidios cruzados dentro de RENFE Operadora. Precisamente la existencia de asimetrías o ventajas competitivas con relación al operador parece ser otro de los elementos aún pendientes de resolver en este proceso se ha manifestado como uno de los factores que han impedido que la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril haya alcanzado resultados positivos<sup>80</sup>.

La defensa de los intereses nacionales, de la viabilidad y el volumen de empleo proporcionado por RENFE Operadora no debería hacer olvidar que el objetivo último de la reforma es garantizar la propia supervivencia del sector ferroviario a medio plazo en la medida que éste contribuya al bienestar de la sociedad en el marco de las necesidades generales de transporte, aprovechando con fuerza los vientos favorables al mismo actualmente impulsados por las políticas comunitarias. En este sentido, y al igual que ha sucedido en otros sectores liberalizados en España que partían de posiciones de operador

---

<sup>79</sup> "Por otro lado, sin perjuicio de la cautela asociada a la decisión de liberalizar progresivamente el transporte de viajeros y de las indudables limitaciones impuestas por el ciclo electoral, nada impide al Ministerio de Fomento anunciar un calendario más concreto de los futuros planes de liberalización. Esto permitiría una mejor adaptación de los actuales y futuros agentes ferroviarios (incluyendo a empresas extranjeras) a las nuevas circunstancias del mercado. Evidentemente, la apertura paulatina debe evitar una excesiva prolongación en el tiempo, ya que esto debilitaría la credibilidad del proceso y reduciría la rivalidad competitiva en aquellos corredores aún no liberalizados, dificultando la consolidación de operadores alternativos". CAMPOS MÉNDEZ, Javier. Op. cit. supra. Pág. 45.

<sup>80</sup> Op. cit. Nota 77. Pág. 46.

público dominante no debería descartarse por principio la introducción total o parcial de capital privado en RENFE Operadora, siempre con las suficientes salvaguardas y regulaciones necesarias para mantener y defender el interés público. En sectores como la telefonía o el transporte aéreo este cambio no ha supuesto un menoscabo a la actividad económica, sino que, por el contrario, ha impulsado la competitividad de las empresas resultantes y su capacidad de internacionalización. Al mismo tiempo, y manteniendo en este caso la presencia pública, también parece finalmente razonable introducir un mayor grado de independencia institucional en ADIF, así como mejoras sustanciales en su financiación, factores ambos que resultan imprescindibles en un futuro mercado más liberalizado. Cuando coexistan efectivamente operadores públicos y privados, el acceso a la red y las inversiones relacionadas con mejoras en la capacidad o seguridad deben abordarse con una neutralidad exquisita, ya que de lo contrario podrían surgir distorsiones que afectaran a la competencia<sup>81</sup>.

Finalmente, la mejora de la financiación de las infraestructuras del ferrocarril en España no debería pasar solamente por un cambio en el diseño de los cánones (actualmente en discusión) sino por un replanteamiento global de las inversiones, haciendo que, de manera transparente, primen por fin criterios económicos y sociales frente a los aparentemente políticos.

Parece que, tras analizar el modelo español, la conclusión es obvia: el camino está aún incompleto y se necesita un esfuerzo mayor de cambio institucional.

## V. CONCLUSIONES

La apertura a la competencia fue la respuesta ideada por las autoridades públicas para revertir la situación monopolística. Para ello, los diferentes países optaron por tres modelos de restructuración diferentes (desintegración vertical, privatización y desregulación) no siempre completamente estancos entre sí. En la Unión Europea se eligió separar las infraestructuras de los servicios e introducir, en lo posible, competencia en el mercado mediante el acceso de múltiples operadores (públicos o privados). Al reducir el tamaño de los antiguos monopolios públicos este modelo ha permitido disminuir la dependencia del sector del apoyo presupuestario de los gobiernos, pero no ha generado (por el momento) los niveles de competencia deseados.

El cuarto paquete ferroviario tiene por objeto eliminar los últimos obstáculos a la creación de un espacio ferroviario europeo único. La legislación propuesta reformará el sector del ferrocarril de la UE al fomentar la competencia y la innovación en los mercados interiores de pasajeros. Asimismo, ejecutará reformas estructurales y técnicas. Se obtendrán como resultado final unos niveles más altos de seguridad, interoperabilidad y fiabilidad de la red ferroviaria europea.

La Unión Europea aún no ha reconocido la urgencia de este desafío, aunque ha apostado explícitamente por fomentar el transporte por ferrocarril en el horizonte 2050. Para ello prepara actualmente nuevas propuestas que obligarán a los Estados miembros a afinar aún más el proceso de reforma en dos grandes líneas de trabajo: facilitando la competencia intermodal (a través de una mejor internalización de los costes sociales de la carretera) y promoviendo la internacionalización ferroviaria (con libre acceso a todos los mercados domésticos, al igual que ocurrió con el transporte aéreo). En la medida en que los Estados miembros dejen de proteger a sus ferrocarriles nacionales y adopten una perspectiva más paneuropea este proceso tendrá mayores posibilidades de éxito, sin

---

<sup>81</sup> Estudio pormenorizado en BETANCOR, Ofelia, y LLOBET, Gerard. *Contabilidad Financiera y Social de la Alta Velocidad en España. Estudios sobre la economía española*. Fedea Policy Papers - 2015/08. Mayo de 2015. Pp. 47 a 49.

olvidar por supuesto la existencia de condicionantes geográficos y demográficos que impedirán al sector tener la misma relevancia en todos los lugares.

El cuarto paquete ferroviario incluye la propuesta de abrir los mercados nacionales de transporte de pasajeros a nuevos participantes y nuevos servicios a partir de diciembre de 2019. Las compañías podrán, bien ofrecer servicios competidores, como un nuevo servicio ferroviario en una ruta concreta, o bien licitar por contratos de servicio público ferroviario en concursos públicos. Las modificaciones propuestas harán obligatoria la licitación para los contratos de servicio público ferroviario en la UE.

Los pilares de la gobernanza y apertura de los mercados incluyen modificaciones a dos actos legislativos en vigor y la derogación de otro más:

- propuesta de modificación del Reglamento sobre la apertura del mercado de los servicios de transporte de pasajeros por ferrocarril - 2013/0028 (COD)
- propuesta de modificación de la Directiva por la que se establece un Espacio Ferroviario Europeo único - 2013/0029 (COD)
- propuesta de derogación del Reglamento sobre la normalización de las cuentas de las empresas ferroviarias - 2013/0013 (COD).

Las señales que dan los precios desempeñan un papel crucial en muchas decisiones que tienen consecuencias de larga duración en el sistema de transportes. Las tasas e impuestos del transporte tienen que ser reestructuradas en la dirección de una aplicación más general del principio y del cobro al usuario ("usuario pagador"). Deben respaldar el papel del transporte en el fomento de la competitividad y de los objetivos de cohesión de Europa, mientras que la carga global para el sector debe reflejar los costes totales del transporte, incluidos los costes de las infraestructuras y los costes externos.

Unos beneficios económicos más generales y las externalidades positivas justifican un cierto nivel de financiación pública, pero, en el futuro, es probable que los usuarios de los transportes paguen una parte de los costes mayor que en la actualidad. Es importante que los usuarios, operadores e inversores reciban incentivos monetarios correctos y consecuentes.

Finalmente, señalar que la internalización de externalidades, la eliminación de distorsiones fiscales y subvenciones injustificadas y el ejercicio de una competencia libre y sin distorsiones son, por lo tanto, parte del empeño por equilibrar las elecciones del mercado con las necesidades de la sostenibilidad (y de reflejar los costes económicos de la "no sostenibilidad"). También son necesarios para establecer unas condiciones de competencia equitativas entre modos de transporte que están en competencia directa.

