

UNIÓN EUROPEA

EL CUARTO PAQUETE FERROVIARIO: PASOS HACIA LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR

El cuarto paquete ferroviario: pasos hacia la liberalización del sector

El pasado 14 de diciembre de 2016 se aprobó el último pilar del cuarto paquete ferroviario, formado por el Reglamento 2016/2338 y la Directiva 2016/2370. Estas normas inciden en la necesidad de liberalizar el transporte ferroviario de viajeros en la Unión Europea, a partir de 2019, y en la realización de licitaciones públicas como norma general para la adjudicación de los contratos de servicio público, a partir de 2023. Este trabajo tiene por objeto analizar las principales novedades introducidas por el Cuarto Paquete Ferroviario.

PALABRAS CLAVE

Cuarto paquete ferroviario; Liberalización; Espacio ferroviario europeo único

The fourth railway package: steps towards deregulating the sector

The last pillar of the Fourth Railway Package, which is integrated by Regulation 2016/2338 and the Directive 2016/2370, were published the past 14 December 2016. These rules intend to open the rail passenger markets in 2019 and to implement competitive tendering procedures, as general rule, to award public service contract from 2023. This work aims to analyse the new developments in the railway sector introduced by the Fourth Railway Package.

KEY WORDS

Fourth Railway Package; Liberalization; Single European railway area

Fecha de recepción: 30-1-2017

Fecha de aceptación: 15-2-2017

Introducción

El sector ferroviario ha sido impulsado por los Estados desde sus inicios en el siglo XIX, lo que ha determinado su carácter como medio de transporte típicamente nacional. Prueba de ello es que la propiedad de las infraestructuras y de los operadores ferroviarios fuese estatal y que cada Estado tuviese su propia normativa técnica y operativa. Estas características, vigentes en nuestros días, siguen siendo el principal obstáculo para la creación de un espacio ferroviario europeo único.

A principios de los noventa, la Unión Europea tomó razón de la pérdida de competitividad y de importancia relativa del ferrocarril frente a otros medios de transporte. En consecuencia, la antigua Comunidad Económica Europea aprobó las primeras Directivas (Directiva 91/440/CEE) y libros blancos (Libro Blanco sobre el curso futuro del transporte publicado en diciembre de 1992) tendientes a crear un mercado libre y común ferroviario.

Pese a los numerosos intentos del legislador europeo, la consecución de un mercado único ferroviario ha sido lenta y discontinua. No obstante, con la aprobación del cuarto paquete ferroviario, la Unión Europea está más cerca de conseguirlo, mediante la liberalización del sector a partir de 2019, siempre y cuando se garantice la calidad del servicio y la satisfacción de los intereses generales.

Este artículo analiza, brevemente, los hitos conseguidos por los tres paquetes ferroviarios anteriores y profundiza en las novedades introducidas por el cuarto paquete.

Los tres primeros paquetes ferroviarios

En el Libro Blanco publicado el 30 de julio de 1996 (COM (96) 421 final), la Comisión Europea manifestó la necesidad de liberalizar el mercado ferroviario con el fin de «reducir costes, mejorar la calidad de los servicios, proponer nuevos productos y desarrollar los mercados». Es decir, la liberalización no era el fin en sí mismo, sino el medio para alcanzar dichos objetivos.

La consecución de dichos objetivos se materializó a través de un conjunto de Directivas y Reglamentos que conforman los denominados «paquetes ferroviarios», normativa básica de la Unión Europea en el sector.

Con anterioridad al cuarto paquete, la Comisión aprobó otros tres paquetes en 2001, en 2004 y en 2007, compuestos en total por nueve Directivas y tres Reglamentos. Fruto de estos tres primeros paquetes ferroviarios, se implantaron en la Unión Europea, entre otras, las siguientes medidas:

- (i) la independencia entre el gestor de la infraestructura y los operadores ferroviarios;

(ii) la apertura a la competencia del transporte de mercancías desde 2007 (Directiva 2004/50/CE) y del transporte internacional de viajeros desde 2010 (Directiva 2007/58/CE);

(iii) la creación de la Agencia Ferroviaria Europea (Reglamento (CE) 881/2004); y

(iv) la homogenización de los criterios para la obtención de las licencias ferroviarias y su reconocimiento mutuo entre los Estados miembros.

Finalmente, pese a no estar incluida en ningún paquete ferroviario, y sin perjuicio de que se analice más adelante, es clave mencionar aquí la Directiva 2012/34, que estableció un espacio ferroviario europeo único.

Pese a este elenco normativo, todavía persistían importantes barreras de entrada, estrategias anti-competitivas de los operadores ferroviarios nacionales y el mercado nacional de viajeros seguía sin ser liberalizado. Este es el escenario en el que la Unión Europea aprobó el cuarto paquete ferroviario.

EL CUARTO PAQUETE FERROVIARIO

El pasado 30 de enero de 2013, la Comisión Europea publicó la Comunicación relativa al «Cuarto paquete ferroviario: completar el espacio ferroviario europeo único para fomentar la competitividad y el crecimiento europeos» (COM (2013) 25 final) (la «Comunicación»).

Su objetivo era eliminar los últimos obstáculos a la creación de un espacio ferroviario europeo único. En última instancia, la Unión Europea pretendía mejorar la eficiencia, la calidad y «mejorar el atractivo del ferrocarril» como medio de transporte.

Casi cuatro años después, la Unión Europea ha aprobado el cuarto paquete ferroviario compuesto por tres Directivas y dos Reglamentos, ordenados en tres pilares: el pilar técnico, el pilar de la gobernanza y el pilar de la apertura de mercados. Así, las novedades introducidas podrían agruparse en tres grandes grupos que analizaremos a continuación.

Homogenización de normas técnicas

El pasado 11 de mayo de 2016 se aprobó el denominado «pilar técnico» con el objetivo principal de reducir las diferencias entre los distintos estándares técnicos utilizados por los Estados miembros. A tal fin, se aprobaron las siguientes normas:

La Directiva (UE) 2016/797 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea por la que se pretende mejorar la interoperabilidad del sistema ferroviario a través de la armonización de la legislación técnica entre los Estados miembros.

La Directiva (UE) 2016/798 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, sobre la seguridad ferroviaria, que persigue principalmente garantizar la mejora de la seguridad en el sistema ferroviario de la Unión. Para ello, la Directiva busca la elaboración de objetivos y métodos comunes de seguridad, y la definición de las responsabilidades de los distintos agentes del sistema ferroviario (Estados miembros, empresas ferroviarias, administradores de infraestructuras, entidades encargadas del mantenimiento, fabricantes, transportistas, etc.). Además, regula los certificados y autorizaciones de seguridad, comunes para todos los Estados miembros.

El Reglamento (UE) 2016/796 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea, que deroga el Reglamento (CE) n.º 881/2004 modificando el estatuto jurídico de la Agencia Europea Ferroviaria para otorgarle nuevas funciones y competencias. Así, se amplían los tipos de actos que este organismo puede dictar y se crea un sistema de ventanilla única gestionado por la Agencia, a través del cual se tramitarán, entre otras, las autorizaciones y las especificaciones técnicas necesarias para prestar servicios ferroviarios.

Profundización en la consecución del espacio ferroviario europeo único

La Directiva 2012/34 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único («Directiva 2012/34»), refundió y reformó el primer paquete ferroviario de cara a la construcción de un espacio ferroviario europeo único. Para ello, la Directiva 2012/34 incidió en los siguientes aspectos:

(i) *La independencia en la gestión*, mediante la separación entre el administrador de infraestructuras y el prestador de los servicios ferroviarios reflejada en sus artículos 6 y 7. El artículo 6 destacó la necesaria separación orgánica que debe existir entre ambas actividades cuando se desarrollen por la misma empresa, dejando a

los Estados miembros la opción de que corran a cargo de entidades distintas. Por su parte, el artículo 7 estableció la independencia que debe tener el administrador de infraestructuras cuando desarrolle sus funciones esenciales.

(ii) *El acceso libre al mercado y en condiciones de igualdad* por parte de todas empresas ferroviarias (artículo 10 de la Directiva 2012/34). La Directiva 2012/34 estableció los requisitos para que la concesión de la licencia común europea, la imposición de cánones y la asignación de capacidad no fueran discriminatorias.

No obstante los esfuerzos realizados en los dos aspectos anteriores por la directiva 2012/34, desde su aprobación, se advirtieron ineficacias en la separación entre la operación y la gestión de la infraestructura, así como la persistencia de barreras competitivas.

es por ello por lo que, con el fin de «*garantizar que los administradores de infraestructuras puedan desempeñar todas las funciones necesarias para una gestión optimizada, eficiente y no discriminatoria*», la comisión propuso modificar dicha directiva.

a tal efecto, se ha publicado la directiva 2016/2370 del parlamento europeo y del consejo, de 14 de diciembre de 2016, que modifica la directiva 2012/34/ue, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias («*directiva 2016/2370*»), con las novedades descritas a continuación.

los estados miembros tienen hasta el 25 de diciembre de 2018 para adaptar sus disposiciones internas a esta nueva directiva. no obstante, los artículos 10, 11, 11 bis y 13 bis no serán de aplicación hasta el 1 de enero de 2019.

— *La independencia del administrador de infraestructuras*

La Directiva 2016/2370 introduce un nuevo artículo 7 que establece de forma explícita la necesidad de que el administrador de infraestructuras se organice como una entidad jurídicamente independiente, incluso en el caso de las empresas integradas verticalmente. Para este último supuesto, el artículo 7 ofrece una serie de prescripciones que tratan de garantizar la independencia entre ambos entes. Estas prescripciones impiden que la misma persona tenga, al mismo tiempo, puestos de decisión en la entidad administradora de infraestructuras y en una empresa ferroviaria.

Además, la Directiva 2016/2370 acentúa la idea de independencia con la introducción del artículo 7 *quinquies*, que prohíbe que el administrador y las empresas ferroviarias se concedan préstamos mutuamente.

A pesar de que la Directiva 2016/2370 incide en la importancia de que el administrador de infraestructuras sea independiente en el ejercicio de sus funciones esenciales, el nuevo artículo 7 *quater* permitirá la externalización de las funciones del administrador de infraestructuras siempre y cuando estas no sean llevadas a cabo por una empresa ferroviaria de forma directa o indirecta, salvo que se trate de trabajos en relación con el desarrollo, el mantenimiento y la renovación de las infraestructuras ferroviarias. Asimismo, el administrador podrá cerrar acuerdos de colaboración con empresas ferroviarias siempre que no sean discriminatorios y se hagan en beneficio de los clientes.

— *Mejora en los servicios*

La Directiva 2016/2370 introduce dos artículos cuya finalidad última es la de fomentar la competitividad del transporte ferroviario frente a las alternativas existentes.

Así, la Directiva 2016/2370 aprueba un nuevo artículo 11 bis. Este artículo otorga ventajas al transporte de viajeros de alta velocidad, permitiendo que, en el caso de que un servicio de transporte de este tipo comprometa el equilibrio económico de un contrato de servicio público que cubra la misma ruta, puedan introducirse cambios por parte del organismo regulador para que se cumpla el derecho de acceso contemplado en el artículo 10. Esta opción, que no se contenía en la Directiva anterior, no será de aplicación hasta el 1 de enero de 2019.

Además, se introduce un nuevo artículo 13 bis que permite a los Estados miembros la posibilidad de imponer a las empresas ferroviarias que participen en el establecimiento de sistemas comunes de información y oferta de billetes, incluidos los combinados y las reservas.

— *Limitación del acceso*

La Directiva 2016/2370 también modifica el artículo 11 de la Directiva 2012/34. Tras la modificación, los Estados miembros también podrán limitar el derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias cuando: a) se haya concedido un derecho exclusivo de transporte de pasajeros conforme a un contrato

de servicio público antes del 16 de junio de 2015, o b) se haya otorgado un derecho o autorización habilitante adicional para explotar servicios nacionales de transporte de pasajeros en competencia con otro operador antes del 25 de diciembre de 2018. Tal limitación podrá mantenerse durante la duración original del contrato o autorización, o hasta el 25 de diciembre de 2026, prevaleciendo el período más corto.

La apertura a la competencia de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril

El cuarto paquete ferroviario se completa con el Reglamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016 (el «Reglamento 2016/2338»), que modifica el Reglamento (CE) N.º 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 (el «Reglamento 1370/2007»).

En síntesis, el Reglamento 1370/2007 estableció las condiciones en las que las autoridades competentes podían restringir la competencia en un determinado trayecto como compensación a un operador ferroviario por prestar servicios que no asumiría, o al menos no en la misma medida, si considerase exclusivamente su propio interés comercial.

Para otorgar ese uso exclusivo a un operador, la autoridad competente debía formalizar sus condiciones en un contrato de servicio público, que debía tener un contenido mínimo y adjudicarse de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 5.

A pesar de dicha regulación, las autoridades competentes podían casi libremente decidir qué trayectos se limitaban a la competencia y adjudicarlos en virtud de contratos de servicio público a empresas estatales.

La importancia de corregir estas imperfecciones era fundamental habida cuenta de que la mayoría de los servicios ferroviarios en la UE (de acuerdo con la Comunicación, un 66 % de los viajeros-kilómetro) serán provistos sobre la base de un contrato de servicio público.

A tal efecto, el Reglamento (UE) 2016/2338 busca aumentar la competencia en la adjudicación de los contratos de servicio público y limitar el poder de las autoridades para su otorgamiento introduciendo las siguientes novedades:

— Limitación de la adjudicación directa de los contratos

El Reglamento 2016/2338 ha modificado sustancialmente el procedimiento de adjudicación de los contratos de servicio público. De acuerdo con el antiguo artículo 5, los contratos de servicio público debían, como norma general, adjudicarse por un procedimiento de licitación pública. Sin embargo, establecía cuatro excepciones que invertían dicha norma general, de forma que, en la práctica, los contratos se adjudicarían directamente.

Ello se debía en gran medida a que, con base en los artículos 5.2 y 5.6 del Reglamento 1370/2007, las autoridades competentes podían optar por adjudicar directamente o asumir ellas mismas los contratos de servicio público sin realizar un procedimiento de licitación, sujeto a unas mínimas condiciones notablemente amplias.

Pues bien, el Reglamento 2016/2338 ha limitado de forma determinante la posibilidad de adjudicar directamente un contrato con base en el artículo 5.2. De acuerdo con el nuevo artículo 5.2, la sociedad o autoridad competente adjudicataria únicamente puede estar compuesta por autoridades competentes locales cuyo ámbito geográfico de competencia no sea nacional. Además, únicamente se podrán adjudicar contratos para « *cubrir las necesidades de transporte de las aglomeraciones urbanas, de las zonas rurales o de ambas* ».

Además, el artículo 5.6 dejará de aplicarse a partir del 25 de diciembre de 2023, y los contratos adjudicados entre el 3 de diciembre de 2019 y el 24 de diciembre de 2023 no podrán exceder de 10 años.

Sin embargo, los efectos de esta modificación se verán, en parte, diluidos, ya que el Reglamento 2016/2338 ha introducidos cuatro nuevas excepciones y ha modificado la excepción establecida en el artículo 4 del Reglamento 1370/2007. En concreto y como novedad, las autoridades competentes podrán adjudicar los contratos directamente cuando:

- (i) esté justificado por circunstancias excepcionales (nuevo artículo 5.3 bis);
- (ii) un solo operador haya manifestado su interés en participar en un procedimiento de adjudicación (nuevo artículo 5.3 ter);
- (iii) un contrato sea considerado de menor relevancia de acuerdo con los límites establecidos en el artículo 4 (i. e., un valor anual medio inferior a 7.500.000 euros o una prestación anual inferior a 500.000 kilómetros de servicios públicos de transporte por ferrocarril);

(iv) la adjudicación directa esté justificada por las características estructurales y geográficas del mercado y la red, y conlleve una mejora de la calidad o eficiencia de los servicios en comparación con el contrato anteriormente adjudicado (nuevo artículo 5.4 bis); y

(v) un operador explote (a) principal o únicamente una infraestructura ferroviaria local o regional aislada, o (b), exclusivamente, servicios urbanos y suburbanos de transporte ferroviario de viajeros (nuevo artículo 5.4 ter).

Por último, se modifica el artículo 8.2 de forma que el artículo 5 no será aplicable hasta el 3 de diciembre de 2019.

— *Especificación de las obligaciones de servicio público y su compensación*

Con el fin de «generar efectos positivos de red, entre otras cosas, en términos de mejora de la calidad de los servicios, de cohesión social y territorial o de eficiencia global del sistema de transporte público», el Reglamento 2016/2338 incluye un nuevo artículo 2 bis.

De acuerdo con este artículo, las autoridades competentes deberán especificar las obligaciones de servicio público y su ámbito de aplicación. Además, las especificaciones y su ámbito deberán ser proporcionales y compatibles con los objetivos de política de transporte público de los Estados miembros. El artículo 2 bis también limita la compensación financiera por las obligaciones de servicio público a satisfacer a los operadores ferroviarios.

— *Medidas de protección de los trabajadores del sector ferroviario*

En la primera lectura de la propuesta de modificación del Reglamento 1370/2007, el Parlamento Europeo realizó especial hincapié en los aspectos sociales, afirmando que la liberalización del mercado no debía conducir a una degradación de las condiciones laborales y sociales de los trabajadores del sector ferroviario.

Tras la modificación del Reglamento 1370/2007, los operadores de servicios públicos estarán obligados a cumplir con las obligaciones establecidas por la legislación social y laboral aplicable en los Estados miembros donde se realice el transporte (nuevo artículo 4.4 bis). Además, todo cambio de un operador de servicio público que constituya una «transferencia» de empresa estará sujeto a la Directiva 2001/23/CE (nuevo artículo 4.4 ter).

— *Medidas tendentes a favorecer la competencia en los procedimientos de licitación*

Como recoge la Comunicación, la configuración del actual sector ferroviario (con un único o varios operadores) dificulta su apertura a la competencia. Con el fin de mitigar las barreras de entrada, el Reglamento 2016/2338 incluye el nuevo artículo 4.8 en el Reglamento 1370/2007 que enumera y sistematiza la información que deberán contener las licitaciones y ofertas.

Por último, se incluye un nuevo artículo 5 bis en el Reglamento 1370/2007 por el cual las autoridades competentes, «a efectos de iniciar un procedimiento de licitación competitiva», deberán evaluar la necesidad de tomar medidas para garantizar el acceso efectivo y no discriminatorio a material rodante por los eventuales licitadores. Este artículo 5 bis también recoge las medidas que podrán adoptarse para garantizar el acceso a dicho material rodante.

CONCLUSIONES

Con la aprobación del cuarto paquete ferroviario, la Unión Europea avanza hacia la consolidación de un espacio ferroviario europeo único a partir del 1 de diciembre de 2019.

La publicación del pilar técnico contribuyó a facilitar la circulación de los operadores ferroviarios entre los distintos Estados miembros al unificarse su normativa técnica. Además, es esperable que, con la publicación de la Directiva 2016/2370, el ferrocarril gane competitividad respecto de otros medios competidores al intensificarse la independencia del administrador de infraestructuras y fomentarse los trenes de alta velocidad.

Por último, el Reglamento 2016/2338 limita y ordena la adjudicación de contratos de servicio público a partir de 2023. Sin embargo, sus efectos pueden verse en la práctica diluidos por (i) la introducción de cuatro nuevas excepciones por las que las autoridades competentes podrán adjudicar los contratos directamente; y (ii) por el hecho de que dichos contratos puedan tener vigencia hasta diciembre de 2033.

En definitiva, nuestra valoración del cuarto paquete ferroviario es positiva y consideramos que se dirige en la dirección correcta. Sin embargo, es presumible que sea necesario un quinto paquete ferroviario para alcanzar de manera efectiva el espacio ferroviario europeo único.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Obligaciones de servicio público y sector ferroviario en España. Un análisis crítico del proceso de adaptación, no definitivo, al Derecho europeo», en PETIT LAVALL, M.^a Victoria y PUETZ Achim (directores): *La eficiencia del transporte como objetivo de actuación de los poderes público: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, 2015, págs. 17-35.

MONTERO PASCUAL, Juan José: «Las obligaciones de servicio público en el transporte ferroviario. Escenario ante la liberalización», en PETIT LAVALL, M.^a Victoria, MARTÍNEZ SANZ, Fernando y RECALDE CASTELLS, Andrés (directores): *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Marcial Pons, 2013, págs. 107-127.

NICOLÁS NÄGELE GARCÍA DE FUENTES y
LAURA PELÁEZ GARCÍA*

* Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).