

LA LIBERALIZACIÓN DEL TRANSPORTE FERROVIARIO

Por
DIEGO LÓPEZ GARRIDO

SUMARIO: I. LAS CONDICIONES PREVIAS: LA SEPARACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA Y LA EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO. 1. *La separación contable.* 2. *El canon de utilización de la infraestructura.*—II. LAS DIMENSIONES DE LA LIBERALIZACIÓN. 1. *Autonomía de gestión y libertad de precio.* 2. *El derecho de acceso al mercado de las agrupaciones internacionales de ferrocarriles.* 3. *El derecho de la competencia en los ferrocarriles europeos.* 4. *La apertura de los contratos públicos.*—III. EL TRANSPORTE COMBINADO.

Tradicionalmente ha habido una disputa, entre los Estados miembros de la CE, en el interior de las Instituciones Comunitarias, y en las mismas compañías de ferrocarril, sobre si, en el camino hacia la integración de los transportes comunitarios, había que liberalizar inmediatamente o esperar a una previa armonización. Desde el punto de vista jurídico, el dilema está solucionado. El Tribunal de Justicia ha dejado claro que la introducción de la libre prestación de servicios en el sector de los transportes no debe estar subordinada a una previa armonización en las condiciones de competencia.

Sin embargo, el Consejo de Ministros de la Comunidad, desde la perspectiva política, ha establecido un nexo entre esas dos dimensiones, la liberalización y la armonización. Para el Consejo, la liberalización, es decir, la eliminación a los obstáculos en frontera o a las barreras administrativas para la libre circulación y el libre juego de la competencia, no es suficiente, ni siquiera es posible, hasta que desaparezcan las profundas diferencias entre los diversos mercados nacionales del transporte y las diferencias entre los diversos modos de transporte.

La situación de los ferrocarriles es tan peculiar que a esas dos dimensiones, liberalización y armonización, ha precedido siempre, impidiendo el desarrollo de aquéllas, la necesidad de un saneamiento financiero de las complejas y enrevesadas estructuras económicas ferroviarias. Este ha sido siempre el obstáculo para ir a una verdadera política europea del transporte ferroviario. La profunda intervención financiera del Estado en los ferrocarriles, y la deficitaria situación de éstos, ha hecho que los mayores esfuerzos, las mayores energías comunitarias, se hayan gastado en lograr una situación financiera suficientemente sana y limpia como para que se pudiera afrontar la posterior tarea armonizadora y liberalizadora.

En 1991 se ha producido el primer paso adelante significativo en la liberalización, tímida liberalización, del transporte ferroviario. Se hace a través de la reciente Directiva 91/440 sobre el desarrollo de los ferrocarriles de la Comunidad. En este trabajo vamos a estudiar el contenido de esa Directiva, en cuanto afecta a las relaciones financieras entre Estado y redes ferroviarias.

Vamos a dedicarle tres apartados a la liberalización del transporte ferroviario y sus efectos en RENFE. En primer lugar, estudiaremos una condición jurídica previa que establece, muy sensatamente, la Directiva 91/440: la necesidad de que haya una separación, al menos contable, entre la administración de la infraestructura y la explotación del servicio. Se trata de una condición «jurídica» previa; la condición «económica», esto es, el saneamiento financiero, ha sido estudiada en otro trabajo.

El segundo apartado va a examinar cada una de las dimensiones de la liberalización del transporte ferroviario. Veremos que esa liberalización es más una buena intención que una realidad y que aún va a tropezar con muchísimos obstáculos.

Por último, voy a dedicar un apartado especial al transporte combinado, un modo de transporte de especial auge en los últimos años, de gran futuro seguramente para el ferrocarril.

I. LAS CONDICIONES PREVIAS: LA SEPARACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA Y LA EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO

1. *La separación contable*

En la Comunicación de la Comisión sobre una política ferroviaria comunitaria, de 25 de enero de 1990, se advierte de un hecho obvio (1). En contraste con otros sistemas de transporte, los ferrocarriles nacionales ofrecen servicios y son, a la vez, propietarios de su infraestructura, lo que puede llevar a un trato desigual de los modos de transporte en lo que se refiere a los costes de infraestructura y, de paso, obstaculizar los servicios transfronterizos.

A la vista de ello, la Comisión propone una neta separación entre infraestructura y servicio. El punto de vista de la Comisión es el siguiente:

«De acuerdo con el principio definido en el artículo 222 del Tratado, la Comisión no propone ninguna solución específica en lo que se refiere a la propiedad de las infraestructuras: los Estados miembros pueden autorizar a una empresa a poseer y a explotar la infraestructura de las empresas de ferrocarriles nacionales (en particular, las empresas de ferrocarriles existentes) o pueden asumir la pro-

(1) COM (89) 564, par. núm. 27.

riedad y la responsabilidad financiera de la infraestructura del ferrocarril. En este último caso, deberá pedirse al Estado miembro que establezca una entidad pública o bien será necesario firmar un contrato con una empresa garantizando la responsabilidad de la gestión y del cuidado de la infraestructura. Toda empresa de ferrocarril que explote una infraestructura, sea bajo una autorización del Estado (la infraestructura es propiedad de la empresa) sea bajo un contrato de gerencia firmado con el Estado miembro (la infraestructura es propiedad del Estado) deberá organizar sus operaciones de transporte y de infraestructura como dos divisiones distintas, con el fin de asegurar que no se produzca un cruce de subvenciones» (2).

La propuesta de Directiva que iba unida a dicha Comunicación, en su artículo 8, desarrollaba ese principio de separación, en dos «divisiones»: las actividades en «materia de infraestructura» y «sus operaciones de transporte». Establecía que las contabilidades de ambas divisiones se tendrían que realizar de forma que quedase excluida toda posibilidad de transferencia de fondos entre ellas.

Este proyecto se ha convertido en tres artículos (6, 7 y 8) de la Directiva del Consejo de 29 de julio de 1991 sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios (91/440).

El Consejo de Ministros ha rebajado el nivel de pretensiones de la Comisión. La separación orgánica que aparecía en la propuesta de la Comisión de 1990 ha pasado a ser solamente una posibilidad voluntaria para los Estados. El artículo 6 actual sólo exige una separación *contable* entre las actividades relativas a la explotación de los servicios de transporte y las referentes a la administración de la infraestructura ferroviaria. Asimismo, se reitera que las ayudas que se concedan a una de estas actividades no podrán transferirse a la otra.

La separación contable, de hecho, se realiza ya en las empresas ferroviarias. No en todas, ciertamente. RENFE, por ejemplo, ha empezado a llevar a cabo esa división a partir de la puesta en práctica de su nuevo modelo de gestión de la red. Sin embargo, la separación en unidades de gestión, que vienen a coincidir más o menos entre aquellas que se refieren al servicio y aquellas que se refieren al mantenimiento de la infraestructura, aún no puede decirse que se refleje en una contabilidad separada.

El artículo 6 no exige que esto último funcione efectivamente antes del 1 de enero de 1993, que es la fecha en que los Estados miembros tienen que dar cumplimiento a la Directiva. No obstante, dicho precepto señala que los Estados deben adoptar «las medidas necesarias para garantizar la separación contable». Es una expresión algo más ambigua, pero que no cabe eludir. Por ello, RENFE debería haber tenido preparada esa separación contable antes de la fecha citada.

(2) *Ibid.*, par. 31.

La obligatoriedad de la separación orgánica no se consiguió, porque los Estados miembros mostraron una manifiesta hostilidad a que esa medida fuese vinculante. De todas formas, es difícil pensar que se pueda dar una separación contable real sin que haya una base orgánica. La idea de unidades de gestión, presente en la medida organizativa interna de RENFE, puede ser un punto intermedio aceptable para una primera fase. Pero, más adelante, quizá, sea necesario plantearse el que esa incipiente división orgánica se proyectase en empresas independientes, una gestora de la infraestructura (podría ser el propio Estado) y otra gestora de los servicios.

2. *El canon de utilización de la infraestructura*

La separación contable entre infraestructura y explotación del servicio lleva aparejada una segunda consecuencia, que señala con toda nitidez el artículo 8 de la Directiva 91/440. Se trata del canon de utilización de la infraestructura que deben pagar las empresas ferroviarias y las agrupaciones internacionales que se sirvan de esa infraestructura. Dice así el artículo 8:

«El administrador de la infraestructura aplicará un canon de utilización de la infraestructura a su cargo que deberán pagar las empresas ferroviarias y las agrupaciones internacionales que se sirvan de dicha infraestructura. Previa consulta a dicho administrador, los Estados miembros establecerán las modalidades de fijación de dicho canon.

El canon de utilización, que se calculará de forma que se excluya toda discriminación entre empresas ferroviarias, podrá tener en cuenta, en particular, los kilómetros recorridos, la composición del tren y todo tipo de condicionante especial debido a factores tales como la velocidad, la carga eje y el nivel o el período de uso de la infraestructura.»

Este es un punto importante y, probablemente, una de las causas de la hostilidad de los Estados miembros a que las infraestructuras nacionales se abriesen a empresas ferroviarias de otros Estados o a empresas privadas. Así, la posición del Estado español en la discusión, en el seno del COREPER, de la propuesta de Directiva comunitaria, partía de la hipótesis de que las supuestas nuevas empresas ferroviarias operando en régimen de competencia, al ser obligada la obtención de beneficios, no admitirían cánones de acceso a la infraestructura que fuesen exclusivamente altos. Por el contrario, esos cánones tenderían a establecerse en niveles ficticiamente bajos. Esto acumularía las pérdidas en los explotadores de la infraestructura y, en último término, de los Estados, con el resultado previsible de que estos déficits, que servirían para alimentar a empresas con beneficios, podrían ser mayores que los actuales. Eso sin contar con que se cargarían probablemente a los explotadores de la infraestructura

las responsabilidades económicas por eventuales daños comerciales a las empresas usuarias como consecuencia de fallos en la red. Esto es lo que sucedería en los segmentos de mercado con posibilidades de beneficio, como la alta velocidad o el transporte combinado de mercancías.

Por eso, pareció oportuno al Gobierno español, y a los demás gobiernos europeos, seguir por el momento confiando la prestación de los servicios ferroviarios a las empresas nacionales existentes o, todo lo demás, a agrupaciones internacionales de empresas donde figurasen éstas. Esta es la solución a la que se ha llegado.

La solución actual no evita, sin embargo, que tenga que cumplirse lo que el artículo 8 de la Directiva 91/440 señala, que es la fijación de un canon de utilización de la infraestructura. Si esa infraestructura la van a utilizar las unidades de gestión —en el caso de RENFE— encargadas de la explotación del servicio, serán estas unidades las que tendrán que pagar el canon a las unidades encargadas de la gestión o administración de la infraestructura. No importa que se trate de unidades correspondientes a la misma empresa, a RENFE. Habrá una transferencia interna de pagos en concepto de utilización de la infraestructura desde una unidad de gestión operadora a otra unidad de gestión administradora de la infraestructura.

El canon es absolutamente necesario establecerlo, lo que habría que haber hecho antes del 1 de enero de 1993, siguiendo los criterios del artículo 8. Por mandato de la Directiva y también por necesidades de propio servicio. En efecto, determinados servicios, los que no son objeto de compensación por parte del Estado, se supone que no deben ser deficitarios. Sus contabilidades deberán tender a reflejar beneficios. Esas contabilidades tendrán que organizarse sobre la base de pagos por utilización de infraestructura. Estará prohibida la transferencia de fondos entre las unidades operadoras y las unidades administradoras de infraestructura.

Además, si se crean las agrupaciones internacionales a que hace alusión la Directiva, para ellas habrá que establecer un canon de utilización de la infraestructura.

La fijación del canon afecta, sin duda, al Contrato-Programa entre RENFE y el Estado. Algo necesario para la política de RENFE y, además, pensando en la referencia con otros modos de transporte, en especial con la carretera. Vía pago de precios de carburantes, ya hay una cierta contribución a la financiación de la infraestructura para los usuarios de la carretera. Algo parecido, aunque mucho más sofisticado, tendría que establecerse en relación con los ferrocarriles.

Es, sin duda, algo complejo la fijación de un canon o peaje por la utilización de la infraestructura ferroviaria. La tarificación de las infraestructuras es una de las cuestiones más controvertidas y estudiadas por los economistas, desde hace mucho tiempo.

Como dice KIRCHEN, los peajes económicos se componen de dos elementos: un peaje o coste igual a los costes marginales de uso y un peaje puro o de saturación que tiene el carácter de renta y que está destinado a igualar la demanda y la capacidad de la infraestructura. Este último peaje

sería nulo si, a un precio igual al peaje de coste la capacidad de la infraestructura no está plenamente utilizada. Si, por el contrario, la infraestructura está plenamente utilizada, el peaje que hemos llamado «puro» debe ser suficiente para asegurar el equilibrio entre la demanda y la capacidad (3).

Pero no todos los problemas se han resuelto con estas consideraciones. En algunos casos, la aplicación de un sistema de peajes económicos no permite asegurar una cobertura completa de los costes de infraestructura. Sería el caso de los ferrocarriles. Por eso, los expertos han visto la posibilidad de imponer a ese sistema el factor del equilibrio presupuestario, es decir, añadir a las tarifas, peajes o cánones cantidades suplementarias de forma que se asegure la cobertura de gastos por los ingresos en un período concreto. Es lo que se llama el sistema del equilibrio presupuestario.

Otros sistemas se han elaborado. Junto al sistema de peajes económicos o del equilibrio presupuestario existe el sistema del «coste de desarrollo» o del «coste total», o coste económico completo. El sistema de los costes de desarrollo, cuyo objetivo es asegurar igualmente la utilización óptima de la infraestructura, está basado en la evaluación de los gastos calculados en función del desarrollo que se prevé en el futuro. Según que el tráfico esté en expansión o, por el contrario, en regresión, el precio óptimo de utilización de la infraestructura será igual, o bien al coste de progresión o bien al coste de regresión.

En cuanto al sistema de costes totales, trata igualmente de resolver el problema de la determinación de los precios por la utilización de la infraestructura sobre la base de un cálculo de costes, pero, contrariamente al sistema anterior, que toma en cuenta sólo los costes suplementarios futuros, el sistema de costes totales toma en cuenta los costes de las infraestructuras existentes. Porque el objetivo de este método de cálculo de costes de infraestructura es realizar una armonización en las condiciones de competencia entre los diferentes modos de transporte y se estima que esa armonización sólo es posible si los costes de capital se determinan sobre la base de principios comunes a los tres modos de transporte. Estos costes se calculan por medio de una fórmula de amortización que tiene en cuenta el valor de sustitución de las instalaciones y una tasa de interés.

El problema, dentro de la Comunidad Europea, es que cada Estado aplica un método de cálculo de costes, y, por tanto, de aplicación de canon, diferente. Por ejemplo, en los transportes por ferrocarril a larga distancia de mercancías, de carácter internacional, los alemanes calculan costes sobre bases bastante arbitrarias que producen unas tarifas básicas muy altas, y después ofrecen amplios descuentos hasta poner el precio en niveles que compiten con la carretera. Los franceses y los belgas, por su parte, prefieren un sistema de costes marginales, siguiendo más bien las

(3) N. KIRCHEN, «Le problème de la tarification des infrastructures», en *Session*, Brugges, 1966, pág. 291.

recomendaciones de la Unión Internacional de Ferrocarriles. Los británicos y los irlandeses hacen una síntesis de los anteriores sistemas. Todo ello es índice de que puede que surjan dificultades para la aplicación de la Directiva como consecuencia de los muy diferentes criterios que utiliza cada una de las redes ferroviarias para el cálculo de costes y, por tanto, de tarifas (4).

Esta cuestión está regulada por el Reglamento 2.183/78, del Consejo, de 19 de septiembre de 1978, relativo al establecimiento de principios uniformes para el cálculo de los costes de las empresas de ferrocarriles. Pero los criterios que en él se establecen no son suficientemente concretos como producir una convergencia significativa. Además, sólo es aplicable al tráfico interno.

Todo esto influye en las tarifas ferroviarias y en las grandes dificultades para llegar a una tarifa europea. Se trata de una materia que está vinculada las opciones de política tarifaria de las empresas ferroviarias y, al tiempo, a la propia política económica de los Estados. Si a ello se le añade la dificultad inherente al cálculo de costes, que veíamos antes, nos podemos hacer una idea de los obstáculos que existen para una armonización de precios. El último problema, del que hablaremos inmediatamente, es de la ausencia de autonomía de las compañías para establecer las tarifas.

II. LAS DIMENSIONES DE LA LIBERALIZACIÓN

1. *Autonomía de gestión y libertad de precio*

La Comisión Europea, en su Comunicación, tantas veces citada, de 25 de enero de 1990, contempla la autonomía de gestión de las compañías ferroviarias de la siguiente forma:

«Un elemento clave en la creación de un sistema comunitario es que la organización de los ferrocarriles tiene que facilitar el desarrollo de nuevas estructuras operativas compatibles. Dicha compatibilidad organizativa facilitará, a su vez, el desarrollo de una compatibilidad técnica. Sin embargo, sólo puede alcanzarse una compatibilidad operativa si la gestión del ferrocarril es realmente autónoma y responsable del éxito de la empresa. Es este un requisito previo a cualquier avance hacia la eliminación de barreras nacionales. Una vez adoptado el principio de autonomía, la naturaleza exacta de la organización de los ferrocarriles nacionales no es asunto de la Comunidad. Con una gestión autónoma y la aceptación de las normas básicas para el

(4) «ECC Commission tries to break down the barriers», en *Railway Gazette International*, July, 1978, pág. 476.

acceso a la infraestructura, se habrán puesto las piedras de toque de un sistema ferroviario de la Comunidad» (5).

En aplicación de los principios anteriores, la propuesta de Directiva que planteaba la Comisión sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios establecía en su artículo 7 que los Estados miembros deberían garantizar «la autonomía jurídica y la independencia de gestión de las compañías de ferrocarriles». Asimismo, añadía, los Estados miembros deben garantizar que las compañías de ferrocarriles funcionen «conforme a principios comerciales y tengan libertad para ajustar el carácter de su actividad al mercado». Citaba, a continuación, una serie de ejemplos de esa libertad, entre ellos, «establecer su organización interna» y «controlar la prestación, la comercialización y los precios de los servicios».

Hasta el momento de la presentación de esa propuesta, la Comunidad había realizado alguna tentativa en la línea de autonomía de gestión de las empresas de ferrocarril, sobre todo en el campo de la fijación de algunas tarifas. La primera vez que se habla de esa materia en una norma comunitaria es en el artículo 9 de la Decisión 75/327, sobre el saneamiento de las empresas de ferrocarriles y la armonización de las normas que rigen las relaciones financieras entre estas empresas y los Estados. Dicho precepto, estableciendo el principio de que las empresas deben ser gestionadas según criterios económicos, preveía la institución de precios de transporte idóneos para conseguir resultados financieros óptimos. Se trataba de que los gobiernos acordasen para los ferrocarriles una autonomía comercial suficiente a fin de potenciar su mutua cooperación, sobre todo en materia de formación de precios de transporte.

En julio de 1982, el Consejo adoptó la Decisión de 19 de julio de 1983 (82/529) relativa a la formación de precios para los transportes internacionales de mercancías por ferrocarril. La Decisión prevé, para los transportes internacionales de mercancías por ferrocarril entre Estados miembros, la determinación, por parte de las compañías ferroviarias, de las tarifas que deben regir para los recorridos en el territorio nacional correspondiente o para el recorrido total, desde el origen al destino, delegando en las empresas para la conclusión de acuerdos concretos. Las empresas pueden determinar los precios y condiciones de transporte según sus intereses comerciales, y teniendo en cuenta la situación del mercado. Era la primera ocasión en que se habría una brecha en el férreo control estatal de las tarifas ferroviarias.

El 25 de julio de 1983, el Consejo adoptó la Decisión 83/418 relativa a la autonomía comercial de los ferrocarriles en la gestión de los transportes internacionales de viajeros y equipajes. Según la Decisión, las empresas ferroviarias pueden fijar, mediante acuerdos bilaterales o multilaterales, tarifas comunes independientes de las tarifas nacionales, que comporten la oferta de un precio conjunto desde el punto de partida al punto de llegada. Tales precios pueden establecerse según intereses comerciales de

(5) COM (89) 564 final, par. 36.

las compañías, los precios de coste y la situación del mercado. La especialidad de los ferrocarriles aparece en esta norma cuando se prescribe que las tarifas deben cubrir al menos los gastos directamente imputables a los transportes internacionales, considerados en sí mismos, y aportar una contribución a la cobertura de los gastos comunes.

Además, la Decisión 83/418 no afecta a la normativa sobre obligaciones en materia de servicio público.

Esta es la situación cuando se produce la comunicación de la Comisión a que aludimos anteriormente. La única autonomía de gestión real, expresada en la fijación de precios, se da, en cuanto a los transportes ferroviarios, en las líneas internacionales.

Pues bien, la aportación que se hace por la Directiva de 29 de julio de 1991 (91/449) consiste en una proclamación, tan genérica como la de otras de la misma Directiva, de la «garantía de la autonomía de gestión de las empresas ferroviarias» (art. 1).

El artículo 4 de la Directiva desarrolla esta idea de la siguiente forma:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en materia de dirección, gestión, administración y control administrativo, económico y contable interno, las empresas ferroviarias estén dotadas de un Estatuto independiente con arreglo al cual dispongan, en particular, de patrimonio, presupuesto y contabilidad independientes de los de los Estados.»

Por su parte, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva dice:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir a las empresas ferroviarias que adapten al mercado sus actividades y las administren bajo la responsabilidad de sus órganos de dirección, con el fin de que presten servicios eficaces y adecuados con el menor coste posible para la calidad de servicio exigido.

Las empresas ferroviarias deberán ser administradas según los principios que se aplican a las sociedades mercantiles, incluso en lo que se refiere a las obligaciones de servicio público impuestas por el Estado a la empresa y a los contratos de servicio público celebrados por la empresa con las autoridades nacionales competentes del Estado miembro.»

Hasta aquí, no hay nada en esta Directiva que sea contrario a lo actualmente vigente en la normativa española. La Ley de Ordenación de Transportes Terrestre establece la autonomía de gestión de RENFE, y fija los criterios de mercado para el desarrollo de sus actividades. No obstante, conviene recordar que es difícil una autonomía de gestión, algo aplicable para RENFE y para las demás compañías ferroviarias europeas, cuan-

do hay un dependencia tan estrecha del Estado en relación con la financiación de las costosísimas infraestructuras ferroviarias y, sobre todo, con la cobertura de los déficits estructurales, motivados en parte por las obligaciones de servicio público que el propio Estado impone a la compañía.

El artículo 5, en su apartado 3, de la Directiva 91/440 ofrece algunos ejemplos de autonomía de gestión, es decir, algunos ámbitos en que las empresas ferroviarias «tendrán libertad». Entre ellos está: «definir su organización interna» y «controlar la prestación y comercialización y fijar la tarificación de los servicios», sin perjuicio del Reglamento (CEE) 1.191/69. Pero eso con gran cuidado para las competencias políticas del Estado, ya que esa «libertad» se desarrollará siempre «en el marco de las líneas directrices de política general adoptadas por el Estado, y estudios de los planes o controles nacionales, que pueden ser plurianuales, incluidos los planes de inversión y financiación».

La Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres proclama la garantía de la libre elección del usuario y la libertad de gestión de las empresas. Pero el artículo 17.3 señala los límites:

«El Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones [hoy Ministerio de Obras Públicas y Transportes], establecerá previa consulta con RENFE, las condiciones básicas de prestación de los servicios ferroviarios que haya de explotar RENFE.»

Este artículo coincide básicamente con el artículo 5.3 de la Directiva 91/440. No hay contradicción en ellos.

Sin embargo, sí puede haber una cierta contradicción con la libertad que, según la legislación comunitaria tiene RENFE para establecer sus tarifas en aquellos servicios que no estén sometidos a obligaciones de servicio público o que no estén regulados a través de «contratos de servicio público».

Efectivamente, el artículo 18 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres dice:

«1. La administración de transportes podrá establecer tarifas obligatorias o de referencia para los transportes públicos y actividades auxiliares y complementarias del transporte regulados en esta Ley. Las citadas tarifas podrán establecer cuantías únicas o bien límites máximos, mínimos o ambos. De no existir tarifas, la contratación deberá realizarse a los precios usuales o de mercado del lugar en que la misma se lleve a cabo.

2. El establecimiento de tarifas obligatorias previsto en el punto anterior deberá venir determinado por razones de ordenación del transporte vinculadas a la necesidad de las mismas para proteger la posición de los usuarios y/o de

los transportistas, para asegurar el mantenimiento y continuidad de los servicios o actividades de transporte o para la realización de los mismos en condiciones adecuadas.

3. Cuando por razones de política económica el precio de los transportes estuviera incluido en alguna de las modalidades de intervención reguladas en la normativa general de precios, la Administración de transportes deberá someter el establecimiento o modificación de las correspondientes tarifas a los órganos competentes sobre control de precios.

4. La falta de tarifas obligatorias establecidas por la Administración de transportes para determinados servicios o actividades de transporte, motivada por la inexistencia de razones que justifiquen dichas tarifas desde la perspectiva de la ordenación del transporte, no será óbice para la aplicación de los regímenes de precios intervenidos establecidos en la legislación de control de precios, cuando la repercusión de los mismos en el sistema económico general lo justifiquen, realizándose en este caso directamente sobre los precios que pretendan aplicar las empresas, los controles previstos en la legislación general de precios.»

Hay que entender que el artículo 18 estaría derogado por la legislación comunitaria en cuanto que no da libertad a RENFE para establecer los precios que tenga por conveniente en aquellos servicios no subvencionados. Pero, ya que la Directiva 91/440 tiene que ser traspuesta al derecho interno, convendría que esa tras posición incluyese una reforma del artículo 18, salvando la legislación comunitaria. Si tal reforma no se produjese, debería interpretarse la Directiva en el sentido de tener eficacia directa a partir del 1 de enero de 1993, ya que la cobertura de fijación de tarifas, fuera de los casos de obligaciones de servicio público a las compañías ferroviarias, se deduce con toda claridad de esa Directiva.

El artículo 19 LOTT establece que:

«1. Las tarifas del transporte público y de las actividades auxiliares y complementarias del transporte deberán cubrir la totalidad de los costes reales en condiciones normales de productividad y organización, y permitirán una adecuada amortización y un razonable beneficio empresarial y una correcta prestación del servicio o realización de la actividad, no dejando de retribuir, en su caso, las prestaciones complementarias.

2. La estructura tarifaria se ajustará a las características del transporte o de la actividad auxiliar o complementaria del mismo de que en cada caso se trate, y se configurará de forma que fomente la inversión, la seguridad y la calidad.

3. La revisión de las tarifas se autorizará por la Administración, de oficio o a petición de los titulares de los servicios o actividades de transporte o, en su caso, de las asociaciones empresariales o de usuarios.»

La revisión podrá ser individualizada o de carácter general para los transportes de una determinada clase, y procederá cuando hayan sufrido variación las partidas que integran la estructura de costes de modo que se altere significativamente el equilibrio económico del servicio o de la actividad, impidiéndose atender las finalidades previstas en el punto 1.

Tanto la fijación inicial como las sucesivas revisiones de las tarifas, deberán realizarse teniendo en cuenta la situación, las modificaciones y la interacción recíproca del conjunto de variables que se determinen como elementos integrantes de la estructura tarifaria.

4. No obstante lo previsto en el punto 1 anterior, excepcionalmente podrán establecerse, en los servicios en los que existan motivos económicos o sociales para ello, tarifas a cargo del usuario más bajas de las que resultarían por aplicación de lo dispuesto en dicho punto, estableciéndose un régimen especial de compensación económica u otras fórmulas de apoyo a las correspondientes empresas por parte de las Administraciones afectadas o interesadas. Dicho régimen especial de apoyo podrá extenderse a otras clases de transporte, por razones de perfeccionamiento tecnológico o mejoras del sistema de transporte que se lleven a cabo en supuestos determinados.

En ningún caso se admitirán subvenciones o apoyos que cubran déficits imputables a una inadecuada gestión empresarial.»

El artículo 183 de la LOTT no contradice lo dispuesto en los artículos 18 y 19. Más bien al contrario, ya que acepta el aspecto impositivo de las tarifas cuando dice: «las condiciones tarifarias que se impongan a RENFE han de ser compatibles con el examen autónomo de gestión que resulte posible dentro de las limitaciones que las necesidades sociales y las obligaciones de servicio público, fundamental en el transporte de viajeros de cercanías hagan necesario establecer».

En cuanto al transporte internacional, el Reglamento de Desarrollo de la LOTT, en su artículo 144, hace una salvedad en cuanto a la regulación comunitaria, ya que es absolutamente conocido que éste establece libertad de fijación de tarifas para este tipo de transporte. Dice así el artículo 144 del Reglamento:

«Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán con carácter supletorio a las contenidas en la normativa

directamente aplicable de la Comunidad Económica Europea y en los demás tratados y convenios internacionales suscritos por España.»

2. *El derecho de acceso al mercado de las agrupaciones internacionales de ferrocarriles*

En la Comunicación de 25 de enero de 1990, la Comisión Económica europea, en relación con el acceso a las redes nacionales de infraestructuras, dice: «Las carreteras, las vías navegables y el espacio aéreo se consideran generalmente bienes públicos cuya utilización debería estar abierta a todos». Este principio de libre acceso se aplica a los ferrocarriles.

A partir de ese principio, la propuesta de Directiva sobre el desarrollo de los ferrocarriles de la Comunidad, de la misma fecha, se refería a la libertad de acceso al mercado en los artículos 3 y 5. Este último decía:

«Artículo 5. 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir a las empresas ferroviarias que adapten al mercado sus actividades y las administran bajo la responsabilidad de sus órganos de dirección, con el fin de que presten servicios eficaces y adecuados con el menor coste posible para la calidad de servicio exigido.

Las empresas ferroviarias deberán ser administradas según los principios que se aplican a las sociedades mercantiles, incluso en lo que se refiere a las obligaciones de servicio público impuestas por el Estado a la empresa y a los contratos de servicio público celebrados por la empresa con las autoridades nacionales competentes del Estado miembro.

2. Las empresas ferroviarias aprobarán sus programas de actividad, incluidos los planes de inversión y de financiación. Se diseñarán dichos programas con miras a alcanzar el equilibrio financiero de las empresas y realizar los demás objetivos de gestión técnica, comercial y financiera; además, deberán prever los medios necesarios para realizar estos objetivos.

3. En el marco de las líneas directrices de política general adoptadas por el Estado, y habida cuenta de los planes o contratos nacionales, que podrán ser plurianuales, incluidos los planes de inversión y financiación, las empresas ferroviarias tendrán libertad, concretamente, para:

- construir con una u otras empresas ferroviarias una agrupación internacional;
- definir su organización interna, sin perjuicio de lo dispuesto en la Sección III;
- controlar la prestación y comercialización y fijar la tarificación de los servicios sin perjuicio del Reglamento

(CEE) núm. 1.191/69 del Consejo, 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;

— tomar las decisiones referentes al personal, los activos y las compras propios;

— desarrollar su cuota de mercado, crear nuevas tecnologías y nuevos servicios y adoptar cualquier técnica innovadora de gestión.

— impulsar nuevas actividades en ámbitos relacionados con la actividad ferroviaria.»

Esta redacción habría supuesto, sin duda, un paso formidable en la línea de introducir la plena libertad de prestación de servicios y el derecho de establecimiento en el campo de los transportes ferroviarios. Pero el paso hubiera sido tan grande que la pretensión de la Comunidad fue rechazada por los gobiernos.

La diversidad de técnicas ferroviarias que existen hoy entre los diferentes estados miembros (características de vía, gálibos, tensiones, señalización, control...) harían imposible pensar en una liberalización del mercado comunitario sin haber conseguido previamente un nivel importante de armonización técnica. Por otra parte, como señala el documento manejado por la representación del Gobierno español en las reuniones del COREPER, en el seno del Consejo de Ministros de la Comunidad, en las condiciones actuales, las posibles trabas físicas a la circulación en tramos subterráneos, en establecimiento de precedencias y asignación de horarios, etc., hace muy difícil pensar en un acceso efectivo a los mercados nacionales a empresas que no fuesen las directamente responsables de la gestión de los tráficos. Ello, sin tener en cuenta lo que ya dijimos respecto del canon de acceso a las infraestructuras.

Por eso, los gobiernos prefirieron una apertura limitada de la libre prestación de servicios, en el sentido de referirse sólo a las agrupaciones de empresas establecidas en dos o más Estados miembros, para servicio entre estos Estados o en tránsito a través de ellos. Es lo que se considera un paso razonable que responde a realidades y necesidades concretas, por ejemplo, la explotación de ciertos itinerarios de mercancías, servicio de transporte combinado, líneas de alta velocidad, etc.

La cooperación entre empresas ferroviarias puede llevar a la creación de nuevas entidades que contribuyeran a resolver los problemas de armonización de las redes y ser un primer paso hacia una futura apertura de los mercados.

Además, no se le escapaba a los Gobiernos que la apertura total podría ser peligrosa de cara a un «descreme» de tráfico ferroviario, de modo que las empresas privadas se beneficiarían de los que son realmente rentables. De otra parte, la relación existente entre el gestor de los tráficos que, en principio, seguiría ejerciendo la compañía nacional, y la operación de

las compañías explotadoras de servicio, podría llevar a discriminaciones muy evidentes.

Todo ello ha condicionado al artículo 10 de la Directiva de 29 de julio de 1991, que dice:

«1. Se reconocerá a las agrupaciones internacionales el derecho de acceso y de tránsito en los Estados miembros en que estén establecidas las empresas ferroviarias que la constituyan, así como el derecho de tránsito en los demás Estados miembros para prestaciones de servicios de transportes internacionales en las conexiones entre los Estados miembros en que estén establecidas las empresas que constituyan dichas agrupaciones.

2. A las empresas ferroviarias comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 2 se les concederá el derecho de acceso, en condiciones equitativas, a la infraestructura de los demás Estados miembros a efectos de la explotación de servicios de transportes combinados internacionales de mercancías.

3. Las agrupaciones internacionales y las empresas ferroviarias que efectúen transportes combinados internacionales de mercancías celebrarán los acuerdos administrativos, técnicos y financieros necesarios con los administradores de la infraestructura ferroviaria utilizada, con el fin de resolver las cuestiones de regulación y de seguridad del tráfico relativas a los servicios de transporte internacional a que se refieren los apartados 1 y 2. Las normas por las que se rijan dichos acuerdos deberán ser no discriminatorias.»

En resumen, el derecho de acceso a la infraestructura ferroviaria se reconoce a agrupaciones internacionales, en que estén representadas las empresas sobre cuya red nacional va a prestarse servicio y las empresas ferroviarias que exploten servicios de transporte combinado internacional de mercancías.

Para esa eventualidad, RENFE tendrá que prepararse, en cooperación con otros ferrocarriles, y, en todo caso, calcular el canon que tendrán que pagar esas empresas o agrupaciones internacionales que utilizarán la infraestructura española.

Lo más novedoso de la Directiva 91/440 es que el derecho a formar agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias dejará de depender y de los gobiernos respectivos. Será una decisión autónoma de las compañías, con los condicionantes, ya señalados, que unas empresas tan dependientes de los presupuestos del Estado tienen. No obstante, jurídicamente, la formación de agrupaciones internacionales que tendrán derecho a transitar por las infraestructuras ferroviarias de los países miembros de la Comunidad Europea, corresponde, a partir del 1 de enero de 1993, a la política interna de las direcciones de cada una de las compañías

ferroviarias. Esto constituye una dimensión tangible de liberalización que añadir al transporte internacional de mercancías y al transporte combinado, que ya están liberalizados.

En este proceso de liberalización, España no está precisamente entre los países más rezagados. Hay un cierto grado de liberalización. En concreto, en relación con el transporte internacional de mercancías, puede aludirse al caso de TRANSFESA, que paga un canon a RENFE por la utilización de infraestructura y de locomotoras en los transportes internacionales de mercancías. SEMAT, que tiene el monopolio del transporte de automóviles por tren, es una filial de la anterior. En España, un 40 por 100 de los vagones de mercancías es privado. Es posible que, en el futuro, RENFE pueda entrar, con una cierta experiencia, en un pool internacional de transporte de mercancías. O quizá este consorcio tenga un carácter más privado, menos vinculado a las infraestructuras ferroviarias o a las empresas públicas. Aquí puede estar un de las grandes decisiones estratégicas de cara a las redes ferroviarias europeas del siglo XXI.

Desde el punto de vista del derecho comunitario, la posible futura agrupación internacional de compañías ferroviarias va a actualizar algo que, prácticamente, se consideraba bastante extraño a la actividad del transporte por ferrocarril que es el derecho de la competencia, en el sentido en que se aplica habitualmente en el seno de la Comunidad Europea. En cuanto que las agrupaciones internacionales se formalizarían, en su caso, a través de acuerdos entre empresa, nacería una posibilidad cierta de invocación del derecho de la competencia.

3. *El derecho de la competencia en los ferrocarriles europeos*

Someter un servicio al régimen de concurrencia o de libre competencia tiene dos aspectos o perspectivas desde los que se puede abordar. Se trata, en primer lugar, de asegurar a los agentes económicos que ejecutan el servicio unas condiciones equiparables de concurrencia en el interior de cada modo de transporte, en este caso del ferrocarril, y entre los diferentes modos de transporte. Eso es lo que intenta hacer toda la legislación comunitaria referida a la armonización de las condiciones en las cuales los Estados intervienen económicamente en los ferrocarriles. La Decisión 65/271 añadía a las anteriores materias la necesidad de armonizar disposiciones en materia fiscal y en materia social.

Pero hay una segunda dimensión en la aplicación de las reglas de la sana concurrencia a los transportes ferroviarios. Nos referimos a aquellas normas que tienen supuestamente por beneficiario al usuario del servicio, cuyos intereses deben ser protegidos contra los riesgos que surgen de los acuerdos entre empresas o de la explotación abusiva de una posición dominante.

Los artículos 85 a 90 del Tratado desarrollan las normas de la política de competencia aplicables a las empresas, en todos los sectores económicos, comprendidos los transportes. Así ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia desde su Sentencia de 4 de abril de 1974 en el caso que

enfrentaba a la Comisión de las Comunidades Europeas y a la República Francesa. El caso se refería al transporte marítimo. Dice la Sentencia en su fundamento de derecho núm. 32:

«Que, además, en virtud del artículo 84, párrafo 2, los transportes marítimos y aéreos, en tanto en cuanto el Consejo no establezca otra cosa, se sustraen a las normas del título IV de la segunda parte del Tratado, relativas a la política común de transportes, quedando, *al igual que las restantes ramas del transporte, sometidas a las normas generales del Tratado.*»

Entre las normas generales del Tratado está, naturalmente, la política de la competencia que es, por tanto, aplicable a los distintos modos de transporte, entre ellos al ferrocarril.

Una Sentencia posterior, de 12 de octubre de 1978, en un caso que enfrentó a la Comisión de las Comunidades Europeas con el Reino de Bélgica, el Tribunal de Justicia vino a confirmar que las normas de la competencia, que figuran en el artículo 85 y siguientes del Tratado, forman parte de las «normas generales» del Tratado y que, especialmente, las ayudas a los transportes están sometidas al régimen general del Tratado sobre ayudas de Estado.

La política de la competencia no forma parte, como tal, del conjunto de la política del transporte. Tiene una autonomía propia, aunque, como hemos señalado, se aplica plenamente también a los servicios de transporte, o sea, a los acuerdos o prácticas entre empresas que se dedican al transporte.

Las primeras normas comunitarias que puede decirse que tienen una cierta relación con la libre competencia se dictaron en 1960 y 1961 para evitar discriminaciones en materia de precios y condiciones de transporte, por razón de país de origen o destino de los productos transportados. Nos referimos al Reglamento núm. 11/60 relativo a la supresión de discriminaciones en materia de precios y condiciones de transporte, en aplicación del apartado 3 del artículo 79 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (§ 1) y la Recomendación de la Comisión dirigida a los Estados miembros relativa a la aplicación del Reglamento núm. 11.

Según el Reglamento (sólo modificado posteriormente por el Reglamento 3.626/84, de 19 de diciembre de 1984, para incluir el transporte de alquiler), las empresas deben remitir a sus gobiernos, quienes los transmiten a la Comisión, los datos relativos a las tarifas y condiciones del transporte en que puede incidir la norma del Consejo. Los gobiernos y las empresas deben suministrar a la Comisión todas las informaciones suplementarias necesarias. Cuando los transportistas aplican condiciones discriminatorias tienen que justificar ante la Comisión que ello no constituye violación de las normas del Reglamento. La Comisión tiene capacidad de inspectora y sancionadora, y el Tribunal de Justicia plena jurisdicción.

Cuando se entró en el derecho de la competencia propiamente dicho fue en 1962: el Consejo de Ministros de la Comunidad adoptó el primer Reglamento de base (Reglamento núm. 17) en aplicación de las disposiciones de los artículos 85 y 86 TCEE y, el mismo año, aprobó el Reglamento núm. 141/62, de 26 de noviembre de 1962, sobre la *no* aplicación del Reglamento núm. 17 del Consejo al sector de los transportes. Sucesivos Reglamentos fueron aplicando el plazo de no aplicación del Reglamento 17 a los transportes hasta el 30 de junio de 1968 (6).

Por fin, el 19 de julio de 1968, el Consejo aprobó el Reglamento núm. 1.017/68, del Consejo, de 19 de julio de 1968, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable.

El Reglamento se basa en los artículos 75 y 87 TCEE, ya que contempla también la competencia entre modos de transporte, lo que se deduce de la política común de transporte y, por tanto, del artículo 75 TCEE.

El artículo 2.º del Reglamento 1.017 establece el principio general:

«Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 3 a 6 serán incompatibles con el mercado común y prohibidos, sin que para ello sea necesaria una decisión previa, todo acuerdo entre empresas, toda decisión de asociaciones de empresas y toda práctica concertada capaz de afectar al comercio entre Estados miembros y que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común, y en especial los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios y condiciones de transporte y otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la oferta de transporte, los mercados, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados de transporte;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la afectación, por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o sus usos mercantiles no guarden relación con la prestación de transporte.»

Los artículos 3 y 4 hacen una excepción de prohibición para los acuerdos técnicos y se establecen exenciones para las agrupaciones de pequeñas y medianas empresas.

El artículo 5 dice que la prohibición del artículo 2 puede ser declarada inaplicable con efecto retroactivo si determinadas condiciones se cum-

(6) Reglamentos núm. 165/65/CEE del Consejo, de 9 de diciembre de 1965 («JOCE» núm. 210, 11-12-1965, pág. 3141) y Reglamento núm. 1002/67/CEE del Consejo, de 14 de diciembre de 1967 («JOCE», núm. 306, 16-12-1967, pág. 1).

plen. El Reglamento prevé esa nueva aplicación a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tienden a reducir las perturbaciones de un mercado de transporte. Esta norma se aplicará tanto tiempo como el Consejo de Ministros no haya puesto en práctica medidas apropiadas para asegurar la estabilidad de ese mercado.

Los acuerdos o decisiones prohibidos en virtud del Reglamento son nulos de pleno derecho (art. 7).

El Reglamento también prohíbe la explotación abusiva de posiciones dominantes (art. 8). Tales prácticas abusivas puede consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios o condiciones de transporte no equitativos;
- b) limitar la oferta de transporte, y mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con la prestación de transporte.

El artículo 9 del Reglamento 1.017 retoma, parcialmente, las disposiciones del artículo 90 TCEE al proveer que, en lo que concierne a las *empresas públicas* y aquellas a las que el Estado conceda derechos especiales o exclusivos, éste no podrá adoptar ni mantener ninguna medida contraria a las disposiciones del Reglamento. No obstante el apartado 2 del citado artículo 9 dulcifica esa medida diciendo:

«Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las disposiciones de los artículos precedentes 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 confiadas».

El Reglamento establece los procedimientos para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones. Los procedimientos para poner fin a las infracciones son iniciados por la Comisión que es, por otra parte, la única competente, a reserva del control de su decisión por el Tribunal de Justicia, para exigir que las empresas cesen en sus acciones o prácticas que sean incompatibles con el Reglamento. La Comisión, igualmente, es la única competente para tomar una decisión de no aplicación de la prohibición del artículo 85 TCEE (Decisión de exención).

Las autoridades públicas de los Estados miembros son competentes para decidir si un acuerdo es incompatible o no con el mercado común o si existe un abuso de posición dominante, pero sólo hasta que la Comisión no haya tomado cartas en el asunto.

El Reglamento insta un Comité Consultivo en materia de acuerdos y de posiciones dominantes en el sector de los transportes, en el seno de

la Comisión. Esta última, como sucede en el derecho de la competencia comunitario, ostenta poderes importantes en materia de verificación y puede imponer multas, de carácter no penal, a las empresas. El Tribunal de Justicia decide, con competencia de plena jurisdicción sobre los recursos presentados contra decisiones sancionatorias de la Comisión. Hasta ahora, el derecho de la competencia se ha aplicado por el Tribunal de Justicia a casos relacionados con el transporte aéreo.

Conviene citar, por último, el Reglamento núm. 2.988/74, del Consejo, de 26 de noviembre de 1974, relativo a la prescripción en materia de actuaciones y de ejecución en los ámbitos del derecho de transportes y de la competencia en la Comunidad Económica Europea. La prescripción se establece en tres o cinco años, según los casos.

La aplicación del derecho de la competencia a los ferrocarriles, hasta ahora extremadamente difícil por la ausencia prácticamente total de relaciones y acuerdos entre las compañías, puede tomar un interés especial de cara a las agrupaciones internacionales que se contemplan en la Directiva 91/440 como posibles para explotar servicios de transporte internacional.

En un medio de transporte tan intervenido como el ferrocarril conviene también tener en cuenta que el derecho de la competencia no afecta exclusivamente a las compañías. También los Estados, las autoridades públicas, deben actuar respetando los principios de ese derecho.

Lo anterior se deduce con toda claridad de los artículos 3 y 5 del Tratado. El artículo 3, en su apartado f) dice:

«A los fines enunciados en el artículo anterior, la acción de la Comunidad llevará consigo, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado:

...

f) el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común.»

Y el artículo 5.º TCEE añade:

«Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultante de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.»

Es jurisprudencia constante en el Tribunal de Justicia que, aunque es cierto que los artículos 85 y 86 del Tratado se refieren al comportamiento de las empresas y no a las medidas legislativas o reglamentarias de los

Estados miembros, no es menos cierto que el Tratado impone a éstos la obligación de no tomar o mantener en vigor medidas susceptibles de eliminar el efecto útil de esas disposiciones. Este sería el caso si un Estado miembro impone o favorece la firma de acuerdos contrarios al artículo 85. Sería también el caso en que un Estado aplicase reglamentaciones de precios atentatorias contra el derecho de la competencia.

Se trata, este último, de un supuesto muy importante. De acuerdo con la jurisprudencia citada del Tribunal de Justicia, las empresas ferroviarias no podrían invocar la forma jurídica del acto de autoridad del Estado, una Ley o un Reglamento, para escapar a su responsabilidad frente al derecho de la competencia que emana del Tratado. Porque las normas de competencia se dirigen a las empresas y les son directamente aplicables. El hecho de que una Ley o un Reglamento «autorice a una compañía ferroviaria a cometer una infracción contra el derecho de la competencia comunitario, no es una razón justificativa para que la compañía adopte ese comportamiento». El derecho comunitario, como es sabido, se impone al derecho interno. La opción anterior es lo que se conoce como teoría «del efecto útil» —en este caso de los artículos 85 y 86 TCEE—, ampliamente elaborada por el Tribunal de Justicia (7).

4. *La apertura de los contratos públicos*

El sector de los transportes ha estado tradicionalmente alejado de cualquier regulación jurídica comunitaria sobre contratos públicos. Desde 1971 (Directiva 71/305, Directiva 77/62, Directiva 78/669, Directiva 80/777 y Directiva 88/295), la Comunidad ha estado preocupada por la apertura al espacio europeo de unos contratos públicos que, sólo en una mínima parte, escapaban al estricto control nacional de su enorme volumen económico. Se calcula que el total de las contrataciones públicas en la Comunidad europea asciende, aproximadamente, al 15 por 100 del PIB comunitario, esto es, cerca de 600 mil millones de ECUs.

La aprobación del Acta Única Europea y la perspectiva del Mercado Interior Único para 1993 abren el camino para una sustancial modificación de la política anterior, que había mantenido excluidos del régimen comunitario sobre contratación pública a los sectores más importantes de ésta: el agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. En su Comunicación de 11 de octubre de 1988, la Comisión Europea se plantea la necesidad de tomar medidas para que la realización del Mercado Interior y el desarrollo de una política industrial comunitaria conduzcan a la apertura de los contratos públicos también en esos sectores (8).

(7) Sentencias del Tribunal de Justicia en los casos *Walt Wilhelm* (13-2-1969), *Inno Atab* (16-11-1977), *Livre* (10-1-1985) y *Essence* (20-1-1985). Cfr., M. GUERRIN, «Mesures trouvant leur origine dans une action des opérateurs privés», en *Interventours publiques*, cit., págs. 68-69.

(8) Régimen comunitario para la contratación pública en los sectores excluidos: aguas, energía, transportes y telecomunicaciones, COM (88) 376 final. Bruselas.

La citada comunicación tenía dos objetivos. En primer lugar, ofrecer un análisis de la importancia que tienen las medidas comunitarias en materia de contratos públicos para la realización del mercado interior y las repercusiones que tienen éstas desde el punto de vista de la política industrial. En segundo lugar, el texto presenta propuestas de nuevas directivas sobre contratos públicos en los sectores excluidos: energía, transporte, agua y telecomunicaciones, tal como se especificaba en el Libro Blanco sobre la realización del mercado interior (9).

En opinión de la Comisión, la apertura de la contratación pública en sectores que dependen en gran medida de las compras públicas posiblemente acelere su reestructuración. Entre los sectores que deben someterse, seguramente, a esa reestructuración figuran algunos que no están sujetos al régimen de contratación pública de la Comunidad y en los cuales los contratos públicos constituyen como mínimo el 30 por 100 de la producción. Entre ellos la Comisión cita al «material rodante de ferrocarriles». Un sector para el que la Comunicación estimaba un cierre del 30 por 100 de la capacidad productiva en Alemania, Italia y Bélgica. En el sector de «fabricación de material rodante para ferrocarriles y tranvías de vía normal y estrecha», la Comisión evaluaba que las compras públicas suponían el 90 por 100 del sector (10).

La Comisión citaba al transporte ferroviario como sector cuyos proyectos podían ser muy interesantes para la futura apertura de los mercados. Las principales obras de infraestructura, en algunos casos cofinanciadas por los gobiernos (TAV) y en otros adjudicadas a concesiones privadas (EUROTUNEL) han dado lugar a importantes contratos de obras que han interesado a contratistas especializados en el extranjero. Como fuentes de contratos de suministros, sigue diciendo la Comisión, el sector ferroviario es de gran importancia: en 1985 representó aproximadamente el 15 por 100 del volumen de todo el transporte internacional de la Comunidad. La Comisión también alude al progreso en el transporte combinado.

Volviendo a las locomotoras, la Comisión constata una demanda relativamente escasa de las mismas: en 1987 se compraron 84 locomotoras en la Comunidad, frente a unas 500 en Estados Unidos. La demanda actual está principalmente orientada a la suscripción del material existente por nuevos sistemas con tecnología más perfeccionada, por ejemplo, el TGV en Francia, el ERT 450 en Italia y la locomotora de tipo 91 en el Reino Unido.

Pues bien, a excepción de Grecia, Irlanda, Luxemburgo y los Países Bajos, los Estados miembros de la Comunidad tienen cada cual su propia industria ferroviaria de suministro con la que la compañía nacional de ferrocarriles suele mantener una relación estrecha de dependencia. Por consiguiente, los procedimientos de contratación pública dependen en gran medida de la posibilidad de abastecerse en el propio país. La indus-

(9) *Libro Blanco sobre la realización del Mercado Interior*, junio de 1985, pág. 23.

(10) COM (88) 376 final, cit., pág. 14.

tria comunitaria de material ferroviario, que depende de los pedidos nacionales, trabaja actualmente muy por debajo de la capacidad óptima, alrededor del 50 por 100 (11).

La anterior Comunicación ha desembocado en la aprobación de la Directiva 80/531, del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, Directiva que entrará en vigor en España el 1 de enero de 1996.

Dado que la Directiva 80/531 no establece procedimientos suficientemente concretos para su aplicación, está en curso, en estos momentos, una propuesta de modificación de dicha Directiva, estableciendo recursos en el nivel nacional, incluyendo un procedimiento de conciliación interno, para reaccionar inmediatamente a contrataciones públicas que desobedezcan los principios de la Directiva 90/531 (12).

En el preámbulo de la Directiva 90/531 se señala que el principal motivo de que los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones estuvieran excluidos del régimen de contratación pública en la Comunidad, estribaba en que las entidades que prestan los servicios mencionados son, en algunos casos, de derecho público, y, en otros, de derecho privado. En consecuencia, la Directiva prescinde del Estatuto Jurídico de dichas entidades. Esto último hace que la polémica existente en nuestro país sobre si RENFE debe o no seguir las normas de contratación administrativa pierda importancia en el ámbito de la Comunidad Europea. Es claro que RENFE, a partir de 1996, estará obligada a seguir las orientaciones señaladas por la Directiva 90/531.

En la Directiva se señala que uno de los motivos por los que las entidades que operan en estos sectores no efectúan convocatorias de licitación a escala europea es el carácter cerrado de los mercados en los que actúan, debido a la concesión por las autoridades nacionales de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación de servicios. El otro motivo principal para la inexistencia de competencia a escala comunitaria en estos sectores, es el hecho de que las autoridades nacionales pueden influir en el comportamiento de esas entidades, en particular mediante la participación de su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión.

La Directiva define, en su artículo primero, a las «empresas públicas» como:

«Aquellas sobre las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes públicos ejercen una

(11) *Ibidem*, págs. 53 y ss.

(12) Vid. «DOCE» núm. C 179/18, 19-7-91, pág. 18. Cfr. COM (91) 158 final-SYN 292.

influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando:

- tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa; o
- dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las acciones emitidas por la empresa; o
- puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de la administración, dirección o supervisión de la empresa.»

El artículo 2.º amplía el campo de aplicación de la Directiva a «la explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril». Se considera que existe una red:

«Cuando el Servicio se preste con arreglo a las condiciones establecidas por una autoridad competente de un Estado miembro, tales como las condiciones relativas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o a la frecuencia del servicio.»

Las entidades a las que se refiere esta Directiva, entre las cuales está sin duda RENFE, para formalizar sus contratos de suministro y de obras tienen que aplicar los procedimientos que se adapten a las disposiciones de la misma, velando porque los suministradores o los contratistas no sean objeto de discriminación (art. 4).

El artículo 12 de la Directiva establece los volúmenes de contratación a partir de los cuales es necesario aplicar esta normativa. Para los ferrocarriles, la Directiva se aplicará a los contratos cuyo importe estimado, excluido el IVA, sea igual o superior a 400.000 ECUs, en lo que se refiere a los contratos de suministro, y a 5 millones de ECUs en lo que se refiere a los contratos de obras.

La Directiva se refiere básicamente a los siguientes aspectos que afectan a los contratos:

- especificaciones técnicas de normas (título II);
- procedimientos de formalización de contratos (título III); y
- clasificación, selección y adjudicación.

La Directiva, muy prolija en su contenido, tiene por objeto abrir la contratación pública al conjunto del espacio industrial europeo y, para ello, obligar a que se cumplan una serie de requisitos sobre publicidad (publicación en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas»), procedimiento (el procedimiento abierto se favorece respecto del restringido) y plazos (ampliación de plazos). En cuanto a las normas para la definición de las características técnicas, se señala que los poderes adjudicadores deberán definir las especificaciones técnicas, haciendo referencia a normas nacionales que supongan la trasposición de normas europeas, o haciendo referencia a especificaciones comunes.

III. EL TRANSPORTE COMBINADO

El transporte combinado se utiliza en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea por medio de contenedores y, en seis Estados, por medio de remolques cargados sobre vagones plataforma. El transporte en contenedor consiste en transportar contenedores en vagones, barcos, camiones o incluso aviones. El transporte sobre vagón plataforma consiste en transportar remolques de camiones en vagones especiales.

Respecto al transporte tradicional de mercancías, la técnica del transporte combinado consiste esencialmente en una integración de los sistemas de carretera y ferroviario para lograr la máxima eficacia económica. El transporte combinado nace de la necesidad de superar los límites económicos y técnicos del modelo de transporte puerta a puerta en el interior de un sólo modo de transporte, así como de la constatación de que la integración modal de los sistemas de transporte reduce los efectos negativos competitivos de los transportes por carretera y ferroviarios en cuanto a mercancías, promoviendo, por el contrario, la complementariedad de los sistemas.

En concreto, el transporte combinado carretera-ferrocarril, que es el que nos interesa, consiste en el hecho de que una parte del vehículo que transporta por carretera se sitúa sobre los vagones ferroviarios especialmente preparados. Para que esto sea así hace falta no sólo que los sistemas de transporte por carretera y ferroviario se preparen para hacer el «combinado», sino, sobre todo, que se realicen las infraestructuras idóneas (terminales intermodales) que hagan posible la racionalización de los transbordos desde un sector del transporte al otro.

La primera normativa comunitaria en este campo fue la Directiva 75/130, del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa al establecimiento de normas comunes para determinados transportes de mercancías combinados ferrocarril-carretera entre Estados miembro. Esta Directiva iniciaba un camino liberalizador que ha conducido a que este tipo de transporte sea el que más se haya abierto a la competencia en la Europea Comunitaria.

La Directiva 75/130 liberalizó, por un período experimental hasta el 31 de diciembre de 1978, toda forma de restricción cuantitativa (contingentes) y administrativa (autorizaciones) sobre recorridos por carretera de los transportes internacionales de mercancías efectuados en combinación con servicios ferroviarios. Con ello se pretendía inducir al sector del transporte por carretera a que utilizase esta moderna técnica de transporte. Para que un transporte sea considerado como combinado carretera-ferrocarril es preciso que el tractor, el camión, el remolque, el semirremolque, sus superestructuras móviles o el contenedor de más de 20 pies sean encaminados por vía férrea desde la estación de embarque apropiada más próxima al punto de carga de la mercancía hasta la estación de desembarque apropiada más próxima al punto de descarga, con unos recorridos terminales por carretera no superiores a 50 km. a vuelo de pájaro.

Pueden realizarse transportes combinados en los que se franquee una frontera por carretera antes del recorrido por vía férrea, pero entonces los

Estados miembros pueden exigir que el transportista justifique que la administración ferroviaria ha reservado plaza para ese vehículo. También pueden exigir la presentación del documento del transporte ferroviario después de su utilización.

La Directiva 75/130 ha sufrido sucesivas modificaciones: Directiva 79/5 del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, Directiva 82/603, del Consejo, de 28 de julio de 1982, sobre la que existe una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de fecha 7 de julio de 1987 (ver Anexo III); Directiva 86/544, del Consejo, de 10 de noviembre de 1986, y, por último, Directiva 91/224, del Consejo, de 27 de marzo de 1991.

Todas estas modificaciones perseguían distintos objetivos: hacer extensiva la liberalización del transporte combinado ferrocarril-carretera al transporte combinado por vía navegable; reducir la imposición fiscal de los vehículos industriales utilizados en el transporte combinado; hacer extensivos estos incentivos a todos los tipos de transporte combinado, aprobación de la última de las Directivas mencionadas, la de 27 de marzo de 1991, que ha liberalizado aún más los trayectos por carretera. A partir de esa Directiva los trayectos nacionales por carretera en operaciones intracomunitarias de transporte combinado ya no pueden reservarse exclusivamente, como sucedía, a transportistas residentes. Hasta ahora, un transportista establecido en un país A que envía un remolque a caja móvil a un país B, no podía utilizar un vehículo tractor propio para recoger el envío en la estación y entregarlo en su destino final, ya que esto se consideraba cabotaje ilícito; sin embargo, si ese mismo transportista utilizaba la carretera en todo el trayecto de puerta a puerta no se encontraba con las mencionadas dificultades. Esto es lo que ha terminado el 1 de enero de 1992.

La Directiva 91/224 ha eximido, asimismo, los trayectos por carretera iniciales o finales efectuados en el marco de un transporte combinado de cualquier tarificación obligatoria. En algunos Estados miembros estas tarifas son muy elevadas y obstaculizan el progreso del transporte combinado. Teniendo en cuenta que el transporte combinado intracomunitario compite directamente con el transporte convencional por carretera entre Estados miembros, y que la libertad de precios es una práctica corriente en el transporte por carretera, resultaba evidente la necesidad de implantar un régimen de libertad en el transporte combinado internacional. Todavía no se ha logrado, sin embargo, una armonización fiscal. La Directiva 82/603 citada tomó medidas para que no hubiera una doble imposición en el transporte combinado, que utiliza dos infraestructuras, pero de un modo menos intensivo. Estas medidas no se han aplicado en la Comunidad de forma uniforme porque los sistemas impositivos son muy diferentes. Sólo se solucionará este problema si la realización del mercado interior de 1993 incluye una verdadera armonización fiscal. Por último, la Directiva 91/224 incluye un nuevo artículo 12 que hace más accesible el transporte combinado a los transportistas por cuenta propia» (13).

(13) Vid. *Comunicación de 25 de enero de 1990, cit.*, págs. 39-22. Vid., también, Orden de 21 de enero de 1981, que autoriza el tránsito interior de mercancías extranjeras

Una segunda dimensión de la liberalización del transporte combinado se refiere a las ayudas. En efecto, la técnica del transporte combinado progresaba nítidamente en la Comunidad Europea, expresando una cierta respuesta a la saturación de las redes de carreteras y a los problemas medioambientales. Junto a una mayor seguridad, la utilización del transporte combinado añadía ventajas específicas que sólo ofrece la técnica ferroviaria, como el menor consumo de la energía y de espacio. Precisamente de cara a la consecución de un espacio integrado a nivel continental, el transporte combinado podía hacer una benéfica aportación. Por todo ello, era de interés general que el tráfico combinado tuviese una influencia económicamente apreciable en la organización de los mercados del transporte comunitario. La Comisión europea se dio cuenta que esto exigía una adecuada infraestructura, sobre todo en instalaciones terminales y en material rodante. Esto había sido captado también por algunos de los Estados miembros.

Sin embargo, la normativa en materia de ayudas (art. 77 TCEE, Reglamento 1.107/70, art. 3) limitaba las intervenciones de los Estados a la fase experimental, esto es, a una fase que se consideraba superada por una técnica ya evolucionada como la del transporte combinado. Por tanto, era necesario adecuar la normativa, y es lo que hizo la Comisión a través de algunas propuestas, que en parte no se aprobaron por el Consejo de Ministros, y en parte sí, como la que se expresó en el Reglamento 1.658/82, del Consejo, de 10 de junio de 1982, por el que se completa mediante disposiciones relativas al transporte combinado, el Reglamento número 1.107/70. El Reglamento 1.658/82 permite que se presten ayudas a inversiones destinadas al desarrollo del transporte combinado y, particularmente, para infraestructuras y equipamientos fijos y móviles para el trasbordo.

El Reglamento 1.658/82 amplía el ámbito del Reglamento 1.107/70. Este último limita las ayudas en cuestión a la fase experimental, mientras que el Reglamento 1.658/82 toma en consideración una primera fase de explotación suficientemente larga para que dichos transportes puedan beneficiarse de condiciones más favorables en el mercado de los transportes de mercancías.

Posteriormente, el Reglamento número 1.100/89, del Consejo, de 27 de abril de 1989, modifica el Reglamento 1.107/70, una vez más, para prorrogar el régimen de ayudas durante un período suficientemente largo para permitir que los Estados miembros en que las infraestructuras necesarias para el transporte combinado estén menos desarrolladas alcancen el nivel de las regiones más avanzadas. El plazo se amplía, pues, hasta el 31 de diciembre de 1992. Además, el Reglamento 1.100/89 extiende dichas ayudas a los costes de explotación relacionados con el tráfico intracomunitario de tránsito a través de territorios de países terceros.

Una tercera forma de liberalizar el transporte combinado se ha puesto

transportadas en contenedores, llegadas por vía marítima, entre puertos de descarga y Aduanas («BOE» 26 de febrero de 1990).

de manifiesto a través de la Directiva del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios. En el artículo 10 de la misma se concede un derecho de acceso a la infraestructura de cualquier Estado miembro, a efectos de la explotación de servicios de transportes combinados internacionales de mercancías, a las empresas ferroviarias establecidas o que se establezcan en un Estado miembro, siempre que tengan un ámbito nacional. Con ello, se equipara a las empresas ferroviarias que lleven a cabo servicios de transporte combinado con las agrupaciones internacionales de compañías ferroviarias a que ya aludimos cuando hablamos de la liberalización del acceso a las infraestructuras ferroviarias. Las empresas de transporte combinado se beneficiarán, a partir del 1 de enero de 1993, de un derecho de tránsito y acceso a las infraestructuras de todos y cada uno de los Estados miembros.

De este modo, el transporte combinado se convierte en el servicio ferroviario más liberalizado en Europea. Se corresponde con el progreso económico que ha experimentado en los últimos años, hasta el punto de que la Unión Internacional de Ferrocarriles promueve la creación de una «comunidad de interés de transportes combinados», como forma de organizar la cooperación de las redes directamente interesadas en una acción común en ese segmento de mercado.

El fondo del problema está en que, a través de estos medios, como puede ser una comunidad de interés, o a través de agrupaciones internacionales de ferrocarriles, las compañías ferroviarias pueden, cada vez más, convertirse en el único y exclusivo interlocutor del usuario, devaluando el papel del Estado.

Desgraciadamente, RENFE no es una de las compañías que más desarrolla este tipo de transporte. En España hay un volumen pequeño de transporte combinado y no ha habido hasta ahora una especial preocupación por su gestión. De hecho, hay sólo cinco o seis estaciones que tengan terminales adecuados y el servicio tiene todavía tarifas muy altas. El transporte combinado tiene su máximo desarrollo en centro Europa, en donde llega a introducirse el camión entero en el ferrocarril, y también en Italia en los pasos de montaña. Probablemente este sea uno de los retos que tendrá que plantearse en el futuro la compañía española ya que, a corto plazo, puede que se plantee la privatización de este rentable transporte, como sucede en el resto de Europa, en donde las compañías de transporte combinado suelen ser, o bien filiales que aún dependen de la sociedad matriz (transporte de contenedores), o compañías independientes con una participación minoritaria de la compañía de ferrocarriles y que tienen el monopolio de facto (transporte en vagones plataforma).

Los ferrocarriles europeos disponen y de estructuras comerciales específicas para la gestión de transporte combinado. La filial internacional Intercontainer actúa como propietaria de vagones plataforma y contenedores, operando más allá de las fronteras de las compañías de ferrocarriles.