

LA LIBERALIZACIÓN Y LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO EN EL SECTOR FERROVIARIO¹

ANTONIO JESÚS ALONSO TIMÓN
Universidad Pontificia Comillas

Cómo citar/Citation

Alonso Timón, A. J. (2025).

La liberalización y las obligaciones de servicio público en el sector ferroviario.

Revista de Administración Pública, 226, 291-322.

doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.226.12>

Resumen

La liberalización del sector ferroviario, tanto en mercancías como en personas, ha sido un proceso tortuoso, lleno de obstáculos, pero es una realidad a día de hoy en España. Fue la legislación comunitaria europea, a través de los cuatro paquetes de directivas y reglamentos ferroviarios, la que hizo posible tal liberalización. No obstante, la liberalización del sector contempla algunas excepciones relacionadas con las denominadas obligaciones de servicio público (OSP) para aquellos tramos en los que deben prevalecer los aspectos sociales a los estrictamente económicos.

A nivel europeo es el Reglamento (CE) 1370/2007, modificado por el Reglamento 2016/2338, el que regula las obligaciones de servicio público en materia ferroviaria. El desarrollo de dicho reglamento europeo ha sido muy dispar y, por ende, la regulación de las OSP es diferente en los Estados miembros de la Unión Europea.

En España, el contrato entre el Estado y RENFE Viajeros para la prestación de las OSP en la Red Ferroviaria de Interés General se celebró en 2018 y estará vigente hasta 2027, con posibilidad de una prórroga de cinco años, hasta 2032. Sin embargo, como ya ha advertido recientemente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) y está siendo tramitado en un Proyecto de Orden Ministe-

¹ Ponencia presentada en el V Congreso Internacional organizado por el Instituto Complutense de Ciencias de la Administración (ICCA), celebrado los días 20, 21 y 22 de noviembre de 2024.

rial, es conveniente comenzar a licitar en régimen de libre concurrencia, de manera paulatina, las OSP, como ocurre en otros países europeos como Alemania o Francia.

Nos encontramos, por tanto, con un nuevo escenario muy interesante en el que la apertura a la competencia, también a las OSP, abre un mundo de nuevas posibilidades a los gestores públicos y a los operadores ferroviarios en lo que se ha denominado la «competencia por el mercado» frente a la «competencia en el mercado» que caracteriza a los rentables tramos de servicios comerciales de pasajeros de alta velocidad ya liberalizados en nuestro país.

Palabras clave

Liberalización ferroviaria; obligaciones de Servicio Público ferroviario.

Abstract

The liberalisation of the railway sector, both for freight and passengers, has been a tortuous process, full of obstacles, but it is now a reality in Spain. It was European Community legislation, through the four packages of railway directives and regulations, which made this liberalisation possible. However, the liberalisation of the sector contemplates some exceptions related to the so-called public service obligations (PSO) for those sections in which social aspects must prevail over strictly economic ones.

At European level, it is Regulation (EC) 1370/2007, amended by Regulation 2016/2338, which regulates public service obligations in the railway sector. The development of this European regulation has been very disparate and, therefore, the regulation of PSOs is different in the Member States of the European Union.

In Spain, the contract between the State and RENFE Viajeros for the provision of PSOs on the General Interest Railway Network was concluded in 2018 and will be in force until 2027, with the possibility of a five-year extension until 2032. However, as the National Markets and Competition Commission (CNMC) has recently warned and is being processed in a Draft Ministerial Order, it is advisable to gradually begin to tender PSOs on a free competition basis, as is the case in other European countries such as Germany and France.

We are therefore faced with a very interesting new scenario in which the opening up to competition also for PSOs opens up a world of new possibilities for public managers and railway operators in what has been called ‘competition for the market’ as opposed to the “competition in the market” that characterises the profitable stretches of commercial high-speed passenger services already liberalised in our country.

Keywords

Railway liberalization; Railway Public Service Obligations.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA NORMATIVA EUROPEA. EL REGLAMENTO DE 1370/2007 Y CUARTO PAQUETE FERROVIARIO DE 2016. III. LA NORMATIVA NACIONAL. LA LEY 38/2015, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DEL SECTOR FERROVIARIO. IV. EL CONTRATO ENTRE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y LA SOCIEDAD MERCANTIL RENFE VIAJEROS: 1. Cuestiones generales. 2. Derechos exclusivos y compensación económica. 3. Incentivos y penalizaciones asociadas a la calidad del servicio. 4. Transferencias de los servicios a las comunidades autónomas. V. CONVENIO ENTRE ADIF Y RENFE-OPERADORA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN ESTACIONES DE CERCANÍAS. VI. LA LIBERALIZACIÓN DE LAS OSP. ESCENARIO FUTURO. EL PROYECTO DE ORDEN MINISTERIAL DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y EL INFORME DE LA CNMC DE 25 DE JUNIO DE 2024. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de servicio público goza de una relevancia no menor en el derecho administrativo de los países de tradición continental francesa. Sin embargo, en los últimos tiempos, ha ido difuminándose como consecuencia de la progresiva asunción de otros conceptos provenientes de los países de tradición jurídica anglosajona, plasmados en el derecho positivo de la Unión Europea en el marco de políticas liberalizadoras impulsadas desde los años noventa del siglo pasado, lo que ha llevado a una auténtica *despublicatio*², sustituyéndose la calificación formal de las correspondientes actividades como servicios públicos por su conceptualización como servicios de interés económico general («SIEG») y la imposición de obligaciones de servicio público («OSP»).

² J. J. Lavilla Rubira (2022), «Las obligaciones de servicio público en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en M. I. Álvarez Vélez y F. De Montalvo (coords.), *España: una democracia parlamentaria. Liber Amicorum I. Astarloa Huarte-Mendicoa*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, pág. 466.

La evolución del concepto de servicio público pone de manifiesto la notable dificultad de armonizar las diversas tradiciones jurídicas que confluyen en el ámbito europeo, sobre todo cuando estamos en presencia de un concepto que lleva aparejado una tangible carga ideológica más bien opuesta a los objetivos de la citada liberalización económica iniciada en el ámbito europeo en los años noventa. Por ello, el derecho de la Unión se inclina por no incorporar tal noción ni en los tratados fundacionales ni en las directivas y reglamentos que regulan los diferentes sectores en los que la Unión tiene competencias³.

Ejemplo paradigmático de lo que se comenta lo encontramos en la legislación de contratación pública, donde la tradicional noción de servicio público saltó por los aires con la aprobación de la Directiva 2014/23, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, conocida como Directiva de concesiones, incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En la actualidad, después de la aprobación de las dos normas citadas, no se incluye dentro de los contratos administrativos típicos el antiguo contrato de gestión de servicios públicos, categoría que ahora debe entenderse subsumida dentro de la concesión de servicios, procedente del derecho de la Unión, que comprende la explotación de cualesquiera servicios, sean o no públicos⁴.

Es por ello que en este marco general de progresiva despublificación de actividades antes calificadas como servicios públicos se inserta la imposición de OSP a los operadores que prestan tales servicios liberalizados.

Cuando un servicio es globalmente calificado como servicio público, todas las actuaciones llevadas a cabo por quienes lo prestan son actividades de servicio público.

Por lo tanto, no tiene sentido individualizar determinadas obligaciones específicas impuestas a aquellos como OSP. El presupuesto para la imposición de estas es, pues, que el conjunto de la actividad del operador a quien se imponen no sea un servicio público.

Las OSP se imponen cuando la actividad realizada por sus destinatarios se califica como un servicio de interés general y, más específicamente, en los sectores regulados, como un SIEG. Las referencias del Tratado Fundacional de la Unión Europea relativas a los SIEG son escasas (arts. 14 y 106.2, así como el Protocolo número 26), y tienen como objetivo asegurar que su prestación no incida nega-

³ Sobre la diversidad de los enfoques anglosajón y francés del concepto de servicio público, véase J. M. Sala Arquer (2004), «Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 56, págs. 29 y ss.

⁴ Véase J. C. Laguna de Paz (2017), «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», *Revista de Administración Pública*, 204, págs. 41-68, y J. J. Lavilla Rubira, «En busca del contrato perdido (la gestión de servicios públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público)», en F. A. Castillo Blanco (dir.), *Remodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el Estado del bienestar*, Madrid: Iustel, págs. 17-36.

tivamente sobre la competencia en los mercados correspondientes, a preservar el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de los Estados miembros en relación con ellos y a enunciar los principios sustantivos básicos que han de orientar su prestación.

En definitiva, como afirma algún autor, la noción de derecho comunitario europeo de servicios de interés general (incluidos los SIEG) «no remiten a un régimen jurídico definido, sino que... son un título de intervención»⁵ y, por ello, las obligaciones de servicio público se encuentran entre las medidas de intervención habilitadas por la declaración de un servicio como servicio de interés económico general (SIEG).

Dentro de los servicios regulados y calificados como SIEG por el derecho comunitario europeo, el transporte público en general y el ferroviario en particular tiene una gran relevancia para la Unión Europea, tanto desde un punto de vista político como desde un punto de vista económico.

De acuerdo con algunos cálculos, se estima que el 90% del transporte nacional de viajeros se realiza en la UE dentro del contexto de planes de servicio público. Este tipo de transporte supone que los operadores ferroviarios obtengan un importante volumen de ingresos, por lo que su atractivo económico es mayor del que inicialmente cabría imaginar. No obstante, en principio, no es precisamente el aspecto económico el que prima a la hora de definir y de implantar las OSP en el ámbito del transporte ferroviario de viajeros, sino que es la arista social la que se configura como prevalente, constituyéndose las OSP en una útil herramienta que favorece el desarrollo de determinadas políticas sociales por parte de los gobiernos.

La concepción, regulación y organización de las OSP no es realmente homogénea en la UE debido a la gran variedad de intereses, necesidades y tradiciones. Se puede afirmar que no es posible aplicar reglas armonizadas sin tener en cuenta el contexto político y económico específico de cada Estado miembro.

En el caso español, que es el que se va a analizar, la prestación de las OSP se lleva a cabo por la Sociedad Mercantil RENFE Viajeros, que suscribió un contrato programa con el Gobierno el 18 de diciembre de 2018 con una duración de nueve años, prorrogables por cinco más, hasta 2032.

El Reglamento (CE) 2007/1370 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre servicios públicos de transporte por ferrocarril y carretera, establece la licitación competitiva como la regla general para la adjudicación de los contratos de servicios públicos en el ámbito del transporte de viajeros, si bien permite la adjudicación directa en determinados supuestos. Asimismo, el cuarto paquete ferroviario europeo, aprobado en 2016, impone la obligación de que dichos servicios sean licitados en libre concurrencia desde el 25 de diciembre de 2023, lo que, en principio, entra en contradicción con el citado

⁵ J. C. Laguna de Paz (2020), *Derecho Administrativo Económico*, Madrid: Thomson Reuters, 3ª ed., pág. 999.

contrato programa celebrado por el Estado con RENFE Viajeros. No obstante, como veremos, existen determinadas cláusulas dentro de dicho contrato que posibilitan la licitación en concurrencia de parte de las OSP ferroviarias⁶ y, asimismo, a lo largo de estos últimos años han ido apareciendo nuevos tramos de OSP (trayectos de Alta Velocidad de menos de 100 minutos) que pueden empezar a ser licitados en concurrencia.

Estas exigencias de la legislación comunitaria van a ser finalmente tenidas en cuenta por el legislador español, aunque tarde, como es habitual. De hecho, la CNMC ha elaborado un informe con fecha 25 de junio de 2024 (IPN/CNMC/014/24) a petición del Ministerio de Transportes y Movilidad Sostenible en el que valora positivamente que, finalmente, se pretenda aprobar una Orden Ministerial sobre el régimen de las autorizaciones para prestar servicios ferroviarios de transporte de viajeros sujetos a obligaciones de servicio público, que ya estaba prevista en la redacción inicial de la Ley del Sector Ferroviario de 2015, y que permitirá iniciar los trámites para la licitación en concurrencia de los servicios sujetos a OSP. El melón, finalmente, parece que está a punto de abrirse en el único ámbito que queda por liberalizar dentro del sector ferroviario, lo que va a ofrecer un nuevo escenario de desafíos pero también de oportunidades para los operadores ferroviarios y servirá para medir el grado de interés que las empresas del sector tienen en unos tramos que presentan la oportunidad de dejar de ser los patitos feos de nuestro sistema de transporte ferroviario de viajeros si se logran gestionar con determinados estándares de calidad que les hagan ser atractivos para los usuarios. Margen hay para lograr una buena competencia por un mercado que supone el 92,2% del transporte ferroviario de pasajeros. Existe un notable margen de mejora en la prestación del servicio y la competencia entre operadores puede ayudar a que dicha mejora se alcance.

II. LA NORMATIVA EUROPEA. EL REGLAMENTO DE 1370/2007 Y CUARTO PAQUETE FERROVIARIO DE 2016

La normativa europea respecto de las obligaciones de servicio público se contiene, fundamentalmente, en el ya citado Reglamento 2007/1370, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera.

⁶ La cláusula tercera *bis* establece que podrán licitarse contratos en libre concurrencia para la prestación de algunos servicios que no superen el 3% del contrato. Para esos servicios, el período de vigencia del contrato programa entre el Estado y RENFE Viajeros se sitúa en el 1 de enero de 2026.

El art. 73 del Tratado de la Unión Europea se configura como una suerte de ley especial respecto del art. 86, apdo. 2⁷, pues no solo permite excepciones a las reglas generales de competencia, sino que, incluso, regula normas aplicables a las compensaciones de las obligaciones de servicio público en el sector de los transportes terrestres.

Como se pone de manifiesto en el preámbulo del propio reglamento, los objetivos principales del Libro Blanco de la Comisión, de 12 de septiembre de 2001, titulado «La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad», eran garantizar servicios de transportes de viajeros seguros, eficaces y de calidad mediante una competencia regulada que asegurase la transparencia y las buenas prestaciones de los servicios públicos de transporte de viajeros, teniendo especialmente en cuenta los factores sociales y ambientales y la ordenación territorial o la necesidad de ofrecer determinadas condiciones tarifarias a ciertas categorías de viajeros, como los pensionistas, y de eliminar las disparidades entre empresas de transporte de los distintos Estados miembros que, por su naturaleza, pudieran falsear las condiciones de competencia.

En definitiva, el espíritu de la norma comunitaria era conciliar el principio de competencia, más fácil de lograr en tramos ferroviarios con atractivo comercial para los distintos operadores con el reconocimiento de excepciones a la aplicación estricta de dicho principio respecto de los tramos con menor tirón comercial, permitiendo la adjudicación de derechos exclusivos de explotación a un operador (operador de servicio público) sobre dichos tramos a cambio de una compensación financiera.

De hecho, en el momento de entrada en vigor del citado Reglamento, las autoridades competentes de algunos Estados miembros ya habían aprobado normas que les permitían intervenir para asegurar la prestación de esos servicios. Entre los mecanismos utilizados para garantizar la prestación de estas obligaciones de servicio público podíamos encontrar la adjudicación de derechos exclusivos a los operadores de servicio público, la concesión de una compensación financiera a los mismos y el establecimiento de reglas generales de explotación de los transportes públicos aplicables a todos los operadores.

Precisamente porque esta regulación nacional empezaba a ser sensiblemente dispar, se necesitaba dar una respuesta más armonizada a este fenómeno desde las instancias comunitarias, dada la inseguridad jurídica que generaban legislaciones nacionales tan diferentes.

⁷ El art. 86, apdo. 2, del Tratado de la Unión Europea dispone que las empresas responsables de la gestión de servicios de interés económico general quedan sometidas a las normas del Tratado, especialmente las de competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no les impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de su misión específica.

Respecto de los derechos de los operadores de servicio público y las obligaciones de las autoridades competentes, el Reglamento anterior al de 2007⁸ no regulaba el modo en que debían adjudicarse en la entonces Comunidad Europea los contratos de servicio público ni, en particular, de las circunstancias en que estos debían someterse a licitación, por lo que, desde este punto de vista, también se justificaba una nueva regulación que abordase a nivel europeo la regulación de estos aspectos nucleares.

Como resultado de la nueva regulación europea aprobada en el año 2007 y como nos muestra la experiencia adquirida por los Estados miembros cuyo sector de los transportes públicos está abierto desde hace ya varios años, con las cláusulas de salvaguardia oportunas, la introducción de una competencia regulada entre operadores permite conseguir servicios más atractivos, innovadores y baratos, sin impedir a los operadores de servicio público la consecución de las misiones específicas que les hayan sido confiadas. Esa línea de actuación contó con el apoyo del Consejo Europeo en el contexto del proceso de Lisboa, de 28 de marzo de 2000, en el que se solicitaba a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros que, dentro de los límites de sus competencias respectivas, acelerasen la liberalización de determinados sectores, entre ellos el transporte.

Como indica el apdo. 12 de las consideraciones del Reglamento de 2007, desde el punto de vista del derecho comunitario es irrelevante que los servicios públicos de transporte de viajeros sean explotados por empresas públicas o privadas, aplicándose así el principio de neutralidad en lo que respecta al régimen de la propiedad y, por tanto, siendo fiel al contenido del art. 295 del Tratado, que apuesta por la libertad de los Estados miembros a la hora de definir los servicios de interés económico general. Esta libertad de elección se contiene igualmente en el art. 16 del Tratado. No obstante, si la OSP es prestada por un operador propio, se imponen una serie de limitaciones que tienen como objetivo la salvaguarda del principio de competencia⁹. Si, por el contrario, la autoridad competente decide confiar la prestación de una OSP ferroviaria a un tercero debe respetar para su elección la normativa europea en materia de contratación pública y los criterios establecidos en el propio Reglamento 1370/2007 (art. 5) para determinados

⁸ Reglamento (CEE) 1191/69 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.

⁹ Afirmo el considerando 18 del Reglamento 1370/2007 que esta capacidad de «autoprestación» debe estar sujeta a un marco reglamentario estricto con el fin de garantizar la equidad en las condiciones de competencia. La autoridad competente o el grupo de autoridades que presten servicios públicos de transporte de viajeros colectivamente o mediante sus miembros deben ejercer el control necesario. Además, debe estar prohibido que una autoridad competente que preste su propio servicio de transporte o su operador interno participen en procedimientos de licitación competitivos organizados fuera del territorio de esa autoridad. La autoridad que controle al operador interno debe también poder prohibir a ese operador tomar parte en licitaciones competitivas organizadas dentro de su territorio.

contratos cuya adjudicación debe llevarse a cabo de acuerdo con arreglo a dicho reglamento. No obstante, se permite que cada autoridad competente escoja, en el ámbito de un contrato de servicio público, su operador de servicio público de transporte de viajeros y que, atendiendo a la diversidad de organización territorial de los Estados miembros en esta materia, las autoridades competentes adjudiquen directamente los contratos de servicio público de transporte por ferrocarril de manera motivada y justificada. En estos casos de adjudicación directa por diversas circunstancias, la compensación concedida por las autoridades competentes para cubrir los costes ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público debe calcularse de un modo tal que no sea excesiva¹⁰, por lo que, cuando una autoridad competente proponga adjudicar un contrato de servicio público sin licitación, debe también respetar una serie de normas detalladas que aseguren que el importe de las compensaciones es adecuado y reflejen el afán de otorgar eficacia y calidad a los servicios. En la determinación de esa compensación han de seguirse los criterios establecidos en el Anexo del Reglamento. Además, como indica el considerando 30, estos contratos de servicio público adjudicados directamente deben estar sujetos a una mayor transparencia.

También se permite la adjudicación directa de contratos ligados a OSP por debajo de determinados importes o distancias que se consideran irrelevantes por no afectar de manera significativa al principio de competencia¹¹. En estos supuestos de contratos «menores», el reglamento compele a las autoridades nacionales a tener en cuenta a las pymes y advierte contra la tentación de incurrir en el fraude de ley de fraccionamiento de los contratos OSP por debajo de esas cantidades o distancias con el objetivo de evitar las licitaciones y, por ende, la libre competencia.

Para el legislador comunitario, los contratos de larga duración pueden conducir al cierre del mercado durante un período más largo de lo necesario, redu-

¹⁰ Téngase en cuenta que en los apdos. 87 a 95 de su sentencia de 24 de julio de 2003 en el asunto C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas indicó que las compensaciones de servicio público no constituyen ventajas en el sentido del art. 87 del Tratado, siempre y cuando se cumplan cuatro criterios cumulativos. Cuando no se cumplan esos criterios, pero se cumplan los criterios generales de aplicabilidad de art. 87, apartado 1, del Tratado, las compensaciones de servicio público constituyen ayudas estatales y están sujetas a los arts. 73, 86, 87 y 88 del Tratado.

¹¹ El art. 5, apdo. 4, establecía el umbral del importe «módico», en la propia expresión del reglamento, en menos de 1.000.000 euros y la distancia en menos de 300.000 kilómetros de transporte público de viajeros al año. Este apartado es modificado por el Reglamento 2338/2016, que introduce una nueva redacción a ese apdo. 4 y regula un nuevo apartado *4bis* y *4ter*, incrementando el número de supuestos en los que un Estado miembro puede llevar a cabo una adjudicación directa de una OSP ferroviaria en función del volumen de millones de tren-kilómetro o en función de las características estructurales y geográficas pertinentes del mercado y la red de que se trate, en particular, su tamaño, características de la demanda, la complejidad de la red o su aislamiento técnico y geográfico.

ciendo de esa forma los efectos beneficiosos de la presión de la competencia. Con el fin de distorsionar lo menos posible el juego de la competencia y mantener al mismo tiempo la calidad de los servicios, los contratos de servicio público deben ser de duración limitada, aunque se pueda ampliar a un máximo de la mitad de su duración inicial cuando el operador de servicio público deba invertir en activos con un período de amortización excepcional y, debido a sus características y restricciones especiales, en el caso de regiones ultraperiféricas¹².

Otro aspecto muy relevante sobre el que llama la atención el Reglamento analizado es el de la necesaria publicidad que con la debida antelación debe respetar la autoridad competente, poniendo en conocimiento de los potenciales licitadores con al menos un año de antelación el hecho de que se proponen adjudicar tales contratos para que los operadores dispongan del tiempo necesario para reaccionar y aquilatar sus posibles ofertas de manera más realista y eficiente.

En definitiva, el Reglamento 1370/2007 establece un marco muy general (solo cuenta con 12 arts.). Quizás lo más importante es su Anexo, que establece el régimen de compensaciones aplicable a los operadores que se hagan cargo de las OSP cuando dicha obligación derive de una adjudicación directa por parte de la autoridad competente.

Ese espíritu de establecer un marco general de funcionamiento de las OSP ferroviarias es confirmado por el propio legislador comunitario cuando en el considerando 25 afirma que *el objetivo del presente Reglamento es establecer un marco jurídico para la compensación o los derechos exclusivos para los contratos de servicio público, y no una mayor apertura del mercado para los servicios ferroviarios*. Ese objetivo de mayor apertura del mercado ferroviario ha ido por otra vía, y nunca mejor dicho, a través de los cuatro paquetes ferroviarios de directivas y reglamentos que tenían un objetivo aperturista y que abarcan el período 2001-2016, si bien es cierto que algunas de las normas que forman parte de esos cuatro paquetes ferroviarios ponen especial atención también a las OSP. De hecho, el Reglamento 2016/2338 se dicta con el único propósito de actualizar la regulación que sobre las OSP se establece en este Reglamento 1370/2007. Y de idéntica manera, aunque el propio Reglamento 1370/2007 reconozca que no es su principal objetivo, su aprobación también coadyuvó en la apertura a la competencia del sector ferroviario, como hemos visto en otros Estados miembros de la Unión y vamos a tener ocasión de ver en España en los próximos años.

Son también importantes sus considerandos, pues es ahí donde se puede identificar el espíritu de la norma. Establecen los principios generales de funcionamiento que deben seguirse a la hora, no solo de la adjudicación, sino también de la gestión de las OSP en el ámbito de los transportes en general y en el ferroviario en particular, que es lo que a nosotros nos importa en este trabajo.

¹² Considerando 15 del Reglamento 1370/2007.

El Reglamento estableció un período transitorio de adaptación de tres años (art. 10), por lo que su entrada en vigor se produjo el 3 de diciembre de 2012¹³.

Por su parte, el Reglamento 2016/2338, que forma parte del cuarto paquete ferroviario, modifica el Reglamento analizado (1370/2007) con el objetivo de actualizar la regulación de la apertura a la competencia del sector para la consecución del espacio ferroviario europeo único y de dar cumplimiento práctico en forma de normativa de obligado cumplimiento a los principios contenidos en el Libro Blanco sobre el transporte que la Comisión Europea aprobó el 28 de marzo de 2011 con el objetivo de completar el mercado interior de los servicios ferroviarios, eliminando los obstáculos técnicos, administrativos y jurídicos que supusiesen una barrera de entrada en el mercado ferroviario. Los OSP tienen un papel protagonista en ese objetivo, puesto que ha sido un ámbito gestionado de manera monopolística por los operadores ferroviarios públicos nacionales de bandera y los Estados miembros se han resistido de manera contumaz y torticera a abrirlos a la competencia.

Tal y como se desprende de la lectura del considerando 4, el principal objetivo del Reglamento 2016/2338 es mejorar la calidad, la transparencia, la eficiencia y el rendimiento de los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril.

El Reglamento de 2016 exige a los Estados miembros que definan las especificaciones de las obligaciones de servicio público en el transporte público de viajeros y que dichas especificaciones sean coherentes con los objetivos políticos que figuran en sus documentos de política de transporte público con el objetivo de generar efectos positivos de red, una mejora de la calidad de los servicios, una mayor cohesión social y territorial y, en general, una eficiencia global del sistema de transporte público¹⁴.

El considerando 9 del Reglamento, no obstante, da un aviso a navegantes al indicar que las OSP no otorgan necesariamente un derecho a los Estados miembros a recibir financiación para su implantación y mantenimiento, lo que se puede interpretar como una llamada a los Estados miembros para que no abusen de la declaración de OSP en su territorio y vayan pidiendo luego dinero a Bruselas y que, por tanto, las autoridades comunitarias no van a permitir que a través de la declaración de OSP se produzca un coladero por el que se incrementen las ayudas de Estado para la prestación de este tipo de servicios.

¹³ El art. 12 establecía su entrada en vigor el 3 de diciembre de 2009, pero, como se ha indicado, dicha entrada en vigor quedaba demorada tres años por el período transitorio que en tal sentido se contiene en el citado art. 10.

¹⁴ El considerando 18 del Reglamento 2338/2016 contempla una interesante e intuitiva diferenciación entre OSP de «aglomeraciones urbanas», referida al servicio de cercanías, y OSP de «zonas rurales».

La norma, aunque afirma, como lo hacía el Reglamento de 2007, que los contratos de servicio público para el transporte público de viajeros por ferrocarril, salvo las excepciones previstas, deben adjudicarse sobre la base de un procedimiento de licitación competitiva y mantiene la apuesta que ya se contenía en el Reglamento de 2007 por la financiación pública mediante una compensación económica al operador monopolístico de los OSP gestionados por adjudicación directa indicando que para los contratos de servicio público que no se adjudiquen basándose en un procedimiento de licitación competitiva, el cumplimiento de las obligaciones de servicio público por parte de los operadores de servicios públicos debe compensarse adecuadamente, con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera a largo plazo de los servicios de transporte público de viajeros de conformidad con los requisitos establecidos en la política de transporte público. Dicha compensación, indica el reglamento, debe fomentar el mantenimiento o el desarrollo de una gestión eficaz por el operador de servicio público y la prestación de servicios de transporte de viajeros con un nivel suficiente de calidad. Además, se indica que cuando, por circunstancias excepcionales previstas en el propio reglamento, la autoridad nacional competente decida adjudicar directamente una OSP ferroviaria, el plazo máximo del contrato no podrá superar los cinco o los diez años, dependiendo de las circunstancias que justifiquen dicha adjudicación directa, siendo evaluados por la autoridad nacional competente cada cinco años en caso de que su duración sea superior¹⁵.

El Reglamento de 2016 insiste en un punto crucial que se contenía en el art. 4.8 del Reglamento de 2007 y que afecta a la apertura de las adjudicaciones de las OSP ferroviarias. Se trata de la obligación que se impone a las autoridades competentes para que pongan a disposición de todas las partes interesadas la información pertinente para la preparación de ofertas en el marco de procedimientos de licitación competitiva, garantizando la legítima protección de la información empresarial confidencial. La CNMC española, en su informe de 25 de junio de 2024, pone de relieve la importancia que tiene dicha información para los potenciales operadores ferroviarios interesados, destacando que el *operador que viene prestando el servicio sujeto a OSP tiene un amplio conocimiento de los costes del servicio, la demanda o las particularidades prácticas y técnicas de la operativa. La asimetría de información entre los potenciales licitadores es una barrera a la entrada*¹⁶.

Para paliar esa barrera de entrada al mercado, dicha información, de acuerdo con la actual normativa europea, debe incluir información sobre la demanda de viajeros, las tarifas, los costes y los ingresos relativos al transporte público de viajeros objeto del procedimiento de licitación competitiva y el detalle de las especificaciones relativas a la infraestructura pertinentes para el funcionamiento de los vehículos o del material rodante exigido. Tendremos ocasión de profundizar

¹⁵ Art. 5, apdo. 3bis, párrafo tercero (cinco años) y art. 5.4ter, párrafo segundo (diez años).

¹⁶ Informe CNMC 14/2024, del proyecto de orden sobre el régimen de las autorizaciones para prestar servicios ferroviarios de transporte de viajeros sujetos a OSP (pág. 9).

en algunos aspectos relevantes para el éxito de la liberalización de los servicios ferroviarios OSP haciendo referencia a algunas de las posibles barreras de acceso al mercado puestas de manifiesto en el citado Informe de la CNMC en el punto VI de este trabajo.

El considerando 26 del Reglamento 2338/2016 afirma que *las autoridades competentes pueden* (aquí más bien debería decir deben) *adoptar medidas para aumentar la competencia entre empresas ferroviarias mediante la limitación del número de contratos que conceden a una empresa ferroviaria*. Lo que pretende con esta afirmación el legislador comunitario es que los Estados miembros no fomenten o faciliten que un operador obtenga una posición dominante que suponga *de facto* la expulsión de otros operadores de corredores atractivos de explotar. Fundamentalmente, parece que el legislador comunitario está haciendo aquí una llamada para que no se favorezca la posición dominante en las OSP del antiguo operador monopolístico tradicional de bandera.

El Reglamento de 2016, con el objetivo señalado en sus considerandos iniciales de derribar los obstáculos técnicos y jurídicos para lograr la apertura a la competencia del sector impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que sus sistemas jurídicos prevean la posibilidad de que un organismo independiente evalúe, con un enfoque basado en criterios de rendimiento, las resoluciones de la autoridad competente para la adjudicación directa de contratos de servicios públicos para los servicios de transporte público de viajeros por ferrocarril. En el caso español es la CNMC la que viene desarrollando ese papel de manera cada vez más relevante, siendo sus informes técnicos una importante guía o termómetro de cómo se va desarrollando el grado de cumplimiento de la liberalización ferroviaria en nuestro país.

El nuevo art. 8.2*bis* introducido por el Reglamento 2338/2016 en el Reglamento 1370/2007 indica que los contratos de servicio público para los servicios de transporte público de viajeros por ferrocarril adjudicados directamente sobre la base de un procedimiento distinto del procedimiento competitivo equitativo desde el 24 de diciembre de 2017 hasta el 2 de diciembre de 2019 podrán continuar hasta su fecha de caducidad. Esto aplica al caso español, pues el contrato firmado entre el Estado y la sociedad mercantil RENFE-Viajeros es de fecha 18 de diciembre de 2018 y puede, por ello, llegar a su fin, previsto en 2027, con posibilidad de prórroga de cinco años, hasta 2032.

Este Reglamento de 2016 presenta una enorme complejidad técnica, lo que afecta a la transparencia y a la eficacia y hace que existan muchos resquicios para falsear la competencia. Por lo demás, el Reglamento que modifica, el de 2007, es una norma que está ya algo obsoleta. En efecto, la situación actual del mercado, especialmente desde el punto de vista técnico, no justifica la cantidad de supuestos en los que un Estado miembro puede acogerse a la adjudicación directa de los contratos de OSP, especialmente en los casos regulados como estructurales y geográficos, la complejidad de la red o su aislamiento técnico y geográfico. No se puede conseguir una verdadera armonización de la regulación de las OSP en el

sector ferroviario a nivel europeo si dentro de las excepciones a la adjudicación a los operadores por procedimientos de libre concurrencia se contempla de una manera tan laxa como se contiene en las dos normas analizadas las especiales características de cada Estado miembro.

Otro aspecto relevante que estas normas comunitarias no han conseguido atajar y que está directamente relacionado con lo que se acaba de comentar respecto de los resquicios que la normativa comunitaria permite por las numerosas y, en algunos casos, indeterminadas excepciones que se contemplan para la adjudicación directa de determinados contratos ligados a OSP ferroviarias es el hecho de que se sigue favoreciendo en los Estados miembros más relevantes a los tradicionales operadores monopolísticos de bandera. Es el caso de España, como se ha podido ver tanto en el proceso de liberalización del transporte ferroviario de mercancías y ahora de personas.

III. LA NORMATIVA NACIONAL. LA LEY 38/2015, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DEL SECTOR FERROVIARIO

En la normativa nacional española, desde un plano más genérico, el art. 20 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, define las OSP como «las exigencias determinadas por la Administración a fin de garantizar los servicios públicos de transporte de viajeros de interés general que un operador, si considerase exclusivamente su propio interés comercial no asumiría o no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución».

En el ámbito estrictamente ferroviario, tanto la exposición de motivos como el articulado de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario dedican buena parte de sus esfuerzos a la transposición al ámbito español de la normativa comunitaria en materia de OSP en el sector ferroviario, introduciendo novedades importantes que actualizan el régimen jurídico español para adaptarlo al derecho europeo.

El preámbulo de la ley reconoce la importancia estratégica del transporte en general y del ferroviario en particular por sus ventajas medioambientales, calificándolo como un servicio de interés general y esencial para la comunidad que se presta en régimen de libre competencia, sin otras excepciones que las expresamente previstas en la ley por razones de servicio público. En relación con las obligaciones de servicio público, anticipa el preámbulo que la norma de 2015 presenta importantes novedades, que luego desarrolla en los arts. 59 y 60, primordialmente. Así, se prevé que el Consejo de Ministros pueda declarar, de oficio o a instancia de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales, que los servicios de competencia estatal, cuya oferta sea insuficiente o no cumpla unas condiciones mínimas de frecuencia, calidad o precio, queden sujetos al cumplimiento de obligaciones de servicio público. Esa declaración implica que los servicios se prestarán por una sola empresa que deberá asegurar su continuidad y se arbitran diferentes

opciones para compensar económicamente tales obligaciones, bien mediante la explotación de los servicios en régimen de exclusividad o mediante subvención. En caso de que las obligaciones de servicio público se impongan a iniciativa de las comunidades Autónomas o de las corporaciones locales, estas serán responsables de su financiación. Será el Ministerio de Fomento el que asuma la función arbitral o de garantía consistente en dictaminar, de oficio o a requerimiento de las partes interesadas y con carácter vinculante, si el equilibrio económico de las condiciones impuestas para la prestación de las obligaciones de servicio público en una línea o en un servicio ferroviario se ve afectado por la concurrencia de servicios comerciales coincidentes de tal forma que si el Ministerio de Fomento resuelve que se menoscaba el equilibrio económico, los servicios comerciales serán limitados (art. 59.7). En el caso de servicios comerciales correspondientes a tráficos internacionales, la función anterior corresponde a la CNMC de acuerdo con la normativa comunitaria (disposición adicional cuarta, apdo. 1, letra b)).

La transposición al ordenamiento jurídico español de las OSP del sector ferroviario, sin perjuicio de las referencias contenidas en otros apartados de la Ley del 2015, se lleva a cabo, de manera detallada, en el art. 59.

En su apartado primero, atribuye la competencia al Consejo de Ministros para declarar sujetos a OSP las líneas o tramos de la REFIG (Red Ferroviaria de Interés General), bien por iniciativa propia o bien a propuesta de las comunidades autónomas o de las entidades locales. Se configura como preceptivo y previo a esta declaración el informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y se indican los parámetros que deben servir de guía al Gobierno para proceder a dicha declaración, que se deberá producir *cuando la oferta de servicios de transporte de viajeros que realizarían los operadores, si considerasen exclusivamente su propio interés comercial y no recibieran ninguna compensación, resultara insuficiente o no se adecuara a las condiciones de frecuencia, calidad o precio necesarias para garantizar la comunicación entre distintas localidades del territorio español*. Tal y como se indica en el en el párrafo tercero y ya ha sido comentado, si la declaración de obligaciones de servicio público se lleva a cabo a instancia de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales, la financiación o compensaciones que se deban pagar al operador que preste el servicio correrá a su cargo. Además, las comunidades autónomas tienen competencia para declarar OSP en los tramos o líneas que sean de su competencia. La competencia para tal declaración recae en su Consejo de Gobierno.

Siguiendo las directrices marcadas en la normativa comunitaria que ya ha sido objeto de análisis, el párrafo segundo del apdo. 1 del citado art. 59 amplía los requisitos que el Gobierno debe seguir para declarar que un tramo o línea de la REFIG está sometido a OSP, afirmando que, en dicha declaración, *el Consejo de Ministros deberá basarse en criterios de eficiencia global y sostenibilidad, así como en la existencia de modos de transporte alternativos y los costes y beneficios derivados de su uso frente al transporte ferroviario*.

Los servicios sujetos a obligaciones de servicio público se prestarán en régimen de exclusividad, salvo que el acuerdo de Consejo de Ministros determine otro régimen de prestación.

El apartado 2 del art. 59 regula las autorizaciones que el operador debe obtener para prestar el servicio sujeto a OSP. Este apartado tuvo que ser modificado en diciembre de 2018 para incorporar las previsiones contenidas en el Reglamento 2016/2338, que forma parte del cuarto paquete ferroviario europeo, junto con la Directiva 2016/2370.

Siguiendo, por tanto, la normativa europea, el citado apartado indica que para la prestación de servicios ferroviarios sujetos a OSP, las empresas ferroviarias deberán disponer de una autorización que será otorgada por el Ministerio de Fomento, previo informe favorable de los Ministerios de Economía y de Hacienda y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a través de un procedimiento de licitación que se ajustará a los principios de publicidad, transparencia y no discriminación y añade, siguiendo también la normativa comunitaria europea, que podrán ser objeto de adjudicación directa los servicios ferroviarios sujetos a OSP en los casos y supuestos permitidos en el Reglamento 1370/2007.

En los supuestos de adjudicación directa, la correspondiente autorización deberá contemplar la necesidad de que, mediante los mecanismos oportunos, la empresa prestadora del servicio cumpla con los principios de eficiencia y buena gestión empresarial y deberá estar motivada suficientemente, acreditando las causas que la motivan.

Las autorizaciones que se otorguen a los operadores ferroviarios contendrán los derechos y obligaciones de las empresas prestadoras, entre las que figurarán las destinadas a garantizar la continuidad de los servicios, y determinarán, en su caso, las compensaciones que tengan derecho a percibir por la explotación de los servicios en las condiciones establecidas por las obligaciones de servicio público, y calculadas con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento 1370/2007.

De acuerdo con lo establecido en el apdo. tercero del art. 59 de la Ley del Sector Ferroviario de 2015 que ahora se analiza, tanto el régimen de las autorizaciones para prestar servicios de transporte ferroviario sujetos a obligaciones de servicio público como el procedimiento para su otorgamiento, los derechos y obligaciones de las empresas ferroviarias durante el período de vigencia de las autorizaciones y las causas de modificación deberán ser aprobadas por una orden del ministro de Fomento, previo informe de la CNMC, del Ministerio de Economía y del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos¹⁷. Dicha orden ministerial deberá tener en cuenta lo dispuesto al respecto en el Reglamento

¹⁷ Esta orden ministerial está siendo elaborada en estos momentos y, como veremos en el apartado VI, ya ha sido informada por la CNMC.

1370/2007. El Ministerio de Fomento deberá notificar al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias las autorizaciones de OSP otorgadas.

Si resultase necesario realizar alguna modificación en las condiciones de prestación de los servicios que resulten del procedimiento de licitación, sólo podrá llevarse a cabo dentro de los parámetros previstos en la propia autorización otorgada con anterioridad. No obstante, el Ministerio de Fomento, previa audiencia de la empresa prestadora del servicio, podrá modificar las condiciones para adaptarlo a cambios sobrevenidos por circunstancias que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de la adjudicación de la autorización. Si las modificaciones repercutiesen económicamente en la explotación del servicio procederá actualizar la cuantía de la compensación.

El Ministerio de Fomento podrá celebrar convenios con las comunidades autónomas y las entidades locales para financiar el coste del servicio. En dichos convenios se podrá acordar lo siguiente:

- a) Los servicios que, con arreglo a él, se subvencionan.
- b) Las características de su prestación.
- c) La Administración o administraciones públicas que entreguen el importe de las subvenciones.

El derecho a recoger viajeros en cualquier estación y dejarlos en cualquier otra podrá limitarse, previo acuerdo de la CNMC, cuando un servicio con obligaciones de servicio público cubra el mismo itinerario u otro alternativo y el ejercicio de aquel derecho ponga en peligro el equilibrio económico del servicio con obligaciones de servicio público.

A estos efectos, el candidato que desee solicitar capacidad de infraestructura con el fin de explotar un servicio de transporte de viajeros coincidente con uno con obligaciones de servicio público deberá informar a los administradores de infraestructuras ferroviarias y a la CNMC con una antelación mínima de 18 meses respecto a la entrada en vigor del horario de servicio al que corresponda la solicitud de capacidad. Para poder evaluar los posibles efectos económicos en los servicios existentes, la CNMC velará por que se informe sin demora, y en todo caso en un plazo de diez días, a las autoridades competentes que hayan podido autorizar el servicio en el itinerario de que se trate, así como a cualquier empresa ferroviaria que esté ejecutando el servicio afectado. Podrán solicitar que se pronuncie la CNMC, la autoridad que haya autorizado el servicio, cualquier otra con competencia sobre el mismo, el administrador de la infraestructura y la empresa ferroviaria que preste el servicio afectado.

Si la CNMC determina que el equilibrio económico de un contrato de OSP está en peligro por causa del servicio de transporte de viajeros que pretenda explotar el candidato, indicará los cambios que deban introducirse en el servicio del candidato que solicita el derecho de acceso. La CNMC tendrá un plazo de seis semanas para pronunciarse a partir de la recepción de toda la información

pertinente. La decisión será motivada y podrá solicitarse su revisión por parte de las entidades con interés legítimo en el procedimiento en el plazo de un mes.

Con el fin de desarrollar el mercado de transporte de viajeros de alta velocidad fomentando su competitividad, el derecho de acceso solo podrá estar sujeto a los requisitos establecidos por la CNMC conforme a lo dispuesto en esta ley. Cuando la CNMC determine que el servicio de transporte compromete el equilibrio económico de un servicio con obligaciones de servicio público que cubre la misma ruta o una alternativa, indicará posibles cambios en el servicio que aseguren que se cumplen las condiciones para conceder el derecho de acceso. Estos cambios, al igual que se ha señalado para los servicios convencionales que no son de alta velocidad, podrán incluir una modificación del servicio previsto. En idéntico sentido se pronuncia la disposición adicional cuarta, apartado tercero, letra b) para los servicios internacionales de transporte ferroviario de viajeros.

Por su parte, el art. 60, apartado segundo, afirma que cuando el procedimiento de licitación para otorgar una autorización para la prestación de servicios sujetos a obligaciones de servicio público fuere declarado desierto, el Ministerio de Fomento podrá imponer la prestación de dichos servicios, como obligación de servicio público, a la empresa ferroviaria que cuente con medios adecuados y suficientes y explote otros servicios ferroviarios en la misma área geográfica. La empresa será resarcida, en su caso, en la forma que se determine mediante orden del ministro de Fomento.

Y el apdo. tercero de ese mismo art. 60 indica que si una empresa ferroviaria dejare de prestar servicios de transporte de viajeros sujetos a obligaciones de servicio público o servicios complementarios o auxiliares a los mismos, o los prestare en condiciones que no garanticen la seguridad de las personas, el Ministerio de Fomento adoptará todas las medidas necesarias para garantizar su correcta prestación. Es criticable que el legislador no concrete las medidas que el Ministerio de Fomento pueda adoptar en este tipo de situaciones graves, siquiera sea para remitir al régimen de infracciones y sanciones que se contiene en los arts. 105 a 109.

De manera motivada en función de la necesidad y de las circunstancias que rodeen la prestación de una OSP ferroviaria, se podrán establecer tarifas máximas obligatorias para los servicios de transporte ferroviario sometidos a obligaciones de servicio público (art. 62.1, párrafo segundo).

La disposición adicional vigesimooctava regula la explotación de las estaciones de transporte de viajeros destinadas a OSP e indica que el administrador de Infraestructuras, previo acuerdo con el adjudicatario, podrá otorgar directamente la explotación de estaciones de transporte de viajeros o de parte de sus instalaciones de servicio destinadas, con carácter exclusivo, a la prestación de tales servicios de transporte, siempre y cuando dicha explotación sea necesaria para la efectiva prestación del servicio OSP. También podrá adjudicar directamente la explotación de aquellas estaciones en las que, además de los trenes sujetos a OSP, se realicen otros servicios de transporte cuyo único prestador sea el adjudicatario de dichas obligaciones.

La disposición transitoria octava tiene una enorme trascendencia y nos da muchas pistas sobre lo que se va a analizar en el apartado siguiente: el contrato entre la Administración General del Estado y la Sociedad Mercantil RENFE Viajeros. Afirma que *hasta que, de conformidad con la legislación de la Unión Europea, se acuerde la plena apertura al mercado del transporte ferroviario de viajeros y en la medida en que no contravenga dicha legislación, la autorización para la prestación de servicios ferroviarios sujetos a obligaciones de servicio público será objeto de adjudicación directa cuando el coste anual de prestación del servicio no exceda de un millón de euros, cuando no exista una pluralidad de oferta de servicios en el mercado ferroviario suficiente para acudir a la licitación o cuando se refiera a servicios de alta densidad y elevado volumen de tráfico en áreas metropolitanas de gran población.*

En el año 2015 en que fue aprobada esta norma no se había completado todavía la plena apertura al mercado del transporte ferroviario de viajeros en la UE, cosa que ocurrió en el año 2016 con el cuarto paquete ferroviario, aunque algunos países ya hubieran adelantado dicha apertura al mercado con anterioridad a la aprobación de la normativa liberalizadora de la UE. Tampoco existía en nuestro país una pluralidad de oferta de servicios en el mercado ferroviario, pues el único operador de viajeros en el año 2015 era la Entidad Pública Empresarial RENFE. Dicho esto, cuando se celebra el contrato entre la Administración General del Estado y RENFE Viajeros en diciembre de 2018 la apertura del mercado ferroviario de viajeros en el ámbito de la UE ya era una realidad y, consecuencia de ello, pronto lo iba a ser en España, donde la pluralidad de operadores se concretó en el año 2022, por lo que firmar un contrato con el operador monopolístico de bandera con una duración tan amplia (diez años, hasta 2027) y unas posibilidades de prórroga tan laxas, hasta 2032, solo podía tener un objetivo claro: proteger a RENFE Viajeros frente a la competencia, lo que, por otra parte, ha sido la regla habitualmente seguida en todos y cada uno de los procesos de apertura del mercado ferroviario que han tenido lugar en nuestro país desde que el transporte ferroviario de mercancías se abriese al mercado en el año 2007. Y, por cierto, también en otros países donde, igualmente, se han protegido los intereses del antiguo operador monopolístico de forma contraria a lo que dictan las normas de competencia comunitarias.

IV. EL CONTRATO ENTRE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO Y LA SOCIEDAD MERCANTIL RENFE VIAJEROS

1. CUESTIONES GENERALES

El objeto del contrato, según su cláusula primera, es que RENFE Viajeros preste los servicios ferroviarios declarados como OSP por Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2017 y que integra el servicio de Cerca-

nías, Media Distancia Convencional, Alta Velocidad Media Distancia (AVANT) y Ancho Métrico.

La duración del contrato es de diez años (hasta diciembre de 2027), con posibilidad de prórroga de cinco años (hasta 2032), como ya se ha señalado en apartados anteriores. No obstante, la cláusula tercera indica que en el segundo trimestre de 2023 el Ministerio de Fomento deberá presentar a la Comisión de Seguimiento un informe sobre el cumplimiento del indicador de eficiencia que se recoge en el Anexo VII del contrato. Se establecía la posibilidad (hablamos en pasado porque ya se ha cumplido el trámite) de que la Comisión Delegada del Gobierno decidiera la continuidad del contrato cuando el incumplimiento del indicador de eficiencia no pudiera haber sido imputable a RENFE Viajeros. Como dicho indicador ha sido cumplido, el contrato sigue en vigor. El siguiente examen sobre el grado de cumplimiento de ese indicador de eficiencia se deberá producir diez meses antes del 31 de diciembre de 2027. Y en esa fecha es cuando se valorará, en un informe que deberá presentar el ministro de Fomento a la Comisión de Seguimiento, si se prorroga el contrato por otros cinco años, hasta 2032. Si el indicador de eficiencia no se ha cumplido llegada esa fecha, el contrato solo se podrá prorrogar por decisión del Consejo de Ministros cuando dicho incumplimiento sea por una causa ajena a la gestión llevada a cabo por RENFE Viajeros. La decisión debe comunicarse a RENFE Viajeros con una antelación de, al menos, seis meses.

Haciéndose eco de la previsión contenida en la normativa europea, la cláusula tercera bis, respecto de determinadas líneas que representen el 3% del total, indica que el contrato tendrá vigencia hasta el 1 de enero de 2026. Las concretas líneas a las que afectaría este recorte temporal de vigencia deben ser establecidas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta conjunta de los Ministerios de Fomento y Economía antes del 30 de junio de 2019, motivándolo en criterios geográficos, de explotación o de disponibilidad de recursos¹⁸.

La cláusula cuarta del contrato indica que las tarifas del servicio se aprobarán y, en su caso, revisarán por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta del Ministerio de Fomento y previo informe favorable de la Dirección General de Política Económica del Ministerio de Economía. Si se aprobase una disminución de la tarifa o una evolución por debajo de la contemplada en el contrato y la compensación económica máxima a pagar a RENFE Viajeros no la pudiera asumir, se podrá revisar excepcionalmente el techo de gasto mediante la tramitación del correspondiente expediente de gasto.

¹⁸ Este contrato ha sido objeto de numerosas modificaciones en forma de adendas desde su aprobación (por ejemplo, Acuerdo complementario de fecha 30 de agosto de 2019 o Acuerdo complementario de 22 de marzo de 2022).

Por su parte, la cláusula quinta regula las normas de calidad en la prestación del servicio, remitiéndose al Anexo IV en relación a los estándares de calidad con los que RENFE Viajeros debe prestar el servicio, siendo evaluable anualmente por un evaluador externo con cargo al operador (RENFE Viajeros).

2. DERECHOS EXCLUSIVOS Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Esta cuestión se recoge en la cláusula séptima del contrato, que regula la obligación de la Administración General del Estado de conceder el derecho de explotación en exclusiva de los servicios declarados como OSP durante la vigencia del contrato, otorgándole una compensación económica, con el límite máximo establecido en la cláusula octava¹⁹. Dicha compensación económica se calcula teniendo en cuenta los siguientes factores:

- Sumando los costes totales derivados de la prestación de las OSP.
- Restando de dicha cantidad los ingresos obtenidos por el operador por los títulos de transporte (billetes de tren o cualquier otro ingreso que obtenga RENFE Viajeros por la explotación de estos servicios sometidos a OSP durante la vigencia del contrato).
- Sumando o restando, según el caso, los incentivos o penalizaciones previstos en el contrato.
- Sumando un beneficio del 3% de los ingresos de tráfico reales, siempre que no se supere el techo de gasto previsto en la cláusula octava del contrato.

3. INCENTIVOS Y PENALIZACIONES ASOCIADAS A LA CALIDAD DEL SERVICIO

La cláusula décima del contrato regula dos tipos de penalizaciones o de incentivos en relación con la explotación de los servicios de OSP adjudicados a RENFE Viajeros hasta el año 2027.

- Penalizaciones asociadas a la calidad del servicio. La Administración General del Estado minorará la cantidad anual a otorgar a RENFE Viajeros en concepto de compensación por la prestación del servicio en el caso en que no se cumplan los objetivos de calidad en su prestación²⁰.

¹⁹ Por el concepto de renovación del material rodante la compensación máxima se establece en los 9.693.759 millones de euros. Por el déficit de explotación, 9.251.302 millones de euros. Se establece una tabla de cantidades anuales a pagar a RENFE Viajeros en cada uno de los años de duración del contrato (página 8 del contrato).

²⁰ Los criterios y fórmulas para establecer los estándares de calidad en la prestación del servicio están recogidos en el Anexo IV del contrato y, como se ha indicado ya, serán examinados por un evaluador externo anualmente.

- Incentivos y penalizaciones asociados a la variación de costes imputables a la gestión de RENFE Viajeros. La cláusula décima del contrato se remite al Anexo IV, que establece la metodología de cálculo de los incentivos y penalizaciones a aplicar al operador en función de la gestión del servicio que esté llevando a cabo, el cual será evaluado anualmente.

4. TRANSFERENCIAS DE LOS SERVICIOS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La cláusula decimosexta indica que si durante la vigencia del contrato se transfiriese algún servicio sujeto a OSP a las comunidades autónomas por parte de la Administración General del Estado, se le facilitará la información derivada del contrato que sea necesaria para el cumplimiento de los derechos y obligaciones de las partes, quedando la comunidad autónoma subrogada en la posición que ocupaba el Estado.

Si la transferencia se produce una vez que la AGE haya decidido prorrogar el contrato hasta 2032, también se notificará dicha resolución a la Comunidad autónoma correspondiente, quien quedará vinculada por dicha prórroga, debiendo, por tanto, asumirla y respetarla²¹.

V. CONVENIO ENTRE ADIF Y RENFE-OPERADORA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN ESTACIONES DE CERCANÍAS

Este convenio se aprobó mediante Resolución de la Secretaría General de Infraestructuras de 7 de octubre de 2011²².

El motivo por el que incluimos en este trabajo este contrato es porque, como se pone de relieve en el contrato entre la AGE y RENFE Viajeros analizado en el apartado anterior, el servicio de Cercanías forma parte de las OSP del sector ferroviario²³.

²¹ Aunque Cataluña tiene atribuida alguna competencia para la gestión del servicio de cercanías en su territorio desde el año 2010, el único traspaso formal e integral previsto sobre el servicio de cercanías es el que se ha pactado en el año 2024 entre la AGE y la Comunidad Autónoma de Cataluña por el que se transfiere dicho servicio a la Generalidad a partir de enero de 2025, aunque los detalles técnicos para dicho traspaso todavía no se conocen con exactitud. El País Vasco gestiona su propio servicio de cercanías a través de Euskotren, pero la infraestructura sobre la que se presta no forma parte de la REFIG y, por tanto, no es de titularidad estatal.

²² BOE de 27 de octubre de 2011.

²³ Como sabemos, la naturaleza jurídica de RENFE-Operadora en la actualidad sigue siendo la de Entidad Pública Empresarial, a pesar de que en el año 2012 se produjo la creación de cuatro sociedades mercantiles públicas que quedan englobadas dentro de la citada EPE.

El contrato contiene un Anexo I en el que se detallan las estaciones que quedan incluidas en el mismo, sin perjuicio de que se puedan incluir en el futuro otras nuevas por acuerdo entre ADIF y RENFE o, incluso, excluir algunas de las que se contemplan.

El contrato tiene por objeto *la encomienda*²⁴ a RENFE-Operadora de la *gestión integral y administración de las estaciones que se detallan en el Anexo 1, en razón de su vinculación con la explotación de los servicios de transporte de Cercanías que esta desempeña en dichas estaciones* con la obligación para la entidad encomendada de mantener en correcto estado de funcionamiento, conservación y limpieza las instalaciones en las que estos servicios son prestados, así como el servicio de vigilancia y seguridad de la estación. Adicionalmente, la encomienda incluye los siguientes conceptos:

- La gestión de espacios comerciales y la cesión de espacios en estaciones.
- La comercialización en las mismas de todos los productos de RENFE-Operadora desde el momento en que, en virtud del acuerdo entre las partes, la función de venta de billetes presencial en estaciones multioperador sea asumida por RENFE-Operadora.
- La gestión de los espacios ocupados por RENFE-Operadora y ADIF o terceros.
- La gestión de los aparcamientos asociados a la estación, salvo el denominado aparcamiento P2 de la estación de Madrid-Atocha.
- La realización de las inversiones a acometer en las estaciones adscritas al Convenio y que sean propias del explotador de la estación.
- La gestión de las reclamaciones y asunción de la responsabilidad patrimonial que se produzca en el ámbito de gestión establecido.

El Convenio no permite a RENFE-Operadora ceder el uso de los inmuebles a terceros en las estaciones encomendadas de forma gratuita o por precios o rentas notoriamente inferiores a los de mercado (precios simbólicos), salvo en el caso de aparcamientos disuasorios. Tales cesiones solo podrán producirse con la previa autorización escrita de ADIF y cumpliendo los requisitos previstos al efecto en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Permanecerán en cualquier caso bajo gestión de ADIF los siguientes elementos o espacios que puedan encontrarse dentro del ámbito encomendado a RENFE-Operadora en cada una de las estaciones afectadas:

- El gabinete de circulación.

²⁴ La cobertura legal para la firma del Convenio era el entonces vigente art. 15, apdo. 3, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que regulaba las encomiendas de gestión.

- Los cuartos de relés, de enclavamientos o de cualquier otra instalación relacionada con la seguridad o la operación de la circulación, incluidas las canalizaciones de cableado correspondientes.
- Las casetas y demás elementos accesorios correspondientes a la red de telecomunicaciones de ADIF, incluidas las canalizaciones de cableado correspondientes.
- Las vías y todas sus instalaciones (incluidos los pasos entre andenes al mismo nivel).
- El espacio comprendido entre la cabecera de andenes y las señales de entrada o salida.
- El aparcamiento P2 de la estación de Madrid-Atocha.
- Las viviendas sitas en el propio edificio de viajeros, estén ocupadas o no.
- Los espacios dedicados a comunicaciones situados debajo de la rampa de acceso al aparcamiento de Madrid-Atocha.
- El pasillo de comunicación entre la nueva terminal de llegadas de AVE de Madrid-Atocha y el nuevo acceso a la terminal de salidas por la entreplanta de la misma estación, salvo los módulos de atención al cliente y terminales de venta que RENFE-Operadora tiene situados en dicho pasillo.

Desde el punto de vista económico, la contraprestación anual que abonará RENFE-Operadora a ADIF por la encomienda de la gestión integral y la administración de las estaciones detalladas en el Anexo I se fija en una cantidad equivalente a la suma de las siguientes partidas:

- Amortización anual de los activos asociados a este convenio (en adelante, los activos).
- Coste de la financiación anual estimado de los activos. Dicho coste se calculará como la suma de los costes de financiación mensuales estimados que se obtendrán aplicando el tipo de interés de referencia a la media de Valor Neto Contable de los activos al inicio y fin de mes correspondiente, minorados dichos valores, en cada caso, en el importe de las subvenciones y ayudas recibidas para su construcción o adquisición y pendientes de imputar a resultados. El coste de financiación se devengará diariamente sobre la base de un año de 360 días. El tipo de interés de referencia a estos efectos se obtendrá incrementando en 90 puntos básicos el tipo del euro a plazo de un mes (EURIBOR mes) que se obtenga el día 1 del mes correspondiente o primer día hábil siguiente a las 11:00 horas de la mañana de la pantalla ICAPEURO de REUTERS.
- Los tributos que graven los activos.
- Los importes anteriores se minorarán en una cantidad equivalente a la suma del importe de la modalidad A del canon establecido en el art. 75 de la Ley 39/2003, del Sector Ferroviario, devengado en el año en las estaciones objeto del presente convenio, así como en el importe de las subvenciones y

ayudas recibidas para su construcción o adquisición que se han imputado a resultados del ejercicio y en el importe de la tasa por seguridad en el transporte ferroviario de viajeros contemplada en el art. 65 de la Ley 39/2003, del Sector Ferroviario, relativa a los viajeros de las estaciones de cercanías antes citadas.

Para la cuantificación de la contraprestación descrita en los párrafos anteriores, ADIF elaborará una liquidación en base a las cuentas anuales de esta entidad pública, que deberá ser aprobada en la Comisión de Seguimiento prevista en el Acuerdo XVI antes del día 30 de septiembre del ejercicio siguiente.

Mensualmente, ADIF facturará a cuenta de la liquidación definitiva del ejercicio una doceava parte del importe correspondiente a la última liquidación aprobada. Esta factura será abonada por RENFE-Operadora en un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de su recepción.

Una vez aprobada por la Comisión de Seguimiento la liquidación definitiva del ejercicio y en el plazo máximo de 15 días, ADIF procederá a la emisión de la correspondiente factura por la diferencia positiva o negativa entre la referida liquidación y las cantidades facturadas a cuenta. Esta factura deberá ser abonada en un plazo máximo de treinta días desde su recepción.

En el supuesto de que como consecuencia de la cuantificación de la contraprestación establecida resultase un importe a cobrar por RENFE-Operadora, ADIF lo abonará de acuerdo con las condiciones de pago anteriormente descritas.

De no alcanzarse ese acuerdo en la Comisión de Seguimiento en el plazo indicado (antes del 30 de septiembre del ejercicio siguiente), ADIF o RENFE girará la factura que estime procedente, en base a la mencionada liquidación, debiendo ser abonada por RENFE-Operadora o por ADIF sin perjuicio de poder discutirla o impugnarla mediante el procedimiento de arbitraje previsto en el Acuerdo XXII del presente convenio y a cuyo resultado se estará con la correspondiente regularización, en su caso.

En cualquier caso se aplicará el contenido de la Ley de Morosidad en lo que se refiere al devengo de intereses de demora.

Respecto de las obligaciones de las partes, están recogidas en las cláusulas VI (obligaciones de RENFE-Operadora) y VII (obligaciones de ADIF).

Este convenio ha funcionado de manera razonable, siendo un ejemplo paradigmático de cómo determinados servicios afectados por OSP en el ámbito ferroviario pueden ser atractivos para los operadores de lo prestan. De hecho, el servicio de cercanías es uno de los que, dentro de las OSP ferroviarias, tiene mayor margen de mejora en la prestación de un servicio que se ha deteriorado notablemente en los últimos años en manos de un operador monopolístico que no ha acometido las inversiones necesarias para prestarlo con unos estándares de calidad razonables.

VI. LA LIBERALIZACIÓN DE LAS OSP. ESCENARIO FUTURO. EL PROYECTO DE ORDEN MINISTERIAL DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y EL INFORME DE LA CNMC DE 25 DE JUNIO DE 2024

La «liberalización» de los servicios ferroviarios afectados por OSP está comenzando en nuestro país, al igual que ya ha sucedido en otros países miembros de la UE. De hecho, el propio Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, como ya se ha comentado, está elaborando una Orden Ministerial sobre el régimen de las autorizaciones para prestar servicios ferroviarios de transporte de viajeros sujetos a obligaciones de servicio público. Este proyecto de Orden ha sido informado por la CNMC, en virtud de los arts. 11.1.g) de la LCNMC y 59.3 de la Ley del Sector Ferroviario²⁵. Estos dos documentos (proyecto de Orden e informe de la CNMC) nos dan muchas pistas acerca del próximo escenario jurídico, económico y técnico que nos vamos a encontrar en los servicios ferroviarios afectados por OSP. Ambos están muy condicionados, como no puede ser de otra manera, por la regulación contenida en el Reglamento 1370/2007, con su modificación por el Reglamento 2016/2338 de la UE.

El proyecto de Orden, según se contempla en su exposición de motivos, tiene como objetivo regular los procedimientos de otorgamiento de las autorizaciones para la prestación de los servicios ferroviarios sujetos a OSP, permitiendo de esta forma la entrada de nuevos operadores en este mercado. Esta apertura de las OSP ferroviarias al mercado ya estaba prevista en la redacción inicial de la Ley del Sector Ferroviario de 2015. La exclusividad en la prestación del servicio por parte de un operador se está prolongando demasiado en nuestro país, como pone de manifiesto la propia CNMC en su informe al afirmar que «esta situación, en la que la totalidad de los servicios sujetos a OSP se prestan en base a un contrato adjudicado directamente, contrasta con la de otros países europeos donde las autoridades competentes están apostando por la licitación de estos servicios. Por ejemplo, en Alemania, el operador histórico nacional (DB AG) tuvo una cuota, en términos de tren/km, del 61% en los servicios sujetos a OSP en 2022. Desde 2018, solamente el 20% de los contratos se adjudicaron directamente. En 2022, de los 26 contratos de servicios sujetos a OSP, 17 se adjudicaron mediante licitación competitiva, con una media de 1,4 licitadores por concurso. En Francia, cuatro regiones han concluido los procesos de licitación, cinco han publicado su intención de licitar los servicios sujetos a OSP en 2024 y tres han prorrogado sus contratos con SNCF. En Italia, solamente en 6 de las 21 regiones TrenItalia es el único proveedor»²⁶.

²⁵ Informe del proyecto de orden sobre el régimen de las autorizaciones para prestar servicios ferroviarios de transporte de viajeros sujetos a obligaciones de servicio público de 25 de junio de 2024 (expediente: IPN/CNMC/014/24).

²⁶ Pág. 5.

Como hemos comentado en otro apartado de nuestro trabajo, la apertura al mercado de las OSP ferroviarias tendrá lugar en virtud de lo establecido en la cláusula tercera bis del contrato celebrado entre la AGE y RENFE Viajeros en diciembre de 2018, que prevé que en el año 2026 se podrá abrir a la competencia la adjudicación de determinados servicios que supongan en torno al 3% del contrato, en consonancia con la normativa comunitaria. La CNMC intima al Gobierno para que concrete lo antes posible los tramos que se abrirán a licitación en el año 2026.

En su informe, la CNMC pone de manifiesto, de manera acertada, que del Proyecto de Orden Ministerial se deduce que el contrato entre la AGE y RENFE Viajeros se prorrogará hasta el año 2032, lo que, a su juicio, puede poner en riesgo el éxito de los procedimientos de licitación competitiva que pretenden iniciarse con la aprobación de dicha orden ministerial. Por ello, recomienda no prorrogar en los mismos términos el actual contrato con RENFE Viajeros, sino iniciar una licitación progresiva de determinados tramos afectados por dicho contrato para que la prestación de los primeros servicios en concurrencia competitiva pueda iniciarse el 1 de enero de 2028.

Por consiguiente, dados los plazos para el diseño, tramitación, adjudicación e inicio de prestación de los servicios, se debería publicar de manera urgente el calendario que diera transparencia al sector sobre las intenciones de licitación de los tramos sujetos a OSP.

Como también afirma la CNMC, la entrada de competencia en los servicios comerciales de alta velocidad ha cambiado sustancialmente la oferta ferroviaria con respecto al momento en que se firmó el contrato de OSP con RENFE Viajeros por la liberalización del transporte ferroviario de pasajeros, por lo que debería iniciarse la evaluación del perímetro de los servicios sujetos a OSP para que aquellas rutas o servicios (por ejemplo, los servicios dirigidos a viajeros no recurrentes) en los que la oferta comercial garantiza la conectividad y asequibilidad de los servicios ferroviarios, se presten en condiciones comerciales y sin obligaciones de servicio público.

Si se concluyera que existe la necesidad de establecer servicios sujetos a OSP en líneas donde hay competencia, deberían analizarse las formas más efectivas para su prestación y si dicha efectividad se lograría si la prestación se lleva a cabo por varias empresas.

Otro aspecto relevante a tener en cuenta es el que se contiene en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Proyecto de Orden Ministerial (MAIN) sobre la posibilidad, contemplada en el art. 2.bis del Reglamento 1370/2007, de agrupar en lotes diferentes rutas o «servicios» para permitir que los operadores hagan ofertas conjuntas por ellas. La justificación sería cubrir con la rentabilidad obtenida en determinados servicios o rutas las pérdidas que generan otros, reduciendo el uso de fondos públicos. Es decir, se permite la posibilidad para los operadores de que oferten de manera conjunta servicios que cubran costes con servicios que no los cubran.

Como se ha puesto de manifiesto, las directrices de la Comisión Europea permiten esta agrupación en situaciones justificadas, por lo que, en los casos en que se optara por la agrupación en lotes para esta finalidad, debería justificarse. Hay que tener en cuenta que este planteamiento añadiría restricciones en rutas que no requerirían necesariamente su declaración de servicios sujetos a OSP, y podría considerarse que va en sentido contrario al principio de mantener contabilidades separadas entre servicios públicos y servicios comerciales, lo que es obligado, de acuerdo con la Decisión SIEG de 2011 de la Comisión Europea (art. 5.9), cuyo objetivo es precisamente evitar una definición excesivamente amplia de los servicios públicos y de los subsidios cruzados.

Otro de los aspectos que destaca la CNMC para que el proceso de liberalización paulatina de los servicios ferroviarios afectados por OSP sea atractivo para los operadores y, por tanto, tenga éxito en España es la necesidad de regular el acceso al material rodante del operador saliente por parte del operador entrante, el acceso a los servicios accesorios (reparaciones, mantenimiento, talleres, etc.) y al personal, especialmente a los maquinistas formados. Esta es una cuestión esencial, especialmente la referida a los maquinistas. La obligación de que el operador entrante tenga que contar con medios o estar en condiciones de obtenerlos (art. 3.d del Proyecto de Orden), puede suponer una barrera de entrada en el mercado, por cuanto se trata de activos escasos cuya obtención conlleva largos plazos de fabricación y homologación. Por ello, el Proyecto de Orden remite a los pliegos la posibilidad y la fórmula a través de la cual el operador entrante pueda quedarse con los medios materiales del operador saliente.

Asimismo, como se pone de manifiesto en el informe de la CNMC, la asimetría en la información es otra barrera de entrada al mercado para los operadores interesados en la explotación de determinados tramos respecto del operador que viene prestando el servicio. Por ello, siguiendo las indicaciones contenidas en el art. 4.8 del Reglamento 1370/2007, la CNMC aconseja al Ministerio incluir en la Orden Ministerial más requisitos de información para que las licitaciones futuras puedan ser simétricas y que todos los operadores cuenten con la información necesaria para poder elaborar su oferta en igualdad de condiciones. Concretamente, se le exige al Ministerio que incluya en la Orden la obligación de que el operador que viene prestando los servicios OSP en los tramos que se saquen a licitación futura los informe sobre los viajeros subidos y bajados por origen y destino, y con la mayor frecuencia disponible (diaria, semanal, mensual).

Por último, en referencia a las posibles barreras de entrada al mercado y respecto a la capacidad de la infraestructura, la CNMC aconseja al Gobierno añadir en el art. 2 del Proyecto de Orden la obligación de que, en caso necesario, ADIF coordine la capacidad necesaria para prestar los servicios sujetos a OSP previstos con la capacidad marco previamente asignada y le habilite para, en su caso, modificarlos de forma que la capa-

cidad marco comprometida no sea una barrera para la licitación de los servicios sujetos a OSP²⁷.

La CNMC llama la atención en su informe sobre otro aspecto relevante que se debería tener en cuenta y exigir en los pliegos y los contratos futuros por los que se adjudiquen OSP ferroviarias, aconsejando que el art. 4 del Proyecto de Orden debería precisar el alcance de las OSP, indicando no solo los tráficos origen-destino comprendidos en el contrato, sino también los horarios y las frecuencias de servicio público, al efecto de poder ponderar adecuadamente el impacto sobre el equilibrio del contrato de un nuevo servicio comercial coincidente o parcialmente coincidente. Además, también debería establecerse un periodo máximo de duración del contrato y sus prórrogas y la licitación obligatoria transcurrido dicho plazo y que lo mismo debería establecerse para los casos de autorización adjudicada directamente, previendo obligatoriamente una nueva adjudicación directa, en su caso, o una licitación competitiva una vez llegada la autorización a su término.

Sobre los procedimientos de adjudicación directa, a la CNMC le merece una valoración positiva que el Proyecto de Orden, de acuerdo con las Directrices de la Comisión Europea, le reconozca la competencia prevista en el art. 5.7 del Reglamento 1370/2007 de evaluar la resolución motivada adoptada por la autoridad competente cuando decida asignar directamente los servicios sujetos a OSP en los supuestos excepcionales, y previa motivación, previstos en su art. 5, apartados 4 *bis* y 4 *ter*²⁸. Sin embargo, critica que el Proyecto de Orden apenas detalle el procedimiento a seguir para la adjudicación directa de los servicios sujetos a OSP, limitándose a señalar, en su art. 9, la competencia del secretario de Estado de Transportes y Movilidad Sostenible.

En relación con las modificaciones de las autorizaciones otorgadas a los operadores ferroviarios para la prestación de un servicio sujeto a OSP, el art. 14 del Proyecto de Orden regula la modificación de las autorizaciones, señalando que resulta de aplicación, en orden jerárquico, lo establecido por la propia Orden, en el pliego de la licitación y, de forma supletoria, en el art. 290 de la citada Ley de Contratos del Sector Público. Para la CNMC, esta redacción resulta muy ambigua y debería limitarse a las modificaciones no sustanciales.

²⁷ La Resolución de la CNMC de 6 de mayo de 2020 ya advirtió de que «la divergencia en los periodos de vigencia del acuerdo marco y del Contrato de prestación servicios OSP puede restringir la apertura a la competencia de estos servicios. Para evitarlo, ADIF AV deberá aplicar en su momento, si fuera necesario, las facultades de coordinación que le confiere el art. 9 del RE 2016/545 y que pueden dar lugar a una modificación de la capacidad marco».

²⁸ El art. 1 del Proyecto de Orden Ministerial prevé que las autorizaciones se concedan excepcionalmente por el método de adjudicación directa, remitiéndose a los supuestos contemplados en el Reglamento 1370/2007 (supuestos que se modifican, como se ha visto, por el Reglamento 2016/2338).

El Proyecto de Orden contempla en su art. 13.1.a) posibles modificaciones de los derechos y obligaciones de las partes incluidas en una autorización para mantener el equilibrio económico del contrato, si bien asegurando que la prestación de los servicios es a riesgo y ventura del adjudicatario (art. 13.2) y evitando una compensación excesiva.

Debemos recordar en este sentido que las directrices de la Comisión Europea indican que una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato implicaría la adjudicación de un nuevo contrato, tal y como se ha encargado de declarar de forma reiterada el TJUE, para quien un cambio sustancial supone la introducción de condiciones en el contrato que, «si hubieran formado parte del procedimiento de adjudicación original, habrían permitido la admisión de licitadores distintos de los admitidos inicialmente o la aceptación de una oferta distinta de la que se aceptó inicialmente».

Por consiguiente, para la CNMC la inclusión en una autorización existente de nuevas rutas ha de considerarse una modificación sustancial a los efectos de la normativa comunitaria, pues pudiera haber resultado en un número distinto de licitadores o en distintas ofertas y advierte de que esta interpretación debe ser especialmente estricta cuando la autorización se haya adjudicado directamente, dado que la extensión de su ámbito debería justificarse en algunas de las excepciones incluidas en el Reglamento 1370/2007.

En resumen, la CNMC valora positivamente el Proyecto de Orden que permitirá la licitación competitiva de los servicios sujetos a OSP de acuerdo con el art. 59.2 de la Ley del Sector Ferroviario y aconseja al Gobierno iniciar los procedimientos normativos necesarios para la licitación competitiva del resto del contrato de servicio público, publicándose a la mayor brevedad posible un calendario de licitaciones que diera transparencia al sector y le permitiera organizarse con tiempo y, consecuentemente, no prorrogar en su totalidad el contrato entre la AGE y RENFE Viajeros, recordando que la obligación de licitar los servicios sujetos a OSP a partir del 25 de diciembre de 2023 resulta de aplicación a todas las autoridades competentes, incluidas las de ámbito subnacional y que los casos de adjudicación directa deben ser excepcionales y motivados, limitándose a los procedimientos que queden desiertos o en los que se constate la falta de interés de los operadores en acudir al procedimiento competitivo.

VII. CONCLUSIONES

- El contrato programa de 2018 en España podría estar justificado porque no estaba liberalizado el sector. Ahora no tiene justificación. El panorama es muy distinto y, por tanto, como indica la CNMC, debería ir adjudicándose en libre concurrencia algunos tramos OSP y no debería prorrogarse en su totalidad.
- La gran complejidad de la normativa europea afecta a la transparencia y a la eficacia y hace que existan muchos resquicios para falsear la competencia.

La situación actual del mercado, especialmente desde el punto de vista técnico, no justifica la cantidad de supuestos en los que un Estado miembro puede acogerse a la adjudicación directa de los contratos de OSP. Todas esas circunstancias que se enumeran en el art. 5 del Reglamento 1370/2007 no justifican una restricción de la competencia por las enormes posibilidades de falseamiento que se deja en manos de los Estados miembros para llevar a cabo adjudicaciones directas, especialmente a empresas que pueden seguir siendo consideradas como medios propios.

- Derivado de lo que se acaba de comentar, es necesario poner de relieve que se sigue favoreciendo en los Estados miembros más relevantes a los tradicionales operadores monopolísticos de bandera. Especialmente en España. Una muestra más de ello es, como ya se ha comentado, el contrato programa firmado con RENFE Viajeros en 2018, después de aprobado el Reglamento 2016/2338, cuando la liberalización ferroviaria estaba en marcha y las normas europeas apostaban, con carácter general, por los procedimientos en libre concurrencia para la adjudicación de los OSP y aludían a su liberalización en diciembre de 2023. Es verdad que cuando se celebra el contrato programa en 2018 solo había un operador ferroviario de pasajeros en España, pero estábamos a punto de liberalizar el transporte ferroviario de pasajeros y ello debería haber tenido otro reflejo en el contrato celebrado con RENFE Viajeros, sobre todo en su duración y más que posible prórroga.
- Como pone de manifiesto el caso de la gestión de las estaciones de cercanías, las OSP, bien gestionadas, pueden ser atractivas y hay margen más que suficiente para obtener rentabilidad (piénsese en algunas estaciones de cercanías de Madrid por la gestión comercial de las mismas, aunque las más interesantes, como Atocha, Chamartín o Príncipe Pío, se las quede ADIF).
- Según los informes trimestrales de la CNMC, de los 532,99 millones de pasajeros transportados por ferrocarril en 2023, 491,61 millones (92,2%) son servicios sujetos a OSP. Cuando se pondera por la distancia recorrida, la proporción de los servicios sujetos a OSP se sitúa en torno al 65%. El potencial de mejora derivado de la entrada de competencia en los servicios sujetos a OSP es importante.
- Como ha sucedido con la liberalización de viajeros, se llegará tarde respecto a las imposiciones legales de liberalización porque, como ha ocurrido con experiencias liberalizadoras ferroviarias anteriores, y no solo en España, no existe voluntad política de llevarla a cabo.
- En los procedimientos competitivos para la adjudicación de tramos ferroviarios cuya explotación esté vinculada a OSP, se deben establecer unas normas comunes aplicables a todas las autoridades competentes, que aseguren la licitación competitiva de los servicios sujetos a OSP en condiciones homogéneas que otorguen seguridad jurídica a todos los operadores.
- En los procedimientos competitivos, los pliegos deben asegurar el acceso del operador entrante a los medios personales, especialmente, maquinistas,

y a los medios materiales con los que el operador saliente venía prestando el servicio, porque esos dos factores son las dos principales barreras de entrada al mercado, junto con la información de explotación del tramo o servicio, que se configura como la tercera gran barrera de entrada al mercado de las OSP ferroviarias.

- En los casos de adjudicación directa, de acuerdo con el art. 5.7 del Reglamento 1370/2007, la justificación de la autoridad competente para proceder de esa forma debe contar previamente con la evaluación positiva de la CNMC.
- La modificación de las autorizaciones debe limitarse a modificaciones no sustanciales, excluyendo la incorporación de nuevas rutas, más aún en los casos de adjudicación directa. Las modificaciones sustanciales en las autorizaciones, tal y como se regula en la legislación contractual española, deudora de la europea, deben ser objeto de una nueva licitación.