

PRIVATIZACIÓN Y LIBERALIZACIÓN EN EL SECTOR DE LOS TRANSPORTES

MERCEDES FUERTES LÓPEZ*

SUMARIO: I. Introducción. II. La privatización de medios de transporte en España. III. Algunas consideraciones relativas a la liberalización del transporte. 1. El transporte ferroviario: a) *Breve recordatorio del Derecho comunitario.* b) *El Derecho español.* c) *Enseñanzas de otras situaciones.* 2. El transporte por carretera: a) *Los plazos de liberalización y el mantenimiento de contratos de servicio público según el Derecho comunitario.* b) *El derecho español: entre la liberalización y las concesiones de servicio regular.* c) *Las ayudas a los servicios de transportes: la sentencia sobre las subvenciones a la empresa Altmark Trans GmbH.* 3. El transporte aéreo: a) *Breve recordatorio del Derecho comunitario.* b) *El Derecho español.* c) *Tendencias actuales: concentración frente a costes reducidos.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde el origen de la Comunidad Europea la «competitividad» ha sido una enfática referencia. Se ha confiado en el fortalecimiento de la competitividad empresarial e industrial como piedra angular para establecer y consolidar el mercado común, para desarrollar de manera armoniosa las actividades económicas, para mantener un crecimiento económico sostenido, fines que se recogen en los primeros artículos de los Tratados. Ese contundente énfasis a favor de la competencia ha devenido en el fuerte impulso para promover la privatización de empresas públicas, así como para liberalizar numerosos sectores económicos. Tendencia ésta cuasi dogmática, pues durante años ha constituido una convicción generalizada y una creencia prácticamente incontestada que, sin mayores matices o condiciones, pretendía extenderse a todos los sectores económicos. En la actualidad, no obstante, se advierten opiniones

* Catedrática de Derecho Administrativo de EU de la Universidad de León.

que permiten sopesar que no toda actividad, no todo servicio puede dejarse a las conocidas como «libres fuerzas del mercado» y que tradicionales conceptos, figuras e instituciones públicas siguen teniendo una gran utilidad y solidez.

Los transportes no han quedado al margen de estos movimientos a favor de la competitividad. Su especial trascendencia justificó una específica atención desde la primera redacción del Tratado de Roma (arts. 73 y ss.), pues los medios de transporte constituyen una actividad mercantil relevante y, sobre todo, suponen un presupuesto esencial para fortalecer el mercado común, el libre tráfico de mercancías, el control de precios, la libre circulación de personas... Sin embargo, el convencimiento de su relevancia no estuvo acompañado de una idea única y clara sobre las pautas y medidas a realizar, de ahí que, observando la evolución de las actuaciones comunitarias con la buena perspectiva que ofrece el paso del tiempo, pueda advertirse que la denominada política común del transporte no ha seguido una evolución rectilínea.

En sus inicios la Comisión Europea pretendió afrontar grandes logros en el sector del transporte para conseguir la igualdad de las empresas del transporte, especialmente de mercancías, y eliminar, así, las discriminaciones en las condiciones del transporte, en los precios, regular las condiciones de acceso y armonizar las líneas generales de este sector económico. Es la Decisión 65/271, de 14 de diciembre, la que contiene este ambicioso programa, en el que se defendía la supresión o restricción de las tradicionales obligaciones de servicio público a sólo los supuestos en que resultarían indispensables para garantizar un servicio de transporte.

Pero a pesar de esta entusiasta tendencia reformadora, no faltaban voces que discutían si la actividad transportista quedaba sometida a todas las disposiciones del Tratado, por sus singularidades e, incluso, que debían afrontarse de manera separada los criterios para evitar la competencia desleal y las prácticas colusorias. Criterio y opiniones que dieron lugar a reconocer ciertas singularidades en este sector económico mediante la aprobación de un Reglamento específico sobre reglas de competencia en los transportes.

A una segunda época se alude con relación a las propuestas formuladas en la década de los setenta que insisten en restringir la intervención estatal y flexibilizar los mercados de transportes. En concreto en estos años se afronta la liberación de la navegación y el transporte aéreo, así como el diseño de una red comunitaria de transportes ante la necesaria atención de las infraestructuras.

El lento avance de esta política comunitaria así como sus escasos logros motivaron que el Parlamento Europeo presentara ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo un recurso de carencia contra el Consejo. La sentencia, que tiene fecha de 22 de mayo de 1985, desestima en parte el recurso en cuanto no advierte una condenable abstención del Consejo para promover una política comunitaria del transporte, pues las disposiciones del Tratado resultaban imprecisas, pero sí condena al Consejo al no promover el derecho de acceso de los transportistas en las mismas condiciones todos los Estados miembros, así como en no asegurar la libre circulación de servicios en los transportes internacionales.

A partir de esta sentencia se toma impulso para elaborar un Libro Blanco (1985) y conseguir que cualquier transportista de un país comunitario pueda ofrecer servicios en otros países miembros sin necesidad de establecerse en los mismos.

En la actualidad nuevos documentos inclinan un cierto cambio de orientación. Por un lado, la importante Comunicación de la Comisión «*Los servicios públicos de interés general en Europa*» de 1996 recupera concepciones clásicas del Derecho administrativo y pretende distinguir dentro de los servicios públicos distintas variantes o categorías (de interés general, de interés económico general, servicio universal...). En la misma se alude al avanzado proceso de apertura de los mercados de transportes. Por otro lado, con relación a la política común del transporte, las disposiciones aprobadas en la década de los noventa aceptan la intervención pública en los transportes, sin rechazar la opción a favor de la competencia, potencian la creación de redes europeas, el fomento del transporte combinado, la mejora de la seguridad, así como la protección ambiental. Entre los últimos documentos resalta «*Europa en la encrucijada: necesidad de un transporte sostenible*» (de fácil y cómodo acceso, como toda la normativa y documentación comunitaria a través de la página web de la Unión Europea) donde se afirmó que este sector económico, tan central en la consecución del mercado interior y de la consolidación de las libertades comunitarias, puede ser víctima de su propio éxito por los constantes atascos diarios en las autopistas, los reiterados retrasos en los aeropuertos, el incremento de la factura energética que causa o la alarmante contaminación atmosférica, entre otras consideraciones. De ahí que se dirija la política comunitaria a promover el transporte menos contaminante y a aprovechar la diversificación y combinación de los distintos medios.

Estas distintas etapas son también la causa de que exista un ingente número de reglamentos, directivas y decisiones comunitarias, lo que ha llevado a afirmar que es uno de los sectores con regulación cuantitativamente más extensa. Disposiciones que inciden de manera particular en aspectos muy concretos del transporte y que no es sencillo resumir ni sistematizar, pues afectan a los requisitos para el acceso a la profesión de transportista, a sus condiciones laborales, al régimen de los transportes dependiendo de las mercancías, al régimen de tarifas, las infraestructuras, etc... Por ello no sólo me centraré en los estrictos conceptos que rotulan esta intervención «privatización y liberalización», sino que, por un lado, recordaré con brevedad las actuaciones privatizadoras, porque son procesos conocidos, y, por otro lado, dentro de los distintos sectores del transporte me detendré sólo en algunos aspectos y problemas que, a mi juicio, pueden tener cierta relevancia.

II. LA PRIVATIZACIÓN DE MEDIOS DE TRANSPORTE EN ESPAÑA

A pesar proclamar el Tratado el principio de neutralidad con relación a las propiedades públicas («*el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*» actual artículo 295 del denominado texto

consolidado), la implicación de las empresas de transporte en la consecución de un mercado competitivo y, sobre todo, de un mercado común e interior dentro de las fronteras comunitarias ha conducido de manera inexorable, en principio, a la privatización de tradicionales empresas públicas de este sector. Aunque veremos cómo en la actualidad han surgido nuevos modos de participación pública en los servicios de transporte: bien mediante empresas mixtas o mediante contratos de colaboración con empresas privadas.

No han quedado exentas las empresas públicas españolas de este proceso privatizador.

La «Empresa nacional de transportes por carretera», que surgió en 1988 de las exigencias de diferenciar la gestión por carretera de los servicios de transporte de que eran titulares RENFE y FEVE, se transformó años después en una sociedad anónima, ENATCAR, para promover su privatización, dirigida, como en la mayoría de las ocasiones por la entidad pública empresarial SEPI. Este proceso concitó una importante concurrencia. Según la información facilitada por la SEPI (también de asequible acceso a través de su página web) se presentaron dieciocho consorcios que agrupaban a más de cien empresas. La adjudicación favoreció al consorcio «Alianza Bus» integrado por las empresas Alsa (75%), Urbaser (15%) y Argentaria (10%).

También se ha privatizado Transmediterránea, empresa dedicada al transporte marítimo que se había convertido en sociedad pública estatal en 1978 debido a las nuevas condiciones del contrato que los propietarios suscribieron con la Administración en el que se redujeron de manera sensible las prestaciones y servicios (se suprimieron muchos con Fernando Po y otras localidades africanas). Para garantizar la continuidad de la empresa la Administración adquirió un porcentaje muy mayoritario de capital. El proceso de privatización se inició en 2001 y entre las ofertas presentadas se adjudicó al consorcio liderado por Acciona, del que también forma parte la Caja de Ahorros del Mediterráneo, la Compañía de Remolcadores Ibaizábal, la Agrupación Hotelera Dóliga, Suministros Ibiza y Naviera Armas. Además de mantener el contrato vigente de servicios, el grupo adjudicatario se comprometió hasta el año 2008 a mantener la unidad de la empresa, su sede social en España, una participación mínima que asegure el control de la compañía, así como la plantilla fija con las condiciones laborales existentes.

También como es conocido se ha privatizado la compañía aérea, Iberia, proceso que se realizó en dos fases. Una primera, en la que se suscribió un acuerdo con British Airways y American Airlines, que adquirieron el diez por ciento del capital, y también se convocó un concurso para vender el treinta por ciento del capital a un grupo de inversores institucionales. La adjudicación recayó a favor del consorcio integrado por Caja Madrid, BBVA, Logística, Ahorro Corporación y El Corte Inglés. Con posterioridad, en abril de 2001 se formuló una oferta pública de venta de valores dirigida a los mercados minorista, institucional e internacional. El porcentaje de capital que posee en la actualidad la SEPI, según la información que facilita, alcanza el 5,39 por ciento.

Pero, junto a esta participación financiera, la Administración mantiene su influencia mediante la denominada «acción de oro». Iberia, como otras empresas públicas (caso de Repsol, Telefónica, la Corporación Bancaria Española, Tabacalera, Endesa, etc...), quedó sometida a las restricciones y limitaciones establecidas por la Ley de 23 de marzo de 1995, Ley de enajenación de participaciones públicas, que reguló el mantenimiento de un cierto control público sobre determinadas empresas públicas con el fin de que la reducción de la participación pública no perjudicara el interés general, se garantizara la prestación de servicios, no existiera riesgo de pérdida de posiciones estratégicas, etc. En concreto se sujetaron varios acuerdos (reducción de participación, cambio de objeto social, fusión, disolución, etc.) a una previa autorización del Consejo de Ministros. Sin embargo, la Comisión Europea denunció esta regulación (similar a la de otros países miembros de la Unión Europea), al entender que resultaba incompatible con las libertades de circulación de capitales y de establecimiento. El Tribunal de Luxemburgo, del mismo modo que había declarado en otros casos conflictivos, resolvió el recurso presentado contra el Reino de España en la sentencia que tiene fecha de 13 de mayo de 2003 y recordó que los Estados miembros pueden establecer alguna limitación a la libre circulación de capitales, pero siempre que justifiquen razones de orden público, seguridad pública, salud pública y con escrupuloso respeto al principio de proporcionalidad. Esto es, las limitaciones deben ser adecuadas al objetivo que se persigue sin ir más allá de lo estrictamente necesario. En la sentencia el Tribunal analizó las diversas restricciones establecidas en la Ley española para concluir qué debía modificarse, qué precisarse y en qué casos cabía mantener algún control administrativo, preferentemente un control posterior en lugar de previo. La última Ley de acompañamiento de 30 de diciembre de 2003 contiene una larguísima disposición adicional que establece la nueva regulación de la acción de oro en las antiguas empresas públicas y que afecta también a Iberia, en concreto, hasta el día 3 de abril de 2006. En particular, quedan sometidos a este régimen la sustitución del objeto social, la enajenación o gravamen de activos que afecte de manera sustancial a la capacidad de transporte aéreo, los acuerdos de disolución, fusión y escisión, así como las transmisiones que supongan una participación social del diez por ciento que no tengan un mero carácter financiero.

Por el momento quedan en manos públicas las empresas ferroviarias, sector en proceso de reforma, por ello quizá convenga ya detenerse en los procesos de liberalización.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA LIBERALIZACIÓN DEL TRANSPORTE

1. El transporte ferroviario

En el momento de cerrar la redacción de este texto no ha aparecido publicado en el Boletín oficial del Estado el anunciado Real Decreto-Ley que retrasará la entrada

en vigor de la Ley del sector ferroviario, por lo que no conozco más que por las noticias aparecidas en los periódicos, que resumían los acuerdos del pasado Consejo de Ministros, la existencia de esa urgente disposición. En todo caso, acercarse a esta normativa tiene un evidente atractivo para conocer el posible proceso de liberalización de esta modalidad que, además, se presenta por los políticos comunitarios y españoles como decidida apuesta. Las ventajas que ofrece el transporte ferroviario y su menor contaminación son motores esenciales para avanzar en la mejora y consolidación de este modo de transporte.

a) Breve recordatorio del Derecho comunitario

Como aludí con anterioridad, en una primera etapa de la puesta en pie del desarrollo del mercado común europeo, una Decisión comunitaria (la número 65/271) defendió la supresión de las obligaciones de servicio público, rediciendo las mismas a aquellas situaciones que resultaran indispensables. En esta Decisión también se promovía la necesidad de sanear las cuentas de las empresas ferroviarias, así como la armonización de los criterios que marcaban las relaciones entre los Estados miembros y las empresas ferroviarias para incentivar la autonomía y gestión financiera de las mismas. Consecuencia de estas convicciones fue la aprobación de varios Reglamentos que pretendieron incidir en el respeto a las reglas de la competencia (Reglamento 1191/69), en la contabilidad de estas empresas (Reglamento 1192/69) y en el régimen de ayudas públicas (Reglamento 1107/70). Al no conseguirse los objetivos previstos, se propusieron, de nuevo, en los años 75 nuevas disposiciones dirigidas a regular la contabilidad, que tampoco alcanzaron los fines deseados. Y es que aunque los reglamentos sobre competencia pretendían suprimir o limitar las obligaciones de servicio público, los Estados miembros se acogían con frecuencia a las causas previstas como excepciones para su mantenimiento, además de facilitar constantes recursos económicos que no diferenciaban con claridad el coste del servicio y facilitaban un eficaz maquillaje del déficit.

La decadencia de este modo de transporte, probablemente por la falta de inversiones y, sobre todo, por la inexistencia de una decidida voluntad política a favor de este medio (pues la opción era preferentemente a favor de las carreteras), hace que en los años 80 se apruebe un nuevo documento para promover la revitalización del transporte ferroviario, en el que se apuntaba ya la separación de la gestión de la infraestructura del servicio de transporte. En un importante texto titulado «*Comunicación sobre la política comunitaria ferroviaria*» (publicado en el DOCE C 34, el 14 de febrero de 1990) se apuesta por impulsar este medio de transporte a partir de una red europea de alta velocidad, promover el transporte combinado y establecer una nueva organización de las empresas ferroviarias, deslindando la explotación del servicio de la infraestructura.

Estas ideas son las que se plasman en la Directiva 91/440, primer hito relevante para la liberalización de determinados servicios ferroviarios. Esta Directriz insistió

en la necesidad de sanear la situación financiera de las empresas ferroviarias y en separar la contabilidad de las actividades relativas a las infraestructuras de las relacionadas con la prestación del servicio. Estableció también la liberalización de algunos servicios ferroviarios. En concreto, con relación a las agrupaciones internacionales, el derecho de acceso a las infraestructuras localizadas en los países a los que pertenecieran las empresas ferroviarias integrantes de la agrupación, así como el derecho de tránsito en todas las infraestructuras. Se liberalizó, además el transporte ferroviario internacional de mercancías (art. 10). Estas medidas debían incorporarse a los Ordenamientos internos antes del uno de enero de 1993.

Mediante el Reglamento 1893/91 se insistió en la supresión de las obligaciones de servicio público (excluyendo los transportes regionales, urbanos y de cercanías), sustituyendo esas tradicionales obligaciones por la celebración de contratos de servicio público cuando un interés público relevante justificara el mantenimiento del servicio. Según este reglamento este contrato de servicio público deberá tener por finalidad la prestación de servicios de transportes «suficientes», esto es, que garanticen cierta continuidad, regularidad, capacidad y calidad; o que sean servicios complementarios; o que tengan unos precios o condiciones especiales para determinados viajeros o, en fin, que se deban adaptar a necesidades reales (art. 14).

También se aprobaron otras Directivas relativas a la concesión de licencias a las empresas ferroviarias (la número 95/18), que establecieron el régimen básico de la licencia comunitaria para poder prestar el servicio de transporte ferroviario internacional, así como el régimen de las agrupaciones de empresas ferroviarias, la adjudicación de las capacidades de la infraestructura y fijación de los cánones de utilización (número 95/19).

El siguiente paso de la política ferroviaria se dio con el Libro Blanco «*Estrategia para la revitalización de los ferrocarriles comunitarios*» (1996) que motivó un nuevo impulso reformador. Tres Directivas (que hacen los números 12, 13 y 14 de 2001) modifican las anteriores, sobre todo, el núcleo central constituido por la Directiva 91/440. En concreto, la reforma realizada a través de la Directiva 2001/12 insiste en la necesidad de garantizar a las empresas ferroviarias un estatuto independiente con relación a su patrimonio, gestión económica, contable y presupuestaria del Estado (art. 4); la absoluta «separación contable» de las actividades relativas a la explotación del servicio de transporte ferroviario y la administración de las infraestructuras, prohibiéndose de manera explícita cualquier relación o transmisión de activos o recursos e, incluso, la Directriz manifiesta su velada preferencia porque la separación sea «orgánica». También las funciones de seguridad deben encomendarse a una organización que no preste el servicio de transporte ferroviario. En fin, reforma de gran calado que contiene también nuevas normas sobre el saneamiento de las empresas y sobre la red transeuropea y debía incorporarse en términos generales antes del 15 de marzo de 2003, aunque, con relación a la liberalización del transporte internacional de mercancías a través de la red transeuropea se pospone hasta el 15 de marzo de 2008, extendiéndose a toda la infraestructura ferroviaria después de esa fecha.

La Directiva 2001/13 modificó la relativa al régimen de licencias de acceso al servicio de transporte insistiendo en la validez de la licencia otorgada por un Estado miembro en todo el ámbito comunitario, los mecanismos de rápida información con la Comisión y con el resto de los Estados miembros.

Y gran relevancia tiene también la Directiva 2001/14 relativa a la adjudicación de capacidades de infraestructura y los cánones de utilización. En esta disposición se establecen los criterios para aprobar y fijar unos cánones o tarifas para la utilización de las infraestructuras, teniendo en cuenta el mantenimiento, el impacto ambiental, posibles incentivos y descuentos. Se exige también la existencia de un organismo regulador que depender del Ministerio u de otro organismo, que ha de ser necesariamente independiente del administrador de infraestructuras. Este organismo atenderá las quejas y reclamaciones de las empresas ferroviarias relativas a las discriminaciones o desacuerdos con el administrador de las infraestructuras y velará sobre la correcta fijación de las infraestructuras.

Estas ansias de reforma no se han detenido. Recientemente el Parlamento Europeo ha aprobado una modificación de estas Directivas, mediante el denominado «segundo paquete ferroviario». Se pretende acelerar la liberalización del transporte ferroviario de mercancías y el internacional de viajeros al día 1 de enero de 2006, crear una Agencia europea de Ferrocarriles e incentivar otras medidas. Y ya se habla de un «tercer paquete ferroviario» con vistas a que en 2010 se liberalice el transporte de viajeros, la certificación de los maquinistas, el establecimiento de un marco de derechos de los viajeros, etc.

Esta relevante normativa es la que ha dado lugar a la reforma del transporte ferroviario español que se ha realizado a través de varias leyes de acompañamiento y finalmente mediante la Ley de 17 de noviembre de 2003, del sector ferroviario, cuya entrada en vigor, según informaciones periodísticas, se pospondrá hasta finales de diciembre. Conviene ya parar mientes en el Ordenamiento español.

b) El Derecho español

Para iniciar la incorporación del Derecho comunitario se optó por crear el Ente público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias, mediante la Ley de acompañamiento de 1997, al que se le podría encomendar la construcción y administración de dichas infraestructuras. Mediante Real Decreto de 25 de abril de 1997 se aprobó el Estatuto de este Ente público.

La siguiente Ley de acompañamiento de 1997 introdujo la liberalización del transporte internacional combinado de mercancías, así como el derecho de acceso y tránsito. Prácticamente con los mismo términos de la Directiva, el artículo 104 de la citada Ley de acompañamiento, reconoce el derecho de acceso a favor de las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias en las que participe alguna empresa ferroviaria española y el derecho de tránsito para el resto de las agrupaciones. Esta

disposición se ha desarrollado mediante el Real Decreto 2111/1998, de 2 de octubre, que regula el acceso a las infraestructuras ferroviarias y que especifica la competencia y requisitos exigidos para otorgar la licencia ferroviaria; el régimen de acceso a las infraestructuras para el servicio internacional siempre que tenga su origen en España; así como el establecimiento del canon por utilización de las infraestructuras.

El siguiente hito, en el que nos encontramos en la actualidad, ha sido la aprobación de la Ley del sector ferroviario de 17 de noviembre de 2003, cuya entrada en vigor, inicialmente prevista para el próximo día 18 de mayo de 2004, se ha pospuesto.

El objeto de la Ley es regular la separación de las funciones de administración de infraestructuras y explotación del servicio ferroviario para facilitar la progresiva apertura a la competencia. Afronta una importante reforma estructural y organizativa y reordena el sector ferroviario español. En concreto, se encomienda a RENFE la administración de las infraestructuras ferroviarias, integrando al Ente gestor GIF y denominándose a partir de ahora «Administración de Infraestructuras Ferroviarias» (disposiciones adicionales primera y segunda, el régimen jurídico de la administración de infraestructuras se contiene en los artículos 19 y siguientes). Se crea una nueva entidad pública empresarial que se denominará RENFE-Operadora para la prestación del servicio ferroviario asumiendo los medios y activos de la actual RENFE (disposición adicional tercera), que deberá adoptar la forma de sociedad anónima y cumplir el resto de los requisitos establecidos en los artículos 43 y siguientes relativos a las empresas ferroviarias. Se crea también un Comité Regulador Ferroviario para resolver los conflictos que surjan en este sector (arts. 82 y siguientes).

Con relación a la liberalización del transporte ferroviario, la disposición transitoria primera establece la liberalización del transporte ferroviario nacional de mercancías, así como el calendario de apertura para los servicios internacionales.

«Sin perjuicio de la aplicación al transporte nacional de mercancías, desde la entrada en vigor de esta Ley, de las reglas contenidas en ella, el libre acceso a la Red Ferroviaria de Interés General por cualquier empresa ferroviaria que preste servicios de transporte internacional de mercancías, se producirá conforme al siguiente calendario:

A) Desde la entrada en vigor de esta Ley, el transporte internacional de mercancías prestado sobre la denominada Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías. Por orden del Ministerio de Fomento, se determinará la composición de la Red Ferroviaria de Interés General que forme parte de la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías.

B) Antes de 1 de enero de 2006, el transporte internacional de mercancías sobre la Red Ferroviaria de Interés General habilitada para ello. La determinación concreta de la fecha de apertura del mercado para este tipo de transporte la establecerá, mediante real decreto, el Gobierno.»

Es decir, desde la entrada en vigor de la Ley se garantiza el libre acceso a la Red ferroviaria de interés general a cualquier empresa interesada en la prestación del servicio de transporte ferroviario nacional de mercancías. Las empresas ferroviarias

que prestan servicios internacionales tendrán libre acceso a las infraestructuras españolas que forman parte de la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías, que será precisada por el Ministerio de Fomento, y antes del día 1 de enero de 2006 debe liberalizarse el transporte internacional de mercancías por toda la Red Ferroviaria de Interés General mediante Real Decreto.

La asignación de capacidad de infraestructura, cuyo régimen se establece en los artículos 30 y siguientes, podrá beneficiar a las empresas ferroviarias establecidas en países comunitarios cuando éstos liberalicen dentro de los plazos establecidos el servicio de transporte ferroviario (disposición transitoria segunda). Esta misma disposición reconoce el derecho de acceso a las agrupaciones internacionales, que presten servicios internacionales, siempre que en ellas participen empresas establecidas en España y se reconoce el derecho de tránsito a todas las agrupaciones empresariales internacionales. También se reconoce el derecho de acceso a las empresas ferroviarias que presten el servicio de transporte internacional de mercancías (disposición transitoria segunda).

No se abre a la competencia el transporte de viajeros hasta que no se liberalice este servicio en el ámbito comunitario, manteniendo Renfe la exclusividad en la prestación del mismo (disposición transitoria tercera). Además, recordarse que las Directivas comunitarias excluyen de la aplicación de las reglas comunes al transporte, urbano, de cercanías y regional.

En conclusión, parecen establecidas las bases para liberalizar el transporte ferroviario, al separarse la administración de la infraestructura, regularse la asignación de capacidad, preverse el cobro de cánones, y regularse de manera independiente las empresas ferroviarias, pero, esa liberalización está prevista para el transporte de mercancías, nacional e internacional. Además, se reconoce el derecho de acceso a la infraestructura del transporte internacional prestado por agrupaciones en las que se integren empresas españolas.

c) Enseñanzas de otras situaciones

Puede interesar dar unas breves pinceladas sobre las reformas realizadas en algunos países comunitarios para tener una mejor percepción de la evolución y ejecución de la política ferroviaria en la Unión Europea.

El ejemplo de más brusca y contundente privatización se realizó en Gran Bretaña donde, según la información conocida, British Rail se estructuró en más de sesenta compañías diferenciadas: 25 de pasajeros, 6 de mercancías, 13 de mantenimiento, 3 de materiales y motores, sucediéndose con posterioridad diversas y variadas compras, fusiones, reestructuraciones con entrada de capital extranjero. Además la infraestructura, instalaciones, estaciones se encomendaron a una sociedad privada (Rail-track) que se privatizó en 1996. Problemas de mantenimiento de infraestructuras, defectos en la seguridad, deficiencias en la prestación del servicio, cuantiosas deudas,

además de trágicos accidentes condujeron a la intervención gubernamental (2001), a la adscripción primero a un consorcio y, después, fue adquirida por una sociedad pública (Network Rail).

Suecia es el ejemplo pionero en separar la gestión de la infraestructura férrea y la explotación del servicio de transportes. Desde 1989 la entidad Banverket gestiona las infraestructuras, su mantenimiento, renovación y modernización, señalización y seguridad.

En Francia se ha creado una entidad pública empresarial Réseau Ferré de France (RFF), a la que se han adscrito la titularidad de las infraestructuras, con la misión de su gestión, mantenimiento, desarrollo e inversión. Además esta entidad asumió los 2/3 de la deuda de SNCF. Se han establecido diversos cánones de utilización dependiendo de las líneas, que también abona SNCF a RFF. No obstante, esta entidad RFF ha subcontratado las tareas de mantenimiento y explotación a SNCF, lo que suscita cierto asombro porque, al final, a pesar de la separación orgánica SNCF mantiene importantes facultades sobre la infraestructura. Por el momento el Derecho francés sólo permite el acceso a los ferrocarriles que prestan servicios internacionales.

En Alemania, mediante una reforma constitucional se inició el proceso de incorporación de las exigencias comunitarias. Las dos grandes empresas de transporte ferroviario se integraron en lo que hoy es la sociedad anónima Deutsche Bahn. Se distingue un administrador de infraestructuras, se reconoce el derecho de acceso para el transporte de mercancías internacional, y se ha creado una oficina federal de ferrocarriles que debe atender los conflictos que surjan.

En Italia la empresa estatal autónoma se transformó primero en un ente público y, después, en sociedad anónima. Ha firmado un contrato programa para precisar las relaciones económicas con la República italiana. Se ha separado la red comercial de la calificada como red social. La gestión de infraestructuras se realiza por esta misma empresa, pero en una dirección separada de la explotación del servicio de transporte.

En Holanda, el Gobierno ha fusionado en una sola entidad Prorail los tres organismos que, con anterioridad, tenían encomendado la gestión de la infraestructura, su mantenimiento, la adjudicación de la capacidad y la seguridad. En fin, también en Dinamarca y en Portugal se crearon durante el año 1997 entidades públicas para la separada gestión de las infraestructuras férreas (respectivamente, Banestyrelsen y Rede Ferroviária Nacional).

2. El transporte por carretera

Múltiples son las normas comunitarias que de manera continua y casi sin descanso se aprueban con la pretensión de consolidar un mercado único. Normas de carácter técnico como las relativas al control de los vehículos, a sus dimensiones y pesos, a las características técnicas, al régimen de homologación y vigilancia; normas para la consecución de un permiso de conducir comunitario; normas para garantizar

el igual acceso a la profesión de transportista en todos los países miembros; normas que persiguen la armonización de la protección social de los trabajadores y la seguridad en la carretera; normas para facilitar el cabotaje y el transporte combinado y, también lógicamente, sobre el derecho de competencia precisando el régimen de las posibles ayudas públicas y las obligaciones de servicio público.

a) Los plazos de liberalización y el mantenimiento de contratos de servicio público según el Derecho comunitario

Pero por lo que afecta de manera directa al ámbito de esta exposición, esto es, la liberalización debe recordarse que mediante el Reglamento 881/92, de 26 de marzo, se promovió la liberalización del transporte internacional de mercancías desde el día 1 de enero de 1993; el Reglamento 3118/93, de 25 de octubre, liberalizó el transporte nacional de mercancías de manera progresiva al establecer un contingente comunitario de cabotaje que se aumentaba cada año hasta su total supresión el 1 de julio de 1998. A partir de esa fecha *«cualquier transportista no residente que cumpla las condiciones previstas... podrá efectuar, con carácter temporal y sin restricciones cuantitativas, transportes nacionales de mercancías por carretera en un Estado miembro en el que no cuente con domicilio social u otro establecimiento»* (art. 12.3.1)

Con relación al transporte de viajeros, es el Reglamento 684/92, de 16 de marzo, el que ha establecido las normas comunes para el transporte internacional de viajeros, a partir del día 1 de junio del mismo año 1992. A partir de esta fecha cualquier transportista por cuenta ajena puede efectuar los servicios de transporte sin discriminación por razones de nacionalidad o de establecimiento. Con relación al transporte nacional, el primer reglamento que pretendió la liberalización (el número 2454/92) fue anulado por la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 1994 y la nueva norma dictada, esto es, el Reglamento 12/98, de 11 de diciembre de 1997, establece las condiciones de admisión de los transportistas no residentes a los transportes nacionales de viajeros por carretera, resultó aplicable a partir del 11 de junio de 1999. Sin embargo, quedan excluidos de la liberalización los denominados «servicios regulares», admitiéndose sólo en el transporte de cabotaje que comprende, según las definiciones comunitarias, los servicios regulares especiales, los discrecionales y los de cabotaje que tengan relación con un transporte internacional. Quedan excluidos de la aplicación de este Reglamento los servicios urbanos y de cercanías (arts. 2 y 3).

Y es que en el transporte por carretera de viajeros es donde se advierte con más nitidez las contradicciones y dificultades existentes entre la tendencia de la burocracia comunitaria a favor de la liberalización del transporte y el mantenimiento de las situaciones de servicio público en el transporte que muchos Estados miembros defienden. El Reglamento 1191/69, de 26 de junio, relativo a la acción de los Estados en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes, reconoce en su exposición de motivos que las obligaciones de servi-

cio público falsean la competencia y que uno de los objetivos de la política común comunitaria es la eliminación de esas desigualdades para, a reglón seguido, admitir que el mantenimiento de esas obligaciones resulta indispensable para garantizar suficientes servicios de transporte:

«...Considerando que es por tanto necesario suprimir las obligaciones de servicio público definidas en el presente Reglamento; que, no obstante, su mantenimiento es indispensable en ciertos casos para garantizar la provisión de suficientes servicios de transporte; que esta provisión se aprecia en función de la oferta y de la demanda de transporte existentes, así como de las necesidades de la colectividad...»

Intenta este Reglamento abrir el camino a un difícil equilibrio: eliminar las restricciones a la liberalización, a la vez que mantener otras restricciones justificadas por la existencia de un servicio público. Después de definir qué entiende por «obligaciones de servicio público» –aquellas que la empresa de transporte no asumiría o no lo haría en la misma medida ni en las mismas condiciones, si considerara su propio interés comercial–, regula el procedimiento para que las empresas de transportes puedan solicitar su supresión; pero admite el mantenimiento de estas obligaciones de servicio público, así como compensaciones económicas por parte de los poderes públicos y, además, regula los denominados «contratos de servicios públicos» mediante los que la Administración puede celebrar un contrato con una empresa de transporte con el fin de ofrecer al público servicios suficientes. En particular, el Reglamento cita como contenido de estos contratos:

- servicios de transporte que cumplan normas establecidas de continuidad, regularidad, capacidad y calidad,
- servicios de transporte complementarios,
- servicios de transporte a precios y condiciones determinados, en especial para determinadas categorías de viajeros o para determinadas conexiones,
- adaptaciones de los servicios a las necesidades reales.

La incidencia de este Reglamento ha sido reducida en el ámbito del transporte por carretera porque, por un lado, permite que los Estados miembros puedan excluir de su aplicación a los transportes «urbanos, de cercanías y regionales» y, además, como no podía ser de otro modo si se quiere preservar el interés público, los Estados podían desestimar las peticiones de las empresas de transporte, lo que ha corroborado el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en su sentencia de 17 de septiembre de 1998 (C-412-96). Esta sentencia resuelve la cuestión prejudicial suscitada en un conflicto donde una empresa de transportes finlandesa había impugnado la denegación de supresión de un servicio público de transporte, que había solicitado, por ser deficitario. El Tribunal admite que los Estados no tienen obligación de suprimir servicios públicos y que pueden imponer su mantenimiento para garantizar la prestación de servicios suficientes.

Los escasos resultados a favor de la tendencia liberalizadora han motivado estudios, análisis, informes y comunicaciones en la Comisión que han cristalizado en la propuesta de un nuevo Reglamento (COM 2000, 7 final). Se explica en su preámbulo

lo que la liberalización del transporte es muy desigual en los Estados miembros y que la opción preferida frente a la radical desregulación es la promoción de una competencia controlada fundada en la sucesión de contratos de servicios públicos que atribuyen derechos exclusivos por cortos períodos de tiempo. Además, con aportación de comparaciones estadísticas (que deben siempre mirarse con distancia por ofrecer perspectivas incompletas) se inclina la propuesta por preferir esa competencia controlada. Se aporta el ejemplo de Gran Bretaña donde la desregulación ha originado un significativo descenso del número de viajeros (hasta un 20%) al incrementarse la idea de su inseguridad e inestabilidad. Tampoco la reducción del precio que se aporta en los sistemas desregulados es relevante. Un informe económico referenciado al año 1996 fija el coste kilómetro-autobús en 1,44 euros en el sistema desregularizado frente a 2,26 euros en el sistema de competencia controlada y 3,02 euros en los sistemas cerrados. Lo que conduce a afirmar como conclusión que los servicios desregularizados son más baratos pero menos atractivos para los usuarios, que prefieren el sistema cerrado, pero, en este caso se dice que su coste es superior. En fin, la propuesta de Reglamento opta por generalizar el denominado sistema de competencia controlada a través de contratos de concesión de servicios públicos por un período de duración de cinco años, contratos que con carácter general deberán adjudicarse tras la celebración de un concurso, siguiendo la directiva comunitaria de contratación pública.

b) El derecho español: entre la liberalización y las concesiones de servicio regular

El marco normativo español está presidido por la Ley de ordenación del transporte terrestre de 1987, que pretende entretejer la liberalización de este sector con la proclamación del principio de libertad de mercado (art. 12 LOTT) con una justificada intervención pública al exigir títulos habilitantes para el desarrollo de la actividad, imponer prestaciones de servicios públicos, insistir en las facultades de planificación e inspección. La libre concurrencia en la oferta de transportes puede ser restringida cuando las situaciones reales no garanticen un adecuado funcionamiento del sistema de transportes e, incluso, excluida ante declaraciones de obligaciones de servicios públicos de transporte a través de concesiones en exclusiva (art. 49 LOTT).

El régimen de estas concesiones del transporte regular de viajeros está desarrollado en los artículos 61 y siguientes del Reglamento, donde se establece, entre otras consideraciones las limitaciones a los tráficos coincidentes, así como los plazos mínimo y máximo de otorgamiento de las concesiones: en principio fijados entre los ocho y veinte años, pero tras la aprobación del Real Decreto Ley 4/2000, de 23 de junio, de se han reducido a seis y quince años, respectivamente.

Sin embargo, a pesar de declarar la Ley que el transporte regular y permanente de viajeros tiene el carácter de servicio público y encauzar su prestación a través de

una concesión, admite que los servicios con bajo índice de utilización por falta de rentabilidad o cuando no esté garantizada su realización y continuidad podrán ser prestados con condiciones más flexibles por empresarios que obtengan una autorización especial para prestar un servicio lineal o zonal. La autorización se otorgará por un plazo de cinco años y permitirá establecer y modificar libremente el calendario, horario y expediciones (art. 87 LOTT)

Pero tras recordar esta genérica regulación interesa, sobre todo, mirar por la ventana, subirse a los autobuses y advertir si existe o no una cierta liberalización, cómo se mantienen las concesiones de servicio público y cómo quedan las garantías y derechos de los usuarios para beneficiarse de un transporte público regular.

Así, en primer lugar, no puede desconocerse el derecho transitorio, porque es sabido que este régimen jurídico se aplica en principio a las nuevas concesiones que se han otorgado tras la entrada en vigor de la Ley. Pero ¿qué ha ocurrido con las concesiones existentes? ¿hasta cuándo mantienen sus privilegios y exclusividad que impide o restringe la liberalización?

Es la disposición transitoria segunda de la Ley la que precisa el régimen de las anteriores concesiones con los siguientes términos:

1. Los actuales concesionarios de servicios regulares de transporte de viajeros podrán optar entre:

- a) Mantener sus vigentes concesiones, en cuyo caso a medida que se vayan cumpliendo veinticinco años desde la fecha en que fueron otorgadas, la Administración irá procediendo al rescate de las mismas según la legislación vigente cuando fueron otorgadas sin que dichos concesionarios tengan ningún tipo de preferencias en el procedimiento que en su caso se lleve a cabo para seleccionar un nuevo prestatario.
- b) Sustituir sus concesiones por las reguladas en esta Ley de acuerdo con lo previsto en el punto 3 siguiente.

Si en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, no se produce de forma expresa la referida opción, se presumirá la misma producida en favor del sistema de sustitución a que se refiere el párrafo b).

2. Cuando los actuales concesionarios opten por el sistema de mantenimiento de sus vigentes concesiones, siguiendo el régimen previsto en el apartado a) del punto anterior, el rescate de las mismas supondrá, asimismo, la automática revocación de las autorizaciones correspondientes a servicios de transporte de escolares o productores que trajeran su origen en la coincidencia de dichos servicios con el itinerario de la concesión rescatada.

3. El régimen previsto en los puntos anteriores, no será de aplicación cuando se trate de concesiones otorgadas con plazo de duración prefijado, inferior a veinticinco años, en cuyo caso, las mismas mantendrán su vigencia por el plazo establecido, con sometimiento al régimen jurídico previsto en esta Ley.

4. Cuando los concesionarios opten por el sistema de sustitución al que se refiere el punto uno, el mismo se llevará a cabo de acuerdo con las siguientes condiciones:

- a) La Administración podrá realizar las modificaciones de los servicios y de sus condiciones de prestación, precisas para una más racional configuración y explotación de la red de transportes regulares, debiendo mantener en todo caso el equilibrio económico anteriormente existente.
- b) Las anteriores concesiones serán convalidadas por concesiones para los mismos servicios con las modificaciones que resulten de la aplicación del punto anterior, sometidas íntegramente a los preceptos de esta Ley, y con un plazo de duración de veinte años que se comenzarán a computar:
 - 1º En las concesiones con una antigüedad superior a veinticinco años en el momento de entrada en vigor de esta Ley; a partir del día correspondiente al año en que se produzca dicha entrada en vigor, coincidente con el día en que fue inaugurado el servicio.
 - 2º En las concesiones con una antigüedad igual o inferior a veinticinco años en el momento de entrada en vigor de esta Ley; a partir del día correspondiente del año siguiente a aquel en que se produzca dicha entrada en vigor, coincidente con el día en que fue inaugurado el servicio.En las concesiones o unificaciones de las mismas, a las que falten más de veinte años para alcanzar una antigüedad de veinticinco años, desde la fecha en que fueron otorgadas, el plazo de duración de las nuevas concesiones por las que sean canjeadas, será igual al tiempo que le reste para alcanzar los referidos veinticinco años de antigüedad, siendo dicho plazo computado conforme a lo previsto en el subapartado 21 anterior...

En otras palabras, los transportistas titulares de una concesión con un plazo prefijado inferior a veinticinco años mantendrían hasta la expiración del mismo la exclusividad del servicio regular de viajeros, pero sometidos a la concesión al nuevo régimen jurídico establecido en la Ley. Si el plazo de la concesión era superior a veinticinco años, la Ley reconoció a estos concesionarios la facultad de optar entre dos posibilidades. Una: mantener sus concesiones, que serían rescatadas por la Administración cuando cumplieran veinticinco años desde su otorgamiento, sin reconocer a esos concesionarios ninguna preferencia si se convocara un nuevo concurso u otro tipo de contrato para gestionar el servicio público. Rescate que, como es conocido, supone el deber de indemnizar al concesionario por la reducción del plazo concesional. Dos: sustituir las anteriores concesiones por una nueva sometida a las exigencias de la Ley, presumiéndose la elección a favor de esta segunda opción si en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley no había manifestado el concesionario su preferencia por una u otra posibilidad.

Esta sustitución permite a la Administración precisar modificaciones y nuevas condiciones para garantizar la racionalización de la red de transporte (facultades que, por ejemplo, confirma la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2000 al desestimar el recurso interpuesto por un concesionario frente a las ampliaciones establecidas en la nueva concesión). El nuevo plazo concesional se fija en veinte años que se computa a partir del día coincidente con la inauguración del ser-

vicio con la siguiente particularidad, si la concesión tenía una antigüedad superior a veinticinco años, desde 1987, y, si la concesión tenía una antigüedad igual o inferior a veinticinco años, se comenzaría a contar desde 1988. Pero si a la concesión le faltaban más de veinte años para alcanzar la antigüedad de veinticinco desde que fueron otorgadas, el plazo de duración será igual al tiempo que le reste para alcanzar los referidos veinticinco años desde 1988.

La reducción de los plazos concesionales establecidos en el Real Decreto-Ley de 2000 no afectó a las concesiones que no hubieran agotado su vigencia, pues según la disposición transitoria del citado Real Decreto Ley: «Las concesiones de líneas regulares de transporte de viajeros por carretera que, a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, no hayan agotado su plazo de vigencia subsistirán hasta la finalización del plazo inicialmente concedido y el de las prórrogas que hubieran sido legalmente otorgadas.»

Sin embargo, debería atenderse de manera separada y con regímenes jurídicos diferentes a la gran diversidad de situaciones y necesidades de los ciudadanos. Porque mientras el transporte entre las capitales de provincias o grandes núcleos de población está garantizado y goza de buena salud y rentabilidad, están desapareciendo los transportes rurales. Las empresas tienen la posibilidad de sustituir sus concesiones por autorizaciones más flexibles y quedan desatendidos los pequeños núcleos de población, así como los vecinos de cierta edad o con dificultades de movilidad. Falta una mínima planificación regional que apueste por el transporte público y no sólo en zonas más despobladas o pueblos de montañas sino, incluso, un mínimo servicio entre otros núcleos rurales de mediano tamaño. Resulta indispensable el apoyo de los poderes públicos a estos transportes deficitarios y, en este sentido, conviene conocer la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

c) Las ayudas a los servicios de transportes: la sentencia sobre las subvenciones a la empresa Altmark Trans GmbH

Desde la redacción originaria del Tratado se admitía la existencia de ayudas públicas para mantener las obligaciones de servicios públicos (antiguo artículo 73 TR). Esta previsión se desarrolló mediante el Reglamento 1107/70 que reguló el régimen de notificación a las autoridades comunitarias. Nuevos trabajos promovieron una reforma y la propuesta de un nuevo Reglamento (COM 2000, 5 final) que, sin embargo, está siendo objeto de nueva consideración debido a la doctrina que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha precisado en la sentencia de 24 de julio de 2003 (C 280-00). Conviene conocer el conflicto y el resumen del criterio jurisprudencial.

El origen del conflicto se remonta al otorgamiento de varias licencias de transporte de cercanías en el Landkreis Stendal a favor de la empresa Altmark Trans GmbH, que recibía subvenciones para prestar el servicio. Estas licencias temporales se beneficiaron de sucesivas prórrogas y fueron los nuevos otorgamientos, que im-

plicaron también la desestimación de petición de licencia de otra empresa competidora (Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH), los que se impugnaron ante los Tribunales de Justicia. La empresa recurrente sostenía que la prórroga de las licencias era ilegal porque Altmark no era una empresa viable, al no poder subsistir sin las subvenciones. Entre los pocos datos del proceso de selección de los servicios de transporte que se contienen en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo se afirma que la propuesta de Altmark Trans, requería mejor financiación complementaria de los poderes públicos y que, además, esta empresa tenía reconocida preferencia por haber prestado el servicio de manera satisfactoria.

El primer recurso administrativo confirma la corrección de las licencias de transporte, pero el recurso de apelación anula las mismas al entender que las subvenciones que percibía Altmark Trans eran contrarias al Derecho comunitario. Al conocer del recurso el Tribunal Federal alemán, planteó varias cuestiones prejudiciales sobre la aplicación o no del Reglamento de 1969 sobre supresión de servicios públicos, sobre la prohibición o no de ayudas al transporte, sobre la aplicación del artículo 92 o del 77 del Tratado, cuestiones que resuelve el Tribunal de Luxemburgo en la citada sentencia de 24 de julio de 2003.

El asunto es complejo, lo que el mismo Tribunal advierte al iniciar sus consideraciones ante la existencia de prohibiciones, excepciones a las prohibiciones y contraexcepciones a las excepciones. Complejidad que también se advierte cuando se resumen las posiciones y alegaciones de las partes que intervinieron en el proceso (las dos empresas, la Administración alemana, la Comisión, además de algunos Estados miembros) porque sobre el alcance de los artículos del Tratado, el ámbito de aplicación de los Reglamentos y del régimen de las ayudas se presentan y defienden muy distintas interpretaciones por cada uno de los alegantes. Incluso, la sentencia del Tribunal de Luxemburgo, remite al Tribunal Federal alemán la definitiva decisión sobre algunos aspectos porque no resulta «clara ni precisa» (en términos de la misma sentencia) los distinguos de la normativa alemana aplicable, que pudieran generar cierta inseguridad jurídica a juicio del Tribunal, lo que demuestra hasta que punto se complica, enmaraña y dificulta, en ocasiones, conocer el régimen jurídico aplicable a una relación.

Pero a los efectos que aquí pueden interesar parece suficiente con resumir algunas de las afirmaciones que proclama la sentencia. En concreto, se reconoce, en primer lugar, que los Estados miembros pueden someter o limitar el transporte urbano, de cercanías y regional al Reglamento de 1969 que pretende la supresión de los servicios públicos. También se afirma, en segundo lugar, que el ámbito territorial limitado de una actividad, que se circunscribe a prestar servicios de transporte en una localidad o región también puede afectar a las relaciones intercomunitarias a efectos de aplicar el régimen de competencia desleal y la prohibición de ayudas. Pero, en tercer lugar, se admite, y esto creo que puede tener mucha relevancia, las ayudas y subvenciones públicas al transporte siempre que satisfagan varios requisitos, a saber: que la empresa beneficiaria de la ayuda esté encargada de la ejecución de obligaciones de servicio

público; que se haya calculado la subvención mediante parámetros previos, objetivos y transparentes; que la ayuda pública no supere el nivel necesario para cubrir los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones del servicio público; y que, si no ha existido un procedimiento de contratación pública, que se hayan analizado los costes de la empresa y la incidencia de la compensación pública.

A raíz de esta sentencia, la Comisión Europea está considerando modificar el régimen de comunicación de las ayudas públicas que se destinan a la prestación de servicios públicos como el transporte, la recogida de basuras, las prestaciones sanitarias...

3. Transporte aéreo

a) Breve recordatorio del Derecho comunitario

Con decidido paso firme y la mirada puesta en la consecución de una consolidada liberalización ha avanzado la regulación del transporte aéreo en el ámbito europeo. Sucesivos paquetes de reglamentos y decisiones, cuya mención resultaría abrumadora y doliente por ser numerosas las disposiciones, se han dirigido a abrir ese mercado mediante precisiones en la normativa de competencia, el sistema de asignación de períodos de horarios (slots), los sistemas de informatización de reservas, el régimen de aprobación de las tarifas; el otorgamiento de licencias a compañías aéreas, el acceso a rutas intracomunitarias; las tasas aeroportuarias para evitar discriminaciones entre las compañías; la protección y derechos de los viajeros, etc.

No obstante, la peculiar estructura del transporte aéreo ha puesto de manifiesto algunas dificultades en el avance liberalizador.

Así, por ejemplo, en un informe de la Comisión (COM 1999, 182 final) se ha destacado cómo, a pesar de proclamarse la libertad de acceso a las compañías comunitarias con la supresión de las restricciones al cabotaje desde 1997, la limitación de la capacidad de los aeropuertos y, sobre todo, el acceso a las franjas horarias constituyen singulares obstáculos para avanzar en la liberalización. Franjas horarias en las que se otorga una preferencia a la compañía nacional, con fuerte y atractivo arraigo para mantener su posición.

Junto a este gran conjunto de disposiciones, en la liberalización se ha avanzado a raíz de la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que ha resuelto numerosos conflictos entre las compañías y las autoridades nacionales sobre distribución del tráfico, tarifas o ayudas públicas. Así, entre otras muchas, podrían citarse las sentencias de 28 de mayo de 1983 que condena a la República francesa a facilitar a una compañía española que explotase una ruta a través de dos aeropuertos (Orly y Charles de Gaulle); o la sentencia de 18 de enero de 2001 que confirmó la validez de una decisión de la Comisión que había discutido la normativa de distribución de aeropuertos establecida por las autoridades italianas y que su-

ponía, en la práctica, que sólo la compañía italiana Alitalia podía acceder desde Milán a Roma.

Recientemente se ha aprobado un nuevo paquete de Reglamentos que tienen fecha de 10 de marzo y que establecen el marco para la creación de un cielo único europeo (Reglamento 449/2004) con el objeto de «*reforzar las actuales normas de seguridad y de eficacia global del tránsito aéreo general en Europa, mejorar al máximo la capacidad para responder a las necesidades de todos los usuarios del espacio aéreo y reducir al mínimo los retrasos*». El fin es alcanzar ese armonizado marco regulador antes del 31 de diciembre de 2004. Por ello otros Reglamentos de esta misma fecha atienden a la prestación de servicios de navegación aérea en el cielo único europeo (Reglamento 550/2004); la organización y utilización del espacio aéreo en el cielo único europeo (Reglamento 551/2004); y la interoperatividad de la red europea de gestión del espacio aéreo (Reglamento 552/2004).

Pero dentro de esta fuerte convicción liberalizadora no faltan las contrapartidas, como ocurre también en los sectores antes mencionados. Me refiero a la posibilidad de establecer obligaciones de servicio público y a la admisibilidad de ayudas públicas.

Con relación a las obligaciones de servicio público, el Reglamento 2408/92, de 23 de julio, que establece el acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas intracomunitarias, regula los requisitos, condiciones y procedimiento para que un Estado miembro establezca esas obligaciones de servicio público. En concreto, tras un trámite de consulta en el que se ha de facilitar información a los Estados miembros interesados, a la Comisión y a las compañías aéreas que operen en el trayecto, podrá imponerse una obligación de servicio público cuando «la ruta se considere esencial para el desarrollo económico de la región» siendo una región periférica o en desarrollo o una ruta de baja intensidad de tráfico y se considere necesario mantener la continuidad, regularidad, capacidad y precios que las compañías aéreas no asumirían pensando con el único criterio de su rentabilidad o interés comercial. En el análisis para la imposición de esas obligaciones de servicio público deberán tenerse en cuenta de manera específica la posibilidad de recurrir a otras alternativas o modos de transporte, el efecto combinado entre las compañías aéreas, entre otras consideraciones generales de interés público. La declaración de obligación de servicio público puede permitir que se declare la exclusividad de la ruta durante un plazo máximo de tres años, debiéndose seleccionar a la compañía tras un proceso de licitación pública. Además, se permite el abono de los gastos que origine ese servicio.

El Tribunal de Justicia de Luxemburgo en su sentencia de 9 de julio de 2002 (C-181/00) resolvió una cuestión prejudicial suscitada en un conflicto entre la compañía aérea Flightline y la Administración portuguesa, sobre las obligaciones de servicios con las islas de Madeira y Azores, así como sobre limitaciones de cabotaje. La compañía Flightline, que había concurrido a la licitación pública convocada para adjudicar la prestación de obligaciones de servicio público de transporte aéreo, vio excluida su propuesta al no poseer la correspondiente licencia portuguesa. El Tribunal confirmó que, en ese momento, en el que no había transcurrido el período transitorio

para la liberalización del transporte aéreo en Portugal, podía este Estado exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos en su normativa interna y excluir a la empresa Flightline del concurso.

b) El Derecho español

La eficacia y aplicación de las citadas normas comunitarias liberalizadoras se ha plasmado en otras disposiciones. Primero en una Orden ministerial de 1992, pero se aprobó otra con fecha de 12 de marzo de 1998, tras una Comunicación de la Comisión en la que ofrecía un determinado criterio interpretativo para favorecer la armonización de las legislaciones estatales. Esta Orden de 1998 establece los requisitos relativos a la concesión y mantenimiento de las licencias de explotación de las compañías aéreas y que otorga la Dirección General de Aviación Civil. Además, el Tribunal Supremo ha confirmado la improcedencia de realizar nuevas pruebas para reconocer y convalidar de las licencias y títulos aeronáuticos otorgados en otros países miembros, sentencias de 27 de enero y 3 de febrero de 2003.

La Orden ministerial de 27 de noviembre de 1997 es la que regula la autorización de los servicios aéreos intracomunitarios, que otorga también la Dirección General de Aviación civil, así como la obligación de comunicación de las tarifas, sobre las que esa Dirección General puede incidir, resolviendo su retirada o impidiendo nuevas reducciones, si considera que no son conformes con las reglas de la competencia.

La gestión de los aeropuertos civiles de interés general se realiza por la entidad pública empresarial AENA cuyas funciones, según la última redacción dada a su norma de creación (art. 82 de la Ley de presupuestos de 1990) se ha establecido en la última Ley de acompañamiento de 2003. En concreto son: a) la ordenación, dirección, coordinación, explotación, conservación y administración de los aeropuertos públicos de carácter civil, aeródromos, helipuertos y demás superficies aptas para el transporte aéreo cuya gestión se le encomiende y de los servicios afectos a los mismos; la coordinación, explotación, conservación y administración de las zonas civiles de las bases aéreas abiertas al tráfico civil; b) el proyecto, ejecución, dirección y control de las inversiones en las infraestructuras e instalaciones a que se refiere el epígrafe anterior; c) la ordenación, dirección, coordinación, explotación, conservación y administración de las instalaciones y redes de sistemas de telecomunicaciones aeronáuticas, de ayudas a la navegación y de control de la circulación aérea; d) el proyecto, ejecución, dirección y control de las inversiones en infraestructuras, instalaciones y redes de sistemas de telecomunicaciones aeronáuticas, de ayudas a la navegación y control de la circulación aérea; e) la propuesta de planificación de nuevas infraestructuras aeronáuticas, así como de modificaciones de la estructura del espacio aéreo; f) el desarrollo de los servicios de orden y seguridad en las instalaciones que gestione, así como la participación en las enseñanzas específicas relacionadas con el transporte aéreo y sujetas al otorgamiento de licencia oficial, todo ello sin detrimento de las atribuciones asignadas a la Dirección.

c) Tendencias actuales: concentración frente a costes reducidos

Por último, pudiera ser conveniente recordar brevemente la situación existente en el transporte aéreo. A mi juicio se advierten, entre otros, dos elementos característicos. Por un lado, la situación de las grandes compañías de bandera que sufren las incertidumbres derivadas del caprichoso mercado, de la fluctuación del precio del petróleo, además, de los riesgos derivados de los terribles atentados terroristas. Su cotización bursátil padece cierta volatilidad y, últimamente, una cierta tendencia a la baja. Esto puede facilitar la concentración de estas grandes empresas (caso de la fusión de Air France con KLM, de las continuas noticias sobre fusión o contratos especiales entre Iberia y British Airlines, así como la posible absorción de Airitalia debido a las cuantiosas pérdidas).

Por otro lado, han irrumpido con originalidad las pequeñas compañías que ofrecen una gran competencia con billetes a muy bajo precio y que subsisten con contratos especiales con algunos poderes públicos, algunos cuestionados por la Comisión europea. Sirva, en este sentido, recordar el caso singular de Ryanair, investigada por la Comisión europea por los acuerdos con algunos gobiernos regionales (por ejemplo, Valonia en Bélgica) y que mantiene un cierto pulso sobre la devolución de ayudas públicas recibidas a través de impactantes campañas publicitarias y del apoyo de sus usuarios. Otro ejemplo es el de la compañía Easyjet y, quizá, llegue a serlo la compañía española Lagunair que ha trasladado su sede a León. Sus nuevos modos podrán también influir en la ordenación y en el desarrollo de este sector.

En conclusión, los distintos medios de transporte y su regulación están también en continuo movimiento y reforma. Ahora parece prioritario evitar el gran colapso en los aeropuertos y en las autopistas y fomentar el transporte combinado. Esta nueva tendencia no ha de ocultar que los empujes liberalizadores se han implantado de manera desigual y sus efectos no han sido los pronosticados. Además, junto a la necesaria defensa del mantenimiento de obligaciones de servicio público, parece también preciso un régimen de ayudas públicas, pero, a mi juicio, debería avanzarse en facilitar unos mínimos servicios a todos los ciudadanos. Debería insistirse más en la prestación de buenos servicios que en la consecución de una óptima competencia empresarial.