

ALIANZAS Y FUSIONES TRANSFRONTERIZAS EN EL TRANSPORTE FERROVIARIO DE PASAJEROS DE LA UNIÓN EUROPEA

CROSS-BORDER ALLIANCES AND MERGERS IN PASSENGER RAIL TRANSPORT IN THE EUROPEAN UNION

JOSÉ AYLLÓN
Abogado. Duthil abogados

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. COOPERACIÓN ENTRE COMPAÑÍAS FERROVIARIAS PARA EL TRANSPORTE DE PASAJEROS EN LA UNIÓN EUROPEA: 1. Alianzas entre compañías ferroviarias antes de la apertura a la competencia del tráfico internacional de viajeros: el caso ENS. 2. Alianzas tras la entrada en vigor de la Directiva 2007/58: el ejemplo del acuerdo de cooperación RENFE-Operadora/SNCF. III. LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN. APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) 139/2004, DEL CONSEJO SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS AL SECTOR FERROVIARIO: PRINCIPALES DECISIONES: 1. El asunto Eurostar. 2. El asunto SNCF/KEOLIS. IV. EL FUTURO DE LA LIBERALIZACIÓN DEL TRANSPORTE FERROVIARIO EN LA UNIÓN EUROPEA. V. ALGUNAS CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La pretensión de esta colaboración es analizar, bajo el punto de vista de la legislación de competencia comunitaria (artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Reglamento de concentraciones), las distintas modalidades de cooperación horizontal entre compañías ferroviarias de la Unión Europea a lo largo de los últimos años, haciendo especial hincapié en las distintas formas que han adoptado estos acuerdos a lo largo de los años y que han ido desde las primeras alianzas comerciales a finales de la década de 1950, cuando se crea la red Trans-Europe Express, hasta la creación de Railteam, donde se alcanza ya un grado superior de cooperación (aunque limitado al marketing, comercialización conjunta, horarios, venta de billetes, etc.), pasando posteriormente a acuerdos de cooperación como European Night Services (ENS), que consistía en un pacto entre grandes ope-

radores históricos como British Rail (BR), Deutsche Bundesbahn (DB), NV Nederlandse Spoorwegen (NS), Société Nationale des Chemins de Fer Français (SNCF) y Société National des Chemins de Fer Belges (SNCB) para prestar el servicio de ferrocarril nocturno entre Londres, París y otras ciudades a través del túnel que cruza el Canal de La Mancha.

Del acuerdo para constituir ENS –la expresión más elaborada de cooperación en la época– se pasa a la creación de una empresa en participación de plenas funciones –Eurostar– con licencia ferroviaria y autorizada como concentración entre empresas por la Comisión Europea bajo el Reglamento de concentraciones. Sin embargo, solo alguna de estas alianzas entre operadores ferroviarios históricos europeos ha sido objeto de investigación por parte de la Comisión Europea bajo el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Aunque muy escasa, la jurisprudencia existente al menos ha sido muy relevante en un caso: la sentencia dictada en el asunto ENS.

Veamos a continuación cómo se han ido articulando estas alianzas entre compañías ferroviarias de la UE y sus distintas modalidades jurídicas a lo largo de los años.

II. COOPERACIÓN ENTRE COMPAÑÍAS FERROVIARIAS PARA EL TRANSPORTE DE PASAJEROS EN LA UNIÓN EUROPEA

La cooperación entre los operadores ferroviarios europeos ha existido desde hace varias décadas. Así, cabe recordar la Alianza a gran escala para transporte de pasajeros de larga distancia denominada Trans-Europe Expreso (TEE), creada en 1957. La red incluía las compañías ferroviarias de República Federal de Alemania (DB), Francia (SNCF), Suiza (SBB-CFF-FFS), Italia en 1964, Luxemburgo (CFL) y España (RENFE) se unieron a esta Alianza más tarde.

A lo largo de la década de los años 70, se producen muchas modificaciones, sobre todo de índole técnica con una modernización elevada de los trenes empleados hasta la llegada de los trenes Euro-City en los años 80. Además, se produce un notable incremento de los acuerdos de cooperación entre los operadores ferroviarios históricos, aunque la mayor parte de estas alianzas están más relacionadas con la infraestructura, la comercialización conjunta, la atención al cliente y el marketing y logística.

Veamos algunos ejemplos de este tipo de alianzas:

RailNetEurope, organización formada por 33 infraestructuras ferroviarias de toda Europa cuyo objetivo principal es permitir el acceso fácil y rápido a la infraestructura ferroviaria europea y aumentar la calidad y eficiencia del tráfico ferroviario transfronterizo.

Rail ETE, empresa conjunta entre las empresas ferroviarias titulares de Alemania, Austria y Suiza con el fin de colaborar en logística, información, comercialización conjunta y atención al cliente.

Railteam, plataforma de cooperación de operadores ferroviarios de alta velocidad, cuya finalidad primordial es facilitar la comercialización, conectividad, reserva y compra de billetes a través de cualquier punto de venta asociado a la red. La plataforma incluye a las siguientes compañías: DB (Alemania), SNCF (Francia), Eurostar (Reino Unido, Francia y Bélgica), NS Hispeed (Países Bajos), ÖBB (Austria), SBB (Suiza), y SNCB (Bélgica). RailTeam es un concepto de negocio similar a Amadeus en el transporte aéreo.

Otro grado de cooperación más integrado lo constituyen las siguientes alianzas:

Rhealys, fundada en 2000 por los operadores ferroviarios de Francia (SNCF), Alemania (DB AG), Suiza (SBB) y Luxemburgo (CFL), y cuya finalidad ha sido llevar a cabo estudios de mercado y preparar la vía férrea de alta velocidad entre París, Luxemburgo y el sur de Alemania;

Alleo, empresa conjunta formada por el operador ferroviario alemán DB y SNCF, destinada a coordinar la promoción y comercialización de la Européenne LGV Est de París a Frankfurt y Stuttgart. Fue fundada en 2007 y se hizo cargo de varias tareas que habían sido asignadas anteriormente a Rhealys.

TGV Lyria, es una compañía del operador ferroviario suizo SBB, en la que participa –de forma minoritaria– la compañía más activa de Europa: SNCF.

Elipsos, empresa conjunta entre RENFE-Operadora y SNCF, creada en 2001 para gestionar el Trenhotel nocturno entre España y Francia, España y Suiza, y España e Italia.

Como hemos podido ver en los acuerdos citados anteriormente, el grado de cooperación se ha ido incrementando de forma notable (en especial en los trenes de alta velocidad), dando lugar en algunos casos a alianzas que actúan en el mercado como empresas ferroviarias. Quizá, los dos ejemplos más sobresalientes de esta cooperación sean los casos de las empresas Thalys y ENS.

Thalys es una empresa de transporte de pasajeros por ferrocarril cuyos accionistas son SNCF, SNCB y DB. Thalys fue creada en 1993 y desde entonces se ha convertido en uno de los principales operadores ferroviarios de alta velocidad entre las rutas que conectan París, Bruselas y Colonia.

ENS, inicialmente una alianza entre varias compañías europeas. BR, DB, NV, NS, SNCF y SNCB, cuya finalidad era la explotación de los servicios ferroviarios nocturnos de pasajeros a través del túnel bajo el Canal de la Mancha. En 2010 se convirtió en una empresa de plenas funciones con licencia ferroviaria, denominada Eurostar.

1. Alianzas entre compañías ferroviarias antes de la apertura a la competencia del tráfico internacional de viajeros: el caso ENS

Antes de la apertura a la competencia del tráfico internacional de viajeros en 2010, la posibilidad de prestar servicios internacionales ferroviarios de transporte de pasajeros en la UE en la época de los acuerdos para la creación de Thalys y la

alianza ENS era en forma de asociación –agrupación internacional–, merced a lo previsto en la Directiva 91/440/CEE¹, que constituyó un primer paso en la liberalización del mercado de transporte por ferrocarril en la Comunidad.

Mediante la creación de una agrupación internacional, una empresa ferroviaria de un Estado miembro podía acceder al mercado de transporte de pasajeros por ferrocarril de otro Estado miembro para la prestación de servicios internacionales de transporte de pasajeros. Para constituir estas agrupaciones, era necesaria, por lo menos, la participación de dos empresas ferroviarias establecidas en distintos Estados miembros con el fin de prestar servicios internacionales de transporte. Por tanto, únicamente cabía la posibilidad de crear estas agrupaciones para acceder a la red de otro estado de la UE con el fin de prestar servicios

Por lo demás, es evidente que cualquier alianza entre los llamados operadores ferroviarios históricos era susceptible de ser investigada por la Comisión Europea en el marco del artículo 101 TFUE², aunque han sido muy pocos los asuntos que han dado lugar a un pronunciamiento de la Comisión Europea, como iremos viendo.

No debe olvidarse, por lo demás, que tras la entrada en vigor del Reglamento CE nº 1/2003³, de aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, ya no es posible notificar un acuerdo a la Comisión Europea, puesto que son las empresas las que deben decidir (autoevaluación) si el acuerdo inicialmente restrictivo de la competencia, puede acogerse a la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 101 TFUE. Hasta la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, los acuerdos de este tipo se podían notificar a la Comisión Europea con el fin de tratar conseguir una decisión de autorización del acuerdo al amparo del artículo 3 del artículo 101 TFUE, por ejemplo.

Con carácter general, al analizar este tipo de acuerdos de cooperación horizontal bajo el artículo 101 TFUE, hay que tener en cuenta (siguiendo las Directrices la Comisión sobre acuerdos de cooperación horizontal) que la cooperación horizontal puede ser un medio positivo de compartir riesgos, ahorrar costes, incrementar inversiones, aumentar la calidad y variedad de productos o servicios y avanzar en la innovación. Por otra parte, estos acuerdos de cooperación pueden plantear problemas de competencia cuando las partes acuerdan fijar precios o repartirse los mercados o dicha cooperación sirve para mantener mejor o aumentar el poder de mercado y ello acaba produciendo efectos negativos en materia de precios, producción o innovación.

Por tanto, al examinar este tipo de acuerdos de cooperación horizontal entre competidores reales o potenciales hay que realizar un análisis que consta de dos fases. La primera tiene en cuenta si el acuerdo de cooperación puede afectar al comercio entre Estados miembros –lo que ocurre inevitablemente en los acuerdos de cooperación entre compañías ferroviarias de dos estados– y tiene como objeto res-

¹ DO L 237 de 24-8-1991.

² Merece tener en cuenta las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOUE, C-11/1, de 14-1-2011) que sustituyeron a las anteriores Directrices de 2001, salvo que existan normas sectoriales específicas.

³ DOCE L 1, de 4-1-2003.

tringir la competencia o puede producir efectos reales o potenciales contrarios a la competencia.

Una segunda fase, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 101 TFUE –cuya aplicación solo será necesaria si se concluye en la primera fase que el acuerdo es contrario al artículo 101.1 TFUE–, consiste en determinar los beneficios para la competencia del acuerdo y en evaluar si esos efectos favorables a la competencia compensan los efectos restrictivos de la competencia.

Por consiguiente, esos serían –básicamente– los pasos a seguir al examinar un acuerdo de cooperación horizontal entre competidores.

El caso ENS que se expone a continuación constituye sin duda el precedente más relevante en el análisis de acuerdos de cooperación entre compañías ferroviarias, tanto por la propia Decisión de la Comisión Europea como por la sentencia dictada por el Tribunal General en su revisión de la Decisión de la Comisión Europea.

En la Decisión ENS⁴, la Comisión autorizó por un período inicial de ocho años⁵ la creación de una empresa en participación de carácter no concentrativo (JV no concentrativa) para prestar un servicio de trenes nocturnos a través del túnel bajo el Canal de La Mancha.

Si bien la Comisión estimó que dicho acuerdo y las cláusulas de explotación del mismo eran contrarias al artículo 101.1 TFUE, consideró, no obstante, que el acuerdo podía acogerse a la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 101 TFUE, dado que la creación de ENS servía para fomentar el progreso económico, principalmente al garantizar la competencia entre los diferentes modos de transporte (avión y tren), beneficiando de este modo a los usuarios. Por otra parte, la Decisión de la Comisión señaló que las restricciones de la competencia contempladas en el acuerdo resultaban indispensables, habida cuenta de que se trataba de servicios completamente nuevos, que implicaban unos importantes riesgos económicos que difícilmente podía soportar una sola empresa.

De este modo, la Comisión Europea autorizó el acuerdo pero impuso una serie de condiciones muy exigentes (plazo de duración de la exención de ocho años, obligación de suministrar locomotoras y conductores a otros potenciales competidores, etc.) que las empresas participantes en ENS consideraron desproporcionados y contrarios al Derecho comunitario.

La Decisión fue recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (hoy, Tribunal General) y anulada por sentencia⁶, al considerar el Tribunal comunitario que la Comisión Europea no había apreciado de modo correcto y suficiente el contexto económico y jurídico en el que se inscribían los acuerdos ENS.

⁴ Decisión de la Comisión de 21-9-1994 (asunto IV/34.600 –European Night Services–), *DOCE* L 259, de 7-10-1994. L. En esas fechas, este tipo de acuerdos podían notificarse a la Comisión Europea, lo que ya no es posible tras la entrada en vigor del Reglamento CE 1/2003.

⁵ Aunque esta condición fue anulada por el Tribunal General al considerar que el escaso tiempo no permitiría recuperar las inversiones.

⁶ Sentencia de 15-9-1998, as. T- 374/94, *ENS/Comisión*, Rec. II-3141.

Es más, el Tribunal General puso en duda incluso –a la vista del análisis formalista aplicado por la Comisión sobre la aplicabilidad del artículo 101.1 TFUE– que el acuerdo de creación de ENS, fuera restrictivo de la competencia en sí mismo. Es decir, el Tribunal General dudaba que fuese necesario aplicar el apartado 3 del artículo 101.1 TFUE, por cuanto el acuerdo posiblemente no era contrario al apartado 1 del 101 TFUE. El Tribunal General en su sentencia concluyó por tanto que la Comisión Europea no había acreditado que el acuerdo ENS restringiera de un modo apreciable la competencia, anulando dicha Decisión.

La Decisión de la Comisión Europea aportó, no obstante, un valor añadido al análisis de estos acuerdos que se ha mantenido hasta la actualidad, al definir los mercados afectados por este tipo de acuerdos, teniendo en cuenta que los servicios ofrecidos se dirigen fundamentalmente a dos tipos de clientes distintos: por una parte, las personas que viajan por motivos profesionales y, por otra, aquellas que efectúan un viaje de placer. De este modo, se estimó que: i) el primer tipo de clientes busca un sistema de transporte rápido, que ofrezca un alto nivel de comodidad con una frecuencia y unos horarios adecuados a sus exigencias profesionales, sin que el constituya un elemento determinante a la hora de elegir un sistema u otro; por otro lado, ii) las personas que efectúan un viaje de placer y deben pagar su coste conceden, en cambio, una mayor importancia al precio del transporte. La rapidez, comodidad y frecuencia no son en este caso elementos determinantes.

Por tanto, existen dos mercados de servicios: por una parte, un mercado de transporte de pasajeros por motivos profesionales para los que el transporte aéreo en vuelo regular y el transporte ferroviario de alta velocidad constituyen sistemas de transporte alternativos y, el mercado del transporte de personas que efectúan viajes de placer, para quienes los servicios alternativos pueden ser el avión en clase económica, el tren, el autobús y, en algunos casos, el coche particular, por otra parte. En cuanto al mercado geográfico, la Comisión subrayó que el mercado geográfico afectado únicamente abarcaba las rutas cubiertas por el acuerdo ENS (Londres-París, Londres-Bruselas...), es decir, se tiene únicamente en cuenta el punto de origen y el punto de llegada.

En definitiva, la Decisión de la Comisión y la posterior sentencia del Tribunal General sobre los acuerdos de explotación de trenes nocturnos bajo el Canal de la Mancha mediante la colaboración entre operadores ferroviarios históricos a través de ENS, ha quedado como un precedente imprescindible para conocer, por un lado, los criterios empleados por la Comisión Europea en la definición de los mercados afectados y, en segundo lugar, la sentencia del Tribunal General sirvió para ilustrar la importancia que el Tribunal concede al análisis de este tipo de acuerdos de cooperación horizontal donde debe tenerse en cuenta el marco concreto en el que produce sus efectos, y en particular el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, la naturaleza de los servicios contemplados en dicho acuerdo y la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado.

2. Alianzas tras la entrada en vigor de la Directiva 2007/58: el ejemplo del acuerdo de cooperación RENFE-Operadora/SNCF

Llegados a este punto, no podíamos dejar de hacernos eco de un acuerdo de cooperación celebrado entre el operador histórico español, RENFE-Operadora y el francés, SNCF, para la explotación de los servicios internacionales de pasajeros en trenes de alta velocidad, entre Barcelona y París⁷.

Aprovechando la posibilidad conferida por la Directiva 2007/58, de apertura a la competencia de los servicios internacionales de transporte de viajeros (desde enero de 2010), incluyendo el derecho a recoger viajeros en cualquier estación situada en el trayecto de un servicio internacional y a dejarlos en otra, incluso en estaciones situadas en un mismo Estado miembro, ambas compañías (con el auspicio y apoyo pleno de los dos gobiernos), acordaron la explotación conjunta de la línea de alta velocidad entre Barcelona y París (inicialmente, Figueras-París) a través del Túnel TP Ferro que conecta en línea de alta velocidad Perpignan y Figueras.

Aunque la conexión se anuncia desde Barcelona en tren de alta velocidad, lo cierto es que los viajeros deben bajar del tren de RENFE-Operadora en la estación de Figueras y subir al TGV de SNCF para continuar el viaje, y lo mismo ocurre en sentido contrario. De momento, no existe la posibilidad de realizar el trayecto desde Barcelona a París en un único tren, ya sea de RENFE-Operadora o de SNCF.

De acuerdo con la información contenida en las web de ambas compañías y lo publicado en los medios de comunicación, el acuerdo de colaboración entre ambas compañías tiene como finalidad inicial prestar servicios entre las estaciones de Figueras hasta París en alta velocidad y para ello ambas compañías han constituido una AEIE –Agrupación Europea de Interés Económico–. Sin duda es una fórmula jurídica flexible en este periodo inicial.

Al parecer, si el acuerdo sigue en vigor y una vez esté completamente finalizada la línea de alta velocidad (existen algunos tramos de vía convencional en Francia y los trenes empleados por los dos operadores no pueden completar el recorrido entero) es muy posible que ambas compañías se planteen incrementar esta cooperación pasando a crear una compañía ferroviaria de plenas funciones con licencia ferroviaria al estilo de la actual EUROSTAR. Jurídicamente no plantea mucha dificultad convertir el acuerdo de cooperación en una operación de concentración, basta con que la nueva entidad pase a tener plenas funciones en el sentido del Reglamento de concentraciones (dirección dedicada a operaciones diarias y acceso a recursos financieros, actividad empresarial a realizar de forma duradera; es decir, siempre que realice con carácter permanente todas las actividades de una entidad económica autónoma). Sin embargo, se desconoce el camino que tomará esta alianza en el medio plazo y tras los primeros años de explotación de esta línea de alta velocidad.

⁷ Hasta fechas recientes, la línea de alta velocidad de Barcelona a Figueras (punto de enlace) no estuvo funcionando, por lo que el trayecto de Barcelona a Figueras se realizaba por vía convencional.

En cuanto al análisis jurídico del acuerdo bajo el artículo 101 TFUE, no cabe olvidar que se trata de un pacto de cooperación horizontal entre, al menos, dos potenciales competidores en la línea Barcelona-París en tren de alta velocidad. Sin embargo, parece poco realista pensar, a la vista del contexto real en el que se lleva a cabo la cooperación, que exista alguna restricción sensible a la competencia (artículo 101 TFUE), si tenemos en cuenta que la explotación del servicio no hubiera podido ser llevada a cabo de manera independiente por ninguna de las dos compañías ferroviarias, sin incurrir en gastos absolutamente desproporcionados e irre recuperables. En estas circunstancias, parecería que un acuerdo de cooperación horizontal que no pueda llevarse a cabo de forma independiente no produce efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 101.1 del TFUE.

Veamos a continuación ejemplos del grado más avanzado de cooperación entre compañías ferroviarias existente en la actualidad: la concentración de empresas.

III. LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN. APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (CE) 139/2004, DEL CONSEJO SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ENTRE EMPRESAS AL SECTOR FERROVIARIO: PRINCIPALES DECISIONES

Como ya adelantamos en la introducción, las operaciones de concentración analizadas por la Comisión Europea en aplicación del Reglamento (CE) 139/2004, del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, no han supuesto hasta el momento la fusión o adquisición entre operadores históricos. Básicamente se ha tratado siempre de la creación de nuevos operadores y el medio jurídico más empleado ha sido el de las empresas en participación de plenas funciones (JV concentrativas).

Previamente, cabe recordar de forma breve los criterios empleados por el Reglamento de concentraciones para saber cuándo nos encontramos ante una operación de concentración a efectos del Reglamento de concentraciones. Así, de acuerdo con el Reglamento, existe una operación de concentración cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de: i) la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, ii) la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas, o iii) la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

El elemento clave consiste, pues, en la existencia de un cambio en la estructura de control, que resulta ser el factor determinante para discernir si nos encontramos ante una operación de concentración en el sentido del Reglamento de concentraciones. Por tanto, siempre que se produzca una modificación permanente en la estructura de control de las empresas partícipes en la operación, estaremos ante una concentración a efectos del Reglamento de concentraciones que deberá notificarse a la Comisión Europea para su autorización (si se alcanzan los umbrales que deter-

minan si dicha operación de concentración tiene dimensión comunitaria). Los umbrales que determinan la competencia exclusiva y excluyente de la operación por parte de la Comisión Europea son los siguientes: i) que la cifra de negocios a nivel mundial de todas las empresas partícipes en la operación supere los 5.000 millones de euros, ii) siempre y cuando el volumen de negocios en la Unión Europea de al menos dos de las empresas partícipes supere los 250 millones de euros.

Existe un segundo umbral, de fórmula muy alambicada, en el que también se considera la operación de dimensión comunitaria cuando: i) el volumen de negocios mundial de las empresas participes supere los 2.500 millones de euros; ii) el volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas en cada uno de al menos tres estados miembros supere los 100 millones de euros; iii) al menos en los tres estados miembros incluidos en ii), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros; iv) el volumen de negocios total realizado individualmente en la Comunidad por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros.

Por otro lado, existe una cuestión procedimental muy importante destinada a garantizar que la operación de concentración sea analizada por la autoridad competente mejor situada para examinar una concentración dada. Nos referimos al procedimiento de remisión entre la Comisión y las autoridades nacionales y viceversa, que se expone de forma muy resumida.

Según este procedimiento de remisión, un Estado miembro puede declarar que una concentración afecta significativamente a la competencia efectiva en un mercado en el interior de dicho Estado miembro, y la Comisión debe decidir desde la notificación de la operación de concentración si se ocupa del caso de conformidad con el Reglamento de concentraciones o si lo remite en su totalidad o en parte a las autoridades competentes del Estado miembro afectado.

Inversamente, es posible el caso contrario: un Estado miembro puede solicitar a la Comisión Europea que examine una operación de concentración que aún sin tener dimensión comunitaria obstaculice el comercio entre Estados miembros.

Por regla general, la Comisión aplica los procedimientos en estrecha colaboración con las autoridades de competencia de los Estados miembros sin que se planteen problemas al respecto.

Volviendo al objeto de este apartado, vamos a destacar alguna de las principales operaciones de concentración entre empresas ferroviarias.

1. El asunto Eurostar

Mediante Decisión de 17-6-2010 (as. Comp/M.5655 SNCF/LCR/Eurostar), la Comisión Europea autorizó en aplicación del Reglamento de concentraciones la operación de concentración notificada por SNCF, LCR y Eurostar.

Eurostar inicialmente consistió en una entidad de carácter cooperativo en el que las respectivas compañías matrices prestaban directamente el servicio de transporte

en sus rutas. Dicho acuerdo fue notificado a la Comisión Europea que lo autorizó (entonces se podían notificar este tipo de acuerdos)⁸, por un período inicial de ocho años y con unas condiciones que las partes consideraron desproporcionado y contrarios al Derecho comunitario, tal y como confirmó posteriormente el Tribunal General que anuló dichas condiciones (plazo de ocho años, obligación de suministrar locomotoras y conductores a otros potenciales competidores, etc.).

La operación de concentración notificada se enmarca en el contexto de la liberalización del transporte internacional de pasajeros por ferrocarril el 1 de enero 2010, y las matrices actuales, SNCF, LCR/EUCL y SNCB decidieron dar un paso más en la integración, consolidando Eurostar como una empresa ferroviaria de plenas funciones (por tanto, con todas las funciones de una empresa autónoma de sus matrices) pasando a operar como empresa ferroviaria con licencia única.

En su Decisión, la Comisión Europea mantiene la definición de mercado ya conocida en previas decisiones (la propia Decisión ENS, entre ellas) y que son el de punto de origen y destino en las dos principales rutas de Eurostar: Londres-París y Londres-Bruselas.

Este enfoque está en consonancia con la práctica de la Comisión en otros sectores de transporte de pasajeros, como el transporte aéreo, donde también definió el mercado de referencia sobre la base del punto de origen/punto de destino o de pares de ciudades o destinos. Esta definición de mercado corresponde a la perspectiva de la demanda por la cual los pasajeros no suelen sustituir fácilmente destinos. Sobre esta base, cada combinación de un punto de origen y un punto de destino se considera un mercado distinto.

Por consiguiente, en su Decisión Eurostar la Comisión Europea define el mercado afectado (producto y geográfico) como el de servicios ferroviarios de alta velocidad entre Londres y París, por un lado, y Londres y Bruselas, por otro lado.

Sin embargo, en su Decisión deja abierta la posibilidad de incluir dentro del mercado de referencia otros medios de transporte (transporte aéreo, coche/autobús y ferry, para cruzar el Canal de La Mancha), o, incluso ser subdivididos entre los mercados de pasajeros sensibles al tiempo y no sensibles al tiempo. No obstante aunque no se pronunciara sobre estas cuestiones, no impide que la Decisión sirva como una referencia sobre el análisis del mercado de producto y geográfico.

A la hora de valorar los efectos de la operación sobre la competencia la Comisión considera, en vista de la actual situación del mercado (caracterizado por la persistencia de obstáculos a la entrada de nuevos operadores diferentes a los históricos ya asentados), que la operación notificada podía reducir más o eliminar por completo cualquier posibilidad de que un tercero pudiera entrar en el mercado en cooperación, por ejemplo, con uno de los socios de Eurostar, obstaculizándose de forma significativa la competencia. Por estas razones, la Comisión llegó a la conclusión de que la operación de concentración notificada planteaba serias dudas sobre su compa-

⁸ Decisión de la Comisión de 21-9-94 (asunto IV/34.600 –European Night Services–), *DOCE* L 259, de 7-10-94. L

tibilidad con el mercado interior. La Comisión, pretendía que las partes propusieran una serie de compromisos que facilitasen la entrada de terceros en competencia con Eurostar en las mismas líneas, para autorizar la operación de concentración. Finalmente, las partes propusieron un conjunto de compromisos que fueron negociados con la Comisión Europea, hasta su aceptación. De este modo, la autorización de la operación queda supeditada al respeto de una serie de compromisos que garanticen el acceso bajo bases no discriminatorios de otros posibles competidores, tales como (facilidades de acceso a terceros en las estaciones y sus servicios, servicios de mantenimiento, instalación de máquinas expendedoras, etc.; acceso al mantenimiento de servicios en las mismas condiciones que Eurostar), que sirvieron para salvar las reticencias iniciales de la Comisión Europea.

2. El asunto SNCF/KEOLIS

Aunque la Decisión (asunto COMP/M.6596) de la Comisión de 23 de julio de 2012, tiene su origen en un reenvío a la autoridad francesa de la competencia tras la solicitud formal de SNCF, contiene suficiente análisis jurídico de la Comisión para detenerse brevemente en su contenido.

SNCF, a través de su filial SNCF-P, adquirió el control exclusivo de la sociedad Grupo Keolis (Francia), pasando a detentar un 70% de las acciones. Con anterioridad, SNCF-P participaba en el control de Keolis junto a otros accionistas, por lo que existía un control fluctuante. Tras la operación, SNCF se asegura un control exclusivo de la compañía.

Keolis presta servicios de transporté público en Francia y otros países. En Francia, Keolis explota varios aeropuertos regionales y locales y otras actividades relacionadas con el transporte (alquiler de vehículos, bicicletas, etc.).

En la operación de control previa⁹, en la que se notificó a la Comisión Europea la toma de control conjunto de Keolis y Effia por SNCF-P y CDPQ, con solicitud de reenvío a la autoridad francesa de la competencia, tanto la Comisión como la autoridad francesa examinaron los mercados de transporte público de viajeros y otros mercados relacionados: gestión de estaciones, sistemas de información a los pasajeros y de billeteaje.

En cuanto a los efectos sobre la competencia de la operación, la Comisión realiza un recorrido por la Decisión de la autoridad francesa de 2009 analizando los potenciales efectos horizontales de la operación de control conjunto notificada. En concreto, la autoridad francesa identificó cuatro riesgos para la competencia, descartando dos de ellos (efectos de la gestión de las estaciones por SNCF y el conocimiento de la información esencial y la organización del sistema de transportes) e imponiendo unas condiciones y compromisos para los dos restantes (SNCF podría

⁹ Decisión de la Comisión de 29 de octubre de 2009, de reenvío del asunto COMP/M.5557-SNCF-P/Keolis/Effia, a las autoridades nacionales francesas.

apoyarse en Keolis para asegurar su presencia en el transporte de viajeros, existencia de una incitación a que SNCF pudiera utilizar a Keolis en detrimentos de otros competidores en licitaciones en regiones de Francia).

Sin embargo, lo más relevante es la valoración por parte de la Comisión, aún reconociendo que la autoridad mejor situada para analizar la operación es la francesa y se cumplen los requisitos para el reenvío de la operación, la Comisión recuerda que aunque se impusieron condiciones y su incumplimiento acarrearía sanciones a SNCF, no se puede excluir que acabe afectando a la competencia de manera significativa en los mercados de transporte público de viajeros en Francia. Es decir, la Comisión Europea, a la vista de la situación de SNCF en el mercado duda de que el control de Keolis no resulte en un detrimento de la escasa competencia existente en el País gallo en los mercados de transporte ferroviario de pasajeros.

Quizá sea uno de los mejores ejemplos en los que el operador histórico va eliminando cualquier posibilidad de competencia en su propio estado. No puede ocultarse que SNCF es uno de los participantes más activos en otros mercados ferroviarios. Baste recordar el caso de España (Elipsos, acuerdo explotación línea alta velocidad Barcelona/París), e Italia (además de su presencia en Eurostar) que le garantizan una posición preeminente en las mejores rutas internacionales, habiéndose garantizado al mismo tiempo que ningún operador «nacional» pueda competir con esta empresa dentro de Francia.

IV. EL FUTURO DE LA LIBERALIZACIÓN DEL TRANSPORTE FERROVIARIO EN LA UNIÓN EUROPEA

De acuerdo con el contenido de la Directiva 2007/58, desde enero de 2010, las compañías ferroviarias de la UE pueden prestar servicios internacionales de viajeros en régimen de competencia, incluyendo –y esto es lo más relevante del nuevo sistema– el derecho a recoger viajeros en cualquier estación situada en el trayecto de un servicio internacional y a dejarlos en otra, incluso en estaciones situadas en un mismo Estado miembro.

Por tanto, desde enero de 2010, cualquier compañía ferroviaria comunitaria puede recoger pasajeros dentro del mismo estado y dejarlos en ese mismo estado (cabotaje) o en otro estado que incluya el trayecto internacional. La Directiva pretende reforzar el cabotaje tal y como reconoce en su considerando séptimo, en el que incide sobre la relevancia de posibilitar que sean «económicamente viables» con respecto a los servicios existentes que pueden recoger y dejar viajeros durante el recorrido.

Sin embargo, en la práctica no parece que la liberalización del transporte internacional de viajeros haya servido para impulsar la liberalización del tráfico interno (objetivo último no declarado). Muy al contrario, ahora se piensa que será la liberalización del tráfico interno de viajeros lo que permitirá impulsar el tráfico internacional. Al menos así se desprende del Informe (COM (2013) 34 final, de 30-1-2013) al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Eu-

ropeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de las disposiciones de la Directiva 2007/58/CE relativa a la apertura del mercado de los servicios ferroviarios internacionales de transporte de viajeros, expone un panorama poco positivo sobre los servicios ferroviarios internacionales de transporte de viajeros con derechos de cabotaje.

En Informe la Comisión Europea realiza un ejercicio de realismo sobre el impacto real de la apertura a la competencia de los servicios ferroviarios internacionales de viajeros, recordando los escasos acuerdos o alianzas que se han producido desde su entrada en vigor.

Veamos algunos ejemplos:

En 2010, el operador histórico sueco SJ comenzó a ofrecer servicios entre Suecia y Dinamarca con cabotaje entre Copenhague y Odense, pero interrumpió esta parte del servicio un año después.

Thalys, se convertirá en un competidor más en largas distancias cuando DB ponga fin a su cooperación con la SNCF y el operador histórico belga SNCB. Thalys está prolongando desde 2011 por la cuenca del Ruhr el recorrido de sus trenes que circulan entre París y Colonia. DB ha anunciado además su intención de implantar servicios InterCityExpress entre Frankfurt y Londres, pasando por el túnel del Canal de La Mancha.

El operador privado austriaco WESTbahn (una empresa de la que la SNCF posee el 26% de las acciones) ofrece servicios de Viena a Salzburgo y a Freilassing, en el lado alemán de la frontera entre Alemania y Austria, pero el objetivo principal parece ser el transporte nacional.

Desde diciembre de 2010, el operador privado italiano LeNord, la empresa ferroviaria histórica alemana DB y su homóloga austríaca ÖBB ofrecen servicios entre Alemania e Italia, pasando por Austria, que conectan Munich-Brenner-Verona (un tren diario en cada sentido), Munich-Brenner-Venecia y Munich-Brenner-Bolonia (dos trenes diarios en cada sentido en ambos trayectos).

Desde diciembre de 2011, otra empresa ferroviaria radicada en Italia (Societa Viaggiatori Italia S.r.l.), controlada por el operador histórico francés SNCF, cubre la línea París-Modane-Milán (tres trenes diarios en cada sentido), mientras que la empresa histórica italiana Trenitalia y el operador privado francés Veolia Transdev explotan un tren nocturno que enlaza Venecia y París, pasando por Suiza, bajo la marca comercial *Thello*, que es el primer servicio de transporte ferroviario de viajeros de largo recorrido en el mercado francés que no es explotado por la SNCF o en cooperación con ella.

En definitiva, la apertura del mercado a nuevos servicios internacionales con cabotaje, son muy escasos, tal y como se describe en el Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 2007/58.

Señala la Comisión Europea en su Informe, que el aspecto más complicado de incorporar a la legislación interna de los Estados miembros ha sido el de la interpretación de las disposiciones referidas al objetivo principal de los servicios ferro-

viarios y al desequilibrio económico de los servicios de los contratos de servicio público que podría producirse. También se señalan otras cuestiones de orden legal que están afectando a la liberalización del transporte internacional y a la entrada de nuevos operadores (obligaciones de servicio público, incorrecta implementación de Directivas, etc.).

Sin embargo, la clave se encuentra en la poca rentabilidad de los segmentos de mercado abiertos a la competencia del mercado de transporte ferroviario internacional de viajeros, según estima la Comisión Europea, dado que resulta más fácil organizar el transporte interno de viajeros y, en los Estados miembros han abierto a la competencia el mercado nacional, operan bastantes más nuevas empresas que en el mercado internacional.

También se apoya la Comisión Europea para sostener el escaso éxito de la apertura al tráfico internacional de pasajeros que en los servicios locales y regionales prestados en virtud de contratos de servicios públicos, suele haber más competencia en las licitaciones.

En definitiva, el análisis de la experiencia práctica de la apertura del mercado internacional del transporte ferroviario internacional de viajeros desde 2010 parece confirmar, pues, que será la apertura del mercado interior la que haga que surjan nuevos servicios internacionales y no al revés. La apertura del mercado interior permitiría, por ejemplo, que empresas de servicios internacionales propusieran servicios de enlace que mejorarían la viabilidad de los servicios internacionales. Las propuestas presentadas por la Comisión en el cuarto paquete ferroviario para abrir los mercados interiores de transporte ferroviario de viajeros y sistematizar las licitaciones darán un impulso al desarrollo de los servicios internacionales.

En conclusión, no parece que la apertura al tráfico internacional de viajeros esté funcionando como previsiblemente se pensaba por parte de las autoridades comunitarias. Muy posiblemente, no se trata solo de retrasos o interpretaciones inadecuadas en la transposición de las Directivas del tercer paquete ferroviario, cabría pensar que se trata de un fallo de diseño en la estrategia de apertura a la competencia del transporte de viajeros internacional que se pensaba arrastraría a la apertura de los mercados nacionales al permitirse el cabotaje en las paradas intermedias dentro de los trayectos. Contrariamente a esta suposición, ahora la Comisión Europea piensa que el mercado resulta poco atractivo y que sería más idóneo liberalizar los mercados nacionales para infundir más fuerza al tráfico internacional de pasajeros.

Sin embargo, resulta muy difícil saber el camino que seguirá tras la apertura internacional del tráfico de viajeros. Obsérvese que el Gobierno español se «adelantó» a los deseos de la Comisión Europea planteando la apertura a la competencia del mercado español en julio de 2013. Sin embargo, el Gobierno español modificó este planteamiento abierto de libre competencia mediante el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, al establecer que:

«se contempla transitoriamente establecer un esquema de mercados en el que el acceso para los nuevos operadores se llevará a cabo a través de la obtención de títulos habilitantes. El Consejo de Ministros determinará el número de títulos habilitantes a

otorgar para cada línea o conjunto de líneas en las que se prestará el servicio en régimen de concurrencia y el otorgamiento de los títulos habilitantes se llevará a cabo por el Ministerio de Fomento a través del correspondiente procedimiento de licitación».

Se rectifica así, una medida inicial muy criticada que preveía una liberalización completa del transporte ferroviario de pasajeros a partir del 30 de julio de 2013. De este modo, el Gobierno «controlará» la apertura a la competencia del mercado nacional de transporte ferroviario de pasajeros.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

En este trabajo se han abordado las modalidades de acuerdo de colaboración o las operaciones de concentración que se han producido en el mercado ferroviario de la Unión Europea con anterioridad a la apertura a la competencia de los servicios internacionales de viajeros en 2010 y con posterioridad a esta apertura. Desde esta perspectiva se han expuesto de manera somera las recientes operaciones de concentración analizadas por la Comisión Europea en el marco de la aplicación del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, sobre el control de concentraciones entre empresas.

En la fase actual no se ha llevado a cabo ninguna fusión o concentración entre operadores históricos (como por ejemplo, RENFE, SNCF, DB, etc.), limitándose las operaciones de concentración a la creación de empresas en participación de plenas funciones, las menos, o bien distintas modalidades de cooperación entre compañías ferroviarias, las más.

El ejemplo más relevante y trascendente lo constituye sin duda la operación de concentración consistente en la creación de Eurostar como empresa ferroviaria de plenas funciones y con licencia ferroviaria. El análisis de la Decisión autorizando la operación, es una guía sobre el examen de este tipo de operaciones en la fase de liberalización del sector en la que nos encontramos y en una ruta tremendamente relevante en la que pese a quedar prácticamente monopolizada por la nueva Eurostar, la Comisión autorizó –imponiendo una serie de condiciones para facilitar la entrada de otros competidores–.

Sin embargo, las perspectivas sobre el éxito de la apertura a la competencia del mercado ferroviario de viajeros entre Estados de la UE – y sobre todo la posibilidad del cabotaje– no han supuesto ninguna modificación de la situación.

Cuesta ser optimista en esta situación si tenemos en cuenta que la propia Comisión Europea en su Informe sobre la aplicación de la Directiva 2007/58 reconoce la escasez de nuevos entrantes en los mercados abiertos a la competencia. Generalmente se asume que la apertura del mercado conduce a una mayor competencia. No obstante, la realidad es mucho más compleja. La entrada de nuevos operadores en el mercado ferroviario de pasajeros resulta complicada debido al peso de los operadores ya establecidos (por ejemplo, RENFE-Operadora en España, SNCF, en Francia,

DB en Alemania, etc.), las características del propio mercado ferroviario y el tipo de servicio prestado. Además, y pese las buenas intenciones de la UE en eliminar las barreras existentes para acceder a la infraestructura ferroviaria de otros Estados, siguen persistiendo múltiples problemas (desde las calificaciones del personal hasta requisitos técnicos de la operación de los trenes) que hacen más complicada la entrada de nuevos operadores.

En definitiva, el primer paso –apertura a la competencia del mercado de transporte internacional de viajeros y permitir el cabotaje– no parece que haya estimulado excesivamente la entrada de nuevos operadores (salvo casos contados de colaboración entre/con operadores ya establecidos), lo que unido a la situación de incertidumbre económica que se vive no augura grandes novedades en materia de nuevos entrantes en este mercado.

El siguiente paso, necesario a todas luces para estimular la competencia, solo puede venir de la apertura a la competencia de los mercados nacionales como parece admitir la Comisión en su Informe sobre la aplicación de la Directiva 2007/58. Sin ese paso –independientemente de cómo se organice la entrada de nuevos operadores (concesión de licencias mediante concurso, apertura total, etc.)– parece difícil que la situación pueda cambiar respecto a la ya existente.

RESUMEN: La cooperación entre empresas ferroviarias de los estados miembros de la UE ha existido desde hace muchos años bajo diversas fórmulas jurídicas. El artículo analiza estas modalidades de cooperación deteniéndose con detalle en algunos casos representativos desde el punto de vista histórico o jurídico, concluyendo con la reciente apertura a la competencia del tráfico internacional de viajeros propiciado por la Directiva 2007/58.

PALABRAS CLAVE: Liberalización, transporte, ferrocarril.

ABSTRACT: The cooperation between railway companies of the Member States of the EU has been around for many years under various legal forms. The article examines these forms of cooperation stopping detail in some representative cases from the point of view of history or legal, concluding with the recent introduction of competition in international passenger traffic led by Directive 2007/58.

KEYWORDS: Liberalization, transport, railways.

Recibido: 20 de abril de 2013

Evaluado: 8 de mayo de 2013

Aceptado: 10 de mayo de 2013