

La liberalización del sector ferroviario ¹

Antonio J. ALONSO TIMÓN
Real Centro Universitario
«Escorial-María Cristina»
San Lorenzo del Escorial

Resumen: El proceso de liberalización del sector ferroviario se inicia, de manera tímida, a principios de los años 90 del siglo pasado y se intensifica de manera notable durante esta década. Teniendo en cuenta el fracaso experimentado por algunos países miembros en el intento de liberalización del sector, se apuesta por un modelo en el que la titularidad de la infraestructura sea pública, permitiendo la explotación de dicha infraestructura por empresas privadas. El proceso está ya muy avanzado, pero todavía no está concluido.

Abstract: The liberalization process in the railway sector begins in Europe, softly, in the early nineties of the last century and goes in several progresses in this decade. Having learnt the lessons from some experiences before in countries members, the model now is designed to keep inside the public sector the infrastructure and permit the private operators using those facilities in different commercial ways. The process is in big advance but not concluded nowadays.

Palabras claves: Ferrocarril, Infraestructuras, Liberalización económica.

Keywords: Railway, Infrastructure, Economic Liberalization.

1. El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación sobre Servicios Económicos Regulados (GISER) del Ministerio de Educación y Ciencia, código de referencia SEJ2005-03219/JURI, concedido para el período 2005-2008.

Sumario:**I. Introducción.****II. El marco normativo comunitario.**

- 3.1. *Los objetivos.*
- 3.2. *Las cuestiones formales de la norma.*
- 3.3. *Las cuestiones materiales de la norma.*
- 3.4. *Las deficiencias de la norma.*
- 3.5. *El desarrollo de la norma: el Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.*

IV. El diseño del modelo: titularidad pública de la infraestructura y explotación privada de las líneas.

- 4.1. *El peso de las experiencias históricas.*
- 4.2. *La incorporación del modelo al ordenamiento español.*
 - 4.2.1. *La Red Ferroviaria de Interés General.*
 - 4.2.2. *Las infraestructuras propias de las Comunidades Autónomas.*
 - 4.2.3. *Las infraestructuras ferroviarias en puertos y aeropuertos de interés general.*
 - 4.2.4. *Las infraestructuras ferroviarias de titularidad privada.*
 - 4.2.5. *Líneas deficitarias declaradas de interés público.*

V. La Gestión del Modelo: La Administración Ferroviaria y las empresas ferroviarias.

- 5.1. *La Administración ferroviaria.*
 - 5.1.1. *El Ministerio de Fomento.*
 - 5.1.2. *El administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF).*
 - 5.1.3. *El Comité de Regulación Ferroviaria.*
- 5.2. *Las empresas ferroviarias.*
 - 5.2.1. *Especial referencia a RENFE-Operadora.*

VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El ámbito del sector ferroviario ha sido uno de los que mayor dinamismo, dentro de la creación de infraestructuras, ha presentado en los últimos años. Esta intensidad de movimientos es el resultado de la combinación de factores exógenos y endógenos. Los primeros hacen referencia a la política comunitaria en relación con el transporte por ferrocarril, que ha sido uno de los aspectos prioritarios a impulsar por la propia Comisaría Europea de Transportes. Los factores endógenos tienen un origen más nacional o de consumo interno, y están relacionados con los objetivos marcados por el anterior gobierno, asumidos por el actual, aunque con menor ambición, de conseguir unir todas las capitales de provincia de España con Madrid en un tiempo no superior a cuatro horas de tren. En buena medida, este objetivo interno está inducido por el anunciado objetivo comunitario de potenciar el ferrocarril como alternativa europea de transporte, tanto de personas como de mercancías. Es por ello que desde la Comisaría Europea de Transportes se han impulsado proyectos paneuropeos para la financiación de infraestructuras ferroviarias de Alta Velocidad de carácter prioritario. Ello ha sido aprovechado convenientemente por nuestro país para presentar importantes proyectos de conexión transnacional en los que se consigue también la conexión de importantes zonas del territorio interno. Es el caso de la ya inaugurada línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa, que conectará con el proyecto francés al otro lado de los Pirineos hasta llegar a París, o la futura línea Madrid-Talavera de la Reina-Navalmoral de la Mata-Cáceres-Badajoz-Lisboa, cuyo primer tramo (Talavera-Navalmoral de la Mata) ya está en avanzado estado de construcción.

Los objetivos, tanto a nivel comunitario como a nivel interno, están claros. Desde el punto de vista comunitario, se pretende fortalecer el transporte europeo de personas y de mercancías por ferrocarril como medio alternativo al transporte aéreo o naval en distancias

donde el tren pueda tener una eficacia notable y unos costes económicos y medioambientales menores. La vista está puesta en Estados Unidos, donde el transporte de mercancías por ferrocarril supone una importante fuente que coadyuva al crecimiento económico y a una movilidad sostenible y con menores riesgos. Asimismo, el transporte de personas por ferrocarril entre distancias no superiores a los 1.000 ó 1.500 kilómetros es una alternativa muy eficaz para los pasajeros que hace a este medio de transporte ser muy competitivo respecto del aéreo o el naval.

En el plano interno, el objetivo es aprovechar la coyuntura general para financiar con fondos comunitarios infraestructuras de un alto valor añadido para la economía, pues sirven para fortalecer otros sectores económicos y para generar una movilidad social de efectos todavía imposibles de analizar, pero que se prevén sustanciales.

Es precisamente el aspecto de la financiación uno de los que nos tiene que llamar la atención con carácter prioritario en este trabajo. La creación de las infraestructuras ferroviarias que se están llevando a cabo en muchos países de Europa como consecuencia de la política comunitaria a la que venimos haciendo referencia requiere un enorme esfuerzo presupuestario, tanto para la propia Unión como para los países miembros. Ese esfuerzo presupuestario choca frontalmente con la apuesta por el saneamiento y equilibrio de las cuentas públicas que se contiene en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento firmado en 1997, y cuya traducción interna en versión española es la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria. Estas normas tienen como objetivo necesario y fundamental dotar de estabilidad a la recién nacida moneda única europea en la zona euro por la vía del mantenimiento y afianzamiento de los criterios de convergencia establecidos en el Tratado de Maastrich para el acceso a esa moneda única. Pues bien, la trascendencia de estas normas tiene un fiel reflejo en el terreno de las infraestructuras, cuyo coste no puede ser asumido por un presupuesto sobre el que pesa mucha carga.

Ese es el motivo fundamental por el que los distintos Estados miembros, y dentro de los Estados miembros, las diferentes administraciones territoriales han creado organismos públicos dependientes de ellas a los que les encargan, a través de distintos mecanismos o instrumentos jurídicos, la gestión de la creación y mantenimiento de dichas infraestructuras a cambio de un precio, tasa o canon, con el claro objetivo de salvar los criterios de endeudamiento público a

efectos del no cómputo de las inversiones en esas infraestructuras en el presupuesto de dichas administraciones ². La fórmula, nada novedosa, pues ya se había experimentado en otros ámbitos, como el de la gestión de las infraestructuras aeroportuarias, ha tenido en el ámbito del ferrocarril bastante éxito con la creación del Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF) en la Ley de acompañamiento a los Presupuestos del Estado para 1997 y su posterior y actual conversión en el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) con la aprobación de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, que es el fruto de la fusión de GIF con RENFE infraestructuras, parte de la hasta hoy Empresa pública que no será objeto de una progresiva privatización. No han tenido tanta fortuna otros intentos de separar artificiosamente a efectos de cómputo de déficit público otros proyectos de la nave matriz. El caso MINTRA, organismo encargado de desarrollar la ampliación de la red de metro en la ciudad de Madrid es un ejemplo del férreo control que frente al creciente abuso en la utilización de entes instrumentales por parte de las administraciones territoriales están llevando a cabo las autoridades europeas, con interpretaciones cada vez más restrictivas en cuanto a la aplicación de los criterios contables EUROSTAT ³.

Por tanto, el esquema a seguir para el análisis de lo ocurrido en los últimos años tiene que partir necesariamente del escenario que ha propiciado este notable impulso inversor en este tipo de infraestructuras, que no es otro que el ámbito comunitario, con la aprobación de las Directivas necesarias para que el proceso se pudiese en funcionamiento en los diferentes Estados miembros, primordialmente en aquellos donde existen actuaciones de prioridad comunitaria. Ese esquema debe continuar con el análisis de los aspectos esenciales de la normativa interna de acogida de las Directivas comunitarias del sector, con especial referencia al modelo de titularidad y de gestión separada de la explotación por el que se apuesta. Por último, parece relevante efectuar un ejercicio prospectivo y preguntarse acerca de las consecuencias que la creación y gestión de estas imponentes

2. Sobre la financiación privada de infraestructuras para no incurrir en déficit público, véase ALONSO TIMÓN, A. J., «Financiación privada de las nuevas infraestructuras y servicios públicos», en *Revista de la Asamblea de Madrid*, n.º 13 (diciembre de 2005) 255-290.

3. Sobre el caso MINTRA, véase MARTÍNEZ CALVO, J., «Hacia la construcción de un *Derecho administrativo financiable*, Crónica del caso MINTRA», en *Revista de Administración Pública (RAP)*, n.º 167, mayo-agosto de 2005, pp. 369-402.

infraestructuras va a tener no ya para el ámbito del transporte, sino para el ámbito social en general. Y es que, como se comentaba más arriba, la trascendencia de las obras acometidas se puede hoy tan sólo intuir, pero probablemente sea mayor aún de lo que siquiera somos capaces de imaginar.

II. EL MARCO NORMATIVO COMUNITARIO

El proceso de liberalización ferroviaria, desde el punto de vista del derecho comunitario, se ha efectuado de manera progresiva, comenzando en los años noventa del siglo pasado y hallándose todavía inconcluso. El último estadio de este proceso lo constituye la *Propuesta de Segundo Paquete Ferroviario* presentado por la Comisión Europea en enero de 2002.

El punto de partida que habilita una política comunitaria en el sector de los transportes en general y en el del ferrocarril en particular es el artículo 155 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que en su versión consolidada establece lo siguiente:

1. A fin de alcanzar los objetivos mencionados en el artículo 154⁴, la Comunidad:
 - Elaborará un conjunto de orientaciones relativas a los objetivos, prioridades y grandes líneas de las acciones previstas en el ámbito de las redes transeuropeas; estas orientaciones identificarán proyectos de interés común;
 - Realizará las acciones que puedan resultar necesarias para garantizar la interoperabilidad de las redes, especialmente en el ámbito de la armonización de las normas técnicas;
 - Podrá apoyar proyectos de interés común apoyados por Estados miembros y determinados de acuerdo con las orientaciones mencionadas en el primer guión, especialmente mediante estudios de viabilidad, de garantías de crédito o de bonificaciones de interés; la Comunidad podrá aportar también una contribución financiera por medio del Fondo de Cohesión creado conforme a lo dispues-

4. Este artículo establece la necesidad de que desde el ámbito comunitario se cree un espacio sin fronteras interiores. Para ello, la Comunidad contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía.

to en el artículo 161 a proyectos específicos en los Estados miembros en el ámbito de las infraestructuras del transporte.

La acción de la Comunidad tendrá en cuenta la viabilidad económica potencial de los proyectos.

2. Los Estados miembros coordinarán entre sí, en colaboración con la Comisión, las políticas que apliquen a escala nacional y que puedan tener una influencia significativa en la realización de los objetivos previstos en el artículo 154. La Comisión, en estrecha colaboración con los Estados miembros, podrá tomar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación.
3. La Comunidad podrá decidir cooperar con terceros países para el fomento de proyectos de interés común y para garantizar la interoperabilidad de las redes.

El desarrollo de este precepto del Tratado, por lo que a los ferrocarriles se refiere, se inicia con la aprobación de la Directiva 91/440/CEE, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, que es la que marca el comienzo de la implantación de una verdadera política comunitaria en materia de ferrocarriles. Esta Directiva es completada años más tarde por la Directiva 95/18/CEE, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias y la Directiva 95/19/CEE, sobre la adjudicación de las capacidades de la infraestructura y la fijación de los correspondientes cánones de utilización. Con la aprobación de estas Directivas ya se puede hablar de una incipiente preocupación de las instituciones comunitarias por el desarrollo de un sistema ferroviario europeo integrado, viable y compatible. El objetivo, ya plasmado en el texto de estas primeras Directivas, que persiguen las citadas instituciones con el desarrollo de una política común de transporte ferroviario es la creación de un verdadero sistema ferroviario integrado, superando la situación existente hasta entonces, caracterizada por la existencia de sistemas ferroviarios propios, diferenciados en cada país, con serias dificultades de interoperabilidad entre sí y que eran monopolio de la antigua empresa pública. Por ello se pretenden impulsar dos objetivos básicos desde el Derecho comunitario a la hora de regular el transporte ferroviario desde la aprobación de estas Directivas tempranas: la interoperabilidad y la apertura del mercado a la competencia.

Respecto al primero de los objetivos, el paso siguiente que se dio desde las instancias comunitarias fue la aprobación de la Directiva 96/48/CE, del Consejo, sobre interoperabilidad del sistema ferrovia-

rio transeuropeo de Alta Velocidad. Esta Directiva ya ponía muy claramente el acento en la necesidad de transformación no sólo de las líneas con trascendencia comunitaria, sino de las infraestructuras ferroviarias nacionales en su conjunto, pues no es posible que tenga efectividad la Política Comunitaria de Transportes por ferrocarril si no se aborda el proceso de mejora del sistema ferroviario de los Estados miembros de manera global, con el propósito evidente de que dicha mejora de la red nacional coadyuve en la mejora de los intercambios comunitarios de mercancías y de personas. Para lograr esta meta es imprescindible apostar por la creación de unas nuevas infraestructuras capaces de absorber más tráfico ferroviario y a más velocidad de lo que hasta entonces lo podían hacer las líneas tradicionales y, además, lograr una mejora sustancial del material rodante. Estas eran las dos grandes apuestas de la citada Directiva, y esos fueron los dos grandes impulsos que se dieron en aquella época, que podemos calificar como inicial todavía, teniendo en cuenta lo que vino después. Esta Directiva 96/48/CE se incorporó al derecho español mediante la aprobación del Real Decreto 1191/2000, de 23 de junio, sobre interoperabilidad del sistema ferroviario de Alta Velocidad.

Todas estas normas constituyen meros escauceos si se comparan con el impulso dado a la Política Comunitaria de Transporte por ferrocarril en el año 2001. En esa fecha se aprobó lo que se ha dado en llamar el *Primer Paquete Ferroviario*, compuesto por tres Directivas. Son las siguientes: la Directiva 2001/12/CE (que modifica la anteriormente citada Directiva 91/440, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios); la Directiva 2001/13/CE (que modifica la Directiva 95/18/CE, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias); y la Directiva 2001/16/CE, sobre interoperabilidad del sistema ferroviario convencional (que viene a completar a la ya comentada Directiva 96/48/CE, sobre interoperabilidad del sistema de Alta Velocidad).

Con este *paquete* de Directivas se pretende actualizar y acelerar el proceso, que debe estar incardinado en el contexto más genérico de la estrategia o agenda de Lisboa del 2000, con la que se pretende conseguir que la Unión Europea se convierta en el espacio territorial de mayor calidad de vida del mundo, jugando para ello un papel esencial el impulso de determinadas políticas que favorezcan la posición económica de la Unión respecto a sus competidores más directos (EE.UU. y Japón). Y, precisamente, una de las políticas a impul-

sar es la de transportes y, muy especialmente, la del ferrocarril como alternativa a otros modos de transporte que habían sido potenciados con anterioridad para lograr un equilibrio entre los mismos. Téngase en cuenta que, mientras EE.UU. y Japón ya han hecho los deberes ferroviarios, sobre todo Japón, impulsando la modernización y potenciación del mismo como medio preferente de transporte de mercancías y personas que produce una menor congestión, que reduce costes y que favorece una movilidad más sostenible, en Europa el papel del ferrocarril ha sido cada vez menor a lo largo del siglo XX, pasando a una situación de abandono y, consecuentemente, de decadencia que no puede perdurar por más tiempo.

Con el fin de acabar con esa situación, la apuesta por una Política Común de Transporte ferroviario se desarrolla sobre pilares muy sólidos y convincentes, muy presentes en ese *paquete* de Directivas que podemos resumir en los siguientes:

- a) Necesidad de acabar con los monopolios nacionales, previo saneamiento de las deudas acumuladas por las empresas monopolísticas tradicionales nacionales y sustituirlos por una verdadera apertura del mercado a la competencia, con entrada de nuevos operadores.
- b) Reequilibrio entre los distintos modos de transporte, atribuyendo a cada uno de ellos los costes económicos, medioambientales y sociales que les son propios ⁵.
- c) Necesidad de una nueva refinanciación del ferrocarril, con la aplicación de una nueva política de tasas y cánones que hagan viable el desarrollo de las infraestructuras ferroviarias.
- d) Necesidad de transformación de los sistemas ferroviarios nacionales en su conjunto como forma óptima de mejorar la interoperabilidad de las redes intercomunitarias.

Por consiguiente, el desarrollo de un sistema ferroviario europeo integrado, viable y compatible no tiene como objetivo exclusivo la liberalización, sino que, más bien, la liberalización es el medio para conseguir el fin, que no es otro que la interoperabilidad eficiente.

5. Existe la convicción de que el ferrocarril ha venido soportando tradicionalmente en Europa más costes de los debidos y que la atribución a cada medio de transporte de sus respectivos costes hará al ferrocarril más competitivo por ser un medio de transporte más limpio desde el punto de vista medioambiental.

En la actualidad asistimos a la progresiva incorporación de las Directivas comunitarias descritas más arriba a los ordenamientos internos de los países miembros. En el caso español, dicha incorporación ha tenido lugar mediante la aprobación de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, desarrollada por el Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, que pasaremos a analizar a continuación.

En el ámbito del derecho comunitario, actualmente se está a la espera del desarrollo del *Segundo Paquete Ferroviario* de Directivas presentado, como se comentó *supra*, por la Comisión Europea en enero de 2002.

La actuación más reciente llevada a cabo por las Instituciones Comunitarias en este sector es la aprobación del Reglamento (CE) n.º 881/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se crea una Agencia Ferroviaria Europea ⁶.

III. LA LEY 39/2003, DE 17 DE NOVIEMBRE, DEL SECTOR FERROVIARIO

La incorporación al Derecho español de las Directivas comunitarias examinadas en el apartado anterior de este trabajo se lleva a cabo en el año 2003 mediante la aprobación de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. Muy especialmente la citada norma nacional es el fruto de la transposición de las Directivas que forman parte del *Primer Paquete Ferroviario* para el impulso de la liberalización de este sector, es decir, la 2001/12, la 2001/13 y la 2001/16.

3.1. *Los objetivos*

Los objetivos que se pretenden con la aprobación de esta norma se expresan claramente en la exposición de motivos de la misma.

6. La Agencia Ferroviaria Europea constituye un elemento motor en la política de modernización del sector ferroviario europeo. La existencia en los veinticinco Estados miembros de normas técnicas y de seguridad nacionales incompatibles supone un gran obstáculo para el desarrollo del sector ferroviario. La tarea de la Agencia será aproximar progresivamente esas normas técnicas y fijar objetivos de seguridad comunes que tendrán que cumplir todos los ferrocarriles europeos.

En dicha exposición se deja muy claro que la intención del legislador no es tan sólo limitarse a incorporar las Directivas comunitarias aplicables en materia ferroviaria, sino aprovechar para efectuar una regulación y actualización completa del ámbito ferroviario en nuestro país. Ya se ha comentado con anterioridad que la propia normativa comunitaria expresa el deseo de que los Estados miembros procedan a la modernización de toda su red como forma de mejorar la efectividad de la interoperabilidad comunitaria a través de la construcción de las líneas paneuropeas de ferrocarril de Alta Velocidad. No obstante, a pesar de este intento, expresado de manera tan pía en esta exposición de motivos, de mejorar la regulación y gestión de nuestro sector ferroviario, lo cierto es que es la necesidad de incorporar las Directivas comunitarias dictadas en el año 2001 las que llevan al legislador a aprobar esta norma, pues sin aquéllas, ésta podría haber esperado largo tiempo.

Hecha esa precisión, en aras a facilitar la lectura y reconociendo la claridad expositiva de la parte introductoria de la norma, procederemos a sintetizar los objetivos concretos que se indican como propios de la misma.

El objetivo fundamental, ya se ha dicho, no es otro que la incorporación de las Directivas. Y dicho objetivo final conlleva la necesidad incorporar a la norma los siguientes objetivos mediáticos:

- Abrir el mercado ferroviario español a la competencia, con posibilidad de que cualquier operador pueda explotar las líneas de la antes denominada Red Nacional Integrada y ahora rebautizada como Red Ferroviaria de Interés General.
- Consecuencia de la necesaria liberalización se hace imprescindible la incorporación de un modelo de gestión con separación de la titularidad de la infraestructura, que será pública, y la explotación del servicio, que será totalmente privada al final del proceso.
- Reestructuración de la Administración ferroviaria española, con la creación de un Comité de Regulación Ferroviaria como órgano de resolución de los posibles conflictos que se den en el futuro entre los operadores de la Red y la escisión en dos de la empresa que había mantenido el monopolio del transporte ferroviario en España hasta ese momento (RENFE), cuya parte de infraestructuras pasa a la nueva Entidad Pública Empresarial encargada de la creación y mantenimiento de la infraestructura ferroviaria, denominada ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias), y

otra parte de explotación comercial denominada RENFE-Operadora, que, de momento, hasta completar la privatización y liberalización del sector, adopta la forma jurídica de Entidad Pública Empresarial también.

- La adaptación específica del sector del transporte ferroviario a las exigencias competenciales constitucionales, con invocación de los títulos que habilitan, desde el punto de vista interno, al Estado para ejercer dicha competencia, que ya se recogían en la LOTT de 1987, pero que se especifican aquí con mayor precisión y rigor.
- La apuesta por el transporte ferroviario como alternativa más eficiente frente a otros transportes con unos costes económicos y medioambientales mucho más difíciles de soportar para los Estados.

3.2. *Las cuestiones formales de la norma*

La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario consta, en su parte articulada, de 97 artículos, divididos en siete títulos. Además, la parte final tiene 7 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y 3 disposiciones finales.

El título I regula las disposiciones generales, definiendo el objeto y los fines que persigue la norma.

El título II se ocupa de la regulación de la infraestructura ferroviaria, integrada por la Red Ferroviaria de Interés General.

El título III se dedica a los servicios adicionales, complementarios y auxiliares a la infraestructura.

El título IV califica el transporte ferroviario como un servicio de interés general y esencial y, en consonancia con esa afirmación de relevancia a efectos comunitarios, se ocupa de diseñar el proceso de liberalización del sector y abrirlo a la competencia.

El título V está dedicado a los aspectos económicos y tributarios de la Ley y establece las bases para que las Entidades Públicas Empresariales que crea sean viables económicamente.

El título VI regula todo lo referente a la Administración ferroviaria, partiendo de las competencias del Gobierno y el Ministerio de Fomento en la materia y acabando con el Comité de Regulación Ferroviaria.

El título VII, por último, acomete la regulación del régimen sancionador y de inspección.

3.3. *Las cuestiones materiales de la norma*

En este apartado tenemos que hacer obligada referencia a las soluciones que la norma diseña para implantar los objetivos perseguidos por la misma en su exposición de motivos.

El primero de los aspectos que destaca es la apuesta por la liberalización como consecuencia del imperativo comunitario. No obstante, es necesario destacar la notable resistencia que se observa en la Ley a la transposición del espíritu liberalizador de las Directivas comunitarias aplicables a este sector. En efecto, la incorporación de la normativa comunitaria en materia de transporte, no ya sólo del ferrocarril, pero primordialmente en el ámbito del ferrocarril, está chocando con fuertes obstáculos de índole *nacionalista y corporativista* en cada uno de los Estados miembros⁷. El mejor parámetro con el que podemos medir el grado de resistencia con el que se está afrontando este proceso de liberalización ferroviaria es el retraso en la transposición de las Directivas aplicables al sector. De hecho, el propio caso español es un magnífico ejemplo de lo que se acaba de afirmar, puesto que la aprobación de la Ley del Sector Ferroviario (aprobada en noviembre de 2003) incumplió el período de transposición de las Directivas integrantes del *Primer Paquete Ferroviario*, dictadas en 2001. El plazo de transposición expiraba en marzo de 2003. Por si fuera poco, la norma establecía un período de *vacatio legis* de seis meses, con lo que debería haber entrado en vigor en mayo de 2004, cosa que tampoco ocurrió, ya que el cambio de Gobierno producido en España en marzo de 2004 tuvo incidencia en la entrada en vigor de la norma. El nuevo Gobierno Socialista dictó, de manera casi insólita en nuestra historia constitucional y con un

7. La expresión se toma del Paper 2/2003 (abril de 2003): «El Proyecto de Ley del Sector Ferroviario. Exigencias comunitarias y competencias autonómicas en materia de transporte ferroviario». Departamento de Derecho Constitucional e Historia de la Teoría Política (Universidad del País Vasco).

estilo poco ortodoxo desde el punto de vista de la técnica jurídica, un Real Decreto Ley en abril del año 2004 por el que se posponía la entrada en vigor de la Ley hasta el día 1 de enero de 2005, que es la fecha en la que finalmente entró en vigor la norma.

La explicación a todo este desaguado hay que buscarla en la comentada resistencia de los Estados miembros, no sólo España, a que el papel de las instancias comunitarias vaya cada vez en aumento en ámbitos muy sensibles y de enorme trascendencia que venían siendo gestionados en régimen de monopolio por Corporaciones Públicas de enorme importancia y con una apreciable influencia política por estar dirigidas por personas muy cercanas al escenario político o procedentes directamente del ámbito político, pues en muchas ocasiones esas grandes Corporaciones han servido de refugio *agradable* a la clase política ⁸.

Toda esta resistencia está haciendo que el proceso de liberalización ferroviaria lleve un retraso respecto a los plazos marcados desde el ámbito comunitario, desde cuyas instancias, por cierto, tampoco se está colaborando mucho al impulso final, ya que, a día de hoy, todavía no se ha presentado el *Segundo Paquete Ferroviario*, teniendo en cuenta que el proceso debería estar finiquitado en el año 2010 para poder así cumplir con la Agenda de Lisboa.

En cualquier caso, las resistencias nacionales sólo pueden retrasar el proceso, pero no lo van a evitar. El proceso de liberalización ferroviaria es irreversible. No hay marcha atrás. De implantarlo hasta sus últimas consecuencias se encargarán esas mortíferas armas normativas que son las Directivas comunitarias, auténticas protagonistas, junto con el Tribunal de Justicia, de la construcción europea. En efecto, en la actualidad las Directivas no son esas normas cándidas del inicio de funcionamiento de la Comunidad Europea que tranquilizaban a los países integrantes de la incipiente organización supranacional porque les dejaban amplio margen de desarrollo y

8. Este hecho es todavía más apreciable en Francia, donde las Empresas Públicas son el coto cerrado de políticos que buscan un retiro bien remunerado y alargar su capacidad de influencia por la vía de la dirección de estas grandes Empresas. Quizás sea ese el motivo por el que cuesta tanto a las autoridades comunitarias implantar cualquier proceso de liberalización económica en el país vecino, donde, dígame todo, el concepto del servicio público es un *totem*, debido en buena medida a la Escuela administrativista del Servicio Público liderada por el Decano de Burdeos, Leon Diguít.

opciones de configuración del modelo a instaurar en cada uno de los Estados miembros, por lo que la amenaza de pérdida de potestades de soberanía se veía notablemente atemperada y la opción por unirse al club europeo parecía más apetecible. Sin embargo, en la actualidad, el grado de detalle de las Directivas comunitarias es tal que el margen de desarrollo y las opciones a la hora de la transposición que tienen los Estados miembros es prácticamente nulo. Además, la posición normativa de las Directivas se refuerza con la reiterada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, iniciada con la famosa Sentencia Vand Geen en Loos, al entender que poseen un *efecto directo* y, por ende, pueden invocarse por las personas físicas y jurídico privadas ante los Tribunales cuando el Estado miembro ha incumplido el período de transposición. En realidad, sólo así se puede lograr un verdadero progreso en la armonización normativa de 25 Estados miembros, que el día 1 de enero de 2007 se convertirán en 27, y, correlativamente, un notable avance en el proceso de construcción europea. Por todo ello, podemos afirmar que la Directiva ha sido el auténtico trágala de la construcción europea.

En el ámbito de la liberalización ferroviaria no puede haber excepción.

Las enormes reticencias de los Estados en la transposición de las Directivas en la materia serán inexorablemente salvadas por la acción tuneladora de las mismas y del Tribunal de Justicia.

El segundo aspecto material de la Ley 39/2003 que debe llamar nuestra atención es el competencial interno. En este terreno la polémica ha acompañado la regulación normativa de los transportes desde la aprobación de la Constitución española de 1978, debido a la distribución competencial que la misma efectúa en materia de transportes. Por lo que al ámbito concreto de los ferrocarriles se refiere, la competencia estatal se fundamenta en el artículo 149.1.21. No obstante, no nos encontramos ante una competencia exclusiva del Estado, sino que las Comunidades Autónomas también están llamadas por el texto constitucional a ejercer competencias en la materia. Así lo establece el artículo 148.1.5. Estamos, por tanto, ante una compe-

9. La jurisprudencia del TC confirma reiteradamente esta distribución competencial en atención a la utilización del criterio territorial como parámetro de compartimentalización de la materia en las SSTC 37/1981, 97/1983 y 53/1984. Por ello, el legislador utilizó este criterio en la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres, precedente normativo aplicable al ámbito de los ferrocarriles hasta la entrada en vigor el 1 de enero de 2005 de la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario.

tencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La pregunta que cabe hacer a continuación es la siguiente: ¿cuál es el criterio de compartimentalización utilizado para distribuir la competencia? El territorial. En efecto, la competencia en materia de transportes en general, y en el sector de los ferrocarriles en particular, se efectúa en atención al ámbito por el que transcurre la infraestructura del transporte, de tal forma que los transportes que transcurran por el ámbito de más de una Comunidad Autónoma, es decir, los intercomunitarios, serán de competencia estatal, mientras que los que transcurran por el territorio de una Comunidad Autónoma, es decir, los intracomunitarios, serán competencia de ésta ⁹.

La interpretación constitucional de la distribución de competencias a nivel interno entre los distintos entes públicos parece meditada, lógica y razonable. Sin embargo, la aplicación práctica de esa interpretación ha generado importantes controversias. La principal causa de estas disputas competenciales, por lo que al sector ferroviario se refiere, ha sido precisamente el modelo monopolístico utilizado tanto para la creación como para la gestión y explotación de las infraestructuras ferroviarias por parte de la empresa pública RENFE. Las Comunidades Autónomas han venido reclamando de manera reiterada la posibilidad de explotar las infraestructuras ferroviarias que transcurriesen dentro de su territorio, cuestión perfectamente posible y compatible con el espíritu constituyente, pero imposible de llevar a la práctica bajo la aplicación del modelo diseñado en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) si éstas no creaban una infraestructura ferroviaria paralela y diferenciada de la estatal, integrada en la Red Nacional Integrada (RENI), regulada por la LOTT y gestionada por RENFE.

La apuesta por la separación de la creación y mantenimiento de la infraestructura de la explotación de la misma que lleva a cabo la Ley 39/2003 por imperativo comunitario abre nuevas expectativas a nivel competencial interno que ya están empezando a concretarse en la mayor participación de las Comunidades Autónomas en la gestión del transporte ferroviario. Algunas de ellas han creado entes instrumentales encargados de dicha gestión y explotación, por lo que el respeto a la distribución competencial en la materia se hace más evidente ahora que antes ¹⁰.

10. Por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Cataluña, entre otras, ha creado FGC (Ferrocarriles de la Generalidad de Cataluña).

Precisamente el diseño del modelo de gestión que hace la Ley 39/2003 debe ser la tercera de las cuestiones materiales que debe llamar nuestra atención. No obstante, al ser éste el gran tema, la gran novedad y la gran apuesta de la norma será objeto de un análisis más pormenorizado en un epígrafe completo de este trabajo.

3.5. *Algunas deficiencias formales de la norma*

En el terreno de las cuestiones manifiestamente mejorables, hay que poner de manifiesto que, en la elaboración de la norma, no fueron consultados ni, por tanto, escuchados importantes sectores afectados por la misma. Entre ellos cabe destacar los siguientes ¹¹:

- *Las Comunidades Autónomas.* Parecía razonable y deseable haber escuchado la opinión de las Comunidades Autónomas en una materia sobre, como hemos visto, pueden desplegar importantes competencias y podrían haber aportado alguna que otra solución al diseño del modelo que hubiese evitado posteriores complicaciones competenciales a la hora de su aplicación práctica.
- *Las Entidades Locales.* También hubiese parecido adecuado escuchar con mayor detenimiento a estas administraciones territoriales con las que la Administración General del Estado suele tener problemas prácticos al pasar las infraestructuras ferroviarias de interés nacional por diferentes términos municipales que tienen que adaptar su Planeamiento urbanístico y territorial a dicha infraestructura y con los que siempre suelen existir problemas seculares acerca de la necesidad de solicitar licencias municipales para la gestión y explotación de servicios auxiliares a la infraestructura ferroviaria ¹².

11. Estas críticas son formuladas en el Dictamen que, con carácter preceptivo, en virtud del artículo 21.2 de su Ley Reguladora, emitió el Consejo de Estado con motivo de la aprobación de la norma.

12. La cuestión referente a la obligación de solicitar licencia para el paso de la infraestructura quedó definitivamente resuelta bajo la vigencia de la normativa anterior por remisión de la LOTT a la Ley de Carreteras, no siendo necesaria dicha licencia, por lo que a la creación de la infraestructura se refiere, debiendo adaptarse el planeamiento municipal a la infraestructura y no al revés. Dicha solución, que se confirma en la actualidad en el artículo 7.º de la Ley 39/2003 y se desarrolla en el artículo 17 del RD 2387/2004 de desarrollo de la Ley citada, parece razonable si se tienen en cuenta todos los intereses públicos implicados, ya que no sería lógico permitir que una Entidad local pudiese paralizar la construcción de una infraestructura

- El servicio de defensa de la competencia, que tampoco fue escuchado y hubiese parecido lógico tener en cuenta su opinión en el trámite de elaboración al tratarse de una norma que afecta muy directamente a cuestiones relacionadas con la competencia.

3.5. *El desarrollo de la norma: el Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*

Este Reglamento se dicta con base en la habilitación contenida en la Disposición final de la Ley 39/2003 por la que se autoriza al Gobierno para dictar normas de desarrollo de la citada Ley. Sobre este Reglamento cabe poner de manifiesto una cuestión importante: a pesar de ser un Reglamento que desarrolla de manera pormenorizada la Ley de la que trae causa ¹³, no es el único Reglamento que se ha dictado para el desarrollo de la misma debido a la multitud de aspectos técnicos necesitados de desarrollo reglamentario, no necesariamente mediante Real Decreto, sino también mediante Órdenes Ministeriales dictadas por el Ministerio de Fomento o, incluso, mediante Órdenes Ministeriales conjuntas en los supuestos en que la materia afecte a varios Departamentos Ministeriales ¹⁴. Especial

ferroviaria que una a varios millones de personas, mejorando la calidad de vida de muchas de ellas. Otra cosa bien distinta es la polémica que opone a los municipios con la administración ferroviaria acerca de la necesidad de solicitar licencia para la ejecución de determinados trabajos que son totalmente ajenos a la infraestructura, cuestión que parece dejar definitivamente resuelta la actual legislación ferroviaria en los artículos 9.º y 10 de la Ley, desarrollados por los artículos 19 a 23 del Reglamento. De la lectura conjunta de dichos preceptos se extrae la conclusión, aunque no se diga expresamente, de la no necesidad de que la Administración ferroviaria solicite licencia a los Ayuntamientos para el establecimiento de lo que se denominan *zonas de servicio ferroviario*, sobre las que se da una prevalencia absoluta al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) frente a la Administración urbanística.

13. La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario consta de 97 artículos, mientras que el presente Real Decreto 2387/2004 tiene 161 artículos.

14. Téngase en cuenta que, por ejemplo, cuando un Plan de Delimitación de una *zona de servicio ferroviario* afecta a bienes patrimoniales o de dominio público del Estado se requerirá una actuación conjunta del Ministerio de Fomento y del de Economía y Hacienda por conducto de la Dirección General de Patrimonio. Son potencialmente bastante numerosos los supuestos en los que la actuación de la

referencia cabe hacer de los Reales Decretos 1191/2000, de 23 de junio, sobre interoperabilidad del sistema ferroviario de alta velocidad y del Real Decreto 646/2003, de 30 de mayo, sobre interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional, ambos en vigor, tal y como se establece en la disposición adicional primera del Real Decreto 2387/2004.

El desarrollo normativo de este Reglamento responde fielmente a la estructura de la Ley. Consta de un título preliminar y seis títulos más que se dedican a desarrollar los aspectos más relevantes de los seis títulos normativos, aparte del título I, que se dedica a las disposiciones generales, en los que se estructura la Ley. De esos seis títulos normativos que contiene el Reglamento destacan tres:

- El título III, que se dedica a la regulación de los servicios de transporte ferroviario y que incluye seis capítulos, entre los que destacan, por su eficacia *ad extra*, el Capítulo IV, Sección IV, sobre los derechos y deberes de los usuarios (arts. 96 y 97) y la Sección V, que regula el libro de reclamaciones (arts. 98 a 104) ¹⁵.
- El título V, que regula el régimen aplicable al Registro Especial Ferroviario, que consta de ocho Secciones y en el que quedan reflejadas todas las cuestiones referentes a los operadores ferroviarios, públicos y privados ¹⁶.
- El título VI, dividido en cuatro capítulos, en los que se aborda todo el desarrollo del organismo de nuevo cuño creado por la Ley 39/2003, el Comité de Regulación Ferroviaria ¹⁷. Esos cuatro

Administración Ferroviaria puede requerir una acción conjunta de varios órganos pertenecientes a la Administración General del Estado o, incluso, de órganos pertenecientes a distintos Entes Públicos.

Por lo que hace referencia a la necesidad de desarrollo reglamentario por Órdenes dictadas por el Ministerio de Fomento en solitario, por ejemplo, el artículo 109 del Real Decreto 2387/2004 autoriza al Ministerio de Fomento para dictar una Orden Ministerial por la que se apruebe el Reglamento General de Circulación, norma eminentemente técnica y que cobra una enorme importancia para la delimitación y limitación de uso de la infraestructura con la previsible existencia dentro de poco tiempo de una pluralidad de operadores utilizando la misma.

15. Sobre el libro de reclamaciones, el propio Real Decreto 2387/2004 regula, en su anexo único, el modelo oficial de libro de reclamaciones.

16. Sobre el Registro Especial Ferroviario, véase el artículo 55 de la Ley 39/2003 y los artículos 129 y siguientes del Real Decreto 2387/2004.

17. Este órgano se crea en el artículo 82 de la Ley 39/2003, y el artículo 83 de la citada norma le configura, al regular sus funciones, como el auténtico garante de

capítulos se encargan de la estructura, el objeto, las funciones y el personal de dicho organismo.

IV. EL DISEÑO DEL MODELO: TITULARIDAD PÚBLICA DE LA INFRAESTRUCTURA Y EXPLOTACIÓN PRIVADA DE LAS LÍNEAS

4.1. El peso de las experiencias históricas

Es ésta la gran novedad de la Ley. No vamos a decir que sea su gran apuesta, porque son más razones imperativas de respeto al derecho comunitario las que influyen en esta nueva regulación que los propios deseos del legislador nacional.

Ya se han puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo los objetivos que se pretenden desde el derecho comunitario apostando por esta opción. Y la opción es el mantenimiento en manos públicas de las infraestructuras ferroviarias, gestionadas, como se verá, por un ente público instrumental dependiente, y la privatización de la explotación de dicha infraestructura, sobre la que podrán incidir los operadores que estén interesados en utilizarlas. En realidad, la opción elegida por el derecho comunitario es deudora de las experiencias liberalizadoras vividas por algunos Estados miembros con anterioridad. Especialmente interesante resulta el análisis de la experiencia británica, que es el único país miembro de la Unión que había abordado seriamente con anterioridad a la promulgación de las directivas comunitarias un proceso de liberalización ferroviaria que, en su caso, fue completo, ya que apostó por la privatización tanto de las infraestructuras como de la explotación de las mismas. El resultado no ha sido del todo bueno. En efecto, el proceso de liberalización ferroviaria en el Reino Unido ha supuesto un deterioro notable de

la liberalización ferroviaria, convirtiéndolo en el vicario de la competencia en el sector. No es una especie de organismo regulador, a imagen y semejanza de otros organismos reguladores existentes en el mercado de las telecomunicaciones (CMT) o en el mercado de la energía (CNE), porque tanto sus competencias como su funcionamiento y el régimen de fiscalización de sus actos están mucho más recortadas que las de aquéllos. En este sentido, el Reglamento no ha procedido a ampliar las competencias del Ente y no ha utilizado así la previsión contenida en el artículo 83.1.f) de la Ley. Hay que concluir, por tanto, que este órgano, a pesar de contar con alguna competencia regulatoria, tiene más una naturaleza arbitral, y comparte en poco la labor regulatoria con el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF).

sus infraestructuras y, por ende, de su capacidad de explotación¹⁸ y de su interoperabilidad¹⁹. Tan negativa ha sido la experiencia en algunos aspectos que el modelo ha tenido que ser rediseñado en varias ocasiones mediante modificaciones normativas de notable calado. En efecto, el problema siempre residió en la privatización de la infraestructura. Al estar ésta en manos privadas no se acometían las inversiones necesarias en atención a la evolución de la demanda de servicios ferroviarios y al avance experimentado por este sector en otros países.

A finales de los años noventa del siglo pasado el panorama del sector ferroviario en el Reino Unido era desolador. El proceso de liberalización total había supuesto en algunos aspectos una regresión del sistema ferroviario en vez de una progresión. Es por ello que la Comisión Europea ha tomado buena nota de esta experiencia y ha decidido no cometer los mismos errores, apostando por el mantenimiento de la titularidad de las infraestructuras en manos públicas y permitiendo una privatización de la explotación de las líneas ligadas

18. Respecto de la capacidad de la explotación, se puede poner como ejemplo la red de cercanías que conecta el extrarradio de Londres con el centro de la ciudad (*Central London*). Durante los años noventa del siglo pasado hasta la puesta en marcha de las últimas modificaciones normativas, el índice de siniestralidad ferroviaria en la gestión de las playas de vías de la capital británica estaba muy por encima de los ratios entendidos como normales. Ello fue debido, en gran medida, a que los titulares privados de las infraestructuras no acometieron las inversiones necesarias para hacer frente al incremento de capacidad que, en atención al incremento de la demanda que se había producido.

19. Respecto de la interoperabilidad, las deficiencias del modelo británico se pusieron de relieve en el Proyecto *Eurotúnel*, por el que se construyó un túnel bajo el mar que conecta el Reino Unido con el continente europeo a través de Francia. Aparte de los enormes problemas que surgieron durante la construcción del citado túnel y que estuvieron a punto de dar al traste con el citado proyecto, una vez finalizado éste prosiguieron los problemas porque el sistema ferroviario británico no fue capaz de garantizar durante bastante tiempo la prestación del servicio de conexión en la parte británica desde Folkestone hasta Londres con un tren de alta velocidad debido a las notables inversiones que había que efectuar y que no se acometieron debido, en gran parte, a que los gestores privados de la infraestructura no estaban dispuestos a acometer esas inversiones hasta que la viabilidad económica en la explotación del proyecto estuviese garantizada, con lo que, mientras los franceses, con un gestor público de la infraestructura, habían cumplido con sus deberes y habían conectado su trayecto desde Calais a París a través del TGV y, posteriormente, desde París existía conexión con el resto de Francia por tren de alta velocidad, los británicos eran incapaces de garantizar la prestación de un servicio ferroviario emblemático y ejemplo único de interoperabilidad en unas condiciones mínimamente razonables. El fracaso del modelo británico de liberalización se hizo patente.

a dichas infraestructuras con la entrada en el mercado ferroviario de nuevos operadores que acaben con el caduco e ineficiente modelo monopolístico de explotación que, hasta hace poco, caracterizaba a la mayor parte de los Estados miembros de la Unión. Dejando la infraestructura en manos públicas queda garantizado que las inversiones necesarias para el mantenimiento y progresivo aumento de la capacidad se van a producir con independencia de la incidencia que dichas inversiones tengan de manera inmediata en la cuenta de resultados de una empresa privada. No obstante, téngase en cuenta que las Administraciones públicas nacionales, sobre todo las de la zona euro, se encuentran constreñidas en la actualidad en su capítulo de inversiones por la necesidad de respetar los criterios del Pacto de Estabilidad y Crecimiento firmado en 1997 y que supone que no pueden incurrir en un déficit público de más de un 3 por 100 de su PIB.

4.2. La incorporación del modelo en el ordenamiento español

El modelo ferroviario incorporado por la Ley 39/2003 y desarrollado en sus líneas más destacables por el Real Decreto 2387/2004 obedece a una calculada simplicidad y se concreta en los siguientes aspectos:

4.2.1. La Red Ferroviaria de Interés General

El diseño parte de la creación de una Red Ferroviaria de Interés General (RFIG, en adelante), que se define en el artículo 4.º de la Ley y se concreta en el también artículo 4.º del Reglamento. Esta Red viene a sustituir a la antigua Red Nacional Integrada que se regulaba en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987. En esencia es el mismo perro con distinto collar. La titularidad de esta Red es pública y pertenece al Estado. Esta Red está integrada por todas las infraestructuras necesarias para garantizar un sistema común de transporte ferroviario en todo el territorio del Estado. En definitiva, es la Red que garantiza la interoperabilidad a nivel interno. Corresponde al Ministerio de Fomento, previo informe preceptivo pero no vinculante de las Comunidades Autónomas afectadas, la decisión de incluir o excluir las infraestructuras que se consideren necesarias o innecesarias para el buen funcionamiento de esta Red, y

será la Administración General del Estado la que la gestione a través del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF). La existencia de esta Red no significa que las Comunidades Autónomas no puedan contar con infraestructuras ferroviarias propias, que serán aquellas que, normalmente, transcurran exclusivamente por el territorio de dicha Comunidad, por lo que el criterio de distribución de competencias en materia de infraestructuras ferroviarias responde al espíritu constitucional de compartimentalización en atención al criterio territorial, como ya se ha puesto de manifiesto. El problema es que, tanto antes bajo el yugo de la Red Nacional Integrada como ahora bajo la vigencia de la RFIG, se reduce notablemente la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan tener infraestructuras ferroviarias propias, ya que será difícil, fuera de los supuestos de itinerarios que transcurran por el territorio exclusivo de esa Comunidad, y también son escasos, debido al alto coste que supone la creación de infraestructuras ferroviarias propias, que haya infraestructuras que no estén conectadas a la RFIG. Los supuestos menos problemáticos, *a priori*, se darán en los dos archipiélagos, aunque los problemas allí vienen por el lado de la financiación de la creación de la infraestructura, como es el caso del contencioso que opone a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares con el Gobierno central en el desarrollo y mejora de una infraestructura ferroviaria propia por parte de la primera.

Por consiguiente, la regulación de una infraestructura de estas características supone, en la práctica, una expansión de las competencias estatales en la materia, justificada por la necesidad de una interoperabilidad a nivel interno que sea la garantía del inicio de la interoperabilidad a nivel comunitario, pero que, con todo y con eso, se ha suavizado con respecto a la normativa anterior.

Aparte de la RFIG, la Ley reconoce la existencia de otras infraestructuras ferroviarias. Así podemos distinguir, siguiendo el texto legal, las siguientes:

4.2.2. Las infraestructuras propias de las Comunidades Autónomas

Serán las que transcurran por el ámbito territorial exclusivo de éstas, como ya ha quedado dicho, cuya gestión está atribuida a la Comunidad de quien dependa la infraestructura.

4.2.3. Las infraestructuras ferroviarias existentes en puertos o aeropuertos de interés general

En ellas hay que distinguir entre las que están conectadas a la RFIG y las que no. Sobre las primeras, la autoridad portuaria (Ente Público Puertos del Estado) y la titular de la infraestructura aeroportuaria (AENA) ejercerán las competencias propias que ejerce el ADIF sobre la RFIG. En las segundas es necesario la celebración de un Convenio para conectar la infraestructura ferroviaria del puerto o aeropuerto de interés general a la RFIG entre ADIF y el Ente Público Puertos del Estado o AENA (art. 36 de la Ley y 49 del Reglamento). Por último, si el puerto o el aeropuerto de interés general está ubicado en el territorio de una Comunidad Autónoma que tiene infraestructura ferroviaria propia, ésta también será parte del Convenio, cuyo objetivo será garantizar la interoperabilidad entre la RFIG y la de la Comunidad Autónoma con la infraestructura ferroviaria existente en el puerto o aeropuerto (art. 36.6 de la Ley y 50 del Reglamento).

4.2.4. Las infraestructuras ferroviarias privadas

La Ley 39/2003, a pesar de apostar por la publicación de las infraestructuras ferroviarias existentes en nuestro país, otorgando la titularidad sobre las mismas siempre a entes públicos, ya sea la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas o la entidad gestora de los puertos o aeropuertos, también contempla la posibilidad de crear infraestructuras ferroviarias privadas. Dicha posibilidad está recogida en los artículos 37 y 38 de la Ley y desarrollada en los artículos 51 y 52 del Reglamento. En el caso de que dichas infraestructuras transcurran por el ámbito de más de una Comunidad Autónoma la persona que quiera crear y explotar la infraestructura deberá solicitar la pertinente autorización al Ministerio de Fomento, al que le tendrá que presentar todo el proyecto y, si la infraestructura proyectada es de interés general, podrá convertirse el particular en beneficiario de las expropiaciones que sean necesarias para poner en marcha dicha infraestructura. La Ley ha querido ser cauta en este punto y no ha querido cerrarse puertas a acontecimientos futuros, consciente de la necesidad, cada vez mayor, de cooperación entre lo público y lo privado para la defensa de los intereses generales. En este sentido la Ley es clara a la hora de definir el ferrocarril como un

servicio de interés general y esencial (art. 42 de la Ley). Pero ese mismo artículo 42 dice que el servicio debe ser prestado en régimen de libre competencia, y la libre competencia puede exigir *pro futuro* el establecimiento de alguna infraestructura coadyuvante de titularidad privada. La necesidad de enormes inversiones hace necesario que el legislador no cierre puertas a la colaboración privada. De hecho, es significativo y digno de destacar el guiño a la posibilidad de la utilización de la técnica del PFI (*private finance initiative*) que se contiene en el artículo 22.5 de la Ley al autorizar al ADIF la celebración de contratos de concesión de obra pública para la creación de las infraestructuras integrantes de la RFIG. Y es que construir ferrocarril es caro, y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento ahoga. Por eso ante un Estado inane para la prestación de todos los servicios públicos de interés general que exige la compleja convivencia social de nuestros días, volvemos a la técnica del siglo XIX: concesión, concesión y concesión.

4.2.5. Líneas deficitarias declaradas de interés público

El artículo 53 de la Ley, desarrollado por el artículo 95 del Reglamento, establece la posibilidad de que el Estado, de oficio o a solicitud de una Comunidad Autónoma o de varias Corporaciones locales, pueda declarar de interés público la explotación de determinados tramos o líneas pertenecientes a la RFIG cuando aquélla resulte deficitaria o no se preste en las adecuadas de frecuencia y calidad y sea necesaria para garantizar la comunicación entre distintas localidades del territorio nacional. El problema que se plantea con estas líneas es el siguiente: si la Comunidad Autónoma respectiva o las Corporaciones locales son las que plantean la citada declaración de interés público será cualquiera de esos entes promovedores de tal declaración los que soporten la financiación del tramo o línea afectado, por lo que será difícil que se aventuren a solicitar tal declaración a no ser que hayan negociado previamente un régimen de financiación con el Ministerio de Fomento. En todo caso, el efecto práctico de la declaración es la subvención pública que se otorga a la empresa ferroviaria que explote esa línea. La adjudicación de la explotación de la línea deberá hacerse por concurso, salvo que dicha explotación no conlleve un coste superior a 1.000.000 , en cuyo caso, y de manera sorprendente, el artículo 53.2, párrafo primero, de la Ley permite la adjudicación directa. Esta previsión contraviene lo establecido en el

Libro I de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y va en contra de principios de derecho comunitario en materia de contratación pública esenciales, como es la libre concurrencia, por lo que es de más que dudosa legalidad. Lo que cabría abrir es un procedimiento negociado y no una adjudicación directa. Esta técnica, afortunadamente, fue desterrada de nuestro ordenamiento, por nociva y perturbadora, en el año 1995 y no debería resucitarse.

V. LA GESTIÓN DEL MODELO: LA ADMINISTRACIÓN FERROVIARIA Y LAS EMPRESAS FERROVIARIAS

5.1. La Administración ferroviaria

La gestión de las infraestructuras ferroviarias de titularidad pública estatal se gestiona a través de los siguientes órganos y entes dependientes de la Administración General del Estado.

5.1.1. El Ministerio de Fomento

Las competencias del Ministerio de Fomento se recogen en el artículo 81 de la Ley. Este precepto le otorga hasta quince. No obstante, destaca sobre todas las demás, a efectos del presente trabajo, el otorgamiento de las licencias a las empresas ferroviarias, previo informe favorable del ADIF. El órgano que tiene encomendada la competencia para actuar en esta materia en nombre del Ministerio de Fomento es, con carácter general y siempre que específicamente no se señale expresamente a otro, la Dirección General de Ferrocarriles. Así lo establece el artículo 2.^o del Reglamento.

La licencia es única para toda la RFIG. Es intransmisible y puede revocarse o suspenderse ²⁰.

Se establece una clara diferenciación entre la licencia necesaria para el transporte de pasajeros y para el transporte de mercancías. Incluso existe una distinta denominación para las empresas que lo

20. Sobre la suspensión y revocación de las licencias otorgadas por el Ministerio de Fomento a las empresas ferroviarias, ténganse en cuenta los artículos 50 y 51 de la Ley y 62 a 79 del Reglamento.

llevan a cabo, tal y como se puede observar en el artículo 47.4 del Reglamento.

5.1.2. El Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF)

Es el verdadero gestor del sistema ferroviario. El ADIF es el fruto de la unión del desaparecido GIF (Gestor de Infraestructuras Ferroviarias) y RENFE-infraestructuras. Se crea por el artículo 20 de la Ley 39/2003 y toma la forma jurídica de Entidad Pública Empresarial (EPE, en adelante) adscrita al Ministerio de Fomento ²¹. Él asume la construcción, titularidad, gestión y mantenimiento de las infraestructuras ferroviarias que forman parte de la RFIG. Además, por encomienda del Ministerio de Fomento, puede asumir la gestión de otras infraestructuras ferroviarias de titularidad estatal no integradas en la RFIG. Para este último caso se ha de celebrar un convenio entre el citado Departamento ministerial y el ADIF ²². Los requisitos que debe contener este Convenio están regulados en el artículo 42 del Reglamento. Según el precepto citado, dicho Convenio revestirá la forma de Contrato-programa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22.2 de la Ley, y la duración del mismo será de cuatro años.

Las competencias concretas que se reconocen a ADIF se regulan en el artículo 21 de la Ley. Entre ellas, sin perjuicio de la principal ya apuntada de titular de las infraestructuras ferroviarias integrantes de la RFIG y de organismo de gestión de las demás infraestructuras de titularidad estatal que le encomiende el Ministerio de Fomento, destacan las siguientes:

- La Declaración sobre la Red (*Network Statement*) (art. 21.1.f) de la Ley). Es un documento esencial de información a las empresas ferroviarias. En dicho documento se informa de todas las caracte-

21. Sobre todo lo referente a las Entidades Públicas Empresariales, véase el Título III, Capítulos I (arts. 41 a 44) y III (arts. 53 a 60) de la Ley 6/1997, de 14 de abril) de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

22. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el instrumento necesario para proceder a una encomienda de gestión entre dos entes públicos es el Convenio. Al ser el ADIF una Entidad Pública Empresarial con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar no basta con un mero acuerdo, sino que es necesario la celebración del oportuno convenio.

rísticas de los distintos tramos que componen la RFIG, sus condiciones, calidad y, sobre todo, capacidades de explotación y el canon ferroviario a pagar por la explotación de cada tramo. Es el documento clave que tienen que tener en cuenta las empresas ferroviarias a la hora de solicitar una capacidad de infraestructura. Tiene que ser elaborado y publicado por el ADIF. Se regula en el artículo 29 de la Ley y en el artículo 47.2 del Reglamento.

- La adjudicación de capacidad de infraestructura (art. 21.1.g) de la Ley). Directamente relacionada con la competencia anterior, tenemos que destacar ésta, que hace referencia a las posibilidades que ofrece cada tramo de la red para absorber el tráfico ferroviario. Dicha capacidad, como sabemos, vendrá determinada en la Declaración sobre la Red que tiene que elaborar el ADIF, que servirá de base para el otorgamiento o la denegación a las empresas ferroviarias que lo soliciten la capacidad de infraestructura. En definitiva, es una técnica parecida a los *slots* aeroportuarios y está relacionada con la imposibilidad de que todos los trenes circulen por la misma vía al mismo tiempo. Se trata, por tanto, de una herramienta que sirve para solucionar los problemas causados por el cuello de botella (*bottle neck*) en la utilización de la infraestructura²³. Para la adjudicación de las capacidades de infraestructura el ADIF debe seguir un procedimiento específico, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley, que prevé su desarrollo mediante Orden del Ministerio de Fomento. Por último, es de destacar la previsión contenida en el artículo 48 del Reglamento acerca de la posibilidad que tiene el ADIF de reservarse capacidades para la realización de operaciones de mantenimiento o ampliación de la red o para resolver los problemas de congestión ferroviaria. Dichas reservas deberán ejercitarse de acuerdo con lo establecido por la Orden del Ministerio de Fomento que las regule.
- Emisión de certificados de seguridad (art. 21.1.i) de la Ley). Esta competencia se ejercerá por el ADIF cuando le haya sido conferida por el Ministerio de Fomento, que es el titular originario de la misma, sin perjuicio de que la Ley parece prever la futura crea-

23. Sobre todo lo relacionado con la expresión anglosajona *bottle neck* o cuello de botella como forma gráfica de expresar la capacidad limitada de utilización de las infraestructuras, véase a R. Caballero Sánchez. Sobre el concepto de adjudicación de capacidad, véase el artículo 30 de la Ley 39/2003 y el artículo 47 del Real Decreto 2387/2004.

ción de un organismo específico dedicado al otorgamiento de este documento. Esta deducción la confirma la disposición transitoria segunda del Reglamento, que establece que, mientras no sea creado el organismo específico encargado de expedir estos certificados, la competencia para su otorgamiento corresponderá a ADIF. El certificado de seguridad debe obtenerse por las empresas ferroviarias con anterioridad al inicio de la prestación de sus servicios ferroviarios, y es el documento en el que se detallan los requisitos exigidos por la Administración ferroviaria para que la empresa ferroviaria preste sus servicios ²⁴.

Al ser una EPE, el ADIF tiene plena capacidad de gestión patrimonial de sus bienes, y es sujeto titular de bienes de dominio público y de bienes patrimoniales. Sobre este particular es de destacar la previsión contenida en el artículo 24.4 de la Ley en el sentido de reconocerle al ADIF la capacidad para enajenar o permutar los bienes que ya no sean necesarios para la prestación del servicio ferroviario principal o para los servicios auxiliares. Esta posibilidad, de la cual ya se ha hecho uso y, en ocasiones abuso, antes de la creación del ADIF, permite, según versión oficial contenida en la propia página del ADIF, obtener recursos procedentes de bienes ya innecesarios para dedicarlos a la creación y el mantenimiento de las infraestructuras necesarias de la RFIG. En la práctica, en el ADIF existe toda una Unidad Orgánica dedicada a la gestión patrimonial de los bienes integrantes de las infraestructuras de su propiedad, cuya forma de actuación más habitual es la creación de sociedades participadas con otras entidades públicas para la enajenación o permuta de estos bienes.

Otra cuestión relevante respecto al ADIF es la previsión contenida en el artículo 22.5 de la Ley respecto a la posibilidad de celebrar contratos de concesión de obra pública para la creación de infraestructuras de su titularidad. Las posibilidades que otorga este contrato son inmensas, y su utilización por parte de las distintas administraciones públicas para la prestación de costosos servicios de interés público ha ido en aumento en los últimos años. Todo ello está relacionado con la limitación al endeudamiento que tienen nuestras administraciones públicas territoriales desde la entrada en vigor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento en la zona euro en el año 1997 y

24. Sobre el certificado de seguridad, téngase en cuenta el artículo 57 de la Ley 39/2003 y los artículos 105 a 107 del Real Decreto 2387/2004.

su incorporación al derecho nacional por la Ley de Estabilidad Presupuestaria del año 2001 ²⁵.

5.1.3. El Comité de Regulación Ferroviaria

Es un ente que crea *ex novo* el artículo 82 de la Ley 39/2003. Sus competencias están recogidas en el artículo 83 de la misma y el desarrollo normativo en cuanto a su régimen jurídico, su estructura, sus funciones y el personal que lo integra se desarrolla en los cuatro Capítulos que integran el Título VI del Reglamento, artículos 138 a 161.

Este Comité se configura como el garante de la libre competencia en el funcionamiento del sector ferroviario y sus dos funciones más importantes, de entre las que le atribuye el artículo 83 de la Ley, es la de salvaguardar la pluralidad de la oferta en la prestación de los servicios ferroviarios en la RFIG y la de resolver los conflictos que puedan plantearse entre el ADIF y las empresas prestadoras de los servicios ferroviarios en la RFIG.

Se compone de un presidente, cuatro vocales y un secretario. No goza de un régimen jurídico especial ni tiene la consideración de organismo público. Es un órgano colegiado de funcionamiento poco autónomo bajo la supervisión del Ministerio de Fomento, al que se adscribe. Dicho Ministerio resolverá en alzada los recursos que se interpongan contra sus resoluciones. No podemos decir, por tanto, que el Comité de Regulación Ferroviaria sea un auténtico organismo regulador.

5.2. Las empresas ferroviarias

La primera cuestión que cabe destacar de la regulación de las empresas ferroviarias es la creación, prevista en el artículo 55 de la Ley, de un Registro Especial de empresas ferroviarias, desarrollado reglamentariamente por los artículos 129 a 137 del Reglamento, tal y

25. Sobre el contrato de concesión de obra pública como instrumento para la financiación privada de infraestructuras, véase ALONSO TIMÓN, A. J., «Financiación privada de las nuevas infraestructuras y servicios públicos», en *Revista de la Asamblea de Madrid*, n.º 13 (diciembre de 2005) 255-290.

como prevé el precepto citado de la Ley. El objetivo que se persigue con la creación de este registro es dotar de transparencia al sector, ya que sus principales notas identificadoras son su carácter público y la obligatoriedad de que en él consten todos los datos esenciales relativos a las condiciones en que se ha autorizado la prestación de servicios ferroviarios a las empresas operadoras. Este Registro está gestionado por la Dirección General de Ferrocarriles y consta de ocho secciones, cada una de ellas contenida y desarrollada en el Reglamento.

La segunda cuestión a destacar respecto de las empresas ferroviarias es la obligatoriedad de que éstas paguen un canon ferroviario por la utilización de las infraestructuras integrantes de la RFIG a la hora de la prestación de los servicios que hayan solicitado. Dicho pago deben efectuarlo a favor del titular de la infraestructura, es decir, a favor de ADIF. La regulación del canon se efectúa en los artículos 74 a 77 de la Ley. Existen, de acuerdo con los artículos 74.1 y 75.1 de la Ley, dos tipos de canon distintos, según se grave la utilización de la infraestructura o la utilización de los servicios anexos a la infraestructura.

El canon por la utilización de la infraestructura conoce cuatro modalidades (A, de acceso; B, de reserva de capacidad; C, de circulación, y D, de tráfico) que gravan las distintas actividades desarrolladas por las empresas ferroviarias sobre la infraestructura.

Por su parte, el canon por la utilización de los servicios anexos a la infraestructura distingue cinco modalidades (A, por la utilización de estaciones por parte de los viajeros; B, por el estacionamiento y la utilización de andenes en las estaciones; C, por el paso por cambiadores de ancho de vía; D, por la utilización de vías de apartadero, y E, por la prestación de servicios que requieran la autorización para la utilización del dominio público ferroviario).

La fijación de la cuantía de estas modalidades de cánones se hará por Orden Ministerial de Fomento, y su actualización puede efectuarse por la misma vía o en la Ley General de Presupuestos del Estado.

El organismo encargado de gestionar y percibir dicho canon es, como se ha dicho, el ADIF.

En la actualidad, la única empresa que paga al ADIF este canon por la utilización de las infraestructuras ferroviarias es RENFE-Ope-

radora, que es la única empresa ferroviaria existente, de momento, en el sector.

Hay que distinguir este canon de las tarifas que, de acuerdo con los artículos 78 y 79 de la Ley, puede percibir el ADIF. La diferencia es sencilla, ya que la percepción del canon se recibe por la utilización de una infraestructura que posee ADIF en régimen de monopolio, mientras que las tarifas las percibe dicho organismo cuando presta un servicio adicional en régimen de libre concurrencia, es decir, cuando puede ser prestado también por los particulares.

Las empresas ferroviarias, según el artículo 61 del Reglamento, clasifican su actividad en dos categorías:

- *Dependiendo del servicio de transporte prestado.* Aquí podemos distinguir tres modalidades: de tracción exclusiva, de transporte de personas o de transporte mercancías.
- *Dependiendo del volumen de tráfico anual.* En este caso se diferencian tres niveles (nivel 1, cuando el volumen es menor de un millón de unidades tren-km al año; nivel 2, cuando el volumen se sitúa entre un millón y diez millones de unidades tren-km al año, y nivel 3, cuando el volumen es de más de diez millones de unidades tren-km al año).

Para la prestación de todas estas actividades se requiere, en todos los casos, que las empresas ferroviarias revistan la forma de Sociedad Anónima y que se hayan constituido por tiempo indefinido.

La concesión de la licencia de empresa ferroviaria, que corresponde otorgarla, como se dijo, a la Dirección General de Ferrocarriles, previo informe favorable del ADIF, puede suspenderse o, incluso, revocarse. La suspensión puede ser parcial o total, y su régimen jurídico está contenido en el artículo 73 del Reglamento. Por su parte, la regulación de la revocación de la licencia ferroviaria, que requiere de un procedimiento para su adopción, se recoge en los artículos 74 a 77 del Reglamento.

Tanto la suspensión como la revocación de la licencia se llevará a cabo, normalmente, como consecuencia del funcionamiento de los servicios de inspección que sobre el funcionamiento y actividad llevada a cabo por las empresas ferroviarias puede llevar a cabo tanto la Dirección General de Ferrocarriles como el ADIF. Estas funciones de inspección y policía atribuidos a los dos organismos citados están reguladas en los artículos 117 a 128 del Reglamento.

Es necesario poner de manifiesto que todo este régimen de autorizaciones previas y controles sobre la actividad de las empresas ferroviarias está todavía muy poco desarrollado, debido a que, a día de hoy, sólo existe una única empresa ferroviaria con licencia para operar, y dicha empresa, además, sigue siendo pública. Es de prever que, con la llegada de nuevos operadores ferroviarios en el momento en el que las líneas más atractivas para la explotación estén acabadas, todo este régimen diseñado por la Ley y el Reglamento del sector ferroviario despliegue todos sus efectos y lo haga con eficacia.

5.3. *Especial referencia a RENFE-Operadora*

La especial situación de la única empresa global de servicios ferroviarios existente a día de hoy en nuestro país merece la dedicación de un apartado en este trabajo. En efecto, en la actualidad, como consecuencia de que el proceso de liberalización ferroviaria no ha hecho más que empezar, sólo nos encontramos con un operador global de servicios ferroviarios, que es RENFE-Operadora. Es ésta una Entidad Pública Empresarial (EPE) en proceso de privatización. Es fruto del desgaje de la antigua RENFE. La parte encargada del cuidado de las infraestructuras se ha fusionado con el GIF y ha pasado a denominarse ADIF, como sabemos, y esta parte comercial de RENFE es la que se denomina ahora RENFE-Operadora, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2003. La situación de RENFE-Operadora es eminentemente transitoria, ya que en un futuro bastante próximo se completará su proceso de privatización. De la transitoriedad a la que aludimos nos da muestras muy gráficas la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 2387/2004.

VI. CONCLUSIONES

1. El proceso de liberalización del sector ferroviario no está concluido todavía y está necesitado de un mayor impulso a nivel comunitario.
2. El proceso de liberalización ferroviaria está suponiendo un enorme esfuerzo, tanto desde el punto de vista económico como jurídico y técnico, para la mejora de todo nuestro sistema ferroviaria, tanto en sus infraestructuras como en su gestión, acabando así

con el secular abandono que en todos los planos apuntados ha caracterizado a este sector durante el siglo XX.

3. El proceso de liberalización ferroviaria está encontrando importantes reticencias nacionales a la hora de la aplicación del espíritu del modelo, debido a una natural tendencia a preservar los privilegios nacionales de compañías de bandera que venían actuando en régimen de monopolio en la prestación de la práctica totalidad de las actividades ferroviarias.
4. El modelo de liberalización ferroviaria diseñado desde Bruselas es deudor de experiencias históricas erróneas en el terreno de la liberalización y de nuevos ensayos más acordes con el objetivo de la armonización europea.
5. El proceso de liberalización ferroviaria ha puesto de relieve las ventajas que, a nivel europeo, puede suponer la utilización del ferrocarril frente a otros sistemas de transporte, ya que el tren no congestiona las ciudades, es más respetuoso con el medio ambiente y coadyuva en la implantación del modelo de desarrollo sostenible preconizado en la actualidad en todos los países comunitarios.
6. En tiempos donde parece que nuestro país vuelve a abrazar una intervención pública caduca y trasnochada que no se lleva en los países occidentales más desarrollados, donde el Estado desde unos años a esta parte, consciente de su incapacidad para mantener y gestionar un Sector Público enorme en condiciones de eficacia, se ha retirado a sus cuarteles de invierno pasando a ser un Estado regulador que se limita a aprobar las reglas del juego y dejar que los sujetos privados realicen actividades de dudosa competencia pública, ver cómo un sector tan tradicionalmente ligado a funciones de soberanía, aunque con problemas y con retrasos, se despoja de ropajes innecesarios es un soplo de aire fresco que devuelve la fe perdida. Por ello, en contra de los tiempos reinantes, gritamos: liberalización, bendita palabra.