

ESPAÑOLA Y DE LA UNIÓN EUROPEA

LA LIBERALIZACIÓN DEL TRANSPORTE FERROVIARIO DE PERSONAS

ANTONIO JESÚS ALONSO TIMÓN
Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

Cómo citar/Citation

Alonso Timón, A. J. (2019).

La liberalización del transporte ferroviario de personas.

Revista de Administración Pública, 210, 351-392.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.13>

Resumen

El sector ferroviario ha estado ligado tradicionalmente al ejercicio de potestades públicas por parte de los Estados, por lo que el proceso de liberalización, con la consecuente pérdida de influencia sobre el sector y las empresas nacionales de bandera que lo gestionaban, ha sido largo y tortuoso.

La liberalización del ferrocarril a nivel europeo trata de ser un medio para la consecución del fin esencial: la mejora en la prestación del servicio.

La incidencia en España de la liberalización del transporte de pasajeros en diciembre de 2020 será importante, pues posee unas excelentes infraestructuras de alta velocidad que harán apetecible la explotación comercial de algunos corredores importantes, por lo que se espera que la competencia entre operadores sea real desde el inicio y suponga la consecución del objetivo citado, como ha sucedido en otros países: una mejora del servicio y, consecuentemente, un beneficio para los ciudadanos.

Palabras clave

Sector ferroviario; ferrocarril; liberalización de los sectores regulados.

Abstract

The railway sector has traditionally been linked to the exercise of public powers by the States, so the liberalization process, with the consequent loss of influence over the sector and the national flag companies that managed it, has been long and tortuous .

The liberalization of the railroad at European level tries to be a means for the achievement of the essential purpose: the improvement in the provision of the service.

The impact in Spain of the liberalization of passenger transport in December 2020 will be important, as it has excellent high-speed infrastructure that will make the commercial exploitation of some important corridors desirable, so competition between operators is expected to be real from the beginning and suppose the achievement of the mentioned objective, as it has happened in other countries: an improvement of the service and, consequently, a benefit for the citizens.

Keywords

Rail sector; rail; liberalization of regulated sectors.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL LARGO TRÁNSITO HASTA LLEGAR AL IV PAQUETE DE DIRECTIVAS FERROVIARIAS. III. INCORPORACIÓN DE LAS DIRECTIVAS FERROVIARIAS EUROPEAS AL DERECHO NACIONAL. IV. EL MODELO DE LIBERALIZACIÓN POR EL QUE SE APUESTA Y LAS «MOCHILAS» PREVIAS: 1. El pilar de gobernanza o político: 1.1. *La separación contable de la infraestructura y la explotación. Las «murrallas chinas» y el concepto de «empresa integrada verticalmente».* 2. El pilar técnico: 2.1. *La declaración de red y la capacidad de la infraestructura.* 2.2. *Los requisitos de otorgamiento de licencias ferroviarias.* 2.3. *Las tasas ferroviarias.* 2.4. *El canon ferroviario.* 2.5. *Los precios por prestación de servicios ferroviarios básicos, complementarios y auxiliares.* 2.6. *La seguridad ferroviaria: certificados y autorizaciones de seguridad. De nuevo, las «mochilas» de la experiencia.* 2.7. *La interoperabilidad e intermodalidad.* V. HACIA UNA COMPETENCIA REAL QUE BENEFICIE AL USUARIO LA LIBERALIZACIÓN COMO MEDIO Y NO COMO FIN. VI. PROBABLE ESCENARIO FUTURO EN UN CONTEXTO DE LIBERALIZACIÓN: 1. Una experiencia reciente en la que mirarse: el caso de Italia. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La liberalización del transporte ferroviario de personas está siendo un proceso lento y complicado en el que se han puesto de manifiesto, de manera descarada, los intereses estratégicos nacionales de los distintos países miembros de la Unión Europea que ya desde el siglo XIX se han mostrado sobre un sector sensible como es el ferrocarril y ha estado condicionado, en buena medida, por la propia localización geográfica de cada uno de ellos, hecho esencial que suponía la mayor o menor exposición a posibles injerencias y debilidades del sistema ferroviario interno nacional en este proceso de apertura global del mercado de viajeros.

Las reticencias a la apertura del mercado ferroviario de pasajeros de países miembros tan destacados como Francia han hecho que el proceso se retrase de manera notable y que los obstáculos que ya de por sí se han encontrado por el camino se hayan incrementado de manera innecesaria, pues la apuesta por la liberalización del sector era indubitada y coherente con la esencia de las políticas de

la Unión en aras a la consecución de un verdadero mercado interior que respete sus cuatro libertades fundacionales.

Finalmente, una vez culminada la liberalización del transporte ferroviario de mercancías hace una década y la imperiosa necesidad de que la liberalización de las mercancías fuese acompañada de la de las personas en orden a clarificar el mercado ferroviario a nivel europeo y a que las empresas del sector pudiesen dimensionar su organización, estructura y estrategia de acuerdo con la realidad de un mercado abierto a la competencia.

La liberalización del transporte ferroviario de personas se ha completado con la aprobación del último pilar del cuarto paquete de directivas ferroviarias en diciembre de 2016, lo que supuso el impulso definitivo para que la liberalización sea efectiva a partir de diciembre de 2020 y totalmente operativa cuando finalice el período transitorio dado a los contratos de obligación de servicio público (OSP) de cercanías y media distancia, que podrán ser licitados desde 2023, con un periodo transitorio que puede llegar hasta 2033.

Como puede fácilmente colegir el lector, desde que se inicia el proceso de liberalización ferroviaria a nivel europeo con la aprobación en el año 2001 del primer paquete de directivas hasta que, supuestamente, la liberalización del transporte ferroviario de personas va a estar operativo plenamente en toda la Unión Europea en el año 2023 hay un período de tiempo demasiado amplio como para no sospechar que algo nos hemos perdido por el camino.

El objetivo principal de este trabajo es poner de manifiesto los obstáculos con que este proceso de liberalización se ha encontrado y el esquema liberalizador definitivo por el que se ha apostado, intentando aventurar el grado de eficacia que pudiera tener, tratando así de abordar la materia con perspectiva y prospectiva, poniendo de manifiesto, como posteriormente se insistirá, que la liberalización no es el fin, sino el medio para conseguir un espacio ferroviario único europeo que coadyuve en el crecimiento productivo y eficiente de la Unión¹.

II. EL LARGO TRÁNSITO HASTA LLEGAR AL IV PAQUETE DE DIRECTIVAS FERROVIARIAS

El proceso de liberalización del sector ferroviario ha sido, como ya ha quedado dicho, largo y complejo. La primera directiva en materia ferroviaria se aprobó el 29 de julio de 1991 (Directiva 1991/440). Esta directiva apostaba ya de manera decidida por la liberalización del sector, por la independencia de las empresas ferroviarias y por la separación contable entre la empresa de gestión de la infraestructura y la de la explotación del servicio. Todas estas cuestiones serían desarro-

¹ Téngase en cuenta en ese sentido el trabajo de C. Lérída Navarro y J. M. Tránchez Martín (2014), «Sobre la relación entre liberalización y eficiencia productiva en el sector ferroviario en Europa», *Revista Estudios de Economía Aplicada*, 32, 2.

lladas posteriormente en regulaciones sucesivas. En el año 1995 se aprobaron dos directivas más que afectan al sector: la 1995/18, sobre concesión de licencias, y la 1995/19, sobre cánones por uso.

Otro hito importante se produce el 30 de julio de 1996, cuando la Comisión Europea manifiesta su voluntad de liberalizar el sector con la publicación del Libro Blanco sobre la liberalización ferroviaria, cuyos objetivos consistían en la reducción de costes, la mejora en la calidad de los servicios, la propuesta de nuevos productos y el desarrollo de los mercados. De dicho libro se deducía, por tanto, que la liberalización era el medio para conseguir la mejora general en la prestación de un servicio público estratégico como es el sector ferroviario y no el fin en sí mismo. Este Libro Blanco de 1996 fue actualizado en el año 2001, cuando se publicó el Libro Blanco del Transporte con el sugerente nombre: *La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad*. En dicho libro se apostaba por priorizar el ferrocarril en el desarrollo de las redes transeuropeas, al objeto de reequilibrar el reparto intermodal del transporte, creando un espacio ferroviario europeo integrado.

Para poder conseguir los objetivos propuestos en las directivas señaladas y en los dos Libros Blancos descritos, se han venido aprobando desde el año 2001 una serie de directivas y de reglamentos que se han dado en llamar «paquetes ferroviarios». Así, en el año 2001 se aprobó el primer paquete. En 2004 se aprobó el segundo paquete y en el año 2007 el tercero². Esto ha tenido una traducción normativa a nivel interno español como consecuencia de la obligatoriedad de transponer las directivas y de aplicar los reglamentos europeos en materia ferroviaria que se concretó con la aprobación, primero en el año 2003, de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, que incorporaba ya el primer paquete ferroviario y, posteriormente, en el año 2015, con la aprobación de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, que incorporó el segundo y tercer paquete ferroviario.

En el año 2011 se aprobó un nuevo Libro Blanco del transporte en Europa, cuyo objetivo básico era conseguir la disminución de la producción de CO₂ a

² Sobre la aprobación del segundo paquete ferroviario, véase M. Carlón Ruiz (2004), «El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia», en G. Fernández Farreres (coord.), *Transportes y competencia: los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del derecho de la competencia*, Madrid: Editorial Civitas.

M. I. Rivas Castillo (2010), «Regulación y régimen del sector ferroviario», en S. Muñoz Machado (dir.), *Derecho de la regulación económica*, tomo VI, Madrid: Editorial IUSTEL, págs. 409-534.

J. García Pérez (2009), «La política de la Unión Europea sobre la liberalización del ferrocarril y la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario», en A. J. Alonso Timón (coord.), *Infraestructuras ferroviarias: nuevo marco de ordenación jurídica*, Madrid: Editorial IUSTEL, págs. 17-48.

A. J. Alonso Timón (2007), «La liberalización del sector ferroviario», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 40, págs. 37-70.

través de la transferencia del 50% del tráfico de vehículos por carretera hacia el ferrocarril.

Asimismo, en el año 2012 se refundieron las medidas que componían el primer paquete ferroviario mediante la Directiva 2012/34/UE, por la que se establecía un Espacio Ferroviario Único Europeo.

El cuarto paquete ferroviario se aprobó en 2016 y está compuesto por las siguientes normas:

- «Pilar de gobernanza o político»:
 - Reglamento 2016/2338, que modifica el Reglamento 2007/1370 en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril.
 - Directiva 2016/2370, que modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias.
- «Pilar técnico»:
 - Directiva 2016/797, de Interoperabilidad, que sustituye a la Directiva 2008/57.
 - Directiva 2016/798, de Seguridad, que sustituye a la Directiva 2004/49.
 - Reglamento 2016/796, de la Agencia Ferroviaria Europea, que sustituye al Reglamento 2004/881.

Desde que en el año 1991 se promulgara la primera directiva en la materia ha transcurrido mucho tiempo y el objetivo fundamental que se pretendía con ella no ha sido todavía completado. A pesar de que, como decimos, ha transcurrido demasiado tiempo, los objetivos perseguidos por las instituciones europeas no han cambiado un ápice. La apuesta por la liberalización del transporte ferroviario como modo de mejorar ese servicio público se ha mantenido incólume a lo largo de todos estos años. Asimismo, se ha mantenido también invariable el objetivo de potenciar el ferrocarril en toda Europa creando unas redes transeuropeas que coadyuven en la reducción de las emisiones de CO₂, tratando de sacar de la carretera a la mitad de los vehículos, e intentando la consecución de una intermodalidad que aúpe al ferrocarril a una posición destacada en la movilidad de personas y mercancías como forma de favorecer el crecimiento económico de la Unión Europea. Para lograr esos objetivos nucleares se han tenido que abordar cuestiones eminentemente técnicas y superar visiones políticas contrapuestas, pero, finalmente, parece que ni unas (problemas técnicos) ni otras (posturas políticas de los Estados miembros diametralmente opuestas) van a evitar lo inevitable: la consecución de una liberalización total del ferrocarril que, aunque con defectos

apreciables todavía, ya es una realidad en el ámbito de las mercancías y va a ser pronto una realidad en el ámbito de los pasajeros en España³.

III. INCORPORACIÓN DE LAS DIRECTIVAS FERROVIARIAS EUROPEAS AL DERECHO NACIONAL

Como ya se ha comentado en el apartado anterior, la incorporación de los paquetes ferroviarios a la legislación española se ha llevado a cabo a través de dos leyes: la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario y la Ley 38/2015, bautizada con el mismo rótulo que la anterior.

Ambas normas tienen un objetivo común, que no es otro que la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de la normativa europea en la materia y, consecuentemente, dar así cumplimiento práctico a los objetivos señalados, teniendo en cuenta que la liberalización del sector ferroviario no es más que un medio para la consecución de un fin superior: la mejora en la calidad de la prestación del servicio para el beneficio de los ciudadanos europeos.

Cuestiones como la reestructuración de las infraestructuras, con la creación de una Red Ferroviaria de Interés General (RFIG) o la clausura de algunas líneas o tramos se abordaron ya en la Ley del 2003. Asimismo, siguiendo la regulación europea, en esa misma Ley de 2003 se separó la gestión de la infraestructura y el material rodante, creándose dos entes públicos diferenciados, que en España adoptaron la naturaleza jurídica de Entidades Públicas Empresariales: el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y RENFE Operadora⁴.

Asimismo, se han abordado en ambas normas cuestiones relevantes para el proceso de liberalización, como la Declaración sobre la red (que muestra la capacidad de cada tramo de infraestructura para poder ser explotada por los operadores), la prestación de servicios ferroviarios adicionales, complementarios y auxiliares por parte del Administrador a las empresas ferroviarias que entren en el mercado en régimen de competencia y su régimen de precios, el régimen de otorgamiento de licencias ferroviarias para poder operar y los requisitos que los operadores tendrán que cumplir para poder obtener dichas licencias o los distintos cánones por la utilización de las infraestructuras pertenecientes a la RFIG, que son tasas parecidas a las aeroportuarias, sector, el aéreo, en cuyo proceso de liberalización ha puesto sus ojos el ferroviario por tener características parecidas

³ Véase J. Montero Pascual, R. Ramos Melero y M. Ganino (2019), *Competencia en el mercado ferroviario*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

⁴ Sobre la Ley 39/2003, véase M. I. Rivas Castillo (2008), «Tres años desde la entrada en vigor de la Ley del Sector Ferroviario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 32, págs. 215-242, o J. M. Villar Uribarri (2005), «La nueva regulación del sector ferroviario. La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario», *Revista Noticias de la Unión Europea*, 245, págs. 95-107.

en algunos aspectos y por haber sido completado ya y haber cosechado el proceso de liberalización de dicho sector cierto éxito hace ya algún tiempo.

En definitiva, la normativa española es claramente deudora de la comunitaria europea y ha tenido que ir incorporando a nuestro ordenamiento las modificaciones que en aquel ámbito se iban produciendo. En este sentido, sin ser España el país más cumplidor de todos los de la Unión en el proceso de liberalización ferroviaria, como muestra el proceso de liberalización del transporte ferroviario de mercancías, tampoco ha sido el más incumplidor, situándose en un estadio intermedio de difícil encaje práctico dada la especial configuración de un sector que, a nivel nacional, presenta una heterogeneidad indudable como consecuencia de la apuesta que aquí se ha hecho por el transporte ferroviario de pasajeros en detrimento de las mercancías, lo que se traduce en un importante déficit de infraestructuras ferroviarias de mercancías frente a las flamantes infraestructuras de pasajeros, con una Red de Alta Velocidad que supera a cualquier país miembro de la Unión Europea. Este hecho tiene cierta trascendencia en este momento en que la liberalización del transporte ferroviario de pasajeros está a punto de echar a andar.

La última norma relevante en el ordenamiento jurídico español que ha incorporado la normativa comunitaria en materia de liberalización ferroviaria ha sido el Real Decreto Ley 23/2018, de 21 de diciembre (*BOE* de 27 de diciembre de 2018), que modifica algunos aspectos de la Ley 38/2015 como consecuencia de la necesaria incorporación al ordenamiento jurídico español del cuarto paquete ferroviario de 2016.

IV. EL MODELO DE LIBERALIZACIÓN POR EL QUE SE APUESTA Y LAS «MOCHILAS» PREVIAS

Ya hemos indicado que el proceso de liberalización del sector ferroviario en general no ha sido fácil ni rápido y el del transporte de personas en particular ha sido muy complicado y tortuoso. Los motivos principales por los que se ha complicado en exceso son, básicamente, dos: las cuestiones políticas y las cuestiones técnicas. Buen reflejo de ello son los dos pilares del cuarto paquete ferroviario con el que se concluye, en teoría, este proceso de liberalización del transporte ferroviario de personas a nivel europeo y que se centra, precisamente, en los aspectos de gobernanza o políticos y en los aspectos puramente técnicos.

1. EL PILAR DE GOBERNANZA O POLÍTICO

Respecto de las cuestiones políticas, el sector del ferrocarril representa como pocos otros sectores la esencia del Estado interventor característico de finales del siglo XIX y primera mitad del siglo XX. El ferrocarril supuso la entrada de los Estados occidentales en las actividades económicas de manera inicialmente indirecta a

través de técnicas como la concesión, y supuso la semilla de la participación estatal en la obra pública, construyendo, ya en el siglo XX, infraestructuras que vertebraban el territorio del Estado, lo que convertía a las mismas en objeto de atención social y, por ende, de reivindicaciones de toda índole que todavía hoy constatamos fehacientemente. La estrecha relación que los diferentes Estados van forjando con el ferrocarril desde el siglo XIX ha hecho dificultoso que cediesen «cotas de soberanía ferroviaria» en aras a la consecución de unos objetivos que trascendían el núcleo duro de sus competencias y con los que, en algunos casos, no estaban de acuerdo.

En efecto, las posturas frente a la liberalización del transporte ferroviario de personas entre los Estados miembros de la Unión Europea no han sido unánimes y en ellas han influido notablemente las experiencias históricas acumuladas en los últimos ciento cincuenta años de gestión de este sector por parte de cada uno de ellos, unos más proclives a la gestión pública directa y otros más partidarios de la participación de la iniciativa privada en dicha gestión, su posición geográfica, más vulnerable o no a la «invasión» por parte de *holdings* ferroviarios de otros Estados miembros, o la propia ideología de los gobiernos de turno a lo largo de los casi treinta años durante los que se ha prolongado este proceso liberalizador.

Los plazos de liberalización tampoco han sido unánimes. Ha habido países que han adelantado dichos plazos, como Italia, donde se abrió este mercado a la competencia en el año 2012, y otros, como es el caso de España, donde dicha liberalización todavía es inexistente, agotando hasta el límite las posibilidades otorgadas para llevarla a cabo por las normas europeas.

Es conveniente recordar, como ya se ha señalado al inicio de este trabajo e insistiremos, que la liberalización del sector ferroviario en sí no es el fin de este proceso, sino el medio por el que se ha optado para la consecución de una mayor eficiencia en la prestación de un servicio de la relevancia social de este. Una mayor eficiencia intrínseca del propio sector ferroviario, pero también extrínseca, pues la mayor eficiencia y, por ende, mejor prestación del servicio coadyuva a la mejora de otros sectores y, primordialmente, a la consecución de un objetivo básico e irrenunciable a nivel europeo, como es la movilidad sostenible. No debemos olvidar que el transporte por ferrocarril, debido a los elementos técnicos incorporados en la actualidad, es el más respetuoso con el medio ambiente una vez generada la infraestructura que da soporte a su funcionamiento, pero tampoco debemos ignorar que la creación de infraestructuras ferroviarias supone un gran impacto en el medio ambiente. Sin embargo, el análisis coste-beneficio en la generación y gestión de las infraestructuras ferroviarias es claramente favorable para el sector ferroviario, pues los beneficios económicos, sociales y medioambientales que genera la apuesta por el ferrocarril superan con creces los importantes costes que también soporta. El caso español es un claro ejemplo no culminado de lo que se acaba de afirmar y una piedra de toque para aprender lecciones que sirvan para depurar algunas ineficiencias observadas en la aplicación práctica de algunos de los objetivos fijados *a priori*. Nos referimos, en este caso, a la liberalización del transporte ferroviario de mercancías, cuyo objetivo básico a nivel europeo era

sacar de la carretera al 50% de los camiones en el horizonte del año 2030, lo que redundará en un notable ahorro energético y, sobre todo, una reducción importante de los niveles de contaminación (aspecto medioambiental) y de la congestión de las infraestructuras de carreteras (aspecto social). Sin embargo, desde que fuera plenamente operativa a nivel jurídico la liberalización del transporte ferroviario de mercancías en Europa en el año 2007, nos encontramos con que, en España, el volumen de mercancías transportadas por ferrocarril, lejos de incrementarse, se ha reducido, y, por tanto, no se están cumpliendo los objetivos esperados. Evidentemente, esto se ha producido por la concurrencia de unas causas que ahora no podemos entrar a valorar por no ser el objeto de este trabajo, pero que deben servir para poner de manifiesto que estamos en presencia de un sector muy complicado en el que las medias tintas no son suficientes para lograr los objetivos, sino que hay que apostar por llegar hasta el final si se quiere tener éxito⁵.

Las diferentes posturas y visiones que los Estados miembros de la Unión tenían sobre la liberalización del sector ferroviario se pueden sintetizar en dos países concretos: Reino Unido y Francia. El primero de ellos, Reino Unido, es mucho más proclive a facilitar la gestión privada en este sector hasta sus últimas consecuencias, como pudimos observar en los años noventa del siglo pasado, donde privatizó tanto la gestión del material rodante como las infraestructuras a través de la creación de un Administrador privado (Railtrack) con un resultado, por lo que a esto último hace referencia, no demasiado alentador, con modificaciones normativas posteriores a la Railways Act de 1993 que han tratado de abordar su principal problema, como es el que las posibilidades de entrada al mercado ferroviario británico se ven seriamente restringidas por la saturación de la red, debido a una liberalización intensa que ha generado un abundante número de operadores, así como por la coexistencia en una misma red de servicios comerciales, incluidos los de alta velocidad y los sujetos a obligaciones de servicio público⁶. Por su parte, Francia era el país prototípico defensor de la gestión pública directa de este sector, con una empresa pública potente y asentada (SNFC) y lastrado por su mochila histórica (construcción de infraestructuras ferroviarias en régimen de obra pública, con gestión indirecta a

⁵ Sobre la liberalización del transporte ferroviario de mercancías, véase J. Antonio Alonso Timón (2012), «Liberalización del transporte ferroviario de mercancías: quo vadis?», en R. Caballero Sánchez (coord.), *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Madrid: Editorial Iustel, págs. 287-338. Véase también R. Collado Martínez (2009), «La vía lenta de la Ley del Sector Ferroviario y la vía rápida de la Ley Ómnibus: la supuesta liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 21, págs. 335-358.

⁶ Sobre la experiencia británica, véase el informe de la CNMC de 25 de junio de 2014 (págs. 97-99). Véase también el siguiente link, con un sugerente título: «Catástrofe ferroviaria británica». En él se analizan los problemas surgidos en Reino Unido tras la liberación del ferrocarril británico en esa primera etapa de los años noventa del siglo pasado y las deficiencias en la gestión llevada a cabo por el Administrador privado (Railtrack), que tuvo que ser nacionalizado por el gobierno británico en el año 2001.

través de la concesión en la creación de estas, y gestión pública posterior a través de una Sociedad Mercantil Pública con capital exclusivo del Estado).

La solución por la que se opta a nivel europeo se queda en un término medio entre ambas visiones, con una liberalización y consecuente privatización de la gestión del material rodante, como la que se operó en mercancías a partir del año 2007 y se va a completar ahora respecto de los viajeros, y una gestión pública de la infraestructura que da soporte al servicio. En dicha solución ha influido la experiencia británica en la privatización de las infraestructuras en los años noventa del siglo pasado, con una serie de accidentes ferroviarios producidos, en buena medida, por la ausencia de inversiones de los gestores privados de la infraestructura, lo que ha hecho ser cautelosas a las autoridades de la Unión Europea, manteniendo la gestión de la infraestructura en manos públicas, de momento.

La posición geográfica de los Estados miembros de la Unión también ha sido un elemento decisivo que ha jugado un papel relevante en el proceso de liberalización del sector ferroviario. Los países más vulnerables por su posición geográfica o nivel de desarrollo de la infraestructura ferroviaria han tratado de asegurarse, primero, un proceso de transición cómodo para ir preparándose para lo que llega y, segundo, garantías jurídicas que disminuyan la ventaja competitiva con la que parten, *a priori*, países con potentes *holdings* ferroviarios ávidos de voracidad expansiva. España, en este escenario, es un buen ejemplo de lo que se comenta. Con unas infraestructuras ferroviarias muy apetecibles, especialmente la Red de Alta Velocidad, que es, como ya se ha apuntado, la mayor de los países de la Unión, con un rango de distancias entre ciudades ideal para favorecer la ventaja competitiva del ferrocarril de alta velocidad respecto del avión y una posición geográfica estratégica, es uno de los Estados miembros que ha tratado de ralentizar el proceso de liberalización del transporte ferroviario de personas hasta poder acometer las reformas internas necesarias para estar preparado y poder responder a los retos planteados por el nuevo escenario.

Como podemos observar, los Estados miembros han tratado de seguir protegiendo sus intereses en todos estos años a través de la protección de sus empresas ferroviarias de bandera. La protección a RENFE Operadora en el caso del Estado español no supone una excepción a lo acontecido en otros Estados miembros con respecto a sus operadores.

La ideología de los gobiernos de turno a lo largo de estos últimos treinta años en los distintos Estados miembros también ha supuesto un retraso en la operatividad del modelo de liberalización ferroviaria para el transporte de pasajeros. Las diferentes posturas mantenidas no solo por un mismo Estado a lo largo de los años, sino por las «diferentes Comisiones» así lo demuestra.

Finalmente, el pilar de gobernanza ha sido clave para la consecución de un espacio ferroviario único europeo que se empezó a dibujar desde el año 2010, cuando algunos Estados miembros comenzaron a introducir medidas de liberalización.

1.1. La separación contable de la infraestructura y la explotación. Las «murallas chinas» y el concepto de «empresa integrada verticalmente»

Es este uno de los aspectos más polémicos y sobre los que más se ha incidido en la normativa comunitaria, regulado, de nuevo, en el cuarto paquete ferroviario de 2016 y, consecuentemente, incorporado al ordenamiento jurídico español en el aludido Real Decreto Ley de diciembre de 2018, que modifica la Ley 38/2015, del Sector Ferroviario, y se centra en dos aspectos esenciales: el reforzamiento de la independencia y la imparcialidad de los administradores de infraestructuras, garantizándose mediante cautelas adicionales su separación organizativa de cualquier empresa ferroviaria con capacidad para movilizar material rodante y el derecho de acceso de las empresas con licencia ferroviaria a las infraestructuras en España.

La independencia del Administrador de la Infraestructura Ferroviaria (en España, a día de hoy, ADIF) se garantiza en el art. 21, apdo. 1, de la Ley del Sector Ferroviario, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto Ley 23/2018, de 21 de diciembre, que afirma que «el administrador de infraestructuras deberá ser una entidad jurídica distinta de cualquier empresa ferroviaria y, en el caso de las empresas integradas verticalmente, de cualquier otra entidad jurídica encuadrada en ellas». Para conseguir ese objetivo de independencia funcional entre el administrador y las empresas ferroviarias con licencia para mover tráfico por la RFIG el precepto rodea de una serie de cautelas tanto la actuación de su personal directivo, que no puede incurrir en incompatibilidades o actuaciones parciales, como el régimen contable o el de la actividad comercial o financiera, que tiene que estar forzosamente separado.

Este artículo está pensado en España, en realidad, para el caso de una hipotética integración futura entre ADIF y RENFE, configurándose así un *holding* ferroviario español de integración vertical, a imagen y semejanza de lo que ocurre en otros países europeos, como Francia (SNFC) o Alemania (Deutsche Bahn), o en otros sectores liberalizados, como, por ejemplo, el de la energía. Respecto de dicha integración, a pesar de los deseos en tal sentido del Gobierno anterior del Partido Popular, el actual Gobierno del Partido Socialista ha expresado su deseo de no llevar a cabo, de manera inmediata, al menos, dicha integración.

En realidad, el precepto trata de regular en España el concepto de *empresa integrada verticalmente* que se recoge en la Directiva 2016/2370. El objetivo que se pretende con este concepto es separar de manera clara y estricta a los administradores de las infraestructuras de las empresas ferroviarias para evitar el trato de favor de aquellos con respecto a las empresas ferroviarias nacionales de bandera y, consecuentemente, salvar barreras de entrada al mercado o que se produzca una competencia desleal entre los operadores ferroviarios. En realidad, la liberalización debería llevar a la independencia completa entre operadores y administrador de la infraestructura, pero, como paso intermedio, parece que se ha optado por una integración vertical que ofrezca ciertas garantías en cuanto a la separación de los intereses de unos y otros.

Se considera que estamos en presencia de una *empresa integrada verticalmente*, de acuerdo con lo establecido en el art. 3.31 de la Directiva 2012/34, en los términos en que ha quedado redactado por las modificaciones introducidas en la misma por la citada Directiva 2016/2370, cuando,

- a) un administrador de infraestructuras ferroviarias es controlado por una empresa que, al mismo tiempo, controla una o varias empresas ferroviarias que explotan servicios ferroviarios en la red del administrador de infraestructuras ferroviarias, o
- b) un administrador de infraestructuras ferroviarias es controlado por una o varias empresas ferroviarias que explotan servicios ferroviarios en la red del administrador de infraestructuras ferroviarias, o
- c) una o varias empresas ferroviarias que explotan servicios ferroviarios en la red del administrador de infraestructura ferroviaria son controladas por un administrador de infraestructura ferroviaria.

También significa una empresa formada por distintos departamentos, entre ellos un administrador de infraestructuras ferroviarias y uno o varios departamentos dedicados a la prestación de servicios de transporte que no poseen una personalidad jurídica diferente.

En los casos en los que un administrador de infraestructuras ferroviarias y una empresa ferroviaria sean plenamente independientes entre sí, pero ambas estén controladas directamente por un Estado miembro sin una entidad intermedia, no se considerará que constituyen una empresa integrada verticalmente a los efectos de la presente directiva.

Los controles para evitar una influencia decisiva de una empresa ferroviaria pretenden ser muy estrictos. Y muy ingenuos a la vez. Se centran en la composición de los Consejos de Administración de cada una de las empresas que conforman el *holding* ferroviario, estableciendo una serie de incompatibilidades y limitaciones reguladas en el art. 7 de la Directiva. No podrán formar parte al mismo tiempo del Consejo de Administración del administrador y de ninguna de las empresas ferroviarias integradas en él ni que puedan incidir en la toma de decisiones relevantes para la empresa ferroviaria ni que su remuneración dependa de los resultados de la empresa ferroviaria integrada en el administrador de la infraestructura.

Asimismo, el apdo. 2 del art. 7 de la Directiva impone la obligación a los Estados miembros para que velen *por que ninguna de las demás entidades jurídicas que formen parte de la empresa integrada verticalmente tenga una influencia decisiva en las decisiones tomadas por el administrador de infraestructuras en relación con las funciones esenciales*.

El art. 7 ter de la Directiva obliga también a los Estados miembros a que velen *por que las funciones de gestión del tráfico y planificación del mantenimiento se ejerzan de manera transparente y no discriminatoria y de que las personas responsa-*

bles de la toma de decisiones con respecto a dichas funciones no se vean afectadas por ningún conflicto de intereses.

La incorporación al ordenamiento jurídico español por el citado Real Decreto Ley 23/2018, de 21 de diciembre, ha sido muy fiel a la directiva y, así, se establecen controles adicionales en materia de contabilidad, gestión comercial o financiera (art. 21.4 de la LSF).

Este concepto de empresa integrada verticalmente es la traducción jurídica de una de las opciones del más coloquial término de *murallas chinas* que se venía utilizando en el sector ferroviario para hacer referencia a las precauciones a tomar en la relación entre el administrador de la infraestructura y los operadores ferroviarios. Debemos recordar que esas cautelas fueron la causa de que la LSF de 2003 apostase por una separación estricta entre el administrador y la empresa nacional española de bandera (RENFE). Se crearon así dos entidades públicas empresariales (ADIF y RENFE-Operadora) totalmente separadas y, en teoría, independientes entre sí desde el punto de vista institucional, contable y comercial.

La disyuntiva que se plantea ahora en nuestro país es qué medidas de configuración adoptar. Las alternativas son las siguientes:

- Crear un *holding* ferroviario integrado por ADIF y RENFE-Operadora y, consecuentemente, rectificar la apuesta llevada a cabo en el año 2003 cuando se decidió su separación.
- Mantener la separación entre ambas «EPEs».

Este debate, como se ha apuntado más arriba, ya se ha planteado en nuestro país. De hecho, el anterior Gobierno del Partido Popular, con el ministro de Fomento de entonces, Íñigo de la Serna, apostaba por la creación de una empresa integrada verticalmente que conllevaba la fusión entre ADIF y RENFE-Operadora. Sin embargo, el Gobierno socialista posterior, con José Luis Ábalos como ministro de Fomento, es partidario de lo contrario, de mantener la situación actual de separación estricta entre ambas entidades. Es necesario resaltar que ambas opciones son perfectamente compatibles con el modelo de gobernanza ferroviaria diseñado por Bruselas y regulado en el cuarto paquete ferroviario de 2016. Con tal de que las *murallas chinas* sean efectivas, es decir, que no exista un trato de favor por parte del administrador de la infraestructura a ningún operador ferroviario, al legislador comunitario positivo y al negativo (Tribunal de Justicia de la Unión) les da igual que dicho objetivo se consiga mediante la creación en un *holding* ferroviario nacional integrado verticalmente o mediante una separación estricta entre el administrador y la empresa ferroviaria de bandera.

Desde nuestro punto de vista, parece evidente que es más fácil conseguir que las *murallas chinas* funcionen cuanto más separados estén el administrador y los operadores y, por tanto, parece más razonable mantener la situación actual de separación entre ADIF y RENFE-Operadora. Además, pensando en un escenario futuro, no muy lejano, el escenario más probable es la privatización de todos los operadores ferroviarios, incluidos los tradicionales nacionales de bandera

(RENFE, SNCF o Deutsche Bahn), por mucho que se resistan los Estados miembros, por lo que no tiene sentido crear una empresa integrada verticalmente que absorba a una empresa ferroviaria que no tardando mucho va a ser privatizada, lo que requeriría esfuerzos adicionales, económicos y regulatorios, para desandar un camino que no es obligatorio seguir. Ese es el escenario que hemos vivido en el sector aéreo, sector en el que, en buena medida, se inspira el proceso de liberalización ferroviaria y que tiene más visos de producirse a medio plazo. Si ya es complicado, como demuestra la experiencia española, que se construyan estrictamente las *murallas chinas* con una separación jurídica y, en teoría, real entre el Administrador y los operadores (RENFE ha recibido hasta hace poco un trato favorable encubierto en nuestro país por parte de ADIF, especialmente en materia de cánones ferroviarios), ni que decir tiene cómo sería un modelo de gobernanza ferroviario con una empresa integrada verticalmente en España. Las experiencias en el derecho comparado, Francia y Alemania especialmente, tampoco son muy halagüeñas al respecto.

En definitiva, el pilar de la gobernanza es claro a nivel jurídico: impone la separación y neutralidad total del administrador de la infraestructura respecto de los operadores con el objetivo de dispensar un trato igualitario a cada uno de ellos, con titularidad pública de la infraestructura y privatización y liberalización del material rodante.

Pero el pilar de la gobernanza también es claro a nivel real: la separación y neutralidad total entre el administrador y los operadores nacionales tradicionales no ha funcionado eficazmente en la práctica y, por ende, no se han conseguido, a día de hoy, los resultados esperados.

2. EL PILAR TÉCNICO

Una vez examinado el pilar de gobernanza o político, pasamos a analizar el pilar técnico, que es imprescindible para aplicar el modelo de liberalización ferroviaria. En efecto, cuando a nivel político se apuesta por la liberalización como medio para conseguir el fin último de la mejora en la prestación del servicio público ferroviario, solo falta articularla a nivel práctico. Y eso solo es posible a través de las medidas o instrumentos técnicos que den virtualidad práctica a la liberalización.

Como puede fácilmente deducirse, conseguir un funcionamiento homogéneo y eficiente de un servicio de interés general tan ligado a las tradiciones nacionales como es este no ha sido tarea fácil desde el punto de vista técnico. En ese sentido, el ejemplo español es de nuevo paradigmático por lo que al ancho de vía distinto al europeo hace referencia. Son muchos los factores y peculiaridades propias de cada uno de los sistemas ferroviarios nacionales que han tenido que superarse para lograr que, por ejemplo, las redes transeuropeas de transporte ferroviario financiadas con fondos comunitarios de cohesión sean ya hoy una realidad en algunos casos.

Muchos son los aspectos que han tenido que ser regulados por parte de los reglamentos y las directivas comunitarias respecto a los condicionantes técnicos para

la realización efectiva de la liberalización del sector ferroviario. Nos centraremos en este apartado en los más relevantes, los que han tenido una incidencia más directa y han sido objeto de una regulación más prolija en la normativa europea y, por ende, en las diferentes normas nacionales, obligadas a aplicar directamente los reglamentos comunitarios, o a transponer al ordenamiento interno de los Estados miembros el contenido de las directivas. En este ámbito técnico, al igual que sucedía con el aspecto político o de gobernanza que acabamos de ver, las posturas de las autoridades nacionales competentes en materia ferroviaria no han sido unánimes y, también aquí, se ha tenido que ir avanzando lentamente hasta lograr el objetivo de conseguir la plena operatividad transnacional del ferrocarril a nivel europeo. Para ello, ha sido necesario centrarse en dos objetivos esenciales: la seguridad (homogeneizando la regulación de todos los sistemas de seguridad de la infraestructura, como, por ejemplo, la señalización a través del ERMTS, así como del material rodante, incluyendo la formación técnica necesaria de las personas encargadas del manejo de dicho material, los maquinistas) y la interoperabilidad, creando, por ejemplo, corredores ferroviarios transnacionales con un mismo ancho de vía y con una infraestructura y un material rodante homogéneo y homologado.

Pasamos a analizar los aspectos técnicos esenciales en los que se ha centrado para la consecución de un mercado ferroviario liberalizado a nivel europeo.

2.1. La declaración de red y la capacidad de la infraestructura

La «Declaración sobre la Red» es el documento que expone las características de la infraestructura puesta a disposición de las empresas ferroviarias y candidatos y contiene información sobre las condiciones de acceso a la misma, así como sobre las condiciones de acceso a las instalaciones de servicio y a la prestación de servicios en dichas instalaciones. En él se detallan las normas generales, plazos, procedimientos y criterios relativos a los sistemas de cánones y adjudicación de capacidad, así como la información necesaria para cursar una solicitud de capacidad de infraestructura⁷.

La transposición de la normativa europea sobre Declaración sobre la Red se lleva a cabo a través de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, que dedica el art. 32 a este asunto. El apdo. primero de dicho artículo afirma que «la declaración sobre la red expondrá las características de la infraestructura puesta a disposición de las empresas ferroviarias e informará sobre la capacidad y condiciones técnicas de cada tramo de la red y sobre las condiciones de acceso a la misma».

Como se puede observar, la Declaración sobre la Red es un elemento esencial en el funcionamiento del sistema ferroviario actual, ya que es el instrumento

⁷ Definición obtenida de la Declaración sobre la Red de ADIF para el 2019, cuyo documento completo se puede consultar en el siguiente enlace: http://www.adif.es/es_ES/conoceradif/doc/DR-19_V0_DocCompl.pdf

que nos indica el número de trenes que pueden circular por los diferentes tramos de red ferroviaria, la frecuencia que debe existir entre cada uno de ellos, etcétera. La Declaración de Red afecta muy directamente, como veremos, a las solicitudes de adjudicación de capacidad que realicen los operadores ferroviarios y a la seguridad, no pudiendo el administrador de la red adjudicar más tráfico del que puede soportar cada tramo, so pena de poner en peligro la seguridad ferroviaria.

La Declaración sobre la Red es la que sirve de base para la adjudicación de los «surcos» a petición de los operadores de manera similar a como el administrador de una infraestructura aeroportuaria adjudica «slots» a las compañías aéreas que solicitan cubrir una ruta entre dos aeropuertos a una hora determinada. En función de la capacidad de la infraestructura, ya sea aeroportuaria o ferroviaria, se adjudicarán las rutas de aviones o trenes dentro de los límites razonables para la preservación de la seguridad de los pasajeros.

En este sentido, la adjudicación de la capacidad se define en el art. 33 de la LSF como «la asignación por parte del administrador de infraestructuras ferroviarias de aquellas franjas horarias, definidas en la declaración sobre la red, a los correspondientes candidatos con el fin de que un tren o un vehículo ferroviario pueda circular, entre dos puntos, durante un período de tiempo determinado»⁸.

De esta forma, las empresas nacionales o internacionales que posean una licencia ferroviaria para operar en el ámbito geográfico de que se trate podrán solicitar al administrador de la infraestructura la adjudicación de los «surcos» que estimen convenientes para el traslado de pasajeros o mercancías en los horarios elegidos para ello.

Tal y como indica el art. 35 de la LSF, los administradores de la infraestructura ferroviaria podrán exigir requisitos concretos y adicionales a los operadores que soliciten adjudicación de capacidad en función de las características del tramo sobre el que se pretenda operar. En todo caso, estos requisitos deben haber sido especificados previamente en la Declaración sobre la Red y tienen que ser transparentes y no discriminatorios.

La Declaración sobre la Red y la adjudicación de capacidad son el primer paso técnico esencial para que se desarrolle eficazmente un modelo ferroviario liberalizado. En este sentido, ADIF celebró el lunes 22 de julio de 2019 un Consejo de Administración extraordinario con el punto central en el orden del día de la modificación de la Declaración sobre la Red para abrir a la competencia la RFIG y

⁸ En relación con la Declaración sobre la Red, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/2013, de 13 de diciembre. En ella, el TC declara la constitucionalidad de los preceptos reglamentarios estatales relativos a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria. Considera que los preceptos definidores de la red ferroviaria de interés general no invaden las competencias sobre ferrocarriles intracomunitarios y obras públicas de interés autonómico por cuanto no constituyen decisiones de ordenación sobre servicios de ferrocarril, sino manifestación de la gestión de la infraestructura (FJ 4 y 5).

que las empresas interesadas en competir con RENFE puedan presentar sus ofertas. Las empresas ferroviarias interesadas en la explotación de los tramos abiertos a la competencia por ADIF tuvieron de plazo hasta el 31 de octubre de 2019. Los tramos abiertos a la competencia han sido tres, los más atractivos. El tramo uno es el Madrid-Barcelona-Frontera Francesa y Valencia-Barcelona. El tramo dos es el Madrid-Levante (Valencia y Alicante). Y el tramo tres es el Madrid-Toledo-Sevilla-Málaga⁹. La oferta de capacidad marco que ha aprobado ADIF para esos tramos es de diez años. La adjudicación de dichos tramos se ha llevado a cabo en noviembre de 2019 y ha recaído en RENFE (el paquete A, que es el más voluminoso), en (SNFC el paquete B, el mediano) y en ILSA (empresa ferroviaria vinculada a Trenitalia) el paquete C, el más pequeño, con lo que las tres adjudicaciones han recaído en los operadores nacionales de España, Francia e Italia y el criterio manejado por ADIF ha sido, fundamentalmente, el número de «surcos» ofertados por cada compañía en cada uno de los paquetes, con lo que se asegura una mayor frecuencia de trenes en cada uno de ellos y, en teoría, una gestión más eficiente de la capacidad de cada tramo de la RFIG.

El proceso de liberalización en marcha puede dar lugar a un exceso de solicitudes de «surcos» por parte de los operadores, especialmente en los tramos más rentables económicamente, que en nuestro país vendrán representados por las líneas sobre las que transitan los trenes de alta velocidad. En esos supuestos, cuando no sea posible atender a las solicitudes de capacidad, el art. 10 del Reglamento comunitario 2016/545, de 7 de abril, indica que el administrador debe declarar congestionada la infraestructura y aplicar una serie de criterios de asignación de capacidad alternativos, que puede modular para dar acceso a todos los solicitantes o para mejorar la eficiencia en la utilización de la infraestructura. Así, en los casos de congestión se prioriza el tráfico de las líneas especializadas, que son aquellos tramos en los que el administrador ha declarado la preferencia de un tipo de tráfico en ciertos periodos horarios. De esta forma, el administrador puede priorizar el tráfico de trenes de larga distancia o de alta velocidad sobre sus respectivos surcos, evitando la aparición de cuellos de botella. Tras las líneas especializadas, se da preferencia a los servicios de interés público, los servicios internacionales y la capacidad adjudicada en acuerdos marco¹⁰.

En virtud de lo establecido en el art. 10, apdo. 3, del citado Reglamento comunitario 2016/545, el organismo regulador, la CNMC en España, ostenta unas facultades de control de los criterios utilizados por el administrador para modificar la capacidad de la infraestructura en aras a solucionar los conflictos por

⁹ Sobre los criterios para la adjudicación de capacidad por parte de ADIF y la necesidad de clarificar los cánones ferroviarios por utilización de la infraestructura y del resto de servicios, véase el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 26 de junio de 2019.

¹⁰ Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 1 de julio de 2019, sobre la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril, págs. 56-58.

saturación de la capacidad de la red que alcanzan a la necesidad de aprobación de los criterios adicionales utilizados por el administrador respecto a los contenidos en el apdo. 2 de ese mismo precepto o de la diferente ponderación que de dichos criterios pueda realizar el administrador.

En su informe de 1 de julio de 2019, la CNMC pone énfasis en la necesidad de respetar en todo momento los principios de transparencia, objetividad y no discriminación en el acceso de los operadores a la red y afirma expresamente que estará vigilante respecto a la celebración de acuerdos marco de adjudicación de capacidad por parte del administrador para que no se produzca un trato de favor al operador «incumbente» (RENFE), en detrimento del resto de operadores¹¹.

2.2. Los requisitos de otorgamiento de licencias ferroviarias

El art. 49, apdo. 1, de la LSF exige con carácter obligatorio la licencia ferroviaria para el transporte ferroviario de viajeros y de mercancías. Para que se obtenga dicha licencia, las empresas solicitantes deberán realizar una declaración de actividad y aportar la documentación exigida por los arts. 65 a 69 del Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario.

La entidad encargada del otorgamiento de la licencia de empresa ferroviaria es la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria, quien deberá resolver y notificar dicha resolución a la empresa solicitante en el plazo de tres meses, motivando, en su caso, la denegación. La licencia de empresa ferroviaria será válida para toda la RFIG. Las licencias otorgadas en otro país de la Unión Europea producirán plenos efectos en España.

El otorgamiento de la licencia ferroviaria es un elemento importante que está muy íntimamente relacionado con la seguridad. Es por ello que la regulación comunitaria ha querido ser especialmente rigurosa en la regulación del procedimiento de otorgamiento de estas licencias, tanto desde el punto de vista de los recursos humanos exigibles a los solicitantes (personal ferroviario habilitado a través de centros homologados de formación) como de los recursos materiales que deben poseer (material rodante que cumpla escrupulosamente los parámetros

¹¹ Informe CNMC de 1 de julio de 2019, *op. cit.*, pág. 58. Literalmente, la CNMC afirma lo siguiente: «[...] la consecución de estos acuerdos conlleva determinados riesgos, ya que, al vincular parte de la capacidad a un operador en el largo plazo, reducen la capacidad disponible para nuevos operadores durante la duración del acuerdo. En el contexto español, debería vigilarse la posible utilización de estos acuerdos por el operador incumbente para limitar la competencia de otros operadores en el mercado liberalizado. En este sentido, es necesario alcanzar un equilibrio en el que, asegurando al inversor una capacidad mínima que le permita afrontar las inversiones de entrada en el mercado, se maximice también el número de nuevos operadores ferroviarios diferentes en el mercado, en el sentido de que no formen parte del mismo grupo empresarial ni sus socios ostenten participaciones de control o ejerzan influencia decisiva en distintos adjudicatarios de capacidad».

de homologación a nivel europeo y autorizados por la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea). Adicionalmente, se atribuye la competencia del otorgamiento de la licencia ferroviaria a las agencias de seguridad ferroviaria nacionales, quienes están directamente coordinados con la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea (conocida anteriormente como EUAR y ahora como ERA)¹².

La cooperación entre las agencias de seguridad ferroviaria nacionales y la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea es esencial para la consecución de un verdadero mercado ferroviario único europeo eficiente y seguro. Por este motivo, tanto el otorgamiento de la licencia de empresa ferroviaria como la expedición de los certificados de seguridad son procedimientos muy exigentes en los que la normativa europea ha querido entrar de lleno para conseguir una homogeneidad en una materia muy trascendente y estrechamente ligada, como se ha apuntado, a la seguridad¹³.

La experiencia de colaboración entre la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea y las agencias de seguridad ferroviaria nacionales ha sido, hasta ahora, bastante buena. Están en permanente contacto y se celebran periódicamente reuniones de coordinación que posibilitan el necesario trato fluido que una cuestión como esta requiere. Todo ello se traduce en que, afortunadamente, el índice de siniestralidad ferroviaria a nivel europeo es prácticamente nulo. La rigurosidad que en materia de seguridad se exige a las empresas ferroviarias ha contribuido a lograr que el ferrocarril sea hoy un transporte percibido como una alternativa de movilidad segura y fiable por los ciudadanos europeos. Esta cooperación se ha reforzado todavía más, si cabe, en la Directiva 2016/798 debido a esta buena experiencia práctica y al escenario de liberalización total del transporte ferroviario en todos los países de la Unión que se nos avecina, lo que dará lugar, sin duda, a procesos de fusión de empresas y de aparición de nuevos operadores que transportarán a un gran volumen de personas a las que hay que asegurar el mayor nivel de seguridad posible.

Los requisitos para la obtención de la licencia ferroviaria se recogen en el art. 50, apdo. 1, de la LSF. Son cuatro:

- Revestir forma de Sociedad Anónima por tiempo indefinido.
- Solvencia financiera.
- Competencia profesional de su personal directivo.
- Contar con un seguro de responsabilidad civil que cubra las posibles responsabilidades que, eventualmente, pudiera contraer la empresa solicitante.

¹² La Agencia Ferroviaria de la Unión Europea se creó en el Reglamento 881/2004 y su papel y competencias se han reforzado en la Directiva 2016/798 de Seguridad Ferroviaria.

¹³ La Directiva 2016/798 regula en su art. 10 el certificado de seguridad único. Puede ser otorgado directamente por la ERA o por las agencias de seguridad ferroviaria nacionales, siguiendo los parámetros de seguridad regulados por la propia directiva y siguiendo lo establecido en el art. 8 de la misma.

El apdo. 3 del art. 50 regula las circunstancias impeditivas del otorgamiento de una licencia ferroviaria, siendo dichas circunstancias muy parecidas a las que otras normas sectoriales de nuestro ordenamiento recogen (art. 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) y están referidas a la falta de honorabilidad o de solvencia de las personas físicas que la integran o de la propia persona jurídica.

La documentación justificativa del cumplimiento de los cuatro requisitos regulados en el art. 50.1 de la LSF se desarrolla en los arts. 51 a 53 de la LSF y 66 a 69 del Reglamento del Sector Ferroviario (Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre).

El otorgamiento de la licencia ferroviaria tiene carácter indefinido, pero está sujeta a supervisión del cumplimiento de los requisitos en virtud de los cuales fue otorgada por parte de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria cada cinco años, con carácter general, cuando tenga indicios de que la empresa ferroviaria está incumpliendo los términos del otorgamiento o cuando haya habido un cambio en su régimen jurídico.

La licencia podrá suspenderse en casos de incumplimiento por un período máximo de veinticuatro meses o revocarse de manera definitiva si concurre alguna de las causas previstas en el art. 56.1 de la LSF. La competencia para adoptar la suspensión o la revocación de la licencia ferroviaria corresponde, en todo caso, a la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria.

Como se ha afirmado con antelación, el otorgamiento de una licencia ferroviaria y de un certificado de seguridad es un elemento fundamental para asegurar el buen funcionamiento del modelo ferroviario europeo, en el que uno de sus mayores aciertos ha sido reforzar las exigencias de seguridad para el otorgamiento de estos títulos habilitantes y homogeneizar los procedimientos de otorgamiento, estableciendo parámetros similares en todos los Estados miembros. De otro modo, no sería ni creíble ni fiable ni seguro el espacio ferroviario único europeo.

2.3. Las tasas ferroviarias

Están reguladas en los arts. 76 a 95 de la LSF. Son variadas y se abonan como contraprestación a la obtención de títulos habilitantes o por la prestación de determinados servicios ferroviarios.

Podemos clasificarlas en las siguientes:

- Por obtención de licencia de empresa ferroviaria. Tiene tres modalidades:
 - Por otorgamiento.
 - Por modificación de licencia.
 - Por renovación de licencia.
- Por otorgamiento de autorización de seguridad y de certificado de seguridad. Tiene cuatro modalidades:

- Expedición de autorización de seguridad.
 - Modificación, renovación o revisión de autorización de seguridad.
 - Expedición de certificado de seguridad.
 - Ampliación, renovación o revisión de certificado de seguridad.
- Por homologación de centros, certificación de entidades y material rodante, otorgamiento de títulos y licencias y autorizaciones de entrada en servicio. La tasa tiene como hecho imponible los siguientes trámites:
 - La homologación de centros de reconocimiento médico y de formación del personal ferroviario, y sus renovaciones o ampliaciones, ya sea autorizando nuevas instalaciones o la impartición de nuevas disciplinas formativas.
 - El otorgamiento de títulos y licencias de conducción al personal ferroviario.
 - La organización de convocatorias de examen para personal ferroviario, previos al otorgamiento de títulos y licencias de conducción.
 - La homologación de centros de mantenimiento del material rodante ferroviario.
 - La certificación de entidades encargadas de mantenimiento de vehículos ferroviarios o certificación de las funciones de mantenimiento delegables.
 - La autorización de entrada en servicio de vehículos ferroviarios.
 - El otorgamiento de títulos de consejeros de seguridad en relación con el transporte de mercancías peligrosas.
 - Por la prestación de servicios y realización de actividades en materia de seguridad ferroviaria.
 - Por la utilización o aprovechamiento especial de bienes del dominio público ferroviario.

La recaudación y gestión de estas tasas corre a cargo de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria, salvo la tasa cuyo hecho imponible es el aprovechamiento especial de bienes de dominio público ferroviario, que será gestionada y cobrada por el administrador ferroviario titular del dominio público ocupado.

Como cualquier tasa, estas que regula la LSF se han de abonar por los operadores del sector en atención a los servicios públicos que soliciten al ente competente en materia de seguridad o al titular y administrador de la infraestructura ferroviaria y la recaudación por la gestión de las mismas se destinará al patrimonio de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria o al administrador de la infraestructura ferroviaria, en el supuesto de la tasa por la utilización o aprovechamiento del dominio público ferroviario.

2.4. *El canon ferroviario*

Está regulado en los arts. 96 a 100 de la LSF. Su sistema de cálculo y gestión ha sido modificado por el cuarto paquete ferroviario en 2016 y, consecuentemente, dichos cambios han sido recogidos en los preceptos citados, modificados por el Real Decreto Ley 23/2018, de 21 de diciembre. Las modificaciones introducidas por el cuarto paquete ferroviario tienen como objetivo, entre otros, acabar con el trato de favor a los operadores ferroviarios monopolísticos de bandera que en la exigencia de estos cánones estaban llevando a cabo hasta hace poco los administradores de la infraestructura. Es algo muy conocido en el caso español.

La regulación de este canon ferroviario está inspirada en el modelo de liberalización del sector aéreo, al que, en otros muchos aspectos, como ya ha quedado dicho, imita la liberalización del sector ferroviario. En efecto, el canon es en el sector ferroviario el equivalente a las tasas aeroportuarias en el sector aéreo y tiene por objeto el cobro por parte del administrador de la infraestructura de los derechos de uso por parte de los operadores.

El art. 96, apdo. 1, de la LSF indica que «los administradores de infraestructuras ferroviarias percibirán de las empresas ferroviarias que utilicen las líneas de la Red Ferroviaria de Interés General, así como las estaciones de transporte de viajeros, terminales de transporte de mercancías y otras instalaciones de servicio, el abono de las tasas reguladas en esta sección, que recibirán el nombre de cánones ferroviarios».

De la lectura de dicho apartado sacamos varias conclusiones. La primera de ellas es la que hace referencia a la naturaleza jurídica de este canon, que ya nos advierte el precepto que es una tasa. La segunda es que dicho canon no solo se devenga por el uso del núcleo esencial de la infraestructura, es decir, por el trayecto que realice el material rodante del operador por la vía desde su punto de origen hasta su punto de destino, sino que también constituirá el hecho imponible de este canon la utilización de cualesquiera infraestructuras ferroviarias que sean necesarias para la prestación del servicio por parte del operador. La tercera es que este canon ferroviario no solo se impone, a pesar de lo que pudiera deducirse de una primera lectura atropellada, para la prestación de servicios ferroviarios de las infraestructuras que formen parte de la RFIG, sino que incluye cualquier servicio prestado por los administradores sobre cualquier tipo de infraestructura ferroviaria, forme parte del núcleo esencial de la misma (vía) o no forme parte de ella (estación).

De la regulación que del canon ferroviario se efectúa en el art. 96 de la LSF, que es el que establece los principios generales de aplicación del mismo, se deduce la importancia que esta herramienta tiene para la consecución de un funcionamiento eficaz y en competencia del sector ferroviario, pues el canon, aparte de tener que ser fijado conforme a criterios de transparencia, igualdad y no discriminación entre operadores, sirve como medio de fomentar la utilización de unas líneas u otras en función de la demanda y de lo que dicten en cada momento los intereses públicos, de tal forma que, si queremos aumentar

el tráfico ferroviario en una zona de la RFIG infrautilizada, bajaremos el canon para atraer a los operadores y, en cambio, si tenemos una congestión de tráfico ferroviario en un determinado corredor, el precio del canon será superior por los mayores costes de gestión que ese aumento de tráfico conlleva para el administrador de la infraestructura. De igual modo, el canon ferroviario sirve, de acuerdo con lo establecido en el apdo. 8 del art. 96, como incentivo para premiar o castigar el buen desempeño en la utilización de la infraestructura ferroviaria por parte de los operadores. Así, se pueden imponer penalidades a las empresas que perturben el funcionamiento de la red con incidencias continuas y, al revés, se pueden conceder primas-descuentos a los operadores que obtengan mejores resultados de los previstos y que, por ende, estén llevando a cabo un uso eficiente y responsable de la infraestructura.

Hemos de recordar que la infraestructura ferroviaria tiene un cuello de botella muy acusado, muy superior incluso al del sector aéreo, por lo que cualquier incidencia en su utilización puede suponer un caos de gestión en la infraestructura¹⁴. Una orden ministerial desarrollará y actualizará los criterios en virtud de los cuales se impondrán estas penalizaciones o se concederán estas primas a los operadores, fijándose los criterios básicos que dicha orden debe tener en cuenta en el art. 96.8, párr. segundo¹⁵, de la LSE.

El canon debe calcularse en función del coste directamente imputable al servicio ferroviario, atendiendo a los criterios de viabilidad económica de las infraestructuras, explotación eficaz de las mismas, situación del mercado y equilibrio financiero en la prestación de los servicios¹⁶.

También podrán tenerse en cuenta para su fijación factores medioambientales, de impacto acústico o de siniestralidad. Asimismo, como ya se ha comentado,

¹⁴ El sector aéreo también presenta cuellos de botella porque la infraestructura aeroportuaria es igualmente limitada y, por ende, no puede tener más capacidad que la que pueda razonable soportar sin que se vea afectada la seguridad aérea, por lo que los *slots* que se concedan serán limitados. No obstante, cuando un avión despegue de un aeropuerto de origen, la ruta que puede llevar es mucho más amplia y flexible. Puede ir a muchos sitios. Sin embargo, cuando un tren sale de su estación de origen debe seguir una ruta muy determinada y mucho menos flexible que la que realiza el avión. Por eso es esencial que la infraestructura ferroviaria se gestione eficazmente. Cualquier incidencia o uso irresponsable de la misma paraliza toda la infraestructura. Ese el motivo, entre otros, por el que la importancia en la puntualidad de la salida y la llegada de los trenes es mucho mayor que la de los aviones y por la que, de hecho, dicha puntualidad se cumple más escrupulosamente en el sector ferroviario que en el aéreo.

¹⁵ El desarrollo de estos incentivos se regula actualmente en la Orden FOM/189/2015, de 11 de febrero.

¹⁶ En la actualidad, las cuantías de los cánones ferroviarios se fijan en la Orden FOM/2336/2012, de 31 de octubre. El procedimiento de fijación de los cánones ferroviarios es el siguiente: ADIF y ADIF Alta Velocidad deben presentar una propuesta de cánones que deben someter a consulta de las empresas ferroviarias y a informe previo de la CNMC.

se tendrán en cuenta para el establecimiento de la cuantía de los cánones ferroviarios, la explotación eficaz de la RFIG, el grado de congestión de la infraestructura y su correcto funcionamiento, el fomento de nuevos servicios de transporte ferroviario, así como la necesidad de favorecer el uso de líneas infrautilizadas, garantizando, en todo caso, una competencia óptima entre las empresas ferroviarias (art. 96.7 LSF).

El importe del canon ferroviario se integra en el patrimonio del administrador titular de la infraestructura.

La LSF regula en sus arts. 97 y 98 dos cánones ferroviarios diferentes. El art. 97 regula el canon ferroviario por utilización de la RFIG y los servicios inherentes a su uso y el art. 98 regula el canon ferroviario por la utilización de las instalaciones de servicio titularidad de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias.

El canon de utilización de la RFIG y sus servicios inherentes engloba tres modalidades:

- a) Canon por adjudicación de capacidad (modalidad A): se paga por el servicio de asignación de aquellas franjas horarias, definidas en la declaración sobre la red, a los correspondientes candidatos con el fin de que un tren pueda circular entre dos puntos durante un período de tiempo determinado¹⁷.
- b) Canon por utilización de las líneas ferroviarias (modalidad B): se paga por la acción y efecto de utilizar una línea ferroviaria.
- c) Canon por utilización de las instalaciones de transformación y distribución de la energía eléctrica de tracción (modalidad C): se paga por la acción u efecto de utilizar las instalaciones de electrificación de una línea ferroviaria.

El canon por la utilización de las instalaciones de servicio titularidad de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias engloba cinco modalidades:

- a) Canon por la utilización de las estaciones de transporte de viajeros (modalidad A).
- b) Canon por paso por cambiadores de ancho (modalidad B).
- c) Canon por la utilización de vías con andén en estaciones para estacionamiento de trenes para servicios comerciales de viajeros y otras operaciones (modalidad C).
- d) Canon por utilización de vías en otras instalaciones de servicio: de apartado, de formación de trenes y maniobras, de mantenimiento, de lavado y limpieza, de suministro de combustible (modalidad D).
- e) Canon por utilización de puntos de carga para mercancías (modalidad E).

¹⁷ En el argot ferroviario, a esta modalidad de canon ferroviario se le denomina «surco», que es el equivalente al *slot* en el sector aéreo.

El canon ferroviario es un elemento de primer orden en el proceso liberalizador para dotar de transparencia al sistema y cumplir con los objetivos básicos de no discriminación y de no establecimiento de barreras de entrada al mercado. La distinción de estos dos cánones en los artículos citados puede servir de herramienta eficaz para la futura separación de los servicios prestados por diferentes administradores de infraestructuras cuando la liberalización del sector esté más madura.

Entre tanto, la aplicación práctica del mismo ha dejado mucho que desear hasta la reforma llevada a cabo por el cuarto paquete ferroviario de 2016, puesto que no se cumplían los objetivos fijados y pretendidos para el mismo, dispensándose, como ya se ha apuntado al inicio de este apartado, un trato de favor a las empresas nacionales de bandera (RENFE en España, SNCF en Francia...). Baste decir que, hasta no hace mucho, ADIF no cobraba canon alguno a RENFE por la utilización de sus infraestructuras ni de los servicios inherentes a la misma, por lo que se incumplían flagrantemente las obligaciones y objetivos previstos en dicha norma y, con ello, en la práctica se estaban generando asimetrías de competencia, lo que fue especialmente visible en el inicio de la liberalización del transporte ferroviario de mercancías, experiencia de la que deberíamos extraer algunas conclusiones si no queremos que los resultados de la liberalización del transporte ferroviario de pasajeros consiga los pobres resultados que ha obtenido la liberalización de las mercancías en nuestro país. No creo que eso vaya a ocurrir porque el mercado de pasajeros en España es mucho más atractivo que el de mercancías debido a las enormes diferencias de infraestructuras existentes en uno y en otro, lo que, unido a que estos incumplimientos en la no exigencia de los cánones ferroviarios a la empresa nacional de bandera ya no se producen, hará que la competencia entre los operadores ferroviarios en el transporte de pasajeros por ferrocarril en nuestro país sea real, efectiva y cruenta desde el inicio. Prueba de ello son los movimientos que ya se están produciendo para prepararse para lo que se les avecina a los operadores, especialmente a los que han ostentado el monopolio.

2.5. Los precios por prestación de servicios ferroviarios básicos, complementarios y auxiliares

Están regulados en los arts. 101 y 102 de la LSF. La redacción de estos dos artículos ha cambiado, siendo la actual deudora de la contenida en los apdos. 40 y 41 del art. 2 del Real Decreto Ley 23/2018, de 21 de diciembre, que modifica su contenido como consecuencia de los cambios operados respecto de estos precios por la Directiva 2016/2370/UE.

Estos precios son la remuneración que obtiene un operador ferroviario distinto al administrador de la infraestructura por la utilización de sus instalaciones por parte de otro operador. Por consiguiente, se diferencian de los cánones ferroviarios analizados en el apartado anterior de este trabajo, en primer lugar, en que el canon ferroviario se paga al administrador de la infraestructura por parte de los operadores y estos precios analizados en este apartado se pagan de operador a ope-

rador y, en segundo lugar, en su naturaleza jurídica, teniendo aquellos naturaleza jurídico-pública (tasa) y estos naturaleza jurídico-privada.

Para ser más gráficos todavía, el canon ferroviario es el que pagaría cualquier operador a ADIF por la reserva, por ejemplo, de una franja horaria para realizar un recorrido de un AVE de Madrid a Barcelona y por la utilización de los servicios básicos para que dicho tren salga de la estación madrileña de Atocha y llegue a la estación barcelonesa de Sant. Sin embargo, este precio privado es el que tendría que pagar un nuevo operador que entre en el mercado a partir de diciembre de 2020 para mover pasajeros por la reparación y mantenimiento de dicho tren en los talleres de RENFE o que pague en la actualidad un operador que mueve mercancías ferroviarias a RENFE por la utilización, por ejemplo, de uno de sus talleres de mantenimiento o por los apartaderos.

La modificación operada por la citada directiva e incorporada al ordenamiento jurídico español en diciembre de 2018 hace referencia, fundamentalmente, a la fijación del precio a percibir por el operador dueño de la instalación respecto de los servicios ferroviarios básicos. Dicho precio no podrá superar el coste de su prestación más un beneficio razonable, tal y como indica el apdo. 1 del art. 101 de la LSF.

Consideramos un notable acierto dicha modificación, puesto que coadyuvará a la remoción de los importantes obstáculos que funcionan en este sector como auténticas barreras de entrada al mercado. A pesar de que el concepto de «beneficio razonable» es un concepto jurídico indeterminado, el espíritu es más que evidente. Se trata de que los operadores que cuentan con instalaciones de servicio (esencialmente los operadores ferroviarios nacionales de bandera que han venido prestando servicios ferroviarios en los diferentes Estados miembros de forma monopolística desde tiempos inveterados) no obtengan una ventaja competitiva estipulando el pago de unos precios abusivos al resto de operadores por el uso de sus instalaciones. Este control del precio está justificado como forma de facilitar la entrada de más operadores al mercado y, por ende, generar una competencia real y ha resultado útil en otros sectores cuyo proceso liberalizador ha culminado con éxito, como es el caso de las telecomunicaciones cuando a finales de los años noventa del siglo pasado se impuso la obligación de que el antiguo operador público prestase su infraestructura a los nuevos operadores y se tuvo que controlar el precio de acceso de dichos operadores a la citada infraestructura para que el operador nacional de bandera no impidiese *de facto* el acceso con la fijación de unos precios abusivos.

A diferencia de lo que ocurre con la prestación de los servicios ferroviarios básicos, la fijación del precio por la prestación de los servicios complementarios y auxiliares será libremente acordado entre el operador solicitante y el operador prestador. Sin embargo, cuando exista un monopolio de mercado en la prestación de dichos servicios, como ocurre todavía en la mayoría de los Estados miembros, donde dichos servicios solo lo pueden prestar los antiguos operadores ferroviarios nacionales, se aplicará la misma política de control de precios que para los servi-

cios básicos y con los mismos objetivos descritos en el párrafo anterior. Es decir, se fijará el precio en función del coste del servicio, más un beneficio razonable (art. 101, apdo. 2, de la LSF).

Por su parte, el apdo. 3 trata de evitar una doble imposición por la prestación de estos servicios al indicar que no se pagarán en el caso de que la actividad o el servicio ferroviario que solicita el operador ya sea objeto de un canon ferroviario.

Los precios de estos servicios básicos, complementarios y auxiliares, así como las condiciones de acceso a los mismos, deben comunicarse al administrador y publicarse por este en la Declaración sobre la Red o en su web para que sean públicos y accesibles.

Como puede observarse, se ha intentado ser muy cuidadoso en la regulación de los precios de estos servicios, especialmente de los básicos, para que no se produzcan abusos por parte del operador dominante y que, por tanto, no se convierta en un cuello de botella adicional a los ya existentes en este sector, siendo este uno de los factores más decisivos para la consecución de un mercado en competencia¹⁸.

2.6. *La seguridad ferroviaria: certificados y autorizaciones de seguridad. De nuevo, las «mochilas» de la experiencia*

La seguridad es uno de los aspectos más técnicos e importantes en el nuevo modelo de sector ferroviario que se ha tratado de diseñar a nivel europeo. Los avances tecnológicos en el sector ferroviario en los últimos años del siglo pasado y en los primeros de este ha hecho necesario la introducción de elementos de seguridad adicionales que eviten accidentes en la circulación de unos trenes que, como el caso de la alta velocidad, circulan a más de 300 km/hora. Como pueden imaginar, cualquier accidente de un tren a esa velocidad provoca una enorme cantidad de muertos.

La Directiva 2016/798, de Seguridad, que forma parte del IV Paquete Ferroviario, sustituyó a la Directiva 2004/49. En el ordenamiento jurídico español, el título V de la LSF dedica los arts. 64 a 75 a esta cuestión, desarrollada por los arts. 105 a 116 del Reglamento del Sector Ferroviario.

Como prueba de la relevancia de la preocupación sobre la seguridad ferroviaria, la normativa europea creó en la citada Directiva de 2004 la Agencia Europea de Seguridad Ferroviaria, rebautizada por la Directiva de 2016 como Agencia Ferroviaria de la Unión Europea (ERA, por sus siglas en inglés). Asimismo, se obliga a los Estados miembros a crear su propia agencia de seguridad nacional.

¹⁸ Sobre determinadas prácticas contrarias a la competencia y abusos de posición dominante del operador estatal monopolístico en la apertura del sector ferroviario al mercado, véase C. Vicente Mampel (2018), «El abuso de posición dominante en el sector ferroviario en España», en J. Costas Comesaña (dir.), *Derecho de la competencia, desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid: Editorial Marcial Pons.

La creación de estos organismos no es un brindis al sol. La Directiva 2016/798 ha reforzado las competencias de la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea y ha apostado por el reforzamiento de los lazos y controles que esta ejerce sobre las agencias nacionales, quienes deberán establecer en sus diferentes estados los parámetros de seguridad establecidos por la ERA.

La Directiva 2016/798 regula en su art. 4 las competencias y funciones que corresponden a los operadores ferroviarios (Estados miembros, administradores de infraestructuras y empresas ferroviarias) en materia de seguridad. En ese sentido, es interesante destacar la insistencia de la directiva en que las medidas que tienen que adoptar todos estos actores para la mejora de la seguridad ferroviaria deben tener un carácter sistémico y como objetivo básico coadyuvar a la consecución de un espacio ferroviario único europeo.

Asimismo, la directiva dedica los arts. 5, 6 y 7 a establecer indicadores, métodos y objetivos comunes de seguridad de aplicación común por las agencias de seguridad ferroviaria de los Estados miembros. Estos deben adaptar su legislación nacional a estos parámetros de seguridad. Así, toda norma nacional en materia de seguridad ferroviaria que se apruebe deberá ser supervisada por la ERA.

La adaptación a la nueva normativa en materia de seguridad de la Directiva 2016/798 se lleva a cabo en España por el Real Decreto Ley 23/2018, de 21 de diciembre, que modifica los arts. 64 y 65 de la LSF en materia de seguridad, modificando también las competencias de la Agencia Española de Seguridad Ferroviaria. La Agencia Española de Seguridad Ferroviaria no podrá transferir dichas competencias en materia de seguridad a los administradores de infraestructuras ni a las empresas ferroviarias y deberá mantener su independencia frente al administrador de la infraestructura y las empresas ferroviarias en materia de organización, estructura y capacidad decisoria.

Deberá cooperar activamente con la Agencia Ferroviaria Europea y con las autoridades correspondientes de los demás Estados miembros de la Unión Europea, reforzándose los mecanismos de cooperación entre la ERA y las agencias nacionales en la citada directiva de 2016 (deben, entre otras cosas, enviar un informe anual a la ERA (art. 19, párr. primero de la directiva).

Respecto a las certificaciones y autorizaciones de seguridad, se regulan en los arts. 10 a 15 de la Directiva 2016/798 y, a nivel nacional, en los arts. 66 y 67 de la LSF.

La gran novedad es la creación del certificado de seguridad único a nivel europeo, que puede ser expedido por la ERA (cuando la empresa ferroviaria solicitante pretenda operar en más de un Estado miembro) o por una agencia de seguridad ferroviaria nacional (cuando el ámbito de actuación de la empresa ferroviaria solicitante sea el del Estado miembro donde ejerce sus competencias la agencia de seguridad ferroviaria ante la que se solicita el certificado), teniendo en cuenta los parámetros de seguridad regulados en la directiva.

Ninguna empresa ferroviaria puede prestar servicios de transporte ferroviario en la RFIG sin estar en posesión de una certificación de seguridad.

La solicitud del certificado de seguridad que efectúe toda empresa ferroviaria debe ser contestada expresamente en un plazo máximo de cuatro meses (art. 10.4 de la directiva).

La autorización de seguridad, a diferencia de las citadas certificaciones de seguridad, deben ser solicitadas por los administradores de infraestructuras y tienen por objetivo demostrar que dicho administrador está capacitado para administrar y explotar una infraestructura ferroviaria (art. 12.1 de la Directiva 2016/798). Para el otorgamiento de esta autorización deberá comprobarse que el sistema de seguridad diseñado por el administrador de la infraestructura cumple con los requisitos exigidos por el art. 9 de la directiva.

La solicitud del administrador debe ser resuelta expresamente también en un plazo máximo de cuatro meses.

La denegación de los certificados de seguridad a las empresas ferroviarias o las autorizaciones de seguridad a los administradores debe ser motivada. En ambos casos, cuando una agencia de seguridad ferroviaria nacional otorgue uno u otro título habilitante, deberá informar a la ERA.

La seguridad es, en definitiva, uno de los pilares esenciales sobre los que se tiene que construir el sistema ferroviario único europeo. Se le ha dado una importancia capital por los motivos ya apuntados. Pero es que, además, las experiencias nacionales han servido para tomar decisiones trascendentes en este ámbito. La apuesta por mantener la titularidad pública de la infraestructura en manos de administradores públicos tiene bastante que ver con lo que ocurrió en el proceso de liberalización ferroviaria en el Reino Unido en los años ochenta¹⁹. La pésima experiencia que en materia de seguridad tuvo ese proceso, unida a la necesidad de reforzar la seguridad de unas infraestructuras capaces de soportar un material rodante que circula a una gran velocidad, ha hecho que se reduplicuen los esfuerzos por establecer unos exigentes parámetros de seguridad homogéneos a nivel europeo. Los resultados son excelentes. La siniestralidad ferroviaria es prácticamente nula, sin perjuicio de que algunos episodios como el que tuvo lugar en Angrois (España) en julio de 2013 hayan supuesto una importante mancha que no puede ensombrecer los logros conseguidos. Es cierto que dicho accidente estuvo directamente relacionado con un enorme fallo de seguridad que no se hubiera producido en caso de que en el tramo en el que tuvo lugar hubiera estado operativo el sistema de señalización ERMTS y no el obsoleto ASFA, pero también es cierto que dicho accidente ha servido para aprender y extremar las cautelas en materia

¹⁹ La privatización de las infraestructuras ferroviarias, no solo del material rodante, en el Reino Unido en los años ochenta fue acompañado por un cúmulo de accidentes e incidentes ferroviarios, especialmente en la zona de Central London, donde la infraestructura, debido al enorme tráfico existente, era más difícil de gestionar. El motivo principal de dichos accidentes era que el administrador privado de la infraestructura no invertía en su mantenimiento y mejora.

de seguridad a nivel europeo, con la aprobación en 2016 de una exigente directiva que la refuerza.

2.7. *La interoperabilidad e intermodalidad*

Otro de los factores esenciales para la construcción de un sector ferroviario único europeo es el de la interoperabilidad e intermodalidad. Ambos principios son esenciales tanto para el transporte ferroviario de personas como para el de mercancías. Se trata, de nuevo, de temas eminentemente técnicos que han dado notables quebraderos de cabeza en el proceso de liberalización ferroviaria y han supuesto un volumen de inversiones no despreciable.

A nivel europeo, la Directiva 2016/797/UE sobre interoperabilidad, integrante del cuarto paquete ferroviario, regula las exigencias técnicas para el cumplimiento práctico de este trascendental principio y establece los mecanismos de control de su cumplimiento.

En el ordenamiento interno español, el art. 2, letra c) de la LSF señala que uno de los fines que viene llamada a cumplir es «facilitar el desarrollo de la política europea común de transporte ferroviario, favoreciendo la interconexión y la interoperabilidad de los sistemas ferroviarios y la intermodalidad de los servicios de transporte».

Por su parte, el art. 4, apdo. 6, indica que «el Estado y las Comunidades Autónomas con infraestructuras ferroviarias de su titularidad cooperarán para facilitar la conexión entre estas infraestructuras ferroviarias y la Red Ferroviaria de Interés General, fomentando la interoperabilidad entre las diferentes redes».

Asimismo, el art. 40, apdo. 2, obliga a que las infraestructuras ferroviarias privadas cumplan los requisitos de seguridad e interoperabilidad que se establezcan por el Ministerio de Fomento.

El art. 65, apartado 1, letra i) otorga la competencia para la supervisión del cumplimiento del requisito de interoperabilidad a la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria.

Por último, la disposición adicional tercera de la LSF recuerda que tanto el administrador de la RFIG, que es la infraestructura directamente conectada con la consecución del espacio ferroviario único europeo, como las empresas ferroviarias tienen la obligación de cumplir los requisitos de interoperabilidad e intermodalidad de la infraestructura en el primer caso y del material rodante en el segundo.

Como vemos, las referencias a la interoperabilidad y la intermodalidad salpican el articulado de la LSF y muestran la relevancia que se les otorga, imponiendo a todos los operadores ferroviarios la obligación de su cumplimiento.

La interoperabilidad de la RFIG fue desarrollada por el Real Decreto 1434/2010, de 5 de noviembre, que incorpora al ordenamiento interno español las especificaciones técnicas que sobre interoperabilidad se regulan en las directivas comunitarias.

La importancia de la interoperabilidad para la consecución de un espacio ferroviario único europeo se comprende muy bien en España, donde hemos vivido con un ancho de vía diferente desde que se estableciera el ancho de vía Subercase y, posteriormente, el ancho de vía ibérico en 1955²⁰. Viendo la necesidad de adaptarse al ancho de vía europeo, a partir de 1992, con la entrada en servicio de la Red Española de Alta Velocidad, se utilizó el ancho de vía europeo para los trenes AVE. Afortunadamente, dicha decisión ha evitado acometer unas enormes inversiones de adaptación de vía para cumplir con las exigencias de interoperabilidad a nivel europeo.

Más problemas tenemos con la adaptación del ancho de vía en parte de la RFIG sobre la que operan las denominadas líneas convencionales de pasajeros y de transporte de mercancías, lo que lleva a tener que utilizar conexiones de línea de AVE cuando se puede, como, por ejemplo, la conexión de la zona franca del puerto de Barcelona con la frontera francesa a través de los 80 kilómetros de la vía AVE de ancho internacional.

La solución al problema de interoperabilidad en el ámbito de las mercancías ha venido de la mano de la homologación definitiva este mismo año 2019 por parte de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria del sistema de eje ancho variable con cambio automático de eje para adaptarlo al ancho de la vía de la infraestructura por donde transita el tren. Esta solución, en cuanto acaba con el engorroso problema de la interoperabilidad, puede constituir una herramienta poderosa para mejorar los volúmenes de tráfico ferroviario de mercancías, estancados en los últimos años.

Sin interoperabilidad es imposible conseguir un espacio ferroviario único europeo. Salvar los problemas de interoperabilidad es abatir la verdadera muralla china del ferrocarril europeo²¹. De ahí los esfuerzos que tanto a nivel jurídico como a nivel técnico se han llevado a cabo para el diseño de redes ferroviarias transeuropeas que permitan que un pasajero efectúe un viaje en tren desde Lisboa a París sin tener que parar para cambiar el ancho de vía.

La eficiencia del sistema ferroviario único europeo está directamente relacionado con la consecución de una verdadera interoperabilidad de las infraestructuras y del material rodante, por lo que están más que justificadas las estrictas imposiciones jurídicas que se contemplan en la normativa europea para que tanto los administradores como las empresas ferroviarias cumplan las especificaciones técnicas europeas de interoperabilidad y se sometan a las rigurosas

²⁰ Este tipo de ancho de vía toma el nombre del ingeniero Juan Subercase, que fue la persona que lideró el equipo de ingenieros que estudió la viabilidad de la construcción de un ferrocarril en la Península Ibérica en 1844.

²¹ Entre los mitos que circulan por nuestro país en torno a la causa de que se estableciese en España un ancho de vía diferente al europeo está el que afirma que se hizo para evitar una nueva invasión francesa, lo que era incierto, pero pone de manifiesto la relevancia que la interoperabilidad tiene en la consecución de un espacio ferroviario transnacional.

competencias que para la vigilancia de dicho cumplimiento se otorgan a las distintas agencias nacionales y a la ERA en orden a la vigilancia y control de dicho cumplimiento.

Si la interoperabilidad es un principio esencial para la consecución de un espacio ferroviario único europeo eficiente, la intermodalidad sirve exactamente para lo mismo: dotar de eficiencia a un mercado ferroviario que coadyuve al crecimiento económico de la Unión. Si esa es la semejanza entre ambos principios (la consecución de un mercado ferroviario europeo eficiente), la diferencia fundamental entre ambos es que la interoperabilidad está centrada, no exclusivamente, como acabamos de comprobar, en el terreno del transporte ferroviario de pasajeros y la intermodalidad tiene como objetivo fundamental, no exclusivo, el transporte ferroviario de mercancías.

La intermodalidad en el ámbito de las mercancías se ha potenciado como forma de mejorar la eficiencia y la rapidez en su movimiento. La Unión Europea tiene como objetivo fundamental potenciar el tráfico de mercancías por ferrocarril hasta igualarlo con los porcentajes de Estados Unidos como forma de competir con el gigante norteamericano en generación de mercado, pero, fundamentalmente, con el objetivo de «quitar» camiones de la carretera. No obstante, todavía nos queda mucho camino por recorrer en este terreno. La ventaja norteamericana es muy grande y necesitamos todavía mucho tiempo para igualarnos con ellos. Requerirá, como bien sabemos en España, mucha inversión para conseguir que el ferrocarril aumente sus ratios de transporte de mercancías como forma de coadyuvar a la consecución de un verdadero mercado común. Sin embargo, algunas cosas se están haciendo, tanto a nivel europeo como a nivel español.

En España, por ejemplo, el diseño del corredor mediterráneo de mercancías no será una realidad hasta dentro de bastante tiempo, pero empieza a dar sus pasos. La creación de centros logísticos tanto en las zonas francas de los puertos más relevantes, conectados todos ellos con SSS (*Short Sea Shipping*), como cerca de Madrid (puertos secos), la liberación de tramos de la red convencional para mercancías por la entrada en servicio de nuevas líneas de alta velocidad, la ampliación de los apartaderos para facilitar que la composición de los trenes sea más larga, la citada reciente homologación del cambio automático de ancho o el fomento de la competencia entre operadores, que también se verá afectada por la liberalización definitiva del transporte de pasajeros, hacen que podamos ser moderadamente optimistas de cara al futuro en materia de intermodalidad²². La intermodalidad es irrenunciable si se quiere conseguir un espacio ferroviario único europeo fuerte que ayude a incrementar el PIB europeo.

²² Véase A. J. Alonso Timón (2012), «Medidas adoptadas en los últimos años para la introducción de la competencia en el transporte ferroviario de mercancías y efectos sobre el sector», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 45, págs. 119-132.

V. HACIA UNA COMPETENCIA REAL QUE BENEFICIE AL USUARIO. LA LIBERALIZACIÓN COMO MEDIO Y NO COMO FIN

Una vez superados los enormes obstáculos técnicos y jurídicos, la liberalización del sector ferroviario va a ser una realidad en todos los Estados miembros de la Unión Europea próximamente. El camino recorrido ha sido complicado, pero se ha ido aprendiendo mucho de él. Además, el que otros sectores con características parecidas, como el sector aéreo, hubieran iniciado este proceso liberalizador hace tiempo ha servido de inspiración para la liberalización ferroviaria y, por ende, se han tomado decisiones similares para situaciones parecidas, sin perder de vista que no todo lo implantado en el proceso de liberalización del sector aéreo es extrapolable al sector ferroviario.

Como pusimos de manifiesto al inicio de este trabajo, la liberalización en sí misma no es nada. No es un fin en sí mismo, sino el medio, el instrumento o la herramienta para conseguir el funcionamiento de un espacio ferroviario único europeo eficiente que, por tanto, mejore el transporte ferroviario de mercancías y de pasajeros.

Como no podía ser de otra manera y como ha sucedido en procesos de liberalización previos en otros sectores, ha habido luces y sombras. Afortunadamente, más luces que sombras. Es indudable que la regulación de los aspectos técnicos ha sido muy efectiva y ha servido para que pilares esenciales en la consecución de un espacio ferroviario único europeo como la seguridad, la interoperabilidad o la intermodalidad sean una realidad hoy. Cierto es que sin las estrictas exigencias jurídicas contenidas en los cuatro paquetes ferroviarios ello no habría sido posible, lo que nos da una idea de la necesaria e imprescindible interrelación entre lo técnico y lo jurídico. De hecho, los avances técnicos no habrían sido posibles sin el marco jurídico adecuado, que es el que los ha impulsado.

Sin embargo, el aspecto jurídico, que es el que por razones obvias nos interesa en este trabajo, incluye otra arista importante que no hay que perder de vista, como es la gobernanza, según se denomina en el propio argot regulatorio europeo.

Es precisamente el aspecto de la gobernanza del sector ferroviario europeo el que plantea mayores dudas en este proceso liberalizador.

Los aspectos más importantes del sistema de gobernanza ferroviario pueden ser, desde luego, debatidos e incluso puestos en duda. En ese sentido, las dos decisiones más importantes referidas a la gobernanza ferroviaria son las siguientes: primero, mantenimiento de la infraestructura básica (vías y estaciones) en manos públicas y apertura a la competencia del material rodante y, segundo, la separación estricta entre administradores de la infraestructura y operadores ferroviarios.

Pues bien, ambas apuestas han tenido un resultado desigual, diverso y disperso en los diferentes Estados miembros. Por lo que hace referencia al primer aspecto, la no privatización, a día de hoy, en la mayoría de los Estados miembros de la empresa ferroviaria de bandera de material rodante, como es el caso, por ejemplo, de España, ha producido distorsiones en la competencia y, por ende,

en el mercado, como se ha visto en la liberalización de las mercancías, lo que nos lleva al fallo de la segunda apuesta de gobernanza: la separación estricta dentro de los *holdings* ferroviarios de bandera. En eso se ha progresado, pero no se ha conseguido plena efectividad de las murallas chinas. Por ello, el concepto de empresa integrada verticalmente que se contiene en el cuarto paquete ferroviario de 2016 nos parece un desacierto total y una contumacia en el error.

La separación entre el administrador de la infraestructura ferroviaria nacional y el operador ferroviario tradicional nacional debe ser total y cierta y no se debe permitir la creación de empresas integradas verticalmente, cuestión en la que se ha cedido por la presión de los Estados miembros más relevantes de la Unión (Alemania y Francia) para salvar la situación jurídica y de posicionamiento en el mercado de sus dos *holdings* ferroviarios (Deutsche Bahn y SNFC). Más sentido y eficacia tiene seguir la senda iniciada por España en 2004 con la separación entre administrador nacional de bandera y operador nacional de bandera. Este es el único camino para conseguir una auténtica muralla china entre administrador de la infraestructura y operador de servicio. ¿Se imaginan que AENA e Iberia estuvieran todavía «integradas verticalmente»? Teniendo en cuenta cómo ha transcurrido el proceso de liberalización en otros sectores en los que el ferroviario se inspira constantemente, el concepto de «empresa integrada verticalmente», aunque necesariamente transitorio, me parece caduco e ineficaz y solo responde, como se ha reiterado ya a lo largo de este trabajo, a la protección de intereses nacionales espurios.

Para conseguir un espacio ferroviario único europeo liberalizado de verdad y eficaz es urgente que se afronte la privatización de todos los operadores de servicio nacionales, como se hizo a finales de los años noventa del siglo pasado con las aerolíneas de bandera.

Solo de esta manera se evitarán los tratos de favor que se han venido observando en los primeros años de liberalización del transporte ferroviario de mercancías y de personas en los diferentes Estados miembros, lo que ha producido enormes ineficiencias y grandes dificultades de acceso al mercado para varios operadores.

¿Tiene sentido en este nuevo contexto de liberalización que los Estados miembros sigan prestando directamente un servicio público a través de empresas ferroviarias deficitarias en su mayoría cuando puede ser prestado de manera indirecta por muchos operadores en régimen de competencia? Ninguno.

Como la experiencia ha demostrado en otros procesos de liberalización, la coexistencia de una empresa pública con operadores privados solo genera conflictos e ineficiencias de mercado. No se puede gobernar igual a troyanos y a troyanos. Si esta situación no se remedia pronto, traerá problemas y, consecuentemente, mermará la eficacia y eficiencia del modelo de liberalización ferroviario. Solo hay una solución para ello: privatizar con urgencia en todos los Estados miembros de la Unión Europea el operador ferroviario de bandera. Y, posteriormente, con menor urgencia y con mayores dudas por mi parte, se planteará la privatización de los administradores ferroviarios de infraestructuras nacionales, como ya ha ocurrido

con los administradores de infraestructuras aeroportuarias en distintos Estados miembros. Pero, como se dice, ese es un tema no tan urgente y no tan claro. Aquí la experiencia liberalizadora nos dicta lo contrario al caso anterior y parece advertirnos de los peligros de adoptar la decisión de privatizar la infraestructura. El gran coste de creación y mantenimiento de unas infraestructuras ferroviarias punteras y tecnológicamente avanzadas como las que gozamos en Europa en la actualidad hace necesario unos volúmenes de inversión que, en tiempos pretéritos ya referidos en este trabajo, no se llevaron a cabo. La privatización futura, sin prisas, de las infraestructuras ferroviarias debe acometerse, en caso de hacerse, con una rigurosidad y exigencias notables a los posibles actores privados interesados en su gestión para que los pilares básicos del funcionamiento del sistema ferroviario único europeo (seguridad, interoperabilidad e intermodalidad) no se vean afectados negativamente.

La apertura de un mercado a la competencia es «naive» si solo va acompañada de una norma cargada de buenas intenciones. El paso de la prestación de los servicios públicos de manera directa por parte de un Estado interventor a la prestación de los servicios públicos de manera indirecta a través de un Estado regulador se consigue, como hemos visto en los distintos sectores regulados abiertos a la competencia desde finales de los años noventa del siglo pasado, a través de tres herramientas jurídicas:

- Aprobación de una ley que abre el mercado a la competencia.
- Privatización de la empresa nacional que presta el servicio que se liberaliza.
- Creación de un organismo regulador que supervisa el funcionamiento de ese mercado en competencia y la actividad que sobre el mismo desempeñan los operadores.

El sector ferroviario cuenta en la actualidad con dos de esas tres herramientas: la regulatoria directa que ha optado por abrir el mercado a la competencia a través de los cuatro paquetes ferroviarios y las autoridades administrativas independientes que se encargan de que se cumplan las condiciones de mercado en competencia en este sector, de las que se hablará ahora. Pero todavía falta una de las tres herramientas que hacen que un mercado funcione en competencia sin asimetrías, interferencias ni privilegios o tratos discriminatorios injustificados.

La creación de organismos de supervisión del funcionamiento del sector ferroviario, común a todos los procesos de liberalización de los distintos sectores regulados, se concreta en la existencia de autoridades administrativas independientes encargadas de la vigilancia del cumplimiento de las normas de competencia y de la imposición de medidas correctoras en los supuestos en que algún operador no estuviese cumpliendo las mismas. En España, la LSF de 2003 (arts. 82 a 84) creó el Comité de Regulación Ferroviaria con esos objetivos. No obstante, la reforma que de los organismos reguladores se llevó a cabo en España en el año 2013 hizo que dicho comité quedase integrado en la Comisión Nacional

de los Mercados y de la Competencia (CNMC)²³. Este «superregulador» cuenta en su organigrama con una Dirección General de Transportes y del Sector Postal, dentro de la cual existe una Subdirección del Sector Ferroviario, que, sin perjuicio de las competencias generales que para el buen funcionamiento de los sectores regulados ostentan otros departamentos de este organismo, se ocupa específicamente de la supervisión del sector ferroviario. En este sentido, la CNMC ha elaborado algunos informes importantes sobre la materia en los últimos años. Los dos últimos, de gran relevancia, de 18 de diciembre de 2018. Uno sobre servicios comerciales de transporte de viajeros y el otro sobre mercancías.

Las competencias de los organismos reguladores nacionales han quedado reforzadas, como no podía ser de otra manera, en el cuarto paquete ferroviario y, consecuentemente, en la LSF española de 2015. En el caso español, aparte de los informes citados de diciembre de 2018, la CNMC ha tenido ocasión de pronunciarse ya sobre algunos aspectos importantes de la liberalización del transporte ferroviario de viajeros, como es el caso de las obligaciones de servicio público, que trató en su informe de 6 de septiembre de 2018^{24, 25}.

Siguiendo con las cuestiones de gobernanza, en España se han adoptado importantes decisiones relacionadas con la misma en los últimos años. Concretamente, las iniciativas llevadas a cabo en nuestro país en 2012 y 2013, con la reestructuración de RENFE en cuatro empresas diferenciadas en 2012 y de ADIF en dos en el año 2013²⁶.

²³ La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia se creó por la Ley 3/2013, de 4 de junio, e integró en su seno a varios organismos reguladores. Entre los más destacados, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Energía o el Comité de Regulación Ferroviaria.

²⁴ Las obligaciones de servicio público ferroviario (OSP), reguladas en la actualidad en el art. 59 de la LSF son aquellos que se prestan en tramos de la RFIG de competencia estatal que son deficitarios desde el punto de vista comercial para los operadores y que, por tanto, mediante el oportuno contrato de servicio público, su prestación está sujeta a subvención pública y se ejerce en régimen de exclusividad. Para garantizar el equilibrio económico de estos contratos se respeta su eficacia más allá de diciembre de 2020, cuando será plenamente operativa la liberalización del transporte ferroviario de pasajeros.

²⁵ Sobre la reordenación de las competencias regulatorias en el sector ferroviario, véase J. J. Montero Pascual (2014), «Reordenación de las competencias regulatorias en el sector ferroviario», en M. Carlón Ruiz (dir.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Madrid: Editorial Civitas, págs. 559-594.

²⁶ El Real Decreto Ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios, dividió RENFE-Operadora en cuatro sociedades mercantiles públicas (RENFE viajeros, RENFE mercancías y logística, RENFE fabricación y mantenimiento y RENFE material rodante) y suprime FEVE. Dicha división se hizo efectiva el 27 de junio de 2013 por acuerdo del Consejo de Administración de RENFE-Operadora. Estas cuatro sociedades se integran en RENFE-Operadora, que mantiene su naturaleza jurídica de Entidad Pública Empresarial.

Aunque las causas de ambas reestructuraciones son diferentes y, después de llevada a cabo las mismas se ha intentado dar marcha atrás en el caso de la división de ADIF, estas operaciones suponen una clarificación del panorama ferroviario público en España que es de alabar, sobre todo porque en el caso de RENFE-Operadora debería ser el primer paso para acometer su privatización sin mucha demora.

VI. PROBABLE ESCENARIO FUTURO EN UN CONTEXTO DE LIBERALIZACIÓN

El escenario que se abre con la apertura del mercado del transporte ferroviario de pasajeros a la competencia en todos los países de la Unión Europea presenta las incertidumbres propias de las especialidades del sector sobre el que se proyecta y las certidumbres ajenas de los procesos similares vividos en otros sectores parecidos a este en los que existen importantes cuellos de botella en el acceso a la infraestructura, como pueda ser el sector aéreo.

Dentro de las certidumbres, que son las variables que con mayor precisión podemos abordar, entra dentro de lo razonable pensar que los grandes operadores ferroviarios europeos van a tratar de posicionarse en los mercados más interesantes desde el punto de vista de la explotación del servicio en función de la calidad de las infraestructuras y del volumen de demanda de viajeros. En ese sentido, un país como España es muy apetecible debido a las excelentes infraestructuras ferroviarias que posee en alta velocidad, donde cuenta con el mayor número de kilómetros de todos los países de la Unión, y a la adecuada distancia entre las principales ciudades del país, lo que hace del ferrocarril de Alta Velocidad la alternativa de transporte más atractiva y, con una buena oferta comercial, no es descabellado pensar que se incrementará el volumen de tráfico de pasajeros. Por tanto, España será uno de los países donde la apertura a la competencia se notará de manera muy tangible y aparecerán, como ya han dejado entrever, varios operadores

Por su parte, el Real Decreto Ley 15/2013, de 13 de diciembre, por razones económicas y de financiación, reestructuró ADIF en dos Entidades Públicas Empresariales: ADIF y ADIF Alta Velocidad (que es la que crea el citado Real Decreto Ley). Dicha reestructuración entró en vigor el 31 de diciembre de 2013. A partir de dicha fecha, ADIF se encarga de la gestión de la infraestructura ferroviaria convencional de ancho ibérico y ADIF Alta Velocidad se ocupa de la administración de las líneas de Alta Velocidad de ancho internacional. Posteriormente se ha intentado dar marcha atrás en esa división y volver a unificar las dos Entidades Públicas Empresariales, pero la Comisión Europea no lo ha autorizado con el argumento de que los cánones que el gestor ferroviario cobra a RENFE no pueden considerarse como ingresos de mercado, lo que supone incumplir con la normativa europea de contabilidad (SEC 2010) al no poder justificar que más del 50% de los ingresos que percibe ADIF Alta Velocidad proceden del mercado.

interesados en la explotación de los tramos de la RFIG más «golosos». Lo mismo sucederá en determinados países, como Reino Unido, Alemania, Francia o Italia, que también cuentan con tramos especialmente apetitosos, y donde ya hemos visto que la liberalización anticipada que se ha llevado a cabo en alguno de estos países ha dado buenos resultados y ha supuesto una mejora en la calidad de prestación del servicio. Hemos de dar por descontado una bajada de precios de los billetes en los trenes de Alta Velocidad como consecuencia de la agresiva política comercial que se desarrollará en un futuro mercado en competencia. La propia RENFE ya ha comenzado a experimentar con ello al crear un billete de AVE *low cost* y anunciar nuevas estrategias de precios con las que se está preparando para la apertura del mercado a la competencia.

Probablemente, la aparición de nuevos operadores ferroviarios, seguramente excesiva inicialmente en algunos países y tramos, conllevará irremediablemente una racionalización y concentración futura, como ha ocurrido en el sector aéreo. Más si cabe en el sector ferroviario porque el cuello de botella, y, consecuentemente, la gestión de la infraestructura, presenta mayores dificultades y, por ende, no cuenta con capacidad para que la prestación del servicio sea llevada a cabo por una multiplicidad excesiva de operadores. Adicionalmente, la entrada y permanencia en el mercado ferroviario no es barata. Conlleva unos volúmenes de inversión nada desdeñables que harán que a la mínima que un operador cometa un error empiece a notarlo de manera significativa en su cuenta de resultados. Por consiguiente, no se espera una entrada masiva de operadores al mercado, con una reducción progresiva de los mismos en el futuro.

Por otra parte, como ya se ha comentado en el apartado anterior, es previsible que, a veinte años vista, como máximo, los operadores públicos dejen de tener presencia en la explotación de los servicios ferroviarios en los diferentes países, como ya ha ocurrido en otros sectores. La desaparición de estos operadores públicos hará que la competencia entre los diferentes operadores privados sea más real y efectiva y que los administradores de la infraestructura no sientan la presión política ni la tentación económica de favorecer los intereses de dichos operadores públicos en detrimento del resto de operadores o que dicho trato suponga, *de facto*, una barrera de entrada al mercado. Tiene que resultar decisivo aprender de los errores cometidos en la liberalización del transporte ferroviario de mercancías, donde alguna cosa de estas ha ocurrido y no ha sido verdaderamente edificante. No obstante, hasta que esto ocurra, parece razonable pensar que los operadores públicos más potentes, léase Deutsche Bahn, SNCF u operadores británicos con gran experiencia y músculo financiero, van a quedarse con gran parte de la tarta ferroviaria de pasajeros, como ya empiezan a hacer con la de mercancías, no solo en sus países de origen, lo que les pondrá en una situación de privilegio en el momento en que se afronte su privatización, que es uno de los objetivos que han perseguido sus respectivos gobiernos con el retraso en la liberalización.

También es razonable pensar que las infraestructuras permanecerán en manos públicas más tiempo que el que lo harán los operadores. No obstante, en al-

gunos países, como ya ocurre en Reino Unido, dicha infraestructura también será privatizada. Este hecho vendrá condicionado, en buena medida, por la evolución tecnológica del sector y el volumen de inversiones que sea necesario acometer para la generación y mantenimiento de las nuevas infraestructuras del futuro. Las líneas de Alta Velocidad nos fascinan en la actualidad, pero no son nada comparado con lo que se avecina. Existe ya alguna tecnología en pruebas que puede constituir una auténtica disrupción en el sector y que puede conllevar enormes cambios de gobernanza y técnicos, por lo que es difícil aventurar qué ocurrirá realmente con la titularidad de la infraestructura en el futuro. Si dichas tecnologías se abren paso y un operador privado no solo es capaz de crear y mantener su propia infraestructura, sino que la ve como el elemento esencial para la prestación de su servicio, va a ser difícil poner puertas al campo, teniendo en cuenta, además, que la transmisión de esa infraestructura a manos privadas, siempre que se garantice la seguridad, ahorra una enorme cantidad de dinero al contribuyente.

En definitiva, hay cosas más claras y menos claras sobre lo que puede traer la liberalización total del sector ferroviario a nivel europeo. Las que parecen más claras las hemos tratado de abordar. Las más oscuras las dejamos para los prestidigitadores.

1. UNA EXPERIENCIA RECIENTE EN LA QUE MIRARSE: EL CASO DE ITALIA²⁷

Parece interesante comprobar si, en efecto, algunas de las cosas que vemos como probables o claras que puede conllevar la liberalización, especialmente en España, se han cumplido ya en otros países donde el proceso de liberalización del transporte ferroviario de pasajeros se ha anticipado unos años. En ese sentido, la experiencia italiana nos puede resultar de utilidad por contar con algunos factores similares a los que nos podemos encontrar en España dentro de un par de años.

Lo primero que hay que decir es que la experiencia italiana ha sido realmente satisfactoria hasta ahora. En Italia, en abril del 2012, el operador privado Italo empezó a competir con el operador público Trenitalia en las líneas de Alta Velocidad del país, y el balance, seis años después, es extraordinariamente positivo, con unas cifras que superan las expectativas iniciales.

En el año 2011, la red de Alta Velocidad italiana movía treinta y ocho millones de viajeros. Tan solo cinco años más tarde (2016), la cifra había aumentado a sesenta y ocho millones. Durante esos cinco años, Italia no abrió ninguna nueva línea de Alta Velocidad y el PIB per cápita del país no creció precisamente. Sin embargo, como vemos, el tráfico en trenes de Alta Velocidad aumentó en casi un 80%. El aumento en pasajero por kilómetro fue también sorprendente (41%).

²⁷ Sobre otras experiencias menos recientes, véase D. Entrena Ruiz, M. Gámez Mejías, A. Fortes Martín y L. Parejo Alfonso (2004), *Estudio sobre la ordenación del sector ferroviario en la Unión Europea (El marco comunitario y los casos alemán, francés, británico y español)*, Madrid: Editorial Dykinson.

Respecto del precio de los billetes, ha caído en picado (un 30% el primer año), con las dos compañías (Italo y Trenitalia) compitiendo en oferta comercial y tratando de mejorar la calidad del servicio y horarios.

Todo ello se ha producido sin que el nuevo operador, Italo, haya herido de muerte a Trenitalia, sino, fundamentalmente, porque la compañía pública (Trenitalia) ha espabilado y ha mejorado muchísimo su servicio. Tras cinco años de competencia, Italo tenía una cuota de mercado del 16,3% en Alta Velocidad, lo que supone que la mayoría de los viajeros nuevos siguen utilizando, pero ahora de manera mucho más frecuente y masiva, los Frecciarossa del viejo monopolio estatal. Por consiguiente, la competencia no ha quitado clientes a Trenitalia, sino que le ha forzado a operar más trenes, a mejor precio y con mejores horarios.

¿Podemos esperar ver resultados parecidos en España? Podría decirse que sí. Es muy posible que veamos un efecto similar o incluso aún mayor, dadas las mejoras y más extensas infraestructuras de Alta Velocidad con que cuenta nuestro país.

El mercado potencial, al menos en los corredores principales, es de un tamaño parecido; las áreas metropolitanas de Milán y Roma, por ejemplo, suman una población parecida (12 millones) que Madrid y Barcelona (11 millones), y el valle del Po tiene un peso comparable al corredor mediterráneo (14 millones comparado con 10 millones).

Para que las cosas salgan bien, como ya se ha apuntado anteriormente, es necesario implementar la liberalización con asepsia y que el administrador de la infraestructura no dispense tratos de favor al operador nacional de bandera, haciendo la vida imposible a las compañías nuevas. Liberalizar el ferrocarril en España puede hacer que el servicio ferroviario mejore y que la utilización de nuestras líneas de Alta Velocidad se democratice y se acabe con la diferencia de precios entre los AVE y los trenes convencionales, lo que, desde el punto de vista social, no es mala cosa.

VII. CONCLUSIONES

- El cuarto paquete ferroviario de 2016 confirma que la liberalización del sector descansa sobre dos pilares fundamentales: el técnico y el de la gobernanza.
- El pilar técnico es el que más obstáculos planteaba por lo costoso de las inversiones que había que hacer y es en el que más certeramente se ha avanzado, centrándose en tres aspectos esenciales para la consecución de un espacio ferroviario único europeo creíble y eficiente, como son la seguridad, la interoperabilidad y la intermodalidad. Destaca entre estos tres la importancia que se le ha otorgado a la seguridad en los cuatro paquetes ferroviarios, lo que ha hecho del ferrocarril un transporte muy seguro en la actualidad a nivel europeo.
- El pilar de la gobernanza es el que más dudas ofrece hoy. Debido a intereses políticos nacionales, no se ha acometido la regulación de uno de los tres aspectos esenciales que caracteriza a todo proceso de liberalización para que

sea realmente efectivo y no se produzcan interferencias ni tratos discriminatorios o de favor que conlleven barreras de entrada al mercado, como es la privatización de los operadores ferroviarios nacionales. La regulación de los otros dos, apertura del sector al mercado mediante ley y creación de un organismo de supervisión, es imprescindible, pero no suficiente. En los próximos años debería acometerse la privatización de estos operadores nacionales para que la competencia despliegue todos sus efectos positivos.

- Lejos de acometer este proceso de privatización de los operadores nacionales de bandera, se insiste en el cuarto paquete ferroviario en el error de permitir su coexistencia incluso unidos a los administradores nacionales de las infraestructuras mediante el concepto de «empresa integrada verticalmente», con la regulación de una serie de exigencias estrictas para la consecución del objetivo de las murallas chinas que, en la forma en que está regulado, parece un tanto ingenuo y desconocedor de la experiencia práctica vivida en algunos de los Estados miembros por lo que a la relación entre el administrador de la infraestructura (público) y el operador monopolístico (público también) se refiere. Somos conscientes de que, quizá, esta sea una medida transitoria y necesaria, pero no se deben ignorar los buenos resultados que la privatización del operador de bandera ha tenido en otros sectores liberalizados con anterioridad, como es el caso del sector aéreo.
- En ese sentido, la situación española, con la «desintegración vertical» llevada a cabo en el año 2004 entre el administrador y el operador monopolístico hasta ahora en dos Empresas Públicas Empresariales, nos parece mucho más adecuada que la apuesta que han hecho otros países por la verdadera empresa integrada verticalmente de la que forman parte ambos y sobre la que es mucho más complicado aplicar la doctrina de las murallas chinas. Por ello, nos parece más acertada la posición del gobierno socialista de mantener la situación actual que la del gobierno anterior del Partido Popular, que se planteó la unión de ADIF y RENFE.
- Las perspectivas futuras cuando esté plenamente operativa la liberalización del sector ferroviario con la apertura a la competencia del transporte de pasajeros en diciembre de 2020 son, a pesar de lo comentado, francamente positivas. Los dos hechos más evidentes que se vislumbran y que se han producido en otros países donde la liberalización se ha adelantado unos años es que se producirá una bajada del precio de los billetes de tren y una mejora de los servicios al pasajero, con mayores frecuencias de trenes y mejores horarios, con lo que se cumplirían los dos objetivos básicos de la liberalización ferroviaria señalados en rojo ya en 1996 por el Libro Blanco de la Comisión Europea.
- La relevancia de España en la liberalización del sector ferroviario a nivel europeo será notable, al contar con una Red de Alta Velocidad excepcional, extensa y con unas distancias entre las ciudades más importantes del país que la hace muy apetecible para cualquier operador ferroviario.