

## LA INADECUACIÓN DEL CANON DE ACCESO A LAS INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

(THE INADEQUACY OF THE CHARGE FOR THE ACCESS TO RAILWAY INFRASTRUCTURES TO THE EUROPEAN UNION LAW)

GERARD BLANCHAR ROCA

Doctorando

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales UNED

**Resumen:** Los cánones ferroviarios, configurados actualmente como tasas, no se ajustan a las previsiones del Derecho de la Unión Europea, que exigen que el administrador de infraestructuras ferroviarias tome las decisiones sobre la fijación de los precios a pagar por el acceso a las mismas y que estas decisiones puedan ser revisadas por un organismo regulador independiente. Se trata, además, de un modelo que no se adapta a una moderna concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica. La alternativa de un modelo de precios regulados o de un modelo de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias permitiría dotar de más protagonismo al administrador de infraestructuras ferroviarias y al organismo regulador independiente, en consonancia con el Derecho de la Unión Europea.

**Palabras clave:** Cánones ferroviarios; dominio público; administrador de infraestructuras ferroviarias; precios regulados; prestaciones patrimoniales públicas tributarias y no tributarias.

**Abstract:** The railway charges, currently set up as fees, do not comply with the provisions of European Union law, which require

the railway infrastructure administrator to take decisions on setting the prices to pay for the access to them and that an independent regulatory body reviews these decisions. It is also a model that does not adapt to a modern conception of transport infrastructures as companies that carry out an economic activity. The alternative of a regulated price model or a model of non-taxable public wealth benefits, would make it possible to give more prominence to the railway infrastructure administrator and the independent regulatory body, in line with the Law of the European Union.

**Key words:** Rail charges; public domain; administrator of railway infrastructures; regulated prices; taxable and non-taxable public wealth benefits.

Recepción original: 31/07/2019

Aceptación original: 11/11/2019

**Sumario:** I. Introducción. II. Las prestaciones patrimoniales públicas por el uso del dominio público. III. El canon de acceso a las infraestructuras ferroviarias. *III.A. Antecedentes. III.B. El régimen jurídico vigente.* IV. El conflicto entre el modelo de ingresos ferroviarios vigente en España y el Derecho de la Unión Europea. *IV.A. La función esencial del administrador de infraestructuras ferroviarias de decidir sobre la fijación de los cánones de acceso y el control posterior a cargo de un organismo regulador independiente. IV.B. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 28 de febrero de 2013 (asunto C-483/10, Comisión Europea contra España). IV.C. La concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica. IV.D. El último intento fallido de afrontar el problema: el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre.* V. El dominio público como obstáculo a un modelo alternativo a las prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario. VI. Precios regulados por el acceso a las infraestructuras ferroviarias. VII. La opción de un sistema de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias. VIII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Los cánones ferroviarios se configuran en la legislación ferroviaria como prestaciones patrimoniales públicas tributarias –tasas–, dado que con los mismos se retribuye la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público ferroviario. Este modelo no deja ningún margen de maniobra al administrador de in-

fraestructuras ferroviarias en la fijación de los cánones de acceso, porque éstos vienen determinados en la ley por imperativo del artículo 31.3 de la Constitución, por lo que no puede desarrollar una política comercial propia en materia de precios que le permita maximizar la explotación de las infraestructuras.

El presente artículo pretende confrontar esta naturaleza jurídica de los cánones ferroviarios con el Derecho de la Unión Europea, que prevé, como una de las funciones esenciales de la gestión independiente de las infraestructuras, que el administrador tome las decisiones sobre la fijación de los cánones por el uso de las infraestructuras ferroviarias y que con posterioridad estas decisiones puedan ser revisadas por un organismo regulador independiente, con facultad incluso para modificar los cánones establecidos. Además, el artículo confronta el modelo español de cánones ferroviarios con la concepción actual de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica.

En definitiva, las líneas que siguen parten de un análisis de la configuración actual de los cánones ferroviarios como prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario y posteriormente analizan la posibilidad de optar por modelos alternativos que afronten la disconformidad de nuestro modelo con el Derecho de la Unión Europea. Una posibilidad pasaría por configurar los precios de acceso a las infraestructuras ferroviarias como precios regulados, que huyese de la actual concepción como precios coactivos. La otra posibilidad pasaría por mantenerlos como precios coactivos, pero desposeerlos de su concepción como tasas, configurándolos como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias a raíz del nuevo marco sobre esta categoría establecido en la Ley de Contratos del Sector Público.

## II. LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS POR EL USO DEL DOMINIO PÚBLICO

Los ingresos exigidos a los ciudadanos por la utilización del dominio público han sido considerados tradicionalmente un tributo que recibía la denominación de tasas. En este sentido se previó en la Ley de 26 de diciembre de 1958, reguladora de las tasas y exacciones parafiscales (art. 1), la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (art. 26.1.a) y el Decreto 3059/1966, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de Tasas Fiscales (art. 1).

Sin embargo, la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, estableció con carácter general la figura de los precios públicos<sup>1</sup>, en los que se incluyeron (art. 24) las contraprestaciones económicas que debían pagarse por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, si bien este criterio fue posteriormente corregido por la STC 185/1995, que determinó que este supuesto debía considerarse una prestación patrimonial de carácter público. Ello motivó que las contraprestaciones económicas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público volviesen a incorporarse dentro del concepto de tasa tras la aprobación de la Ley 25/1998, de 13 de julio.

La STC 185/1995 vino a decir (FJ 3) que se está ante una prestación patrimonial de carácter público –y esto es la clave– cuando existe una *“imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla”*.

Para el Tribunal Constitucional, la coactividad es la nota distintiva que permite determinar cuándo se está ante una prestación patrimonial de carácter público, y para ello se pone en el lugar de quien tiene la obligación de pagarla y comprueba si esta obligación nace de un acuerdo de voluntades o es un mandato del poder público<sup>2</sup>. En palabras de la STC 185/1995, lo decisivo es *“averiguar si el supuesto de hecho que da lugar a la obligación ha sido o no realizado*

<sup>1</sup> La creación de esta figura supuso la introducción de un *tercium genus* entre las tasas y los precios privados, a la que se quería dotar de mayor flexibilidad, según apunta Ariño Ortiz, G., *Prólogo* a la obra de Villar Rojas, F. J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2000, pp. XV-XXII. Esta decisión recibió numerosas críticas de la doctrina por considerar que lo realmente perseguido con la escisión del concepto de tasas de una parte importante de su contenido era que los precios públicos quedasen fuera del principio de reserva de ley. Véase en este sentido a Ferreiro Lapatz, J. J., *“Tasas y precios públicos: La nueva parafiscalidad”*, en *Revista española de Derecho financiero*, nº 64, 1989, pp. 485-518; Fernández Junquera, M., *“Precios públicos y reserva de ley. Comentario a la sentencia 185/1995 del Tribunal Constitucional”*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 243, 25 de abril de 1996; y Palao Taboada, C., *“Los precios públicos y el principio de legalidad”*, en *Quincena Fiscal*, octubre de 1996-I.

<sup>2</sup> La coactividad no es la única nota característica de las prestaciones patrimoniales públicas. También se exige que la imposición coactiva proceda de un poder público y que se persiga cumplir una determinada finalidad pública, siendo irrelevante tanto el modo de gestión (pública o privada) del servicio o actividad por el que se impone la prestación, como la condición (pública o privada) del sujeto que percibe la prestación. Véase a Villar Rojas, F. J., *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*, op. cit., pp. 45-64; y a Tornos Mas, J., *“La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de los precios”*, en *Estudios de De-*

*de forma libre y espontánea por el sujeto obligado y si en el origen de la constitución de la obligación ha concurrido también su libre voluntad al solicitar el bien de dominio público, el servicio o la actuación administrativa de cuya realización surge dicha obligación*". Si, en definitiva, la voluntad de quien tiene que pagar la contraprestación económica es irrelevante a la hora de constituir la obligación de pago, entonces se estará ante una prestación patrimonial pública<sup>3</sup>.

Lo contrario, esto es, la falta de coactividad derivada del hecho de que existe un mercado competitivo para una determinada actividad o servicio en el que libremente se pactan los precios y éstos vienen condicionados por la presión que ejerce la competencia, impide que se pueda hablar de prestación patrimonial pública<sup>4</sup>.

En el caso particular del precio a pagar por el uso del dominio público, el Tribunal Constitucional consideró que se trataba de una prestación patrimonial pública porque existía un monopolio sobre los bienes. Según la STC 185/1995, si el particular quiere usar el dominio público para realizar sobre él una actividad, no tiene otra alternativa que no sea la de obtener en exclusiva del poder público una concesión o autorización (situación de monopolio) y pagar por ello la contraprestación económica establecida de manera unilateral por el poder público. Si no existen bienes alternativos al dominio público, el Tribunal Constitucional entiende que *"los particulares se ven obligados a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación"*, y en estos casos se considera que la libertad de abstenerse de utilizar el bien no es *"real y efectiva"*. En estos casos de monopolio de hecho o de derecho, prescindir del uso de los bienes no se considera una opción válida, por lo que las prestaciones económicas que se pagan por su uso son prestaciones coactivas.

---

*recho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 670.

<sup>3</sup> Agualló Avilés, A., *"Un criterio jurídico para delimitar tasas y precios: la dicotomía prestación espontánea-prestación impuesta"*, en VV.AA., *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español (XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario)*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 136. Del mismo autor, véase *Tasas y precios públicos. Análisis de la categoría jurídica del precio público y su delimitación con la tasa desde la perspectiva constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 1992, pp. 236-241.

<sup>4</sup> Ramallo Massanet, J., *"Tasas, precios públicos y precios privados (hacia un concepto constitucional de tributo)"*, en *Revista española de Derecho Financiero*, n° 90, 1996, p. 248. En parecidos términos, véase a Tornos Mas, J., *"La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de los precios"*, *op. cit.*, p. 672.

Esta consideración del precio a pagar por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público como prestación patrimonial pública supone, por mandato del artículo 31.3 de la Constitución, que su creación y la determinación de sus elementos esenciales debe hacerse por ley.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha precisado que la reserva de ley es relativa, especialmente en lo que se refiere a la fijación de las cuantías<sup>5</sup>. Incluso ha dado a entender que en el caso de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias esta relatividad es mayor (SSTC 83/2014, 167/2016 y 63/2019).

Según ha recordado el Tribunal Constitucional, se admite la colaboración del reglamento para especificar los factores técnicos de las prestaciones patrimoniales públicas, que puede incluso concretar las cuantías de cada prestación por estar éstas estrechamente vinculadas con los costes concretos de los diversos servicios y actividades (STC 73/2011). Esta colaboración, como remarcó la STC 185/1995, puede variar en función del tipo de prestación patrimonial pública, e incluso puede ser más intensa cuando se trata de relaciones de carácter sinalagmático, como ocurre en el caso de los cánones por la utilización del dominio público o la prestación de un servicio o actividad administrativa, porque la fijación y modificación de las cuantías está estrechamente relacionada con los costes concretos de los diversos servicios y actividades y con otras circunstancias de los distintos tipos de servicios y actividades.

En cualquier caso, la colaboración del reglamento no puede suponer una degradación de la reserva que la Constitución realiza a favor del legislador en esta materia, sino que debe producirse *“en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad”* (SSTC 185/1995 y 150/2003). Ello impide que pueda haber remisiones a normas reglamentarias que vacíen de contenido la competencia del legislador, por lo que el Tribunal Constitucional exige que la ley establezca *“los criterios o límites (...) que sean idóneos para impedir que la actuación discrecional de la Administración en la apreciación de los factores técnicos se transforme en actuación libre o no sometida a límite”* (STC 185/1995), o, en otras palabras, se trata de que la actuación de la Administración no sea *“el resultado de una decisión antojadiza, caprichosa, en definitiva, arbitraria”* (STC 233/1999). Para el Tribunal Constitucional, el establecimiento de criterios idóneos,

---

<sup>5</sup> Véase a Aguallo Avilés, A., *Tasas y precios públicos. Análisis de la categoría jurídica del precio público y su delimitación con la tasa desde la perspectiva constitucional*, op. cit., pp. 300-306. Para el autor, no existe una reserva de ley única, de idéntico alcance, cualquiera que sea la prestación patrimonial pública.



que pueden ser unos límites máximo y mínimo (STC 233/1999), garantiza que la Administración va a adoptar “*una decisión suficientemente predeterminada*” (STC 102/2005).

### III. EL CANON DE ACCESO A LAS INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS

#### III.A. Antecedentes

Las Leyes de ferrocarriles de 3 de junio de 1855 y 23 de noviembre de 1877 no tuvieron la necesidad de regular el derecho de acceso de terceros a las infraestructuras ferroviarias y el precio a pagar por ello, porque el modelo se basaba fundamentalmente en infraestructuras de propiedad de las concesionarias que las construían y explotaban en exclusiva, y que luego pasaban al dominio del Estado una vez expiraba la concesión (aunque también se previó la posibilidad de infraestructuras construidas y explotadas por el Estado). Se trataba de un modelo en el que el titular de cada línea ferroviaria explotaba unitariamente la infraestructura y el servicio de transporte.

Esta situación de monopolio se mantuvo con la aprobación de la Ley de bases de ordenación ferroviaria y de los transportes por carretera de 24 de enero de 1941, que nacionalizó toda la red ferroviaria de vía ancha y creó un monopolio público en manos del Estado para la prestación del servicio público de transporte ferroviario a través de RENFE. A partir de esta ley, se implantó un modelo basado en la unidad de explotación pública de las infraestructuras y el transporte ferroviario –que no se alteró con la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres–, por lo que no fue necesario prever el acceso de terceros a las infraestructuras para realizar actividades de transporte ni el precio a pagar por ello.

Sin embargo, el modelo de explotación unitaria se empezó a resquebrajar tras el ingreso de España en las Comunidades Europeas, que obligó a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 91/440/CEE, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios. La norma permitió, con alcance limitado, el acceso y el tránsito por las redes ferroviarias de los Estados miembros a cambio del pago al administrador de la infraestructura de un canon no discriminatorio<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> En concreto, la Directiva 91/440/CEE previó el acceso y el tránsito por las redes ferroviarias a las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias y a las empresas ferroviarias de transportes combinados internacionales de mercancías.

En desarrollo de la Directiva 91/440/CEE se aprobaron en nuestro país distintas normas que se ocuparon del derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias y del canon a pagar por este acceso<sup>7</sup>, al que se otorgó la naturaleza de precio público hasta que la modificación de la Ley de Tasas y Precios Públicos por la Ley 25/1998 previó que el canon por la utilización de las infraestructuras ferroviarias debía considerarse una tasa.

El precedente inmediato de la legislación vigente contenido en la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (LSF de 2003), previó una progresiva apertura del transporte ferroviario a la competencia, lo cual exigía regular detalladamente el procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura a las empresas ferroviarias (asignación por parte de ADIF de las franjas horarias o surcos definidos en la Declaración sobre la red) y el pago de un canon por el acceso a dicha infraestructura, que se concebía como una tasa<sup>8</sup>. Sin embargo, bajo este marco jurídico, el administrador de infraestructuras ferroviarias se limitaba a proponer la modificación y actualización de los cánones y a gestionar su cobro (arts. 21.1.l, 76 y 77 LSF de 2003), sin ninguna capacidad de decisión al respecto, pues era el legislador quien anualmente los aprobaba. Tampoco se reconocía al administrador de infraestructuras ferroviarias capacidad alguna para adaptar los cánones a lo que en cada momento exigiesen las necesidades de optimización de la explotación de la red.

### **III.B. El régimen jurídico vigente**

La Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (LSF de 2015), también ha previsto una detallada regulación del derecho de acceso de terceros a las infraestructuras ferroviarias, incluidas las instalaciones de servicios, y el precio a pagar por ello.

En el marco de esta ley, los distintos administradores de infraestructuras ferroviarias, como entes públicos empresariales que gestionan los bienes e instalaciones ferroviarias, asumen la función

---

<sup>7</sup> Real Decreto 121/1994, de 28 de mayo, por el que se aprueba el Estatuto de la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE); Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 104); y Real Decreto 2111/1998, de 2 de octubre, por el que se regula el acceso a las infraestructuras ferroviarias.

<sup>8</sup> La Ley del Sector Ferroviario de 2003 contemplaba dos cánones de acceso: el canon por la utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG (art. 74) y el canon por la utilización de las estaciones y otras instalaciones ferroviarias (art. 75), cada uno de ellos con distintas modalidades.



principal de poner a disposición de las empresas ferroviarias y los prestadores de servicios los bienes e instalaciones necesarios para que puedan desarrollar sobre ellos sus actividades en régimen de libre competencia.

El modelo se articula mediante la adjudicación de capacidad de infraestructura (surcos o franjas horarias) a las distintas empresas ferroviarias, a cambio del pago de distintas tasas, que la ley denomina cánones ferroviarios (art. 96.1) y que, como tales, deben ajustarse a la Ley General Tributaria y a la Ley de Tasas y Precios Públicos (disposición adicional segunda de la LSF de 2015). Se trata, en definitiva, de prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario.

Estos cánones ferroviarios se conciben en la ley vigente como las contraprestaciones económicas que el administrador de la infraestructura ferroviaria percibe de las empresas ferroviarias por la utilización de las líneas de la Red Ferroviaria de Interés General (RFIG), las estaciones de transporte de viajeros, las terminales de transporte de mercancías y otras instalaciones de servicios<sup>9</sup>.

El cálculo de estos cánones está predeterminado por la ley, sin que el administrador de infraestructuras ferroviarias tenga ningún margen sobre ello, que se limita a gestionarlos y recaudarlos (art. 99 LSF de 2015). En el caso de los cánones por la utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG, la Ley del sector ferroviario de 2015 determina que la cuota íntegra de estos tributos se obtiene aplicando a la base imponible (tren kilómetro) la cantidad determinada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada tipo de línea, servicio o tracción, y posteriormente se obtiene la cuota lí-

---

<sup>9</sup> La Ley del sector ferroviario de 2015 contempla dos cánones por el acceso de terceros a las infraestructuras ferroviarias: el canon por la utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG (art. 97) y el canon por la utilización de las instalaciones de servicio de titularidad de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias (art. 98). Dentro del canon por la utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG se incluyen tres modalidades: el canon por adjudicación de capacidad (modalidad A); el canon por utilización de las líneas ferroviarias (modalidad B); y el canon por utilización de las instalaciones de transformación y distribución de la energía eléctrica de tracción (modalidad C). Dentro del canon por la utilización de las instalaciones de servicio se incluyen cinco modalidades: el canon por la utilización de las estaciones de transporte de viajeros (modalidad A); el canon por el paso por cambiadores de ancho (modalidad B); el canon por la utilización de vías con andén en estaciones para estacionamiento de trenes de servicios comerciales de viajeros y otras operaciones (modalidad C); el canon por la utilización de vías en instalaciones de servicio de apartado, de formación de trenes y maniobras, de mantenimiento, de lavado y limpieza y de suministro de combustible (modalidad D); y el canon por la utilización de puntos de carga para mercancías (modalidad E).

quida aplicando sobre la cuota íntegra determinadas adiciones<sup>10</sup> y bonificaciones<sup>11</sup>, que también están predeterminadas en la propia Ley del sector ferroviario de 2015 o, por remisión de ésta, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Y en el caso de los cánones por la utilización de las instalaciones de servicio de titularidad de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias, las cuantías deben fijarse en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y las bonificaciones y adiciones también están predeterminadas en la propia Ley del sector ferroviario de 2015.

#### IV. EL CONFLICTO ENTRE EL MODELO DE INGRESOS FERROVIARIOS VIGENTE EN ESPAÑA Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Los cánones de acceso a las infraestructuras ferroviarias vigentes en España, que siguen el modelo de prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario previsto con carácter general para retribuir la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, no sólo no se adaptan a una moderna concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica, sino que además se apartan de las previsiones del Derecho de la Unión Europea, que exigen, por un lado, que el administrador de infraestructuras ferroviarias, en el marco de su independencia de gestión, tome las decisiones sobre la fijación del precio a pagar por el acceso de terceros a las mismas, y por el otro, que exista un organismo regulador independiente que pueda supervisar estas decisiones.

---

<sup>10</sup> El artículo 97.5 LSF de 2015 prevé dos adiciones sobre la cuota íntegra para determinar la cuota líquida, según las cuantías fijadas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado: una adición sobre el canon por adjudicación de capacidad (modalidad A) por el uso no eficiente de ésta, con el fin de optimizar la utilización de la red ferroviaria, incentivando las mejoras en los procesos de programación de trenes por parte de los operadores; y otra adición sobre el canon por utilización de las líneas ferroviarias (modalidad B) por el uso de redes de altas prestaciones o la explotación de servicios de ancho variable u otras situaciones de elevada intensidad de tráfico en determinados periodos horarios.

<sup>11</sup> El artículo 97.6 LSF de 2015 prevé tres bonificaciones: la bonificación para incentivar el crecimiento del transporte ferroviario, la bonificación para incentivar la implantación del sistema ERTMS y la bonificación para fomentar el aprovechamiento de la capacidad disponible de las infraestructuras.

#### **IV.A. La función esencial del administrador de infraestructuras ferroviarias de decidir sobre la fijación de los cánones de acceso y el control posterior a cargo de un organismo regulador independiente**

Las infraestructuras ferroviarias son lugares de paso obligado para los ferrocarriles, difícilmente duplicables por razones económicas y medioambientales, por lo que el administrador de cada infraestructura goza de una posición dominante sobre las distintas empresas de transporte ferroviario que quieran acceder a las mismas para realizar su actividad.

Para hacer frente a esta situación de monopolio, el Derecho de la Unión Europea ha regulado el acceso de terceros a las infraestructuras ferroviarias y el precio a pagar por ello, así como el control posterior a cargo de un organismo regulador independiente. Dicha regulación se encuentra actualmente en la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por el que se establece el espacio ferroviario europeo único, con las modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2016/2370, de 14 de diciembre de 2016.

Estas Directivas han optado por un modelo de precios regulados. No sólo se sujeta la determinación de los cánones ferroviarios a los principios de equivalencia, no discriminación, objetividad, transparencia y motivación con el fin de garantizar el derecho de acceso de terceros en condiciones equitativas, no discriminatorias y transparentes, sino que además se impone que los costes sean directamente imputables a la explotación (art. 31.3), que se refleje la escasez de capacidad (art. 31.4) y que se incluya el coste de los efectos ambientales y en particular el coste de los efectos del ruido (art. 31.5)<sup>12</sup>.

Pero al mismo tiempo, las citadas Directivas han reforzado la independencia de gestión del administrador de infraestructuras, no sólo en lo que se refiere a la adjudicación de capacidad de infraestructura, sino especialmente por lo que aquí interesa en la fijación de los cánones<sup>13</sup> a pagar por el acceso a las infraestructuras.

---

<sup>12</sup> La regulación de los cánones ferroviarios se ha concretado en el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/909 de la Comisión de 12 de junio de 2015, relativo a las modalidades de cálculo de los costes directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario (DOUE de 13 de junio de 2015).

<sup>13</sup> El término “*canon*” se utiliza en las Directivas 2012/34/CE y (UE) 2016/2370 sin prejuzgar que el precio de acceso deba tener o no naturaleza tributaria. El Derecho de la Unión Europea es neutral en este aspecto. Por el contrario, en nuestra legislación ferroviaria el término “*canon*” ferroviario tiene naturaleza tributaria (una tasa).

La Directiva 2012/34/CE es muy clara en este sentido. Tras reconocer con carácter general la independencia de gestión del administrador de infraestructuras ferroviarias (art. 4), ello se concreta en materia de fijación de cánones en los siguientes términos (art. 29.1): “*El administrador de infraestructuras ferroviarias determinará el canon por utilización de infraestructuras y se encargará de su cobro, de conformidad con el marco y las normas de los cánones establecidos*”. Al administrador de infraestructuras ferroviarias, en definitiva, no sólo le corresponde la gestión del cobro de los cánones de acceso, sino que debe estar facultado para su fijación. Se trata de una función esencial que debe poder ejercer, según la Directiva (UE) 2016/2370, sin ninguna “*influencia indebida*” con el fin de garantizar un acceso equitativo y no discriminatorio.

En cuanto al papel de los Estados, estos deben limitarse a crear el marco para la fijación de los cánones, e incluso pueden establecer las normas específicas que deben regir a la hora de fijarlos (facultad que puede delegarse en el administrador de infraestructuras), pero la decisión última de fijar los cánones debe corresponder al administrador de la infraestructura.

Cierto es que la Directiva 2012/34/CE prevé, como contrapartida a la determinación de los cánones a cargo del administrador de infraestructuras ferroviarias, que el Parlamento de cada Estado pueda controlar el ejercicio de dicha facultad, e incluso pueda cambiar la cuantía de los cánones fijados. Pero se trata de un control parlamentario *a posteriori* que no puede suponer una merma en la facultad del administrador de infraestructuras ferroviarias de fijar por sí mismo los cánones ferroviarios o de adaptarlos cuando lo requieran las circunstancias del mercado, pues de lo contrario esta facultad exigida por la Directiva quedaría en nada.

El modelo español de fijación de cánones ferroviarios no se ajusta a los parámetros descritos del Derecho de la Unión Europea<sup>14</sup>, no sólo porque se impide que sea el administrador de infraestructuras ferroviarias quien de ordinario los determine, sino porque, además, al basarse en un modelo de prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario, la fijación de las cuantías se realiza anualmente mediante la Ley de Presupuestos Generales del Estado, impidiendo *de facto* que el administrador pueda adaptarlos durante

---

<sup>14</sup> De hecho, la Comisión Europea abrió un expediente a España (infracción nº 20150281) por no transponer correctamente la Directiva 2012/34/UE en lo que se refiere, entre otras cuestiones, a las competencias del organismo regulador y a la independencia de gestión del administrador de infraestructuras, especialmente en lo que respecta a la fijación de los cánones por la utilización de infraestructuras.

su vigencia a las necesidades de explotación que vayan surgiendo, como ha denunciado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)<sup>15</sup>, e impidiendo también que un organismo regulador independiente pueda revisarlos.

En nuestro modelo, el administrador de infraestructuras ferroviarias no tiene prácticamente ningún margen de decisión en la determinación de los cánones de acceso, limitándose sus funciones a la proposición y recaudación de los mismos (art. 99 LSF de 2015). La cuantía de los distintos cánones de acceso está predeterminada en la Ley del sector ferroviario de 2015 y, por remisión de ésta, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En este sentido, se prevé (art. 100) que el administrador de infraestructuras ferroviarias debe elaborar una “*propuesta*” de modificación o revisión de las cuantías de los cánones ferroviarios que, junto con una memoria económico-financiera, debe someterse a consulta de las empresas ferroviarias y a informe de la CNMC. Estas consultas no se han previsto como una negociación entre el administrador de infraestructuras ferroviarias y las empresas ferroviarias con el fin de llegar a acuerdos concretos sobre los cánones a pagar por el acceso a las infraestructuras, a modo y semejanza de lo previsto en la Directiva 2009/12/CE de 11 de marzo, relativa a las tasas aeroportuarias. Y en cuanto al informe de la CNMC, no se prevé que tenga carácter vinculante<sup>16</sup>.

El administrador de infraestructuras ferroviarias, por otro lado, debe ajustar su propuesta de modificación o revisión de los cánones a las previsiones de su programa de actividad, con incrementos que no superen el 5% sobre las cuantías indicadas en dicho programa (salvo causas excepcionales debidamente justificadas en la memoria económico-financiera). Incluso debe sujetar la revisión de los cánones al cumplimiento de determinados principios generales (viabili-

<sup>15</sup> Véase en este sentido el *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario* (IPN/CNMC/014/18) ([https://www.cnmc.es/sites/default/files/2121573\\_1.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/2121573_1.pdf)).

<sup>16</sup> La CNMC ha considerado –si bien es discutible– que el incumplimiento por el administrador de infraestructuras ferroviarias de las indicaciones de su informe sobre la propuesta de modificación o revisión de cánones le puede acarrear la imposición de sanciones por infracción del artículo 107.Uno.2.2.1 LSF de 2015 (incumplimiento de las resoluciones de la CNMC). Según informó la CNMC el 26 de marzo de 2019 (<https://www.cnmc.es/node/374153>), se ha incoado un expediente sancionador a ADIF y a ADIF Alta Velocidad (Exp. SNC/DTSP/041/19 y SNC/DTSP/042/19) por incumplir la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 27 de septiembre de 2018, relativa a la propuesta de cánones para el 2019 (STP/DTSP/069/18) ([https://www.cnmc.es/sites/default/files/2161326\\_8.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/2161326_8.pdf)).

dad económica de las infraestructuras, explotación eficaz, situación del mercado, equilibrio financiero, igualdad, transparencia y no discriminación) y otros aspectos (costes medioambientales, congestión de la infraestructura, por ejemplo). Pero al final de este proceso, a pesar de que su actuación está sujeta a regulación, no corresponde al administrador de la infraestructura ferroviaria la decisión final de fijar los cánones de acceso que va a aplicar, sino que se limita a proponerlos para que sea el legislador el que de forma soberana tome la decisión, quien obviamente, con criterios político-parlamentarios, puede decidir incrementarlos, congelarlos o bajarlos.

El modelo español de cánones ferroviarios tampoco permite que el administrador de infraestructuras tenga la suficiente flexibilidad para adaptarlos a las necesidades de explotación que vayan surgiendo, al estar petrificados en la ley. Ello supone un incumplimiento de distintos preceptos de la Directiva 2012/34/CE.

Así, el artículo 26 de la Directiva 2012/34/CE prevé que los Estados miembros deben velar por que los sistemas de cánones permitan al administrador de infraestructuras comercializar la capacidad disponible y optimizar su uso, y para ello debe estar facultado para adaptar los cánones de acceso a la demanda de capacidad que exista en cada momento por parte de las empresas ferroviarias. Esto no es posible con un modelo de prestaciones patrimoniales públicas fijadas anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, sin ningún margen de maniobra para el administrador de infraestructuras ferroviarias.

En esta línea iría también la previsión del artículo 7 *quarter*, que prevé que el administrador de infraestructuras ferroviarias pueda celebrar acuerdos de cooperación con empresas ferroviarias, de forma no discriminatoria, con el fin de ofrecer precios reducidos. Se trata, sin lugar a dudas, de una fórmula que, en consonancia con el artículo 26, debe permitir optimizar el aprovechamiento de la infraestructura.

Lo mismo ocurre con los recargos, descuentos o cánones de reserva previstos en la Directiva 2012/34/CE (arts. 32, 33 y 36), sobre los que la LSF de 2015 no reconoce ninguna facultad de tomar decisiones al administrador de infraestructuras ferroviarias, que se limita a prever determinadas adiciones y bonificaciones prefiguradas en la misma ley.

Finalmente, nuestro modelo de cánones ferroviarios no permite que un organismo regulador independiente pueda revisar las decisiones que tome el administrador de infraestructuras ferroviarias,



porque aquél no puede alterar lo que está fijado por ley, por lo que no se cumple con el artículo 56 de la Directiva 2012/34/CE, que exige que los candidatos puedan recurrir las decisiones de los administradores de infraestructuras en materia de cánones ante un organismo regulador, cuyas decisiones deben ser vinculantes.

#### **IV.B. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 28 de febrero de 2013 (asunto C-483/10, *Comisión Europea contra España*)**

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013 ya declaró que el modelo de cánones ferroviarios previsto en nuestro ordenamiento jurídico interno no se adapta al Derecho de la Unión Europea. Aunque la Sentencia aplicó la anterior Directiva 2001/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad, sus conclusiones son plenamente vigentes porque las Directivas 2012/34/CE y (UE) 2016/2370 han reforzado todavía más la independencia de gestión del administrador de infraestructuras ferroviarias.

En este asunto la Comisión Europea cuestionó que, de acuerdo con la legislación española, el importe de los cánones por la utilización de las infraestructuras ferroviarias se determinase íntegramente mediante una Orden ministerial, y que las únicas funciones reconocidas a ADIF se limitasen tan sólo al cálculo del importe en cada caso concreto –aplicando una fórmula previamente fijada por el Ministerio de Fomento– y a su posterior cobro (funciones de liquidación y cobro). La Comisión cuestionó, en definitiva, que ADIF no dispusiera de *“ningún margen de discrecionalidad para modular el importe del canon en cada caso concreto”* (apartado 26), negándosele autonomía de gestión, puesto que sólo el Ministerio de Fomento podía determinar el importe de los cánones.

Frente a ello, España defendió que los cánones por la utilización de las infraestructuras ferroviarias eran tasas, esto es, un tributo por la utilización privativa del dominio público ferroviario, cuyos elementos esenciales debían regularse en la ley (apartado 30). En particular, se puso de relieve que *“la interpretación propuesta por la Comisión es difícilmente compatible con el marco de la legislación española vigente, a menos que se modificara radicalmente la normativa administrativa y tributaria nacional”* (apartado 35).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó en este asunto que, para respetar la independencia de gestión del administrador de infraestructuras ferroviarias, éste debía *“disponer, en el marco de tarificación que hayan definido los Estados miembros, de un cierto margen de actuación para la determinación del importe de los cánones”* (apartado 49).

Asimismo, el Tribunal manifestó que, si uno de los aspectos básicos de la Directiva 2001/14 era que las decisiones del administrador de infraestructuras en materia de cánones podían ser recurridas ante un organismo regulador independiente, esta función de control *“carecería de sentido si la función del administrador de infraestructuras estuviera limitada, como alega el Reino de España, a la fijación del canon concreto aplicando una fórmula establecida previamente mediante orden ministerial”* (apartado 47).

#### **IV.C. La concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica**

Al margen de la disconformidad de los cánones ferroviarios con las Directivas 2012/34/CE y (UE) 2016/2370, el modelo vigente en España tampoco se ajusta a una moderna concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica. A nivel comunitario, hace ya algún tiempo que se impone un enfoque de las infraestructuras de transporte en el que se pone el acento en su explotación comercial.

Tradicionalmente, las infraestructuras de transporte se han configurado como bienes de dominio público, institución que desde sus orígenes se ha caracterizado por procurar la integridad y el destino público de los bienes así calificados, excluyéndolos para ello del tráfico jurídico-privado.

En la actualidad, con motivo de la liberalización de las actividades de transporte que viene siendo impulsado por las autoridades de la Unión Europea, las infraestructuras de transporte han dejado de ser simples bienes que sirven de soporte a las actividades de transporte y han pasado a concebirse como empresas que realizan una actividad económica, consistente en ofrecer el uso de sus instalaciones y prestar determinados servicios (directa o indirectamente) a todos los usuarios que necesitan acceder a las mismas para realizar actividades de transporte en régimen de libre competencia, pagando un precio por el acceso y los servicios recibidos.

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se considera una empresa “*cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*”<sup>17</sup>. Esta afirmación supone que también las Administraciones Públicas, tanto si actúan bajo formas jurídico-públicas como si lo hacen a través de formas jurídico-privadas, pueden realizar actividades económicas junto a sus clásicas prerrogativas de poder público, y cuando realizan actividades económicas su actuación debe incluirse dentro del concepto de empresa<sup>18</sup>.

Para determinar cuándo se está ante una empresa, debe atenderse a si la actividad realizada es una actividad económica. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea define la actividad económica como “*cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado*”<sup>19</sup>.

Estos conceptos de empresa y actividad económica se empezaron a aplicar a los aeropuertos por la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 12 de diciembre de 2000 (asunto T-128/98, *Aéroports de Paris/Comisión*)<sup>20</sup>. El Tribunal consideró que, a pesar de que el ente público *Aéroports de Paris* administraba bienes de dominio público sobre los que ostentaba determinadas prerrogativas de poder público, también ejercía actividades económicas de gestión y explotación.

En definitiva, cuando una infraestructura de transporte ofrece la utilización de sus instalaciones y presta determinados servicios a sus usuarios a cambio de una remuneración, está realizando una actividad económica y, por consiguiente, actúa como una empresa, y ello

<sup>17</sup> Véase, entre otras, las Sentencias de 23 de abril de 1991 (asunto C-41/90), 17 de febrero de 1993 (asuntos acumulados C-159/91 y 160/91), 16 de noviembre de 1995 (asunto C-244/94), 11 de diciembre de 1997 (asunto C-55/96), 18 de junio de 1998 (asunto C-35/96), 12 de septiembre de 2000 (asuntos acumulados C-180/98 a 184/98), 12 de diciembre de 2006 (asunto T-155/04), 26 de noviembre de 2015 (asuntos acumulados T-463/13 y 464/13) y 15 de diciembre de 2016 (asunto T-808/14).

<sup>18</sup> Sentencias de 14 de octubre de 1976 (LTU 29/76), 14 de julio de 1977 (asuntos acumulados 9/77 y 01/77), 19 de enero de 1994 (asunto 364/92), 16 de diciembre de 2010 (asuntos acumulados T-231/06 y T-237/06), etc.

<sup>19</sup> Sentencias de 16 de junio de 1987 (asunto C-118/85), 18 de junio de 1998 (asunto C-35/96), 12 de septiembre de 2000 (asuntos acumulados C-180/98 a 184/98), 12 de diciembre de 2006 (asunto T-155/04), 15 de diciembre de 2016 (asunto T-808/14), entre otras.

<sup>20</sup> Esta doctrina se ha consolidado con posterioridad con las Sentencias de 24 de octubre de 2002 (asunto C-82/01 P), 17 de diciembre de 2008 (asunto T-196/04, *Ryanair Ltd/Comisión*), 24 de marzo de 2011 (asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Freistaat Sachsen/Land Sajonia-Anhalt/Mitteldeutsche Flughafen AG/Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Comisión*) y 19 de diciembre de 2012 (asunto C-288/11 P).

con independencia de que los bienes sean de dominio público, pues el carácter demanial no impide que sobre ellos se realicen actividades económicas. Y esto es predicable no sólo de la explotación comercial de los aeropuertos, sino también de las infraestructuras ferroviarias, porque también en este caso se ofrece el uso de distintas instalaciones a las empresas de transporte y se les presta determinados servicios a cambio de pagar un precio.

Luego, si hoy en día las infraestructuras de transporte actúan como empresas, ofreciendo instalaciones y servicios a sus usuarios y compitiendo incluso entre sí para atraer el transporte de personas y mercancías, cuesta imaginar que ante esta nueva realidad se tenga que pasar por un sistema de creación y actualización de sus ingresos mediante una ley, generalmente anual, por imperativo del artículo 31.3 de la Constitución, sin ninguna posibilidad para el administrador de la infraestructura de poder determinar el precio por el uso de sus instalaciones, según sus intereses comerciales y sus necesidades de maximizar su explotación.

Cuando apareció en España la figura del dominio público, su finalidad era primordialmente protectora, pues era un instrumento en manos del poder público pensado para garantizar la afectación de los bienes a una utilidad pública. Al calificarse las infraestructuras de transporte como bienes de dominio público, el Estado ostentaba un título de intervención, con unas facultades exorbitantes, con el que garantizaba su destino y vinculación permanente a las actividades de transporte y al mismo tiempo le permitía ordenar las actividades que sobre ellas se desarrollaban. Pero en la actualidad, las infraestructuras de transporte no se consideran simples bienes que hay que proteger para garantizar su afectación a una utilidad pública y su vinculación con las actividades de transporte, sino que son verdaderos centros de negocio o empresas que desarrollan una actividad económica, en los que la figura de las tasas establecidas por ley, generalmente anual y siguiendo la lógica político-parlamentaria, es un modelo demasiado rígido, totalmente disconforme con la lógica de mercado.

#### **IV.D. El último intento fallido de afrontar el problema: el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre**

El reciente Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre<sup>21</sup>, que ha modificado la Ley del sector ferroviario de 2015, ha tenido la oportunidad de adaptar los cánones de acceso a las infraestructuras ferroviarias a las exigencias del Derecho de la Unión Europea con motivo de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico interno de la Directiva (UE) 2016/2370. Sin embargo, ha dejado intacto el sistema de cánones ferroviarios. Aunque el preámbulo de la norma dice que se refuerza la independencia e imparcialidad de los administradores de infraestructuras ferroviarias, ello se focaliza en la adopción de medidas de separación organizativa respecto de cualquier empresa ferroviaria, especialmente en vistas a la posible entrada, como administradores de infraestructuras, de empresas integradas verticalmente, que son aquellas en las que en una misma empresa conviven un administrador de infraestructuras y un operador de servicios de transporte sin personalidad jurídica diferente.

A pesar de que la reforma prevé que se garantiza la independencia del administrador de infraestructuras ferroviarias en la toma de decisiones de sus funciones esenciales (art. 21.2), lo cierto es que en lo que atañe al modelo de cánones ferroviarios nada ha cambiado<sup>22</sup>.

#### **V. EL DOMINIO PÚBLICO COMO OBSTÁCULO A UN MODELO ALTERNATIVO A LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS DE CARÁCTER TRIBUTARIO**

La STC 185/1995 dejó sentado que estamos ante una prestación patrimonial de carácter público cuando existe una imposición coactiva de la prestación patrimonial por parte del poder público, y entre los supuestos de imposición coactiva incluía el pago por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público.

---

<sup>21</sup> Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados.

<sup>22</sup> Si tenemos en cuenta la nueva disposición adicional decimonovena incorporada en la Ley del sector ferroviario de 2015, relativa a las adiciones a los cánones ferroviarios, la conclusión es más bien la contraria: no sólo se delimitan los criterios para poder introducir adiciones, sino que además se prevé expresamente que el administrador de infraestructuras ferroviarias ve limitadas sus funciones a la realización de una “propuesta” de adiciones.

En el caso de las infraestructuras ferroviarias, su carácter demanial supone la existencia de una situación de monopolio legal en manos del Estado, porque no existe una concurrencia de bienes ferroviarios ofrecida por distintos titulares que permita a las empresas ferroviarias y demás prestadores de servicios escoger en función del precio u otros elementos. Todos ellos tienen que pasar indefectiblemente por el dominio público ferroviario si quieren realizar sus actividades de transporte. Ello coloca al administrador de infraestructuras ferroviarias en una posición dominante<sup>23</sup>, y en esta tesitura, el precio de acceso a las infraestructuras debe configurarse como una prestación patrimonial pública, según el Tribunal Constitucional.

Con esta doctrina del Tribunal Constitucional en materia de prestaciones patrimoniales públicas, el carácter demanial de las infraestructuras de transporte va a condicionar siempre el régimen jurídico del precio que se puede percibir por el acceso y uso de las mismas. El Tribunal Constitucional identifica dominio público con imposición coactiva del precio de acceso, y así es difícil poder optar por un modelo alternativo a las prestaciones patrimoniales públicas<sup>24</sup>, como así ha ocurrido en otros sectores liberalizados, en los que se ha optado por modelos de precios regulados o incluso por prestaciones patrimoniales públicas no tributarias.

Sin embargo, según se apuntaba, las infraestructuras de transporte se conciben actualmente como empresas que realizan una actividad económica, y ante esta nueva concepción, el régimen jurídico exorbitante del dominio público, pensado tan sólo para proteger la integridad y el destino público de los bienes mediante su exclusión del tráfico jurídico-privado, es más bien un obstáculo que no se adapta a la nueva realidad. Las infraestructuras de transporte son empresas y como tales necesitan operar en el tráfico jurídico-privado para realizar su actividad económica. Está fuera de toda lógica comercial que en un entorno de competencia entre infraestructuras, especialmente en el ámbito internacional, que buscan atraerse el tráfico de personas y mercancías, los ingresos que pueden percibir si-

<sup>23</sup> En este sentido, puede verse a González Sanfiel, A. M., “Cánones y tarifas portuarias y aeroportuarias”, en Ariño Ortiz, G. (editor), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001, p. 138.

<sup>24</sup> De hecho, la doctrina suele decantarse por considerar que el precio de acceso a las infraestructuras de transporte es una prestación patrimonial pública. En este sentido, puede verse a Tornos Mas, J., “Regulación de precios y tarifas”, en Muñoz Machado, S., y Esteve Pardo, J. (directores), *Derecho de la regulación económica*, Volumen I, *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 537-575.



gan teniendo la calificación y el trato de tributos, cuyas cuantías se fijan por ley, generalmente anual<sup>25</sup>.

Para hacer frente a este cambio de paradigma, lo más razonable sería prescindir del carácter demanial de las infraestructuras de transporte, sujetando los bienes despublificados a una regulación que debería incidir fundamentalmente en el derecho de acceso y el precio a pagar por ello. Esta opción ya se ha puesto en práctica en el caso de los aeropuertos, cuyos bienes fueron privatizados por el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre<sup>26</sup>, aunque ello no ha supuesto que los precios de acceso se hayan configurado como precios privados, sino como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias porque el Estado continúa imponiéndolos al pertenecerle dichos bienes a través de la sociedad estatal AENA SA.

Bajo un régimen de bienes ferroviarios que no sean de dominio público, se puede optar por un modelo de precios regulados que huya de la imposición coactiva, e incluso se puede optar por un modelo de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, como en el caso de los aeropuertos.

Sin embargo, existiría otra opción que pasaría por mantener la calificación demanial de las infraestructuras, pero rompiendo con la identificación que hace el Tribunal Constitucional entre dominio público e imposición coactiva del precio por su uso. La cuestión a dilucidar es si la exclusión del tráfico jurídico-privado con fines protectores, que es una característica inherente al dominio público, impide en cualquier caso que el administrador de una infraestructura de transporte pueda determinar el precio de acceso, negociándolo con sus usuarios en el marco de una regulación que se limite a predetermined unos precios con carácter de máximos o simplemente los costes que se pueden considerar y el beneficio razonable que se puede obtener por su explotación, siempre con un control posterior a cargo de un organismo regulador independiente. Si se admite esta posibilidad, ya no se podrá hablar de precios coactivos, por lo que desaparecería el requisito que exige el Tribunal Constitucional para considerar que se está ante prestaciones patrimoniales públicas<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Véase a Ruiz Hidalgo, C., *“Las infraestructuras portuarias y aeroportuarias como competencia entre los Estados miembros en la Unión Europea. Incidencia en el Derecho tributario español”*, en *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, nº 2, 2018.

<sup>26</sup> Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

<sup>27</sup> Un sector de la doctrina ha manifestado que también los precios regulados deben considerarse precios coactivos, al igual que ocurre cuando se ejercen las potestades tributarias y tarifarias, porque se considera que se establecen de forma uni-

La pregunta que debe responderse es si el carácter demanial de las infraestructuras de transporte y su exclusión del comercio o inalienabilidad impide que el administrador pueda negociar con los usuarios el precio de acceso en un marco de regulación.

Para dar respuesta a este interrogante, debe partirse de la idea de que la exclusión del tráfico jurídico-privado o inalienabilidad de los bienes de dominio público lo que busca principalmente es garantizar su afectación o destino público. Desde sus orígenes, la regla de la inalienabilidad fue concebida con esta finalidad, "*la funzione di utilità pubblica a cui è destinata*", decía De Valles a principios del siglo XX<sup>28</sup>.

Ahora bien, esta afectación de los bienes de dominio público que, por mandato de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, lo que busca es "*la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público*" (art. 65), en nada se ve cuestionada por el hecho de que el administrador de la infraestructura fije el precio de acceso y uso de los mismos.

Pero lo cierto es que la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas no prevé que el administrador del dominio público pueda fijar el precio por su uso. Más bien lo contrario, tras recoger el principio de inalienabilidad del dominio público (art. 30.1), impone que por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público sujeto a autorización o concesión debe pagarse una tasa (arts. 92.5 y 93.4).

No obstante, nada impide que por ley especial que regule el derecho de acceso a las infraestructuras de transporte y el precio a pagar por ello se establezca un régimen jurídico distinto y particular para esta tipología de bienes. De hecho, la propia Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas prevé (art. 5.4) que los bienes de dominio público se regirán en primer lugar por las leyes especiales que les sean de aplicación.

Ello no supondría la desaparición del dominio público ni se cuestionaría la regla de la inalienabilidad. Es más, en el caso de aquellos bienes de dominio público que no actúen como empresas que reali-

---

lateral por el poder público. Véase en este sentido a Tornos Mas, J., "*La intervención pública sobre los precios de los servicios. Tasas, tarifas, precios regulados y potestad de ordenación general de los precios*", *op. cit.*, pp. 659-664; y a Villar Rojas, F. J., "*Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico*", *op. cit.*, pp. 18-19, 40-41 y 65-66.

<sup>28</sup> De Valles, A., "*Inalienabilità del demanio pubblico*", en *Rivista di Diritto Pubblico*, 2, 1914.

zan una actividad económica y que tan sólo requieran una protección mediante las facultades exorbitantes propias de esta figura histórica, podría continuar aplicándose el régimen de las prestaciones patrimoniales públicas por su uso.

Se trataría, pues, de mantener el carácter de bienes de dominio público de las infraestructuras de transporte, pero dado que son bienes susceptibles de una explotación económica, debería limitarse los efectos de su tradicional régimen jurídico exorbitante en aquello que impide su rentabilidad o explotación comercial<sup>29</sup>.

Finalmente, más discutible sería si, manteniendo los bienes ferroviarios como dominio público, se puede optar por un modelo de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, porque ello plantea problemas con el principio de igualdad en la ley, al haberse previsto con carácter general que la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público se retribuya con una tasa. Se insistirá sobre esta cuestión en líneas posteriores.

## VI. PRECIOS REGULADOS POR EL ACCESO A LAS INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS

La liberalización que se inició en España en la última década del siglo pasado no sólo incidió en el sector de los transportes, sino también en otros sectores que utilizan redes, como son el sector eléctrico, los hidrocarburos y las telecomunicaciones. Sin embargo, el modelo de las prestaciones patrimoniales públicas es por regla general extraño en estos sectores, aunque el hecho de que no se establezcan prestaciones patrimoniales públicas no significa que los poderes públicos dejen de intervenir en la determinación del precio a pagar por el acceso y utilización de las infraestructuras eléctricas, de hidrocarburos y de telecomunicaciones. Al tratarse de bienes indispensables e imprescindibles para que se puedan desarrollar a través de ellos las actividades liberalizadas (*essential facilities*), existe un interés general que justifica la intervención pública sobre el precio de acceso a las mismas en situaciones de monopolio o de posición dominante.

---

<sup>29</sup> Es lo que se conoce como la valorización o rentabilización del dominio público que, sin alterar la regla de la afectación o destino de los bienes a una utilidad pública, busca obtener una rentabilidad de estos bienes. Véase en este sentido a Fernández Scagliusi, M. A., *El dominio público funcionalizado: la corriente de valorización*, INAP, Madrid, 2015.

En el caso de las infraestructuras de transporte, el carácter de monopolio y su consideración como servicios de interés económico general justifican también la intervención pública en la determinación del precio de acceso, porque existe un interés general en garantizar un acceso objetivo y no discriminatorio para que las actividades de transporte se desarrollen en régimen de libre competencia, sin que dicho precio de acceso suponga una barrera de entrada al mercado. Esta intervención pública se justifica en dos supuestos: en primer lugar, cuando no exista una competencia suficiente que permita que sea el mercado el que fije estos precios, extremo que suele ser habitual en el caso de las infraestructuras de transporte porque no son bienes fácilmente duplicables por razones económicas o medioambientales; y en segundo lugar, cuando a pesar de poderse dar cierta competencia (por proximidad de infraestructuras o incluso una competencia intermodal), debe garantizarse igualmente el acceso a un precio razonable y equitativo ante la posición dominante del titular de una determinada infraestructura.

Esta intervención pública en la determinación del precio de acceso a las infraestructuras de transporte no debe necesariamente basarse en un modelo de prestaciones patrimoniales públicas. Es perfectamente factible optar por un modelo de precios regulados que, para que sea acorde con el Derecho de la Unión Europea y con su concepción como empresas que realizan una actividad económica, debe reconocer al administrador de infraestructuras ferroviarias la facultad de tomar decisiones en materia de fijación de los precios de acceso y debe prever asimismo la posibilidad de un control posterior de estas decisiones a cargo de un organismo regulador independiente para que pueda supervisar que los precios fijados sean equitativos y no discriminatorios.

Por otra parte, el marco regulador debe prever que el administrador de infraestructuras ferroviarias negocie los precios de acceso con los usuarios a través de un procedimiento transparente de consultas que les permita llegar a acuerdos, y que en caso de desacuerdo los determine el propio administrador dentro de unos parámetros preestablecidos –en especial, los costes que se pueden considerar y el beneficio razonable que se puede obtener. Además, el administrador de infraestructuras ferroviarias debe estar facultado para modificar los precios de acceso, en desarrollo de su política comercial, con el fin de maximizar la explotación de la infraestructura.

Este marco regulador debe centrarse en cinco aspectos fundamentales: los principios a los que debe sujetarse el administrador de infraestructuras ferroviarias para fijar los precios de acceso (rentabi-

lidad, objetividad, eficiencia, no discriminación, seguridad jurídica); el establecimiento de un procedimiento transparente de consultas con los usuarios que permita negociar los precios de acceso, en el que es fundamental el intercambio mutuo de información; la concreción de los costes que se pueden considerar y el beneficio razonable que se puede obtener; la necesidad de motivar las decisiones que se adopten en materia de fijación de precios de acceso para facilitar su control posterior; y el establecimiento de un mecanismo de control de los precios fijados a cargo de un organismo regulador independiente, cuyas decisiones deben ser vinculantes.

## VII. LA OPCIÓN DE UN SISTEMA DE PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS NO TRIBUTARIAS

Frente a la anterior opción analizada, basada en un modelo de precios no coactivos por el acceso y utilización de las infraestructuras ferroviarias, cabe la posibilidad de implantar un modelo de precios de acceso en el que, manteniendo su imposición coactiva, huye de su carácter tributario, configurándolos como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias.

Como es sabido, dentro del concepto de prestaciones patrimoniales públicas del artículo 31.3 de la Constitución se debe distinguir entre las que tienen naturaleza tributaria (tasas, contribuciones especiales e impuestos), sujetas a las previsiones de los artículos 31.1 y 133.1 de la norma fundamental, y las que no tienen naturaleza tributaria<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Existen numerosos ejemplos de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias: en el sector eléctrico, se pueden citar las aportaciones que determinadas empresas deben realizar para financiar el déficit de ingresos o el bono social o las aportaciones de los consumidores para financiar los costes de transición a la competencia; en el sector gasista, la compensación por la renuncia a la concesión para la explotación del almacenamiento subterráneo de gas natural (Castor); en el sector de las telecomunicaciones, la financiación de las obligaciones de servicio universal; en el sector audiovisual, la financiación de la actividad de servicio público de la Corporación de Radio y Televisión Española; o en el sector aeroportuario, las prestaciones patrimoniales públicas que percibe AENA Aeropuertos SA por el acceso y utilización de las instalaciones aeroportuarias. Véase al respecto a Gómez-Ferrer Rincón, R., *“Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria”*, en López Ramón, F. (Coord.), *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, Actas del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015, pp. 31-67; y a Ortiz Calle, E., *“Las fronteras del derecho tributario. A propósito de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario”*, en *Revista Quincena Fiscal*, 19 de noviembre de 2018.

El Tribunal Constitucional ha concretado las notas características de estas prestaciones patrimoniales públicas no tributarias en las escasas veces que ha tenido la ocasión de pronunciarse (SSTC 182/1997, 83/2014, 139/2016, 167/2016 y 63/2019). En las SSTC 182/1997 y 167/2016 ya apuntó que las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias se caracterizan, como las tributarias, por ser coactivas, por perseguir una finalidad pública y por la obligación de respetar la reserva de ley, y que se diferencian de las tributarias en que no tienen por finalidad la contribución al sostenimiento de todos los gastos públicos, sino que están destinadas a financiar determinados costes sectoriales.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha tratado de abordar por primera vez a nivel legal la noción y el régimen jurídico de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y su distinción de las tributarias, al dar una nueva redacción a la disposición adicional primera de la Ley General Tributaria. Tras recordar que tienen la consideración de prestaciones patrimoniales públicas tributarias las tasas, las contribuciones especiales y los impuestos, se definen las no tributarias como *“las demás prestaciones que exigidas coactivamente respondan a fines de interés general”*, lo cual es decir poco porque también los tributos son coactivas y persiguen el cumplimiento de fines de interés general<sup>31</sup>. Como ha dicho la reciente STC 63/2019, que ha declarado constitucional esta regulación de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, *“no se trata propiamente de una categoría homogénea de prestación en sí misma, sino que obedecen a diferentes finalidades, y que únicamente tienen en común, además de no ser tributos (delimitación negativa), la coactividad y el hecho de que su finalidad no es la de financiar «todos» los gastos públicos”*.

Asimismo, la nueva disposición adicional primera de la Ley General Tributaria considera que, en cualquier caso, serán prestaciones patrimoniales públicas no tributarias *“aquellas que teniendo tal consideración se exijan por prestación de un servicio gestionado de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta”*, y en concreto cita *“aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades*

<sup>31</sup> Menéndez Moreno, A., *“Las prestaciones patrimoniales de carácter público. Un análisis de la noción de las mismas en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”*, en Revista Quincena Fiscal, 2018, nº 1-2 enero.



*de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado*<sup>32</sup>.

El legislador tiene, en principio, libertad para determinar los supuestos que se configuran como tributos o como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, pues la Constitución no impone ningún criterio. En este sentido, el Tribunal Constitucional ya dijo en la STC 185/1995 que *“desde la perspectiva constitucional, (...) el legislador puede alterar el alcance de las figuras que hoy integran esta categoría [la de los tributos] –impuestos, tasas y contribuciones especiales– y puede crear nuevos ingresos de Derecho público”*, criterio que ha sido confirmado por la citada STC 63/2019 al admitir que *“ni se predetermina en la Constitución un modelo único de gestión de los servicios públicos, ni tampoco de la doctrina constitucional se infiere que la financiación de los costes asociados a su prestación deba ser siempre necesariamente tributaria, pudiendo obedecer a otras fórmulas de distinta naturaleza jurídica”*.

Ello pueda dar pie a que el legislador, en la medida que el administrador de infraestructuras ferroviarias se configura como una entidad pública empresarial que explota unas infraestructuras, pueda llegar a calificar los cánones de acceso como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, tal como se ha hecho en el caso de las tarifas de acceso a los aeropuertos. No obstante, existe una importante diferencia con los aeropuertos, pues estos dejaron de ser bienes de dominio público tras la aprobación del Real Decreto-ley 13/2010.

Así pues, teniendo presente que las infraestructuras ferroviarias son bienes de dominio público, no puede perderse de vista que el le-

---

<sup>32</sup> La reforma operada trata de poner fin a la discusión existente sobre las tarifas abonadas por los usuarios por la utilización de obras o la prestación de servicios gestionados de forma directa por la Administración mediante personificación privada o de forma indirecta a través de concesionario. Si los servicios o actividades se prestan en régimen de Derecho público, estaremos ante tasas y si se prestan en régimen de Derecho privado, estaremos ante una prestación patrimonial pública no tributaria. Véase en este sentido a Ortiz Calle, E., *“Las fronteras del derecho tributario. A propósito de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario”*, op. cit., y a García Moreno, A., *“Prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias. La importancia de la coactividad y del régimen de prestación del servicio público como determinante de la naturaleza de la contraprestación percibida”*, en *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, n° 49, 2019. Con ello, el legislador habría asumido la tesis del voto particular de dos magistrados formulado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (casación 4091/2013). Véase al respecto a Litago Lledó, R., *“El nuevo concepto legal de prestación patrimonial de carácter público”*, en *Documentos de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario*, n° 11, 2018.

gislador ha establecido con carácter general que la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público comporta la obligación de pagar una prestación patrimonial pública de carácter tributario, en particular, una tasa (arts. 2.2.a de la Ley General Tributaria y 6 de la Ley de Tasas y Precios Públicos).

Por ello, frente a esta regulación de carácter general, la calificación de los cánones ferroviarios como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias es muy problemática y está sujeta a un alto riesgo si la cuestión llega al Tribunal Constitucional. Las infraestructuras ferroviarias tienen la particularidad apuntada de ser susceptibles de explotación económica, pero son en definitiva bienes de dominio público. Sería cuestionable que frente al régimen general que exige el pago de una tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, en el caso de los bienes ferroviarios se estableciese, siendo bienes de la misma naturaleza, una prestación patrimonial pública no tributaria. En la STC 185/1995 el Tribunal Constitucional no aceptó precisamente que una parte de las tasas fuesen calificadas de precios públicos cuando de hecho los supuestos que se pretendía diferenciar tenían la misma naturaleza y tan sólo se había operado un cambio de nombre.

El legislador tiene libertad para crear nuevas prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, pero este ejercicio está sujeto al respeto de los principios constitucionales, entre ellos, el principio de igualdad en la ley, sin que sea admisible que una norma ofrezca un trato desigual entre quienes están en la misma situación jurídica, salvo que existan motivos objetivos y razonables. Debería, pues, justificarse cuáles son las razones objetivas para establecer este diferente régimen jurídico, y aquí entraría en juego la particularidad apuntada de las infraestructuras de transporte que, a pesar de ser bienes de dominio público, se conciben hoy en día como empresas que realizan una actividad económica.

En cualquier caso, si se opta por configurar los cánones ferroviarios como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, deberá respetarse el principio de reserva de ley, aunque como ha dicho el Tribunal Constitucional, se trata de una reserva relativa en lo que se refiere a la fijación de las cuantías, más todavía cuando se trata de relaciones sinalagmáticas (STC 185/1995). El Tribunal Constitucional ha manifestado que la relatividad puede ser especialmente intensa en el caso de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias (SSTC 83/2014, 167/2016 y 63/2019). En la última de estas Sentencias, el Tribunal ha dicho que *“lo esencial es que su establecimiento se lleve a cabo bien por la propia ley, bien con arreglo a la*

*misma, lo que exige que sea una norma legal la que establezca los criterios a partir de los cuáles deben cuantificarse, de acuerdo con los fines y principios de la legislación sectorial en la que en cada caso se inserte”.*

Pero esta relatividad no permite una deslegalización completa de la materia, por la que la Ley del sector ferroviario debería establecer los criterios o límites aplicables para determinar los cánones de acceso, o como dice la Directiva 2012/34/CE (art. 29.1), el marco para la determinación de los cánones y las normas específicas para su fijación. De este modo, se conjugarían los intereses del Derecho de la Unión Europea y los del artículo 31.3 de la Constitución: por un lado, la ley crearía las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y determinaría los criterios o límites para fijar los cánones ferroviarios, y por el otro, se brindaría al administrador de infraestructuras ferroviarias “*cierto margen*” –como exigía la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013– para fijar las cuantías de dichos cánones, con lo que podría desarrollar su propia política comercial. Al mismo tiempo, este modelo también permitiría que una autoridad independiente de regulación revisase las decisiones del administrador de infraestructuras en materia de fijación de cánones, al no estar fijados en la ley.

## VIII. CONCLUSIONES

Los cánones que se pagan por el acceso a las infraestructuras ferroviarias se configuran en la Ley del sector ferroviario de 2015 como prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario, esto es, se trata de tasas cuya determinación se hace anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado según la lógica político-parlamentaria.

Este modelo no encaja en el Derecho de la Unión Europea, que exige que el administrador de infraestructuras ferroviarias tome las decisiones sobre los precios de acceso a las mismas y que además pueda modificarlos en todo momento para adaptarlos a sus necesidades de explotación comercial. El modelo vigente tampoco permite que un organismo regulador independiente pueda revisar las decisiones en materia de cánones ferroviarios al estar fijados en la ley. Finalmente, nuestro modelo no se ajusta a una moderna concepción de las infraestructuras de transporte como empresas que realizan una actividad económica de oferta de bienes y servicios a sus usua-

rios, cuya retribución no debería quedar sujeta al pago de tributos establecidos anualmente en la ley.

A pesar de que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013 condenó a España por no garantizar que el administrador de infraestructuras ferroviarias tomase las decisiones en materia de fijación de los precios de acceso y que estas decisiones pudiesen ser revisadas por un organismo regulador independiente, lo cierto es que las normas se suceden en el tiempo sin afrontar decididamente la cuestión.

Frente a este modelo que configura los cánones ferroviarios como prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario, se apuntan dos opciones.

La primera opción pasaría por concebir los cánones de acceso a las infraestructuras ferroviarias como precios regulados, no impuestos coactivamente por el poder público. Se trata de un modelo en el que el administrador de infraestructuras ferroviarias negocia con sus usuarios los precios de acceso en el marco de un procedimiento transparente de consultas, a imagen de lo previsto en la Directiva de tasas aeroportuarias, y en caso de desacuerdo los determina el propio administrador, dentro de unos parámetros establecidos en el marco regulador, con control posterior de estas decisiones a cargo de un organismo regulador independiente.

Esta opción exige que o bien se prescinda del carácter demanial de las infraestructuras ferroviarias, como se ha hecho en el caso de las infraestructuras aeroportuarias, dado que el Tribunal Constitucional identifica dominio público con imposición coactiva del precio de acceso, o bien, manteniendo este carácter demanial, se limiten los efectos de su actual régimen jurídico, en especial las consecuencias que se extraen de su afectación a una utilidad pública, en el sentido que esta afectación no se ve alterada por el hecho de que el administrador negocie los precios de acceso con sus usuarios y los establezca en ejercicio de una potestad de regulación, distinta de la potestad tributaria o de la tarifaria.

La segunda opción pasaría por configurar los cánones ferroviarios como prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, aprovechando su actual regulación contenida en la Ley de Contratos del Sector Público. Dado el carácter relativo de la reserva de ley exigida para establecer prestaciones patrimoniales públicas, especialmente cuando se trata de relaciones sinalagmáticas, este modelo permitiría atribuir al administrador de infraestructuras ferroviarias cierto margen para determinar las cuantías de los cánones ferroviarios y,

al mismo tiempo, al concretarse las cuantías en decisiones de dicho administrador, éstas se podrían revisar por un organismo regulador independiente.

Esta segunda opción es un punto intermedio entre el régimen jurídico vigente que califica los cánones de acceso como prestaciones patrimoniales públicas tributarias y la opción de calificarlos como precios regulados. Pero esta opción es muy arriesgada por la consideración de las infraestructuras ferroviarias como bienes de dominio público y por la previsión general de tener que pagar en estos casos una tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público. Existe el riesgo de que, si la cuestión llega al Tribunal Constitucional, pueda llegar a la conclusión de que este modelo es contrario al principio de igualdad en la ley, salvo que se pueda justificar la concurrencia de motivos objetivos y razonables para un trato diferente.

Lo que es indudable es que nuestro país tarde o temprano tendrá que afrontar la contradicción que late entre un modelo europeo que prima la facultad del administrador de infraestructuras ferroviarias de decidir los cánones ferroviarios y un modelo como el español en el que, dada la consideración de los cánones ferroviarios como prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario, priva a dicho administrador de la facultad de fijarlos y adaptarlos, al estar predefinidos en la ley.