

REVISIÓN DEL MARCO JURÍDICO COMUNITARIO DEL FERROCARRIL. LA DIRECTIVA REFUNDICIÓN

REVIEW OF THE EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK ON RAILWAYS. RECAST DIRECTIVE

JUAN MANUEL MIGUÉLEZ MEDINA
Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL PRIMER PAQUETE FERROVIARIO. II. LA REFUNDICIÓN DEL PRIMER PAQUETE FERROVIARIO: 1. Directiva 440/1991. 2. Directiva 18/1995. 3. Directiva 14/2001. III. LOS INCUMPLIMIENTOS DE LOS ESTADOS. IV. LA INCORPORACIÓN DEL PRIMER PAQUETE AL DERECHO ESPAÑOL. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 28-2-2013. V. PROBLEMAS FUNDAMENTALES DETECTADOS EN LA REFORMA DEL TRANSPORTE FERROVIARIO COMUNITARIO: 1. Infraestructura. 2. Competencia. 3. Organismos reguladores. 4. Endeudamiento. VI. ¿QUÉ SE NECESITA PARA REALIZAR TRANSPORTE FERROVIARIO? VII. AVANCES EN CUANTO A RIGOR DE LA REGULACIÓN EN LA NUEVA DIRECTIVA. VIII. CONTENIDOS MÁS INTERESANTES DE LA DIRECTIVA DE REFUNDICIÓN: 1. Acceso a las infraestructuras. 2. Poderes delegado y de ejecución de la Comisión. 3 Separación entre gestión de la infraestructura y explotación de servicios. 4. Transparencia financiera y contable. 5. Servicios relacionados con el ferrocarril. 6. Reforzamiento de los reguladores. 7. Tarifación del acceso a la infraestructura. IX. PECULIARIDAD DE LA SITUACIÓN ESPAÑOLA. X. PLAZO DE INCORPORACIÓN A LOS DECHOS NACIONALES.

I. INTRODUCCIÓN. EL PRIMER PAQUETE FERROVIARIO

En el marco de la Política Comunitaria de Transporte, las disposiciones comunitarias en el ámbito ferroviario, que ya son relativamente numerosas, se han venido caracterizando por su elevada especialización y por abordar cada una un ámbito temático muy reducido. Mediante cada norma se abordaba la armonización considerada imprescindible en cuanto a una cuestión o grupo de cuestiones. Son Directivas y Reglamentos muy especializados y relativamente concretos en cuanto a sus objetivos.

La primera Directiva que se impuso como objetivo avanzar hacia un mercado ferroviario europeo, incluyendo medidas en varios ámbitos y de diverso calado, fue la Directiva 91/440/CEE del Consejo de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios. A pesar de lo ambicioso de su planteamiento, no tuvo el éxito esperado, que tampoco le facilitaron las sucesivas modificaciones que sufrió.

A partir de un determinado momento, precedidas de un Libro Blanco, la Comisión decidió agrupar las disposiciones en materia ferroviaria, sometiendo simultáneamente a aprobación conjuntos de ellas que pretenden articular un impulso global para alcanzar el proyectado mercado único de transporte ferroviario.

Así, tras el Libro Blanco *Estrategia a seguir para la revitalización de los ferrocarriles comunitarios*, el 15 de marzo de 2001 entraron en vigor tres Directivas: 2001/12, 2001/13 y 2001/14; las dos primeras modifican las Directivas 91/440 y 95/18, del Consejo, de 19 de junio de 1995, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias, y la tercera aborda la vital cuestión de la mínima armonización de la tarificación y la adjudicación de capacidad de infraestructura.

Este primer paquete, a pesar de realizar la primera apertura del mercado digna de reseñar, para el transporte internacional de mercancías, no dinamizó el mercado en la medida esperada.

Esta situación quedó patente en la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2010¹, que poniendo de manifiesto la defectuosa incorporación a los derechos nacionales de los Estados y su escasa eficacia real, y reprochando a la Comisión su tardanza en iniciar procedimientos de infracción, insta a revisar completamente el «primer paquete».

Esta revisión se produce mediante la incorporación a una única Directiva de todas las que integran el referido *primer paquete*.

II. LA REFUNDICIÓN DEL «PRIMER PAQUETE FERROVIARIO»

Por mor de este proceso de refundición, esta nueva Directiva, publicada en el *DOUE* de 14 de diciembre de 2012, nos evita manejar, como hasta ahora era obligado, los textos consolidados de las siguientes tres Directivas:

La Directiva 91/440/CEE del Consejo de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios.

La Directiva 95/18/CEE del Consejo de 19 de junio de 1995, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias.

La 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.

¹ *DOUE* C 236 de 12-8-2011.

Estas tres Directivas son capitales en el proceso de «desregulación ferroviaria» en la Unión Europea. Ello queda de manifiesto si repasamos su contenido fundamental:

1. Directiva 440/1991

Autonomía y principios de gestión mercantil para las empresas ferroviarias.

Separación contable obligatoria de la operación del transporte de la gestión de la infraestructura.

Regulación del acceso a la infraestructura mediante el pago de cánones.

Obligación de saneamiento de las empresas ferroviarias.

Esta Directiva tiene acreditada veteranía, puesto que fue publicada en el *DOCE* de 24 de agosto de 1991 y el plazo para su incorporación a los ordenamientos nacionales acabó el 1 de enero de 1993. Ciertamente, su inclusión en el denominado «primer paquete» deriva de las modificaciones que sufrió mediante la Directiva 2001/12/CE.

2. Directiva 18/1995

Armonización de la regulación de la licencia de empresa ferroviaria.

Esta Directiva se incorpora al «primer paquete» por mor de la modificación operada mediante la Directiva 2001/13/CE y reguló en su día una armonización mínima de lo relativo a: (i) Autoridad otorgante de licencias; (ii) Validez comunitaria de las licencias otorgadas por cada Estado; y (iii) Requisitos para el otorgamiento.

3. Directiva 14/2001

Esta norma armoniza: (i) Declaración sobre la Red; (ii) Adjudicación de capacidad de infraestructura; (iii) Tarifación del acceso a la infraestructura; y (iv) Organismos reguladores y su régimen.

Este primer conjunto de Directivas contiene, por tanto, lo esencial para la apertura del mercado, dentro del marco de la doctrina sobre las '*industrias en red*', en las que, sin perjuicio de su titularidad pública o privada, se rompe el monopolio de utilización de dicha red por un operador único.

Puesto que las disposiciones de la Directiva 440/1991 no tuvieron, como hemos apuntado, un efecto relevante en el mercado de servicios ferroviarios, se prosiguió la labor armonizadora con la Directiva 18/1995, que tampoco supuso un gran avance en los objetivos perseguidos por la Comisión.

Así las cosas, la Comisión consiguió en 2001 la aprobación de este grupo de Directivas, actualizando las dos primeras y añadiendo el primer intento serio de armonización en lo esencial para avanzar en la liberalización del acceso a las infraestructuras ferroviarias: un régimen embrionariamente homogéneo en cuanto a atribución de capacidad y tarificación y el establecimiento obligatorio de organismos reguladores del incipiente mercado.

El término refundición, «*recast*», nos sitúa ante la derogación de las Directivas referidas y la incorporación de su contenido, que es simultáneamente revisado y modificado, a una única norma.

La derogación de las tres Directivas no afecta a los plazos de incorporación a los derechos de los Estados de las obligaciones en ellas contenidas, que se mantienen.

No se trata, por tanto, de una refundición en el sentido del derecho español ni supone necesariamente un texto menos farragoso; de hecho, es posible que con este producto transaccional del procedimiento legislativo ordinario, antes codecisión, se incrementen en algunos casos las dificultades interpretativas.

La nueva norma modifica pues la regulación previa, con la voluntad de hacerla más exigente y de que sirva como instrumento para avanzar en la consecución de los objetivos asumidos por las instituciones comunitarias. En qué medida las modificaciones son o no suficientes será objeto de debate.

III. LOS INCUMPLIMIENTOS DE LOS ESTADOS

Prueba de que los objetivos del «primer paquete ferroviario» no se han conseguido en el grado deseado son los procedimientos de infracción iniciados por incumplimientos de los Estados de las obligaciones de incorporación a su Derecho interno.

Se iniciaron contra casi la totalidad de los Estados miembros, si tenemos en cuenta que algunos no tienen ferrocarril, en junio de 2008, y con bastante demora si tenemos en cuenta el plazo obligatorio de incorporación: 15 de marzo de 2003.

Así, en el referido junio 2008 se abrieron procedimientos de infracción a 24 Estados miembros y, tras las alegaciones de los Estados, en octubre de ese año se envió Dictamen motivado a 21 de ellos y en junio del año siguiente se decidió llevar ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a 13 de esos Estados: Alemania, Austria, Chequia, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Polonia y Portugal.

Los incumplimientos fundamentales denunciados por la Comisión fueron, en síntesis general, los siguientes: (i) Falta de suficiente independencia entre el gestor de la infraestructura y el explotador o explotadores de los servicios; (ii) Régimen inadecuado del regulador; (iii) Régimen inadecuado de fijación de los cánones.

Una de las críticas hechas a esta Directiva es que no se ha esperado a las sentencias del Tribunal de Justicia, que están ya dando una interpretación auténtica del

‘primer paquete’, sobre la que podría haberse construido con más seguridad jurídica la nueva regulación.

IV. LA INCORPORACIÓN DEL PRIMER PAQUETE AL DERECHO ESPAÑOL. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 28-2-2013

En cuanto al Reino de España, la Comisión consideró que el regulador no tenía un adecuado régimen, carecía de suficiente independencia y de los medios suficientes para ejercer sus funciones: supuesta infracción del artículo 30.1 de la Directiva 2001/14/CE y del artículo 10.7 de la Directiva 91/440/CEE. No obstante, tras la modificación del régimen del regulador por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible –disposición final 23^a– la Comisión desistió en cuanto a este punto.

La recientemente publicada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013 (asunto C-483/10) acoge íntegramente las conclusiones del abogado general y estima que España ha incumplido aquello a lo que viene obligado por los artículos 4.1, 11, 13.2 y 14.1 de la Directiva 2001/14/CE.

Ello significa que uno de los criterios legales de adjudicación de capacidad de infraestructura no es coherente con dicha normativa comunitaria, deviniendo obligado modificar la Orden Ministerial de adjudicación de capacidad: ORDEN FOM/897/2005, de 7 de abril, y seguramente reflexionar sobre la oportunidad de regular el Acuerdo Marco previsto en el artículo 42 de la Directiva, con o sin aprobación previa del órgano regulador, en la medida en que es el instrumento idóneo para superar la frontera del horario de servicio, de vigencia anual.

Igualmente, que el sistema de determinación de los cánones de acceso a la infraestructura es asimismo a derecho comunitario, en cuanto que no existe el sistema de incentivos que en él se prevé y no se permite al Administrador determinar dichos cánones, siendo esta determinación algo más que la mera liquidación y recaudación. Dado que los cánones de acceso son tasas en nuestro sistema vigente, es inevitable la modificación de la Ley 39/2003, de 17 de diciembre, del Sector Ferroviario (sección IV del Título V).

Por el contrario, la Comisión ha resultado derrotada en otros pleitos. Las sentencias en los procedimientos contra Austria² y Alemania³ acogen también las conclusiones del abogado general, que no considera contrario al Derecho comunitario el régimen de «holding» vigente en estos países, desestimando las pretensiones de la Comisión.

La Comisión, con declarada preferencia por la separación institucional completa y radical, considera imprescindible esta separación al menos en cuanto a las

² Sentencia de 28 de febrero de 2013 - Asunto C 555/10.

³ Sentencia de 28 de febrero de 2013 - Asunto C 556/10.

funciones esenciales de Administración de la infraestructura, pero el tribunal niega validez a estas directrices, considerando suficientes las cautelas establecidas por estos dos estados para evitar discriminaciones y conflictos de intereses.

V. PROBLEMAS FUNDAMENTALES DETECTADOS EN LA REFORMA DEL TRANSPORTE FERROVIARIO COMUNITARIO

Es comprensible un cierto sentimiento de decepción en las autoridades comunitarias por los escasos resultados conseguidos en tanto tiempo: han transcurrido más de 20 años desde la publicación de la Directiva 440/91, que fue la que inició un proceso ambicioso de cambio. El contraste con la aviación es llamativo, si nos atenemos al sector del transporte, y todavía más si atendemos a otros sectores, como el de las telecomunicaciones, cuya apertura fue relativamente rápida y exitosa, con beneficios evidentes para los usuarios.

La clave parece estar, en primer lugar, en cuestiones técnicas que no afectan a la aviación. Seguramente es siempre obligado reseñar la importancia de la infraestructura en este negocio. El grado de interrelación entre material rodante e infraestructura es mucho más estrecho que en el resto de transportes y la calidad del servicio depende en altísima medida de la calidad de dicha infraestructura y de los servicios asociados a ella. Repasaremos esta cuestión y alguna otra también de importancia.

1. Infraestructura

Los problemas fundamentales puestos de manifiesto en Europa en relación con la infraestructura son: (i) Deterioro de la calidad; falta de inversión suficiente; (ii) Falta de información sobre su desarrollo; y (iii) Carencia de marco financiero estable.

El deterioro de la calidad tiene mucho que ver con la financiación pública y con los recursos que el sistema de cánones permite allegar para que el Administrador invierta en la infraestructura.

La inversión en infraestructura y la financiación pública del Administrador depende de las disponibilidades presupuestarias, cambiantes, que sólo adquieren certeza cada año mediante la Ley de Presupuestos. Por ello, se viene propugnando un marco plurianual de financiación para el Administrador y planes de desarrollo de la infraestructura públicos y vinculantes.

Parece claro que un sistema de cánones que permitiera financiar un grado suficiente de inversión no permite ni el reequilibrio modal ni la entrada de nuevos operadores y quizás pondría en peligro incluso a las grandes compañías ferroviarias.

Un canon próximo al coste marginal implica financiación pública de la infraestructura y ello no se está produciendo. Desde el punto de vista de los Administra-

dores, deberían disponer de un grado suficiente de seguridad jurídica sobre lo que pueden esperar en cuanto a financiación del Estado. Desde el punto de vista de los operadores y resto de involucrados en inversiones en transporte ferroviario, debiera existir información fiable sobre dónde y en qué cuantía se van a realizar inversiones en la infraestructura para su mejora y ampliación. El negocio está en servicios de calidad, fiables, que requieren infraestructuras adecuadas. Si no existe certeza sobre qué infraestructura va a estar disponible, las inversiones y las decisiones empresariales puede ser algo más parecido a un juego de azar.

2. Competencia

El transporte ferroviario no está dispensado del cumplimiento del derecho de competencia, aunque tenga un régimen peculiar en algunos aspectos. En cuanto a los objetivos de promoción de la competencia, (medidas tendentes a facilitar la apertura del mercado), se reprocha por parte de las autoridades comunitarias: (i) Falta de transparencia; (ii) Deficiente marco institucional; y (iii) Discriminación en las condiciones de acceso a la infraestructura y en cuanto al acceso a servicios relacionados con el ferrocarril.

El proceso de pasar de una explotación integrada por una compañía nacional pública a una separación de los servicios de transporte de la gestión de la infraestructura, para dar entrada a nuevos operadores, requiere que la normativa que antes era interna al operador único pase a ser externa y pública, quedando patente a los operadores en el mercado el régimen de funcionamiento del sistema, de las Administraciones y operadores públicos y privados, con definición clara de la Autoridad o autoridades responsables y de un regulador con suficiente poder y medios. En este proceso no se ha alcanzado suficiente transparencia en algunos Estados.

La existencia de supuestos de discriminación, en un entorno en el que existen operadores de distinta dimensión y nacionalidad y estructuras de grupos empresariales que incluyen al propio Administrador de la infraestructura y a los gestores de servicios relacionados con el transporte, pueden presumirse. Esta discriminación, cuando no tenga justificación, debe ser combatida por el regulador o por la Autoridad nacional y comunitaria.

3. Organismos reguladores

Otro de los presupuestos de esta Directiva es la que se asume como insuficiente fortaleza de los organismos reguladores. Parece claro que en los supuestos en los que no hay separación completa entre Administración de infraestructura y operación ferroviaria es todavía más necesario un regulador fuerte.

4. Endeudamiento

La frontera entre los mandatos comunitarios que obligan a aprobar una disposición normativa nacional y los que obligan a la consecución de un resultado concreto es, en ocasiones, difícil de advertir. A pesar de las normas que desde el principio del proceso de desregulación ferroviaria obligaban al saneamiento, el endeudamiento del «sector ferroviario» sigue siendo elevado. Desde el punto de vista de la obligación de resultado, en muchos Estados no se habría cumplido el mandato de saneamiento contenido en la Directiva 440/91.

Ha sido un objetivo que este endeudamiento, que en ocasiones puede llegar a impedir una gestión financiera sana, no se consolide con la deuda del Estado. Aunque tanto gestores de infraestructuras como empresas ferroviarias tienen que equilibrar sus cuentas, éstas últimas vienen muy afectadas por las directrices de la comisión sobre ayudas públicas⁴, si bien es cierto que no se deben considerar ayudas públicas las cantidades recibidas cumpliendo los requisitos que para las obligaciones de servicio público establece el Reglamento 1370/2007.

VI. ¿QUÉ SE NECESITA PARA REALIZAR TRANSPORTE FERROVIARIO?

Para entrar en este mercado, sin pretender hacer una lista exhaustiva, es preciso: (i) Licencia; (ii) Certificado de Seguridad; (iii) Material homologado (locomotoras, vagones y coches y trenes de viajeros); (iv) Seguros (en España, al menos Seguro de Responsabilidad Civil y Seguro Obligatorio de Viajeros); (v) Personal formado, en especial maquinistas con licencia y certificaciones aptas para cada tramo de infraestructura y para cada material; (vi) Asignación de capacidad; (vii) Abono de los cánones; (viii) Mantenimiento del material rodante; (ix) Energía; y (x) Servicios relacionados con el transporte: son especialmente relevantes los que se prestan en terminales.

Tomando como base esta lista, podemos abordar también qué no consiguió solucionar el «primer paquete», partiendo de un resultado empírico: que en la mayor parte de los estados la cuota de mercado del ferrocarril sigue siendo inadecuada, e incluso ha descendido. Una pequeña lista de problemas para el transporte internacional podría ser el siguiente:

La transparencia de los procedimientos para la obtención de licencias y certificados de seguridad en algunos estados no es la adecuada.

La tarificación es muy distinta en los estados. Los cánones muy elevados en algunas redes impiden el acceso de nuevos operadores.

El régimen y los procedimientos de asignación de capacidad difieren notablemente. Las condiciones y acuerdos son en ocasiones de notable complejidad. Igual

⁴ DOUE C 184 de 22-7-2008.

que la Declaración sobre la Red, están publicados en las lenguas oficiales, sin que estén disponibles siempre en una lengua de amplia comprensión internacional. No hay siempre regímenes de buen rendimiento ni compensaciones por retrasos o por mala calidad del servicio prestado por el administrador. En determinados puntos de las redes hay «cuellos de botella» y escasez de capacidad. La planificación del mantenimiento de la infraestructura no facilita en ocasiones un aprovechamiento adecuado.

La homologación del material sigue siendo una barrera técnica, puesto que la mayor parte del material no es interoperable. Los sistemas de seguridad y de operación en las distintas redes son muy diferentes: sentido de la marcha, tensión de catenaria, señalización, balizamiento, etc. Las distintas reglamentaciones de seguridad y sanitarias en los estados no facilitan el tráfico internacional.

En algunos estados el administrador está todavía vinculado al operador dominante.

El régimen y los poderes reales de los órganos reguladores son muy heterogéneos.

Determinado material, como las locomotoras, no es fácil de obtener, sin que exista verdadero mercado de segunda mano.

El personal cualificado en ocasiones escasea y la movilidad es difícil.

Las necesidades de financiación son muy elevadas.

Se han producido dificultades en algunos Estados para el acceso a servicios básicos como la energía, tracción auxiliar o estaciones de clasificación.

Partiendo de este elenco de problemas puede entenderse mejor en qué medida se pueden remover barreras de entrada y comprender la nueva Directiva, que evidentemente no puede abordar todo, amén de lo que tiene regulación específica contenida fuera de las Directivas del «primer paquete».

VII. AVANCES EN CUANTO A RIGOR DE LA REGULACIÓN EN LA NUEVA DIRECTIVA

Debe evitarse caer en dos extremos: uno sería ver el texto de la nueva Directiva como revolucionario: a ello puede colaborar imaginar lo que supondría la aplicación rigurosa del primer paquete según los criterios de la comisión; y el otro sería minusvalorar las novedades de este texto respecto del contenido ya vigente de las tres Directivas que van a ser derogadas. Evidentemente, no se crea mercado automáticamente con medidas normativas ni con instrumentos de planificación. Lo que se puede realizar mediante una Directiva es limitado, y más cuando se actúa sólo sobre un modo. Deben tenerse en cuenta a los operadores económicos y sus decisiones, más o menos libres, así como el comportamiento de consumidores y usuarios.

En este marco, para contribuir a solucionar los problemas detectados desde el ámbito normativo comunitario, con respeto al principio de subsidiariedad, con esta norma se pretende:

Simplificar el marco jurídico: fusionar, consolidar, aclarar, sustituir disposiciones. Debe suponerse que una normativa más clara facilitará el conocimiento, la aplicación y la incorporación a los Derechos nacionales; y quizás también la incoación de procedimientos de infracción. Los objetivos, siguiendo la estructura de la Comisión, se agrupan en tres categorías:

Infraestructura: financiación adecuada, transparente y sostenible; previsibilidad de su desarrollo y condiciones de acceso; estructura y nivel más adecuado de los cánones; mejora de la competitividad respecto de otros modos y de la internalización de los costes ambientales.

Competencia: evitar el falseamiento de la competencia con fondos público; transparencia; evitar el uso de información comercialmente sensible contra competidores y conflictos de intereses y aumentar la disponibilidad de servicios para los nuevos operadores.

Organismos reguladores: refuerzo de su independencia; ampliación de sus competencias; aumento de sus medios.

VIII. CONTENIDOS MÁS INTERESANTES DE LA DIRECTIVA DE REFUNDICIÓN

1. Acceso a las infraestructuras

Se encuentra regulado en los artículos 38 y siguientes. Aunque no hay medida revolucionaria de apertura del mercado doméstico de viajeros, que se pospone a lo que se anuncia como *4º paquete ferroviario*, existe derecho de acceso a infraestructuras de conexión con puertos e instalaciones de servicio y, según lo que hemos avanzado sobre poderes delegados y de ejecución, se prevé que la Comisión establezca normas detalladas sobre procedimiento y criterios de aplicación sobre acceso a la infraestructura y los servicios ferroviarios relacionados con el transporte. Éstos, prestados en lo que se denominan «instalaciones de servicio», públicas o privadas, están en muchos casos en manos de operadores de transporte, que deben prestarlos a sus competidores.

Se mantiene la posibilidad de restringir la entrada de nuevos operadores en los casos en los que ataquen el equilibrio de los contratos de servicio público, cuestión cuya valoración está residenciada en los organismos reguladores.

En este punto los juristas no tienen mucho que aportar, se trata de un problema económico y de financiación pública. Se sigue entendiendo necesaria la intervención pública para la provisión de un grado suficiente de servicios, de calidades y

de precios. Se buscan también objetivos de sostenibilidad ambiental, de reequilibrio modal, de garantía de movilidad de los ciudadanos. En este marco, el juego del mercado no es el mismo que en la provisión de otros servicios e, indudablemente, los servicios financiados con dinero de los contribuyentes se ven afectados por el resto.

La utilidad de la apertura del acceso a las infraestructuras depende de la calidad y previsibilidad del desarrollo de dichas infraestructuras y de un marco financiero estable para los administradores. Las previsiones entre las que está la del artículo 8, publicación de la estrategia indicativa de desarrollo de la infraestructura, han quedado bastante rebajadas en cuanto a exigencias para los estados respecto de la propuesta inicial. El objetivo, lograr la seguridad y transparencia en cuanto a las futuras inversiones y desarrollo de las redes, queda de difícil consecución.

2. Poderes delegados y de ejecución de la Comisión

Cuando en la Unión Europea se busca una regulación detallada y exigente, sin apenas margen de autonomía para los estados, se aprueban Reglamentos. El margen de autonomía referido es un presupuesto de las Directivas. En el presente caso la Comisión tendrá poderes para adoptar actos de ejecución de notable importancia, elaborando instrucciones detalladas de aplicación, de obligado cumplimiento, y modificando algunas partes de la Directiva (anexos).

El uso de estas facultades puede tener el efecto de alejarnos de lo que se supone que debe ser una Directiva y aproximarnos al Reglamento. Los poderes delegados, sometidos al Reglamento 182/2011, de 16 de febrero, ya han recibido críticas, por entenderse excesivos.

Los preceptos que pueden consultarse para comprobar la envergadura de estos poderes son los artículos: 10.4, 11.4, 12.5, 13.9, 17.5, 31.3, 31.5, 32.4 y 57.7.

3. Separación entre gestión de la infraestructura y explotación de servicios

Esta fue la gran novedad de la Directiva 440/91. Aplicando los conceptos de las industrias de red, se pretendió acabar con la explotación tradicional, que integraba infraestructura y operaciones de transporte. No obstante, la obligación no se configuró con radicalidad y se quedó en exigencia de separación contable, que aparece ahora en el artículo 6. Ello ha determinado variadas maneras de organización en los Estados. En las sentencias recaídas en los procedimientos contra Austria y Alemania, acogiendo de nuevo las conclusiones del abogado general, el Tribunal de Justicia de la Unión no acepta la interpretación de la Comisión y considera que las estructuras de grupo empresarial establecidas en estos países son compatibles con el derecho comunitario, negando obligatoriedad a las directrices de la Comisión sobre este tema.

Es claro que la liberalización del ferrocarril supone un mayor coste regulatorio y la separación total de funciones incrementa también los costes del sistema, costes que, desde el punto de vista económico, se justifican en el crecimiento del mercado. Es patente que el sistema de separación institucional es el más garantista y el preferido por la Comisión.

La situación, por mor del artículo 7, quedará de la siguiente manera: se deben encomendar a una entidad independiente de empresas o prestadores de servicios de transporte ferroviario las funciones esenciales de administración de la infraestructura: (i) Adjudicación de capacidad; y (ii) Tarifación del acceso a la infraestructura (determinación y recaudación de cánones).

4. Transparencia financiera y contable

Este objetivo de transparencia financiera y contable está en el derecho comunitario desde los años sesenta, en los que se intentó aclarar las relaciones de financiación entre empresas ferroviarias nacionales y Estados. La prohibición de subvenciones cruzadas es clásica en derecho de la competencia y muy antigua en el transporte ferroviario. Se trata de evitar que fondos públicos sufragen actividades de transporte en las que no debe haber financiación pública. En esta norma queda ubicada en el artículo 6. La referencia al Reglamento 1370/2007 es casi obligada y se contiene en el apartado 3 de dicho artículo.

Respecto a las obligaciones de separación contable, se pretende facilitar el control por los reguladores, para lo que está prevista la presentación normalizada de cuentas. La contabilidad de costes se puede convertir aquí, como en otros sectores, en instrumento fundamental para este control.

Dando por supuesto que la gestión de la infraestructura debe estar separada, dentro de las empresas ferroviarias debe haber separación contable entre los servicios de mercancías y los de viajeros y, dentro de éstos, entre los sometidos a obligaciones de servicio público y el resto.

5. Servicios relacionados con el ferrocarril

Se busca mejorar la clasificación de estos servicios. En España, nuestra legislación utiliza la terminología de adicionales, complementarios y auxiliares (Título III de la Ley 39/2003, artículos 39 y siguientes). La delimitación del derecho interno no coincide con la comunitaria. Desde el punto de vista comunitario, existen otros servicios no incluidos en este ámbito que sí se tienen en consideración, como son el mantenimiento de material. La pretensión inicial de obligar a la separación en organizaciones separadas del mantenimiento ha sido abandonada. Era un tanto ilógico que no se exigiese con radicalidad la separación organizativa de la gestión de la infraestructura y en esto se fuese más exigente. La propuesta prevé que la gestión

de las instalaciones de servicios mantenga siempre, conforme a lo dispuesto en el artículo 13, un cierto grado de independencia, con separación contable. Se obvia un reconocimiento explícito de la doctrina de las «*Essentials facilities*», pero se acoge la de «utilización o pérdida»: «*use-it-or-lose-it*». Las instalaciones en desuso en un determinado plazo, dos años, siempre que no estén en procesos excepcionales (reconversión), se exigirá que se liberen y se pongan a disposición de los interesados, en régimen de arrendamiento.

6. Reforzamiento de los reguladores

Nos corresponde ahora ocuparnos de los artículos 55 y siguientes. Sin perjuicio de la importantísima misión de supervisión del mercado que se encomienda a la Comisión Europea, para prevenir conflictos de intereses, se quiere un régimen más severo y más claro de independencia del regulador, tanto de autoridades públicas como de empresas y gestores de infraestructuras. Se pretende además que los reguladores cooperen entre sí, cuestión muy relevante si se quiere tráfico internacional ágil, y que integren una red, de la que formará parte la Comisión. Si se cumple el requisito de independencia organizativa, jerárquica, jurídica, de personal, etc., que garantice decisiones también independientes, el proyecto permite un regulador para varios sectores o la integración en una autoridad de competencia o en un organismo conjunto que realice varias tareas, solución que está previsto implantar en España.

Para cumplir estos objetivos, se amplían las competencias, que deberán abarcar también los servicios relacionados con el ferrocarril y sus precios y la fiscalización de la contabilidad separada, para lo que están previstas obligaciones de presentación en formato normalizado de cuentas.

Otra de las funciones hace referencia a la fiscalización de los acuerdos entre autoridades y administradores de infraestructuras, que pretenden ser instrumento para estrategias públicas y transparentes de desarrollo a largo plazo de las infraestructuras que estimulen a los operadores.

El regulador se configura como *organismo de apelación* contra decisiones de empresas, gestores de infraestructura o explotadores de instalaciones de servicio, sobre las siguientes materias: (i) Cánones, servicios y tarifas; (ii) Adjudicación de capacidad y derechos de acceso a la infraestructura; y (iii) Declaración sobre la red y su contenido y criterios.

Se prevé que el regulador pueda aplicar multas, sanciones coercitivas y medidas correctoras. También se le conceden facultades auditoras, por sí mismo o mediante encargo a terceros. Las decisiones deberán ser públicas y, en cuanto forzosamente recurribles en vía jurisdiccional, se quiere limitar los supuestos de suspensión de la ejecutividad de la decisión. Esta previsión puede entrar en colisión con nuestras normas procesales.

Como se ha adelantado, se quiere estrecha cooperación entre reguladores, que además deberán coordinarse con las autoridades en materia de competencia, tanto estatales como comunitarias, con quienes en el fondo comparten un mismo fin. Hay que asumir que los objetivos de regulación, control de ayudas de estado y supervisión de la competencia están estrechamente relacionados.

7. Tarificación del acceso a la infraestructura

Dada su importancia económica, los artículos 29 y siguientes deben recibir gran atención. Los precios por el acceso a la infraestructura en cada una de las redes nacionales son hoy muy diferentes. Tiene difícil arreglo y no parece que esta norma lo vaya a solucionar. Se intenta, no obstante, avanzar en la armonización de los criterios de tarificación. Evidentemente, la tarificación adecuada debe favorecer la utilización eficaz de la infraestructura sin establecer barreras de entrada para nuevos operadores ni atacar la equidad.

La reforma de los principios de tarificación pasa por reforzar el sistema de incentivos para la adecuada utilización de la red, lo que debe proporcionar rentabilidad social y económica, y la mejora de los resultados del administrador y operadores; para ello está el sistema de aplicación de recargos y descuentos. En el marco de un canon de acceso mínimo equivalente al coste directamente imputable a la explotación del servicio ferroviario, algo identificable con el coste marginal, la Comisión definirá detalladamente modalidades de cálculo de este coste.

Se prevén criterios comunes para la aplicación de recargos. También una tarificación disuasoria del ruido, aunque supeditada a que no sea discriminatoria entre modos en perjuicio del ferrocarril. Además se quiere utilizar los cánones como medida de fomento de la armonización técnica en materia de seguridad en la circulación: implantación del ECTS. Se busca aclarar qué costes no deben incluirse en el cálculo para el paquete de acceso mínimo y los servicios de acceso del anexo III.

Conforme a lo previsto en el artículo 27 la Declaración sobre la Red deberá publicarse en al menos dos lenguas oficiales de la Unión. Por tanto, los sistemas de tarificación deberán aparecer en un idioma adicional. No se ha aceptado que sea el inglés la lengua común en la que se publique siempre una versión.

Es obligatorio el canon de reserva, conforme a la previsión del artículo 36, para franjas sistemáticamente asignadas y no utilizadas. En nuestro sistema vigente, el canon de reserva no se devuelve.

En cuanto al sistema de descuentos, deben limitarse al ahorro de costes administrativos, permitiéndose los temporales para fomentar nuevos servicios o el uso de líneas infrautilizadas.

Respecto a los recargos, se deben aplicar con principios eficientes, transparentes y no discriminatorios respetando los aumentos de productividad de las empresas ferroviarias, para buscar la competitividad en los segmentos de mercado.

En cuanto al sistema de incentivos, ya previsto en la Directiva 14/2001, se refuerza, permitiendo penalizaciones, indemnizaciones y primas a directivos del administrador; es claro que no es sistema de incentivos el que no permite al que mejora retener una parte del resultado económico de dicha mejora; esto es así tanto para el gestor de la infraestructura como para el que opera transportes sometidos a obligaciones de servicio público.

Las medidas de fomento a través de la tarificación de acceso, como es el apoyo a la tecnología de bajo ruido, que implica la costosa sustitución de los sistemas de frenado de los vagones de mercancías, están muy matizadas, para evitar que puedan suponer un empeoramiento competitivo con respecto a otros modos de transporte.

El objetivo de equilibrio modal, y de trasvase de tráfico desde modos menos sostenibles, se puede ver atacado por algunos de estos otros objetivos si otros modos no tienen sistema de tarificación de la infraestructura. La resistencia a la aplicación de la «euroviñeta» es ejemplificativa y el debate sobre si el transporte de mercancías por carretera hace frente o no al deterioro que causa en las vías por las que transita también.

IX. PECULIARIDAD DE LA SITUACIÓN ESPAÑOLA

Tras lo que acaba de referirse, es obligado un breve recordatorio de la situación española en la que no existe un régimen contractual de acceso a la infraestructura. La incardinación de los cánones en el derecho tributario hace problemática la cuestión de la determinación de los cánones por el Administrador, según la previsión del artículo 29.1. Los precedentes son los litigios en materia de tarifas portuarias, en los que se sentó la doctrina jurisprudencial de que el aprovechamiento del dominio público tiene obligada contraprestación a través de tasas, doctrina que está en la base del actual sistema de fijación de tarifas y precios en los puertos de interés general⁵. Cabe reflexionar si los servicios que presta ADIF son únicamente facilitar este aprovechamiento de dominio público, pero es clara la dificultad para cohesionar con nuestro ordenamiento tributario lo previsto en los artículos 32.3 y 32.6 de esta Directiva. Asimismo, lo que aparece en el artículo 56.6 también nos es extraño, dada la indisponibilidad del crédito tributario y la imposibilidad de acuerdo con la Administración en cuanto al importe de la deuda tributaria.

La obligada reforma de la Ley del Sector Ferroviario, en cuanto a la regulación contenida en su Título V, conforme a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, implica tener en cuenta también la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, sentada con ocasión del régimen de tarifas portuarias. ¿Permitirá el último párrafo del apartado 1 del artículo 29 de esta nueva Directiva un marco que compatibilice las exigencias del derecho comunitario de autonomía de gestión

⁵ Tribunal Constitucional: Sentencias nº 102/2005, de 20 de abril; 121/2005, de 10 de mayo; y 122/2005, de 11 de mayo; también de interés es la Sentencia del TC nº 185/1995, de 14 de diciembre.

del Administrador con las que traen causa del principio de reserva de ley en materia tributaria? ¿Pueden compatibilizarse los objetivos de la Directiva en cuanto a que el sistema de tarificación contenga incentivos para las buenas prácticas con el sistema tributario? La última aportación del Comité de Regulación Ferroviaria, partidario con anterioridad del mantenimiento de los cánones en el ámbito tributario, es exhortar al debate sobre esta cuestión. Otra de las peculiaridades del sistema tributario es su sistema de recursos, que obedece a necesidades de justicia tributaria, siendo claro que la intervención del regulador prevista por la normativa comunitaria tiene como presupuesto un sistema de tarificación con presupuestos contractuales, mayoritario en los países de nuestro entorno.

La separación institucional, que entró en vigor con la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, el 31 de diciembre de 2004, está consolidada en España. En cuanto a la apertura total del mercado para el transporte de viajeros, lo que se pone en cuestión es el papel del Estado (entendido como integrador de las comunidades autónomas), la intervención pública en el transporte y la financiación pública para garantizar la movilidad de los ciudadanos, teniendo en cuenta los dos modelos que conocemos:

La *competencia por el mercado*, típica en los supuestos de sometimiento a obligaciones de servicio público, con selección de un operador para que lo haga con exclusividad en determinado ámbito, selección que, exista o no «*publicatio*» en sentido estricto, supone un grado elevado de intervención pública, lo que aproxima las técnicas de gestión a las de los servicios públicos. Esta intervención puede, no obstante, tener distintas modalidades e intensidad y hay que recordar que es el modelo aplicado por Gran Bretaña para el transporte de viajeros. De la intervención fuertemente reguladora tampoco han abdicado las instituciones comunitarias. A título de ejemplo: en el modo de transporte más «desregulado»: el aéreo, también se han regulado mediante reglamento los derechos de los pasajeros⁶.

Competencia en el mercado, como la que se produce en el transporte de mercancías, que plantea dificultades de compatibilización de los objetivos de eficiencia de las inversiones públicas, de garantía de frecuencias y precios adecuados, de equilibrio modal, de mínimos de movilidad ciudadana, de cohesión territorial, etc. Reconocimiento de esta dificultad es el mantenimiento de la posibilidad de limitar los operadores cuando afecten a los servicios con financiación pública, financiación pública que implica en mayor o menor medida a todos los transportes, con mayor incidencia en los que tienen mayor dependencia de la infraestructura pública, que implica un reparto, muy variable, del precio del transporte entre el ciudadano viajero y el ciudadano contribuyente.

La reciente publicación del Real Decreto 4/2013, de 22 de febrero, pone de manifiesto la dificultad de compatibilizar los objetivos de apertura del mercado

⁶ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n° 295/91.

con la preservación de las técnicas de intervención pública que pretenden garantizar la movilidad de los ciudadanos, un sistema común de transportes que sea económica y ambientalmente sostenible y el mantenimiento de obligaciones de servicio público.

X. PLAZO DE INCORPORACIÓN A LOS DERECHOS NACIONALES

Por último, sin olvidar hacer una referencia a la importancia de algunos de los anexos de la Directiva, hay que significar que el plazo previsto para la incorporación al Derecho interno de cada estado es de 30 meses: 16 de junio de 2015.

Con este plazo, resulta llamativo que ya tengamos publicada, en el marco del llamado «cuarto paquete» una propuesta de modificación de esta Directiva⁷. Es posible que en junio de 2015 ya tengamos algo que nos permita opinar sobre si las dos medidas estrella del referido «cuarto paquete»: separación institucional obligatoria de la administración de la infraestructura y acceso a la infraestructura para todo tipo de servicios ferroviarios, salen adelante o no. Puede ser pertinente volver a insistir en que el mercado tiene sus reglas y que éste no se crea o amplía únicamente con normas.

RESUMEN: Tras más de veinte años de intervención comunitaria en el transporte ferroviario, no se ha completado un marco legal sistemático que armonice el sector. La Directiva de refundición pretende ordenar el marco jurídico comunitario y hacer frente a alguno de sus principales retos: separación estructural, acceso a la infraestructura, financiación, regulador independiente, etc.

PALABRAS CLAVE: Ferrocarril, liberalización, directiva refundición.

ABSTRACT: After twenty years of community intervention in railway transport, a systematic legal framework harmonizing the industry has not been completed. The Recast Directive systematizes the legal framework and faces some of its more relevant challenges: structural separation, access to infrastructure, financing, independent regulator, etc.

KEYWORDS: Railway, liberalization, Recast Directive.

Recibido: 20 de abril de 2013

Evaluado: 8 de mayo de 2013

Aceptado: 10 de mayo de 2013

⁷ COM (2013) 29/2.