

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Nº 25 - 2º semestre 2013

LA SECESIÓN DE TERRITORIOS EN LA UNIÓN EUROPEA

- *Editorial. La Unión Europea sigue siendo la solución.* Enrique Linde Paniagua
- *Estado versus Nación. El fin de la era de los nacionalismos en Europa.* Enrique Linde Paniagua
- *La secesión de territorios en un Estado miembro. Efectos en el Derecho de la Unión Europea.* Araceli Mangas Martín
- *Los ciudadanos europeos y la secesión de territorios en la Unión Europea.* Manuel Medina Ortega
- *La secesión de territorios en la Constitución Española.* Alberto López Basaguren.
- *El derecho de secesión en Canadá: una regulación jurídica completa y un problema político sin resolver.* Antonio Calonge Velázquez

LA LIBERALIZACIÓN DEL TRANSPORTE FERROVIARIO

- *La obligación de servicio público en el transporte ferroviario.* Juan José Montero Pascual
- *Revisión del marco jurídico comunitario del ferrocarril. La Directiva refundición* Juan Manuel Miguélez Medina
- *Divergencias entre la legislación española sobre transporte ferroviario y la regulación comunitaria. El procedimiento de infracción incoado al Reino de España.* José María Collado González
- *Una propuesta de licitaciones de líneas múltiples en base al cuarto paquete ferroviario.* Kasper Roldsgaard y María de Miguel Molina
- *Bases económicas para la regulación del canon por uso de la infraestructura ferroviaria.* Francisco Javier Fernández Arévalo
- *Alianzas y fusiones transfronterizas en el transporte ferroviario de pasajeros de la Unión Europea.* José Ayllón



Revista de Derecho de la Unión Europea

Madrid. ISSN 1695-1085
Nº 25, julio-diciembre 2013

UNED - COLEX



REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Núm. 25 - 2º semestre 2013



Revista de Derecho de la Unión Europea

Madrid. ISSN 1695-1085
Nº 25, julio-diciembre 2013

UNED COLEX



RELACIÓN DE NÚMEROS PUBLICADOS

1. ¿Quo Vadis Europa?
2. La Unión Europea en el proceso de globalización
3. El futuro de la Unión Europea. La reforma de las Instituciones
4. La Unión Europea, una perspectiva mexicana
5. La Europa social. La Europa de la solidaridad
6. La gobernanza europea
7. Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea
8. La Constitución de la Unión Europea
9. La acción exterior de la Unión Europea en la Constitución Europea
10. La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia
11. La protección de los ciudadanos europeos por el Derecho de la Unión
12. El Proceso de Bolonia en el Espacio Europeo de Educación Superior
13. Las regiones en la Unión Europea
14. La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (la Directiva Bolkestein)
15. Los derechos fundamentales en la Unión Europea: nuevas perspectivas
16. La Unión Europea en la encrucijada de la globalización
17. Cuatro perspectivas sobre la inmigración
18. Sobre el Tratado de Lisboa: Algunas perspectivas críticas
19. Sin título
20. Sin título
21. El sistema de competencias de la Unión Europea de acuerdo con el Tratado de Lisboa
22. Familia y persona en la Unión Europea
23. Reformas de los Tratados de la Unión Europea y mutaciones de la Unión
24. El audiovisual en la Unión Europea: nuevas perspectivas.
Globalización y calidad turística en Europa
25. La secesión de territorios en la Unión Europea.
La liberalización del transporte ferroviario

Copyright © 2013

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) vela por el respeto de los citados derechos.

© UNED

© Constitución y Leyes, S.A.
colex@colex.es www.colex.es

I.S.S.N.: 1695-1085
Dep. Legal: M-51.747-2001

Preimpresión: Lufercomp S.L., San Fernando de Henares (Madrid)
Imprime: Edipack Gráfico. Tel.: 91 648 73 24

Consejo de Redacción

Director: Enrique LINDE PANIAGUA (*Dpto. Derecho Administrativo*)

Director Ejecutivo: Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR (*Dpto. Derecho Administrativo*)

Secretaria: Pilar MELLADO PRADO (*Dpto. Derecho Político*)

Vicesecretaria Primera: Pilar CELMA ALONSO (*Dpto. Derecho Administrativo*)

Vicesecretaria Segunda: Susana VIÑUALES FERREIRO (*Dpto. Derecho Administrativo*)

Vocales:

Juan CRUZ ALLI TURRILLAS (*Dpto. Derecho Administrativo UNED*)

Alicia ARROYO APARICIO (*Dpto. Derecho Mercantil UNED*)

Mariano BACIGALUPO SAGGESE (*Dpto. Derecho Administrativo UNED*)

Diego CÁMARA DEL PORTILLO (*Dpto. Derecho Administrativo UNED*)

Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Dpto. Derecho Administrativo UNED*)

Marta GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO (*Dpto. Derecho Procesal UNED*)

Miguel GÓMEZ JENE (*Dpto. Derecho de la Empresa UNED*)

Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ (*Dpto. Derecho Administrativo UNED*)

Juan José MONTERO PASCUAL (*Dpto. Derecho Administrativo UNED*)

Ramón PAIS RODRÍGUEZ (*Dpto. Derecho Administrativo UNED*)

Ramón PARADA VÁZQUEZ (*Dpto. Derecho Administrativo UNED*)

Fernando REVIRIEGO PICÓN (*Dpto. Derecho Político UNED*)

Silvia DEL SAZ CORDERO (*Dpto. Derecho Administrativo UNED*)

Consejo Asesor

Manuel Ahijado Quintillán (UNED)

Óscar Alzaga Villaamil (UNED)

Francisco Aldecoa Luzárraga

Universidad Complutense de Madrid

Alfredo Allue Buiza

Universidad de Valladolid

Paz Andrés Sáenz de Santa María

Universidad de Oviedo

Enrique Barón Crespo

Expresidente del Parlamento Europeo

Antonio Calonge Velázquez

Universidad de Valladolid

Edoardo Chiti

Universidad de Tuscia

Alberto A. Herrero de la Fuente

Universidad de Valladolid

Tommaso Edoardo Frosini

Universidad de Nápoles

Michael Fehling

Buccerius Law School de Hamburgo

Mercedes Fuertes López

Universidad de León

José María Gil Robles y Gil Delgado

Expresidente del Parlamento Europeo

Vicente Gimeno Sendra (UNED)

Mónica Guzmán Zapater (UNED)

Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

Expresidente del Tribunal Constitucional

Araceli Mangas Martín

Universidad Complutense de Madrid

Ramón Martín Mateo

Universidad de Alicante

Narciso Martínez Morán (UNED)

Manuel Medina Ortega

Exdiputado europeo

Sonia Morano-Foadi

Universidad de Oxford Brookes

Luciano Parejo Alfonso

Universidad Carlos III de Madrid

Beatriz Pérez de las Heras

Universidad de Deusto

Ángel Rodríguez-Vergara Díaz

Universidad de Málaga

Álvaro Rodríguez Bereijo

Expresidente del Tribunal Constitucional

Gil Carlos Rodríguez Iglesias

Expresidente del Tribunal de Justicia
de la Unión Europea

Pedro Solbes Mira

Excomisario Europeo

Francisco Sosa Wagner

Universidad de León

Leopoldo Tolivar Alas

Universidad de Oviedo

Carlos Westendorp y Cabeza

Exministro de Asuntos Exteriores

Jacques Ziller

Universidad de Pavia

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)

Publicación semestral del Departamento de Derecho Administrativo. Centro de Estudios de Derecho de la Unión Europea (CEDUE) Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Precio del número suelto: 20 euros

Suscripción anual, 2 números: 35 euros

SUSCRIPCIONES Y ADQUISICIONES

Editorial Constitución y Leyes, SA (COLEX)

Carretera de Pozuelo, nº 52

28020 Majadahonda - Madrid

colex@colex.es

www.colex.es

UNED (Difusión y ventas)

C/ Bravo Murillo, 38

28015 Madrid

Fax: 91 398 75 27

Consejo de Evaluadores

Andrés Boix Palop

Universidad de Valencia

Margarita Corral

Universidad de Valladolid

Javier Guillén Caramés

Universidad Rey Juan Carlos

Alberto Herrero de la Fuente

Universidad de Valladolid

Rodolfo Ramos Melero

Universidad San Pablo CEU

Roberto Viciano Pastor

Universidad de Valencia

José María Vidal Beltrán

Universidad de Valencia

NORMAS GENERALES PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN LA REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)

1. Todos los estudios y notas deberán ser informados favorablemente por algún miembro de la Dirección, del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor, o por algún especialista, por delegación de esos órganos.
2. Todos los estudios y notas deberán ser inéditos: no se publicarán trabajos publicados ya en otras revistas o en libros o en actas de congresos. Pero si un autor deseara publicar un trabajo, previamente publicado en la Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE), en otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo, deberá hacer constar en nota que el trabajo se publicó previamente en la Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE).
3. Los originales de los ESTUDIOS no sobrepasarán las 30 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Roman 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
4. Los originales de las NOTAS no sobrepasarán las 15 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Roman 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
5. Debe ser enviado en soporte informático, así como en texto impreso (sistema Word) a la Dirección de la Revista.
6. Los libros enviados a la REDUE serán objeto de publicación en una Lista de libros recibidos. La dirección de la REDUE encargará en determinados casos una breve reseña. Sólo se publicarán las reseñas encargadas por la REDUE.

La correspondencia con la Revista de Derecho de la Unión Europea debe dirigirse a la Secretaría de la misma.

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNED
Departamento de Derecho Administrativo

C/ Obispo Trejo, s/n.
28040 Madrid
Tel.: 91 398 61 40
Fax: 91 398 61 24

- *Editorial. La Unión Europea sigue siendo la solución.* Enrique Linde Paniagua 13

LA SECESIÓN DE TERRITORIOS EN LA UNIÓN EUROPEA

- *Estado versus Nación: el fin de la era de los nacionalismos en Europa.* Enrique Linde Paniagua 21
- *La secesión de territorios en un Estado miembro: efectos en el Derecho de la Unión Europea.* Araceli Mangas Martín 47
- *Los ciudadanos europeos y la secesión de territorios en la Unión Europea.* Manuel Medina Ortega 69
- *La secesión de territorios en la Constitución Española.* Alberto López Basaguren 87
- *El derecho de secesión en Canadá: una regulación jurídica completa y un problema político sin resolver.* Antonio Calonge Velázquez 107

LA LIBERALIZACIÓN DEL TRANSPORTE FERROVIARIO

Págs.

• <i>La obligación de servicio público en el transporte ferroviario.</i> Juan José Montero Pascual.....	127
• <i>Revisión del marco jurídico comunitario del ferrocarril. La Directiva refundición.</i> Juan Manuel Miguélez Medina	151
• <i>Divergencias entre la legislación española sobre transporte ferroviario y la regulación comunitaria. El procedimiento de infracción incoado al Reino de España.</i> José María Collado González	169
• <i>Una propuesta de licitaciones de líneas múltiples en base al cuarto paquete ferroviario.</i> Kasper Roldsgaard y María de Miguel Molina	191
• <i>Bases económicas para la regulación del canon por uso de la infraestructura ferroviaria.</i> Francisco Javier Fernández Arévalo.....	205
• <i>Alianzas y fusiones transfronterizas en el transporte ferroviario de pasajeros de la Unión Europea.</i> José Ayllon.....	221

	<u>Pg.</u>
• <i>Editorial: European Union still the solution.</i> Enrique Linde Paniagua	13

THE SECESSION OF TERRITORIES IN THE EUROPEAN UNION

• <i>State versus nation. The end of the era of nationalism in Europe.</i> Enrique Linde Paniagua	21
• <i>The secession of territories in a member State: effects on the law of the European Union.</i> Araceli Mangas Martín	47
• <i>The European citizens and the secesión of territories in the European Union.</i> Manuel Medina Ortega.....	69
• <i>The secession of territories in the spanish Constitution.</i> Alberto López Basaguren.....	87
• <i>The right to secede in Canada: a comprehensive legal framework and unsolved political issue.</i> Antonio Calonge Velázquez.....	107

LIBERALIZATION OF RAIL TRANSPORT

	<u>Pg.</u>
• <i>Public service obligations in railway transport.</i> Juan José Montero Pascual	127
• <i>Review of the European Legal Framework on railways. Recast Directive.</i> Juan Manuel Miguélez Medina.....	151
• <i>Discrepancies between Spanish legislation on rail transport and European regulation. The infringement procedure against the Kingdom of Spain.</i> José María Collado González	169
• <i>A proposal of multiline bidding based on the fourth railway package.</i> Kasper Roldsgaard y María de Miguel Molina.....	191
• <i>Economic basis for the regulation of charges for the use of railway infrastructure.</i> Francisco Javier Fernández Arévalo	205
• <i>Cross border alliances and mergers in passenger rail transport in the European Union Europea.</i> José Ayllon.....	221

EDITORIAL

LA UNIÓN EUROPEA SIGUE SIENDO LA SOLUCIÓN

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

La Unión Europea, hemos señalado hace tiempo, se dirige a un destino ignoto, como consecuencia de las presiones de los estados menos europeístas que exigen equilibrios que rozan lo imposible, o que obligan a llevar a cabo la construcción europea al margen de la Unión Europea. El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea es un ejemplo paradigmático de la deriva de la construcción europea que supone la mutación de la misma (que hemos analizado en el número 23 de esta Revista¹). Mutaciones que en nada favorecen el objetivo de la unidad política que no debe confundirse, como hace WEILER, con alguna suerte de mesianismo². La unidad política de Europa, lejos de ser una ensoñación de nostálgicos de la posición que tuvieron los estados e imperios europeos hasta el siglo XX, es una exigencia para que los ciudadanos de los estados europeos podamos sobrevivir en un mundo globalizado en que la envejecida población europea supondrá, en poco más de una década, en torno al 5% de la población mundial. Ningún imperio fue capaz de prever su decadencia, ni el romano, ni el español, ni el francés, ni el inglés, por referirnos al marco europeo. Hasta ahora la teoría de TOYNBEE³ no ha sido refutada por los hechos; las civilizaciones, culturas o imperios que no son capaces de enfrentarse a los nuevos desafíos acaban desapareciendo.

*

La secesión de territorios en la Unión Europea, y en particular en España, es un asunto que en la mayoría de casos se aborda desde posiciones apriorísticas favorables o desfavorables a la secesión en el ámbito de la Unión o en el de los Estados

¹ Ver el número 23 de la *Revista de Derecho de la Unión Europea*, titulada «Reformas de los Tratados de la Unión Europea y Mutaciones de la Unión», en particular mi trabajo «La mutación de la Unión Europea y de su Derecho originario: la modificación del artículo 136 del TFUE, y otros tratados (tratados parásitos) suscritos por estados de la Unión Europea, en particular el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea».

² Ver Joseph WEILER, «Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 96, septiembre/diciembre, 2012.

³ Ver Arnold. J. TOYNBEE, *A Study of History* escrito entre 1934 y 1961 (Estudio de la Historia).

miembros. El apriorismo es fruto, en el tema que nos ocupa, de los sentimientos más que de la razón, y de aquellos dan buena cuenta miles de artículos publicados en la prensa diaria y numerosos libros sobre este tema. Sobra pasión y falta razón en la mayoría de los pronunciamientos sobre este asunto.

Claro está, pueden existir quienes vean en la secesión de territorios de Estados miembros el inicio de una nueva Unión, la Unión de las regiones, integrada por más de un centenar de estados. Pero dicho proyecto no sería otra cosa que la liquidación del proyecto actual que desembocaría en una zona de libre cambio; incapaz de enfrentar los retos que en todos los órdenes tenemos las sociedades y los ciudadanos europeos.

La Constitución española de 1978, con la creación del Estado de las Autonomías, afrontó uno de los problemas más graves que arrastrábamos los españoles desde hacía más de un siglo: el de la descentralización del poder. No pocos de los que suscribieron dicho sistema de gobierno descentralizado pensaban que el Estado de las Autonomías podía poner fin a los independentismos vasco y catalán. Pero no ha sido así. En el clima de libertades públicas que instauró la Constitución la semilla independentista, abonada entre otros factores externos por nuestro sistema electoral, ha dado frutos.

El independentismo no ha amainado en las más de tres décadas de vigencia de la Constitución española, ni tampoco como consecuencia de la incorporación de España a la Unión Europea. Y esta circunstancia ha animado a algunos a proclamar el fracaso del Estado de las Autonomías y reclamar el retorno a un Estado centralista, y a otros a la liquidación del estado español fundado hace quinientos años. A esta especie de nuevo conservadurismo retrogrado está favoreciendo la profunda crisis económica que parecería ser el producto de dicho sistema descentralizado, concepción que han respaldado un gran número de medios de comunicación que, aireando los numerosos casos de corrupción y el despilfarro autonómico, han conseguido nublar la vista de los ciudadanos españoles que no verían que más del 90% del gasto público autonómico se ha destinado a la educación, a la sanidad y a las infraestructuras, con niveles de eficiencia considerables por comparación con nuestros socios europeos.

La corrupción es intolerable, y debe perseguirse con rigor y sin concesiones, pero la corrupción no puede llenar todo el espacio político ni debe conducirnos a la irresponsable conclusión de negar todo lo positivo que ha aportado la concepción descentralizada del poder que luce en nuestra Constitución. Pues, aunque no existiera la corrupción, lo que resulta del todo impensable, nuestros problemas continuarían, pues poco tienen que ver con aquella. Nuestro Estado no es lo eficiente que debiera, pero su eficiencia, lejos de ser perjudicada por la existencia de un sistema político descentralizado puede encontrar en el mismo una de las claves de su desarrollo, en la medida en que es capaz de una mayor movilización e implicación de los ciudadanos. Nuestro sistema autonómico precisa, tras más de treinta años de existencia, una revisión. En algunas materias hay que recentralizar y en otras hay que descentralizar, por la sencilla razón de que a lo largo de los últimos 35 años

se han producido transformaciones en la Unión Europea y en el mundo que de no tenerse en cuenta pueden crearnos problemas mucho más graves que los que hemos conocido en los últimos años.

En España no sobra nadie, pero tanto los independentistas periféricos como los nacionalistas centralistas deberán revisar los presupuestos de los que parten, que son todavía decimonónicos e incompatibles con el nuevo mundo que nos rodea. No solo debemos tener en cuenta el proyecto de construcción europea en que nos encontramos sino que debemos estar atentos al proceso de globalización en que estamos inmersos. En el mundo globalizado solo serán interlocutores los grandes bloques, las grandes potencias.

*

En el siglo XX los Estados europeos tomaron la delantera a los demás Estados del mundo creando la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y desde entonces el proceso de transferencia de los Estados miembros a la Unión no ha cesado, pese a etapas de crisis; pero la Unión ha perdido la capacidad de anticipación que tuviera a mediados del pasado siglo. El ritmo actual, dos pasos adelante y uno atrás, ya no es ni eficaz ni eficiente. En el mundo globalizado, en que los EEUU han perdido la hegemonía, las potencias dormidas están despertando y surgen nuevos modelos asociativos (BRICS y otros). Sin duda, el equilibrio geoestratégico nacido tras la Segunda Guerra Mundial, así como el derivado del ocaso de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas se conmueve. La unidad política de los estados de la Unión Europea no es un capricho ni una utopía sino de una necesidad para, simplemente, tener voz y voto en la nueva configuración del mundo. Dicha unidad política se ve amenazada, a mi modesto juicio, tanto por los nacionalismos centralistas que se han acentuado en los últimos años, como por los movimientos secesionistas o independentistas que existen en los Estados miembros. Si los europeos queremos sobrevivir en el mundo globalizado no podemos entretenernos ni con los nacionalismos centralistas ni mucho menos con nacionalismos periféricos, la gran tarea que nos espera es bien otra, la de ser capaces de refundar la Unión Europea.

*

En este número de la *REDUE* se incluyen las ponencias que se defendieron en sendas Jornadas de Estudio organizadas por el Departamento de Derecho Administrativo de la UNED. La primera de ellas titulada «La secesión de territorios en la Unión Europea» tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la UNED los días 26 y 27 de febrero de 2013 y fue dirigida por Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR y el que suscribe. La segunda de ellas titulada «La liberalización del transporte ferroviario» tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la UNED los días 20 y 21 de marzo de 2013 y fue dirigida por Juan José MONTERO PASCUAL. En ambos casos, los directores de las Jornadas establecieron los temas que debían ser objeto de estudio y eligieron a los ponentes entre los especialistas más destacados en la materia. Posteriormente, tras la defensa pública de las ponencias en las sesiones antes señaladas

se dio a los ponentes un plazo razonable para que elaboraran definitivamente sus trabajos que, una vez recibidos, se sometieron a evaluación por expertos externos e internos, para ser finalmente publicados.

Enrique LINDE PANIAGUA

Director de la REDUE

EDITORIAL

THE EUROPEAN UNION IS STILL THE SOLUTION

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

As we have been saying for long, the European Union is going to an unknown destination, as a result of the pressures from the less pro European Member States, that require nearly impossible balances or that want to achieve the European construction outside the European Union. The Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union is a paradigmatic example of the drift in the European construction, that in fact is a transformation of it (we have already examined that at issue 23 of this Journal). Such a transformation does not favour though the objective of achieving a political union, a goal that is not to be mistaken, as Weiler does, with some sort of ‘messianism’. The political unity of Europe, far from being a dreamers’ fantasy of the position that the European States and Empires held until the twentieth century, is a requirement. Without it citizens of the European States will not be able to survive in a globalized world in which the aging European population will represent around 5% of the world population in just over a decade. No empire, Roman, Spanish, French, or English – to refer only to the European ones – has been able to anticipate its decline. So far Toynbee’s theory has not been refuted by facts; civilizations, cultures and empires unable to face up to new challenges will eventually disappear.

*

The secession of territories in the European Union, and particularly in Spain, is a matter frequently approached from a priori favorable or unfavorable positions to secession in the context of the Union or of the Member States. The a priori is the result of feelings rather than reason, as the many articles published in newspapers and the numerous books on this topic show. There is much passion and little reasoning in this debate.

There are of course those who see in the secession of territories of Member States the beginning of a new Union, a Union of Regions, made up by more than one hundred States. This proposal, however, would not be but the destruction of the current project, which would result in a free trade area, unable to face up to the challenges that European societies and citizens have at all levels.

The Spanish Constitution of 1978, that created the current State of the Autonomies, confronted one of the most serious problems that the Spaniards had been dogged by for more than a century: the decentralization of power. Many of those who supported this decentralized system of government thought that the State of the Autonomies could end up with the Basque and the Catalan independence movements. It has not been so. In the climate of civil liberties established by the Constitution, the seed of independence, paved by our electoral system – among other factors - has fructified.

On the other hand the independence movements have not waned in the more than three decades of existence of the Spanish Constitution, nor as a result of the incorporation of Spain into the European Union. This has encouraged some to declare the failure of the State of the Autonomies while claiming the return to a centralized state, and others to proclaim the liquidation of the Spanish State founded five hundred years ago. The current economic crisis, seemingly a byproduct of such a decentralized system, is contributing to that sort of new reactionary conservatism. The idea has found support in a large part of the media that, by giving wide coverage to numerous cases of corruption and squandering in the Autonomous Regions, have prevented many a Spanish citizen to acknowledge that over 90% of public expenditure in the Regions has been allocated to education, health and infrastructure, with considerable efficiency levels by European standards.

Corruption is intolerable and must be pursued uncompromisingly and with rigor, but corruption cannot fill in all the political space. It cannot lead us either to the irresponsible negation of all positive aspects that the concept of decentralized power of our Constitution has contributed to. Because even if there was no corruption - which is quite unthinkable - our problems would persist; they have little to do with the former. Our State is not as efficient as it should but its efficiency, far from being damaged by the existence of a decentralized political system, can find one of the keys to its development in it, insofar as it is capable of a wider mobilization and involvement of its citizens. Our system of Autonomous Regions needs reviewing after more than thirty years of existence. Some areas need to recentralize and others should be decentralized, for the simple reason that over the past 35 years there have been changes in the European Union and in the world that, if disregarded, can create far more serious problems than those that we have had in recent years.

Everyone is needed in Spain, but both pro-independence nationalists and centralist nationalists will have to review their principles that are anchored in the nineteenth century still and are incompatible with the world around us. Not only we must take into account the present European construction project but we must also be alert to the globalization process we are immersed in. In a globalized world only large blocks, big powers, will have a say.

*

In the twentieth century the European States took the lead over other States of the world by creating the European Coal and Steel Community. Since then the

transfer of competences process from the Member States to the Union has continued, despite of periods of crisis; but the Union has lost the foreseeing ability it had in the mid-twentieth century. The present pace, two steps forward and one step back is neither effective nor efficient. In this globalized world in which the U.S. has lost its hegemony, dormant powers are awakening and new association models coming to the fore (BRICS and others). The geostrategic balance achieved after the Second World War and the ensuing one after the decline of the Union of Soviet Socialist Republics have been shaken. The political unity of the European Union States is not a whim nor a utopia but a necessity for just having a say in the new world order. Such a political unity is threatened, in my humble opinion, by both centralist nationalisms – on the rise in recent years - and existing pro-independence movements in the Member States. If Europeans are to survive in the globalized world, we cannot entertain either centralist or pro-independence nationalisms; the big task ahead us is quite a different one: being able to found anew the European Union.

*

This issue of the *RDUE* includes the papers presented in two separate Study Days organized by the Department of Administrative Law of the UNED. The first one, on “The secession of territories in the European Union”, was held at the School of Law at the UNED on 26th and 27th February 2013 and was chaired by Jesús Ángel Fuentetaja Pastor and myself. The second one, on “Liberalization of rail transport” was held at the School of Law at the UNED on 20th and 21th March 2013 and was chaired by Juan José Montero Pascual. In both Study Days the chairs identified the issues to be discussed and chose the speakers amongst leading experts in the field. After the presentation of the papers in the aforementioned Days the speakers were given a reasonable period of time to revise them and, after being received at the Journal, they were sent for evaluation by internal and external experts before being finally accepted for publication.

Enrique LINDE PANIAGUA
Director de la REDUE

ESTADO *VERSUS* NACIÓN. EL FIN DE LA ERA DE LOS NACIONALISMOS EN EUROPA

STATE *VERSUS* NATION. THE END OF THE ERA OF NATIONALISM IN EUROPA

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

Profesor de Derecho Administrativo de la UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SECESIÓN DE ESTADOS MIEMBROS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: UN EJEMPLO DE SECESIÓN PACTADA, PACÍFICA Y CONSTRUCTIVA. III. LA SECESIÓN O LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. IV. ¿ES POSIBLE LA SECESIÓN DE TERRITORIOS ESPAÑOLES DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN DE 1978? V. LAS RAZONES O SIN RAZONES DE LAS PRETENSIONES SECESIONISTAS. NACIONALISMO. INSOLIDARIDAD. AMBICIONES DE LAS CLASES DIRIGENTES: 1. La secesión fundamentada en la existencia de una nación. 2. La insolidaridad como causa del secesionismo. VI. EL FIN DEL NACIONALISMO. LA VIGENCIA DEL ESTADO DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

I. INTRODUCCIÓN

La geografía política del mundo ha sido, y sigue siendo, inestable. O, si se prefiere, en constante cambio para unos y en evolución para otros. Si tomamos como referencia temporal la Grecia clásica, desde entonces han emergido y sucumbido civilizaciones, imperios, reinos, principados, estados; y otras tantas organizaciones políticas sobre territorios y poblaciones. El nacimiento, la existencia y la liquida-

ción de las formas político-organizativas, impuestas o elegidas libremente por los pueblos o por los ciudadanos, han sido, por lo general, todo menos pacíficos¹.

En el continente europeo las guerras han sido la norma, y la paz la excepción, hasta la creación en 1951 de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, antecedente de la Unión Europea². Y si una constante de la historia de Europa son los conflictos armados, una regla, que no una excepción, es la incapacidad que tenemos los humanos para prever los cambios que se fraguan lentamente, o que irrumpen de modo imprevisible. La teoría del *cisne negro* de TALEB³ es un intento de explicación de dicha incapacidad, de esa deficiencia que pudiera ser genética.

Si hiciéramos caso de la experiencia, lo que raramente sucede entre los humanos, no trazáramos los mapas políticos del mundo con tinta indeleble sino con lápiz, de manera que hiciera posible rectificar las fronteras de los Estados y las denominaciones de los mismos.

Europa no es una excepción en el mundo, al contrario; en Europa la regla ha sido la movilidad de las fronteras y la inestabilidad de las organizaciones estatales. Las guerras internas y externas han determinado que Europa haya sido, desde la caída del Imperio Romano, un auténtico puzzle de estados, por lo general inestables. En nuestro pequeño continente europeo, salvo estados como el español, el francés, el portugués o el inglés, contruidos sobre territorios relativamente estables desde hace varios siglos (al margen de lo concerniente a sus posesiones coloniales o neo coloniales), la inmensa mayoría de estados europeos que conocemos en la actualidad han sido creados o sufrido grandes alteraciones en los últimos siglos⁴. Esa inestabilidad ha afectado a los pequeños y a los grandes estados europeos. Así, por ejemplo, la Alemania que conocemos en la actualidad, hasta finales del siglo XIX era un conjunto de reinos, grandes ducados, ducados, principados y ciudades libres⁵, e Italia desde el fin del Imperio romano permanecerá fraccionada y dominada por potencias extranjeras hasta su unificación a finales del siglo XIX. La inestabilidad se sigue dando dentro de las fronteras de la Unión. Ejemplos significativos son los del Reino Unido que se enfrenta con la pretendida secesión de Escocia, postulada por los nacionalistas de dicho territorio, y con el conflicto territorial permanente en Irlanda del Norte. En Bélgica las tensiones entre las dos grandes comunidades,

¹ El *Estudio de la Historia* de A. TOYNBEE, al margen de que no pueda considerarse como una teoría general de la historia de la humanidad, es una excelente recopilación de historias de civilizaciones que existieron y que ahora no son sino un recuerdo vago.

² En un curioso trabajo Charles TILLY analiza los centenares de conflictos armados que han tenido lugar entre europeos en el período 1492 y 1992.

³ Nassim Nicholas TALEB, *El Cisne negro. El impacto de lo altamente improbable*, Paidós, Barcelona, 2008.

⁴ Una visión panorámica de los cambios puede verse en cualquiera de las ediciones del *Atlas Histórico Mundial* debido a H. ZINDER y W. HILGEMANN, editado en castellano por Ediciones Istmo (la decimocuarta edición es de 1988).

⁵ La Confederación Germánica (1815-1866) y la Confederación de Alemania del Norte (1867-1871) son preludeo del Imperio Federal de 1871.

flamenca y valona, pueden causar la ruptura del Estado. En España, los nacionalismos catalán y vasco⁶ han cobrado una actividad extraordinaria en las últimas décadas. Y, cómo no, más allá de las fronteras de la Unión la inestabilidad persiste en la antigua Yugoslavia.

Las organizaciones políticas, sus formas, los territorios sobre los que operan no tienen, a mi juicio, nada de trascendental si nos situamos en un escenario en que consideremos que los seres humanos ocupan el centro de referencia de toda comunidad política. Desde esta perspectiva —la única posible en un contexto democrático (aunque parece olvidarse con frecuencia), para los hombres y mujeres contemporáneos— lo fundamental es que las organizaciones políticas en que se organizan garanticen el bienestar material así como la libertad, la igualdad, la solidaridad y los derechos fundamentales. Es decir, la finalidad de las organizaciones políticas no es otra que conseguir que los humanos nos convirtamos en ciudadanos plenos. Por eso, uno de los objetivos de mi intervención es situar la pasión nacionalista en el lugar secundario que le corresponde. Pasión nacionalista que se manifiesta tanto entre los que subliman a los estados-nación existentes (nacionalismo centralista) como entre los que pretenden crear estados-nación dentro de estados-nación (nacionalismo periférico). Así, postular al Estado democrático como organización política desprovista de toda sustancia nacionalista no debe entenderse como un discurso neohegeliano enfrentado a la concepción individualista kantiana, sino al contrario como la reivindicación de un espacio político en que puede encontrarse el equilibrio entre el individuo y la sociedad.

Nuestro análisis deberá tener en cuenta los escenarios internacional y nacional para poder alcanzar la conclusión que se enuncia antes. Se podría decir que la secesión de estados soberanos de organizaciones internacionales y de territorios en el interior de un estado son fenómenos políticos que tienen causas y regímenes jurídicos diferentes en el Derecho internacional y en el Derecho de la Unión Europea. Vamos a analizar ambos fenómenos.

II. LA SECESIÓN DE ESTADOS MIEMBROS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: UN EJEMPLO DE SECESIÓN PACTADA, PACÍFICA Y CONSTRUCTIVA

La secesión de Estados miembros de una organización internacional está prevista en la mayoría de los tratados que rigen las organizaciones internacionales. Y cuando dichos tratados silencian esta cuestión debe entenderse aplicable la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que

⁶ Para una visión retrospectiva del nacionalismo periférico en España puede verse mi trabajo «La ideología regionalista», en *Las autonomías regionales*, Instituto Nacional de Prospectiva. Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, págs. 247 a 298 y la bibliografía que en el mismo se cita.

dedica su Sección 3 a la «Terminación de los Tratados y suspensión de su aplicación» (artículos 54 a 64). En su artículo 56 dicha Convención prevé la «Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro». Dicho artículo prevé la denuncia en dos supuestos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o b) que el derecho de denuncia pueda inferirse de la naturaleza del tratado. Y el artículo 57 que prevé la suspensión de un tratado respecto de todas o una de las partes, en cualquier momento: «por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás estados contratantes». La Convención prevé otras causas de terminación y suspensión de los tratados, entre otras, la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento (art. 61), o por cambio fundamental de las circunstancias (art. 62). En conclusión, se podría decir que se ha previsto, en la citada Convención, una casuística que permite sostener que en el ámbito de las organizaciones internacionales se sigue considerando que los estados soberanos disponen de libertad para incorporarse y para retirarse de las organizaciones internacionales. Y, por otra parte se prevé, salvo excepciones, que los Estados miembros de las organizaciones internacionales puedan ser expulsados de las mismas.

La Unión Europea constituye un caso singular en el panorama internacional, no en vano se trata de una organización que hemos calificado de naturaleza intraestatal alejada de las organizaciones internacionales convencionales. Así, hasta el Tratado de Lisboa de 2009 las Comunidades Europeas, y después la Unión Europea, no preveían la secesión de los Estados miembros de la Unión. Los estados que ingresaban en la Unión Europea contraían un compromiso permanente con la Unión Europea, en la medida en que todos los tratados originarios de la Unión se concluían «por un período de tiempo ilimitado»⁷, a excepción del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero que previó que su duración fuera de 50 años, período en el que tampoco se preveía la secesión de Estados miembros. Un sector de la doctrina, entre el que me encuentro, consideró que dicho compromiso permanente suponía que la Unión Europea se constituía en una organización en que la salida de los Estados miembros de la misma exigía el cumplimiento de los requisitos necesarios para la adhesión, es decir, la unanimidad de los Estados miembros que la integran. Por lo demás, ningún obstáculo jurídico puede oponerse a que los Estados miembros de la Unión renunciaran a la potestad soberana de retirarse de una organización intraestatal, en un proceso constructivo en que los Estados miembros han ido cediendo a la Unión facultades que se han identificado en los últimos siglos con el núcleo duro de la soberanía⁸.

⁷ Ver como ejemplos los artículos 51 del TUE y 312 del TCE, que dicen: «El presente Tratado se concluye por un período de tiempo limitado».

⁸ A mi juicio es difícil sostener que en los Estados miembros de los tratados de las Comunidades Europeas pudieran concurrir algunos de los supuestos previstos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 para la denuncia o retiro, particularmente si se tiene en cuenta que el TCCECA, que es el precedente de los Tratados de Roma de 1957 previó la duración limitada del mismo. Más adecuada podría ser la aplicación del artículo 57 de la Convención que prevé la suspensión de un tratado respecto de todas o una de las partes, en cualquier momento,

No obstante, el Reino Unido convocó en 1975 un referéndum sobre la permanencia de dicho Estado en la Unión, que arrojó un resultado positivo, de manera que no tenemos precedente que nos ayude a dilucidar que hubiera sucedido si los ciudadanos del Reino Unido hubieran decidido la salida de la Unión, entonces Comunidades Europeas.

Pero, es el caso que el artículo 50 del Tratado de la Unión, tras la reforma del Tratado de Lisboa, ha previsto expresamente la retirada unilateral de los Estados miembros de la Unión Europea, de acuerdo con sus normas constitucionales. La previsión del artículo 50 tiene una particularidad que distingue la secesión de estados en la Unión Europea de cualquier otra secesión de un estado de organizaciones internacionales (si bien no se ha contemplado en el Derecho de la Unión la expulsión de la misma de los Estados miembros, al margen de las sanciones previstas en el artículo 7 del TUE). Podríamos decir que se ha diseñado en el artículo 50 del TUE una *secesión pactada, pacífica y constructiva*. La Unión, de acuerdo con el citado precepto, negociará con el estado secesionista la forma de la retirada y las relaciones futuras del estado separado con la Unión Europea, estando implícito en dicho precepto que el estado secesionista y la Unión seguirán teniendo relaciones que pueden ser muy estrechas en diferentes ámbitos competenciales. La secesión no significa, de acuerdo con el artículo 50 del TUE, una ruptura traumática entre la Unión y el estado secesionista sino una retirada de un proceso, del proceso de construcción europea, que permite mantener relaciones muy estrechas entre el estado en cuestión y la Unión. Se trataría de todo un ejemplo de ruptura civilizada.

He considerado en otros lugares, de modo reiterado, que la previsión de secesión de Estados miembros de la Unión es uno de los retrocesos más significativos en la construcción europea, pues podía vaticinarse, como ha sucedido, que el derecho a la secesión del artículo 50 del TUE se iba a utilizar por algunos estados como instrumento de amenaza para obtener ventajas o privilegios o, lo que es más grave, para intentar detener la construcción europea⁹. Esto está sucediendo con el gobierno británico de CAMERON que ha previsto, en el caso de que venza en las próximas elecciones generales, la celebración de un referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión. Y la inmensa mayoría de los analistas consideran que el gobierno británico lo que persigue es ejercer una suerte de presión sobre la Unión que le permita mejorar su posición o, lo que es más grave, someter a los otros 26

«por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes». La Convención prevé otras causas de terminación y suspensión de los tratados que, aunque muy forzadamente (arts. 61 y 62), podrían haber sido utilizadas para justificar la no transferencia de la potestad soberana de retirarse de una organización política de naturaleza intraestatal.

⁹ El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, entendió que la soberanía española quedaba a salvo por virtud de lo establecido en el artículo I-60 de la Constitución Europea (idéntico al artículo 50 del TUE), y, entre otros, dicho precepto permitía al Tribunal Constitucional pronunciarse positivamente sobre la ratificación del Tratado Constitucional Europeo. Así, la soberanía se convierte en un concepto talismán, un dogma, que hace que nadie discuta la posibilidad de que un estado se separe de una organización internacional. Ver la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 3 de 4-1-2005).

Estados miembros a su voluntad consistente en que se detenga la construcción europea, e incluso en que se retroceda algunas décadas volviendo a la situación anterior al Tratado de la Unión Europea. El análisis de la posición del Reino Unido desde su incorporación a la Unión Europea, tras el fracaso de la EFTA que fuera patrocinada por aquel, arroja como resultado que el Reino Unido lo que pretende es conducir a la Unión Europea al modelo EFTA. Y lo cierto es que el Reino Unido ha conseguido desvirtuar el proyecto originario concebido por los fundadores de la Unión conduciéndonos a un escenario cada vez más inmanejable y falto de dirección al que sin duda han contribuido de modo inestimable los líderes europeos de modo activo y los ciudadanos de modo pasivo.

El Reino Unido constituye en la actualidad un observatorio extraordinario de las tensiones centrípetas y centrífugas en el ámbito europeo y en el estatal. Se advierte que el gobierno de CAMERON defiende a la vez una cosa y la contraria. Quiere convencer a los ciudadanos de Escocia de los riesgos de una secesión del Reino Unido y, a la vez, sostiene la secesión del Reino Unido de la Unión Europea. Y digo que el gobierno de CAMERON se contradice en la medida en que los argumentos que utiliza para defender la permanencia de Escocia en el Reino Unido¹⁰ son igualmente útiles para justificar la permanencia del Reino Unido en la Unión, pues la secesión, sin duda, tiene mayores riesgos para los británicos que para el resto de los europeos.

Hay que señalar que en los últimos meses se ha producido un ligero cambio en el escenario de las posiciones políticas frente a la amenaza británica, en el sentido de que los grandes estados fundadores de la Unión parecen preparados para afrontar la secesión británica hasta el punto de ofrecerles a los británicos la puerta abierta para la salida de la Unión. Sin embargo, el Reino Unido es, con frecuencia, un aliado de posiciones antieuropeistas de otros Estados miembros, valga de ejemplo la alianza de Alemania con Reino Unido en el Consejo Europeo que tuvo lugar los días 7 y 8 de febrero de 2013 para reducir el modesto presupuesto de la Unión Europea por primera vez a lo largo de la historia de la construcción europea.

El caso británico es de gran interés como ejemplo de una sociedad dividida, pues es evidente que existe un porcentaje importante de población británica que sintoniza con la idea de la construcción europea, por convicción o por sentido práctico. Pero, es igualmente cierto que un amplio sector de la población británica, que pudiera ser mayoritaria, alentada por políticos y medios de comunicación antieuropeistas, es partidaria de la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

No creo que la construcción europea pueda hacerse con porcentajes muy amplios de desafectos a la unidad europea, por mucho que se considere que dicha posición se fundamente en caducas sensibilidades nacionalistas, o en la nostalgia de

¹⁰ Ver el Informe presentado al Parlamento británico por el Secretario de Estado para Escocia, en febrero de 2013: *Scotland análisis: Devolution and the implications of Scottish independence*, que incluye como anexo el Dictamen *Referendum on the Independence of Scotland-International Law Aspects*, debido a J. CRAWFORD y A. BOYLE, pueden consultarse en Internet en la páginas del Gobierno británico ([https:// www.gov.uk](https://www.gov.uk)).

imperios del pasado, ya sean británicos o de otros Estados miembros. De manera que lo más razonable es que los Estados miembros en que la mayoría de sus ciudadanos rechazan la Unión y, en particular, los Estados miembros que se niegan a que siga la construcción europea en la dirección de una mayor unidad política, social y económica, utilicen el artículo 50 del TUE. Dicho precepto permite alcanzar un acuerdo de asociación especial muy intensa con la Unión, como los que existen, por ejemplo, con los estados del Espacio Económico Europeo (EEE).

Probablemente, un tratado singular de la Unión Europea con los estados menos europeístas hubiera sido la mejor solución desde el inicio, pues hubiera favorecido la construcción de la Unión Europea que en nuestros días está en entredicho. Pero esta reflexión debiera aplicarse también a los muchos estados que todavía pretenden incorporarse a la Unión sin que concurran en los mismos las exigencias previstas en los tratados.

En conclusión, no obstante los reproches que he hecho antes, el artículo 50 del TUE es un ejemplo de previsión *de secesión pactada, pacífica y constructiva* de los Estados miembros de la Unión con la Unión, que sintetiza los principios que dieron origen a la Unión Europea. Es un ejemplo que debiéramos tener en cuenta en el interno de los Estados miembros, en la medida en que la Unión Europea se parece cada vez más a un estado integrado por estados que integran, a su vez, una diversidad considerable de razas, lenguas, religiones, culturas, que, sin embargo, encuentran su identidad en los valores, principios y derechos fundamentales que lucen en los tratados de la Unión, en las constituciones de los Estados miembros y en los Tratados internacionales sobre derechos fundamentales.

III. LA SECESIÓN O LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

En el Derecho internacional tan solo los estados son sujetos con derechos y obligaciones, y las naciones no son un referente jurídico, no son titulares de derechos. Sin embargo, el artículo 1.2 de la Carta de las Naciones Unidas proclama el derecho a la libre determinación de los pueblos, derecho reiterado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus respectivos artículos 1. Estos preceptos, en los que se pretende fundar el derecho a decidir, han sido estudiados muy recientemente por CARRILLO SALCEDO¹¹, y se puede coincidir con dicho autor en que tal derecho se consagra en 1945 y se reitera en 1966 con la mirada puesta en las situaciones coloniales existentes en todos los continentes, lo que corrobora entre otras la Resolución 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960 dirigida a las situaciones coloniales.

¹¹ J. A. CARRILLO SALCEDO, «Sobre el pretendido *derecho a decidir* en el Derecho internacional contemporáneo», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 33, enero, 2013.

Pero, la cuestión, que no es frecuente que se planteen los autores, es la de si, al margen de las situaciones coloniales o neocoloniales, el derecho a la libre determinación de los pueblos es aplicable en el interno de los Estados miembros de las Naciones Unidas. Es bien sabido que, más allá de las intenciones originarias de todo legislador, las normas cobran vida propia y los preceptos citados podrían ser aplicables a otras realidades. El caso de la declaración unilateral de independencia de Kosovo¹², de 17 de febrero de 2008, podría ser un ejemplo de la ultraactividad normativa de los preceptos citados, como se deduciría del Dictamen de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010, en que se concluye que dicha declaración unilateral no es contraria ni al Derecho internacional general ni a la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Se trata por tanto de un precedente de una gran trascendencia que no es aminorada por las circunstancias extraordinarias que concurren en el caso.

Volviendo a la tesis ortodoxa diríamos que el derecho a la libre determinación de los pueblos ha conducido a diferenciar entre autodeterminación externa y autodeterminación interna. De acuerdo con esta diferenciación la determinación externa de los pueblos estaría reservada para las situaciones coloniales clásicas o para situaciones sobrevenidas de naturaleza similar, mientras que la determinación interna sería la que los ciudadanos llevan a cabo a través de sus pronunciamientos en las elecciones y consultas internas.

Así, el derecho a la determinación externa no podría fundarse en el interior de una democracia formal en las mismas causas en que se fundamenta en las situaciones coloniales. Si prestamos atención a cualquiera de los Estados de la Unión Europea podremos comprobar que en la inmensa mayoría se puede constatar que se integran por territorios que han sido en el pasado mediato o inmediato, reinos, repúblicas u otros tipos de organización política independientes, con culturas, lenguas, dialectos y religiones diferenciadas y adornadas, en la mayoría de los casos, con el atributo de la soberanía. Pero, en ninguno de ellos puede apreciarse la subyugación, la dominación, la explotación o la violación de derechos fundamentales de unos pueblos o de ciudadanos por otros pueblos o ciudadanos del mismo estado, o por organizaciones políticas de la naturaleza que fueren. En los estados de la Unión los derechos y libertades de todos los ciudadanos están garantizados por el Derecho interno, por el Derecho de la Unión Europea y por el Derecho internacional, e igualmente está garantizada la protección y el fomento de diversidad cultural.

En el Derecho de la Unión Europea, tanto originario como derivado, nunca se ha regulado la secesión de territorios de los Estados miembros, ni tampoco la incorporación de territorios o estados por otros estados existentes. En principio, debería decirse que la Unión no tiene competencia en una materia que es de competencia exclusiva de los Estados miembros.

¹² Un análisis extenso puede verse en R. BERMEJO GARCÍA y C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La independencia de Kosovo a la luz del derecho a libre determinación* (DT núm. 7/2008, de 14-2-2008).

El único precepto que guarda alguna conexión con el tema que nos ocupa es el artículo 4.2 del TUE. Sin embargo, lo único que dice dicho precepto, que tenga relación con el tema que nos ocupa, es que la Unión Europea respetará las funciones esenciales de los Estados miembros entre las que se menciona la de garantizar su integridad territorial. En definitiva, en dicho precepto se proclama la no ingerencia de la Unión Europea en una serie de asuntos. En consecuencia, nada se dice sobre la secesión de territorios de un estado, ni de las consecuencias que dicha secesión puede tener para el estado residual, ni para los nuevos estados que surjan de la secesión, ni tampoco de las consecuencias de un fenómeno de esta naturaleza para la Unión Europea.

No existe precedente alguno de secesión de un territorio europeo de un Estado miembro¹³, por el contrario tenemos un ejemplo de absorción por un estado de otro estado; me refiero al caso de la República Federal de Alemania que absorbió a la República Democrática Alemana. Al margen de las razones históricas que puedan esgrimirse sobre la unidad de Alemania, es el caso de que un Estado miembro de la Unión absorbió a otro estado no miembro de la Unión, de manera que resulta difícil sostener que el resultado final, la Alemania unificada, fuera el mismo. Sin embargo, no se obligó a la República Federal de Alemania a solicitar, de nuevo, su ingreso en la Unión, ni en ninguna organización internacional. La circunstancia de que los Tratados de la Unión Europea no se refirieran al fenómeno mencionado, así como la situación privilegiada de Alemania, probablemente, explican lo sucedido. Pero lo sucedido con el caso de la fusión de las dos Alemanias es un indicador de que en la Unión Europea caben soluciones a los problemas más allá de lo previsto en los tratados; las mutaciones recientes del Derecho de la Unión Europea que hemos estudiado en el número 23 de esta revista son un buen ejemplo de las soluciones imaginativas que se pueden dar a los nuevos retos al margen del Derecho de la Unión.

En el caso hipotético de que se produjera la secesión de un territorio europeo de un Estado miembro, por ejemplo: Escocia, Gales, Vèneto, Nápoles, Sicilia, Baviera, Prusia, las ciudades Hanseáticas, Cataluña, País Vasco, Galicia, y hasta un total de más de un centenar de regiones europeas de entidad semejante a las señaladas, las consecuencias no están previstas en los Tratados de la Unión.

Para establecer el principio de que los territorios separados de un Estado miembro quedarían fuera de la Unión se han utilizado meros criterios de autoridad, pues ni hay precedentes ni existe previsión normativa al respecto. Así, con reiteración se cita la opinión de PRODI, el que fuera presidente de la Comisión Europea, o más recientemente las opiniones de algunos comisarios europeos. Pero, las cosas no son tan sencillas. Lo cierto es que ninguna de las Instituciones de la Unión Europea singularmente consideradas tiene la competencia para tomar decisiones al respecto; y mucho menos las personas que integran y dirigen las instituciones, ya sean presidentes de la Comisión, del Consejo Europeo, del Parlamento Europeo, jefes de

¹³ Los casos de Groenlandia y del Sarre tienen un interés menor para el caso que nos ocupa.

estado o de gobierno, comisarios, o parlamentarios europeos. Y tampoco existen soluciones en el Derecho internacional general. Si se produjera una gran secesión o una serie de secesiones de territorios de los Estados miembros de la Unión no solo se tambalearía la exclusividad competencial de los Estados miembros en la materia, sino que la Unión Europea entraría en crisis.

Hagamos algunas pruebas. Imaginemos que se pretende separar de la República Federal de Alemania el territorio correspondiente al antiguo Reino de Baviera, y que tal separación se produjera, sin que por el momento nos importe el procedimiento de dicha separación sino el resultado final. La primera pregunta sería ¿se debe hablar de secesión o de ruptura de la República Federal de Alemania? Cuando menos sería discutible que pudiera sostenerse que la República Federal de Alemania fuera tal sin el territorio del antiguo Reino de Baviera, con más de 70.000 kilómetros cuadrados, más de 400.000 millones de PIB y más de 12 millones de habitantes. Y si se produjera la ruptura de Bélgica y se crearan dos o tres estados, correspondientes a las comunidades valona, flamenca y germana ¿cuál sería el estado residual que heredara los derechos y obligaciones del Estado belga? ¿Acaso no estaríamos en este caso ante dos o tres estados con iguales derechos y obligaciones? Y si nos fijamos en el caso de España, si se produjera la separación de Cataluña del resto de España, ¿estaríamos ante una secesión o ante la ruptura de España? Cataluña representa el 18,5% del PIB español (alrededor de 200.000 millones de euros), el 16% de la población española (unos 7.5 millones) y el 6,3% del territorio de España (unos 32.000 kilómetros cuadrados). ¿Estaríamos ante un estado mutilado y otro nuevo, o ante dos estados al mismo nivel, o de diferentes niveles, herederos del antiguo Estado español? ¿Se puede hablar de España al referirnos a un territorio en que falta el territorio de Cataluña y los ciudadanos que en ella habitan? Y las mismas preguntas pueden formularse en lo relativo al País Vasco, aunque su PIB, población y territorio sean menores que los de Cataluña. La ruptura de un Estado no solo atiende a criterios cuantitativos sino a criterios cualitativos. Por mi parte, me costaría reconocer al Estado español, a España, sin Cataluña, sin el País Vasco o sin otras regiones españolas que han tenido y siguen teniendo un lugar relevante en la historia de España. Y si se plantearan a la vez o sucesivamente secesiones como las que hemos puesto de ejemplo la Unión entraría en una profunda crisis.

Por lo demás, en el caso de secesiones aisladas no solo deberíamos plantearnos cómo queda el estado nuevo, sino cómo queda el estado residual. Si se alcanza la conclusión de que las secesiones de territorios de un Estado miembro son realmente una ruptura de estado originario que daría lugar a la creación de dos nuevos estados (o varios), los estados resultantes podrían considerarse herederos del estado originario, lo que traería consigo que los dos estados resultantes tuvieran que solicitar, en su caso, la incorporación a la Unión Europea, y a los cientos de organizaciones internacionales de las que antes formaban parte. Pero no sería descabellado que se alcanzara un acuerdo entre los dos estados resultantes consistente en solicitar la permanencia de ambos en las organizaciones internacionales de las que era miembro el estado originario, ajustando la participación y permanencia de ambos en el

conjunto de instituciones internacionales a las que pertenecía el estado originario. Aunque de nada serviría el acuerdo interno sin el consenso unánime del resto de los Estados miembros de la Unión para que dicha operación fuera viable. El procedimiento tendría una gran complejidad pero no es imposible.

Si, por el contrario, se alcanza la conclusión de que tras la secesión de un territorio de un Estado miembro el estado residual seguiría siendo el titular de los derechos del estado originario en la comunidad internacional, por tanto en la Unión Europea y en las organizaciones internacionales, lo que se corresponde a la posición mayoritaria de la doctrina y práctica internacionales. El estado secesionado sería, a todos los efectos, un nuevo estado que tendría que solicitar su incorporación a la Unión Europea y al resto de los centenares de organizaciones internacionales, salvo que eligiera el más absoluto de los aislacionismos. No obstante, los problemas que se plantean en este supuesto para el estado residual tampoco son fáciles de resolver. Por de pronto, la disminución en el estado originario de población, de producto interior bruto y de territorio tiene grandes repercusiones en algunas organizaciones internacionales. En el caso de la Unión Europea no sería posible sostener que le seguirían correspondiendo al estado originario o residual los mismos diputados europeos, los mismos votos en el Consejo, los mismos recursos procedentes del presupuesto de la Unión, la misma contribución, por ejemplo, al capital del Banco Central Europeo, etc., etc., etc. Sería precisa una reforma de los Tratados de la Unión y del Derecho derivado para ajustar la posición del estado residual, resultante u originario. Una situación que no tiene precedente.

De manera que en caso de ruptura de un Estado miembro que dé como resultado dos estados, ya se considere que uno se ha secesionado del otro, o que son dos nuevos estados surgidos de un estado originario, la reforma de los tratados de la Unión resulta imprescindible para acomodar la nueva realidad a los tratados de la Unión.

Los problemas no acaban en los enunciados. Pensemos, por ejemplo, en el caso del Parlamento Europeo. ¿Qué sucede con los parlamentarios convertidos en ciudadanos de otro estado no miembro de la Unión Europea, correspondiente al estado secesionado? ¿Acaso cesarían automáticamente como parlamentarios como consecuencia de su nueva y forzada nacionalidad? ¿No podrían los parlamentarios europeos elegir su nacionalidad con independencia de que el territorio en que residen se haya secesionado del estado residual? Nada hay previsto, y resultaría difícil justificar el cese de los diputados elegidos, particularmente en Estados miembros con distrito único nacional para las elecciones europeas. Es más, ¿y si resultara que en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Tribunal General, en el Comité de las Regiones, en el Comité Económico y Social, etc. existieran ciudadanos de los territorios del estado secesionado? Las cosas serían muy complicadas tanto en el caso de secesión de un territorio de un estado originario que determina la existencia de un estado residual y un nuevo estado secesionado, como en el caso de que se considere que se ha producido la ruptura de un estado originario que da origen a dos nuevos estados.

Pero, al margen de lo señalado, que es una especulación jurídica, resulta improbable que se repitiera en la actualidad la actitud de la mayor parte de los estados de la Unión reconociendo a Kosovo tras su declaración unilateral de independencia. Dicho de otro modo, el caso de Kosovo pone de evidencia que los estados de la Unión no tienen una posición unánime sobre su declaración unilateral de independencia¹⁴.

De manera que en la medida en que la incorporación de nuevos estados a la Unión Europea siga exigiendo la unanimidad de los Estados miembros, la posibilidad de que territorios secesionados mediante declaraciones unilaterales se incorporen a la Unión, es del todo improbable; no solo por la oposición del estado residual. Y tampoco puede garantizarse que los estados secesionados de modo pacífico, con el consentimiento del estado residual, tengan garantizada su incorporación a la Unión, ya que muchos Estados miembros verían en la incorporación de nuevos Estados miembros fruto de secesiones el comienzo de un proceso imparable de secesiones que, por lo demás, sería el fin de la Unión.

La secesión en el territorio de cualquier Estado miembro de la Unión tendría un efecto llamada al secesionismo en decenas de territorios europeos, lo que supondría el fin del proyecto de construcción europea. De manera que es del todo previsible que los estados rotos y en particular los estados secesionistas se encontraran con la oposición de la mayoría de los estados de la Unión, con el riesgo de convertirse en estados marginados. Aquí se encuentra, a mi juicio, el impedimento crucial para que tengan lugar secesiones en el interior de los Estados miembros de la Unión.

Los secesionistas parten de una concepción que puede calificarse de ingenua, de pretenciosa o de ignorante, cual es la de pensar que el fundamento desde el que se postula la secesión es singular, único, en el contexto europeo. Resulta ser del todo ingenuo, en la más favorable de las apreciaciones, que los habitantes de uno de los cientos de territorios singulares que integran el conjunto de los Estados miembros de la Unión llegaran a la conclusión de que su caso sería excepcional. Nada de excepcional tiene el territorio del antiguo Reino de Baviera si lo comparamos con el antiguo Reino de las dos Sicilias, con la República de Venecia, con el antiguo Reino de Escocia, con el antiguo Reino de Valencia, y con una larga serie de territorios sobre los que han existido reinos, principados, repúblicas, etc.

La Unión Europea es incompatible con una concepción de la Europa de las regiones, cientos de ellas, que a todas luces harían inmanejable los intereses de las sociedades y los ciudadanos europeos. Y, aunque sean posibles varias interpretaciones jurídicas de los tratados, como he apuntado más atrás, es seguro que los gobiernos de los Estados miembros actuales apoyarían al estado residual, y no al estado secesionado, en defensa de sus propios intereses¹⁵.

¹⁴ En abril de 2013, con los auspicios de la Unión Europea los gobiernos serbio y kosovar parecen haber llegado a un acuerdo que pone fin al conflicto entre Serbia y Kosovo.

¹⁵ Ver I. MOLINA, «Independientismo e integración europea (I): la imposible adhesión automática a la UE de un territorio secesionado», en Real Instituto Elcano, ARI 80/2012, de 22-11-2012.

IV. ¿ES POSIBLE LA SECESIÓN DE TERRITORIOS ESPAÑOLES DE ACUERDO CON LA CONSTITUCIÓN DE 1978?

Cada generación tiene que poder decidir libremente su destino. Las generaciones que aprobamos la Constitución española en 1978 no tenemos derecho a vincular de modo permanente a las generaciones que no la votaron, e incluso podría sostenerse que una misma generación debe poder pronunciarse cómo quiere que sea su propio destino, tal y como postulara JEFFERSON¹⁶. Pero, claro está, no resulta posible considerar que dicho derecho pueda ejercerse sin una regulación adecuada. A ninguna sociedad organizada políticamente le puede convenir la incertidumbre constante sobre sí misma. Las reformas de las constituciones son, en cierto modo, la realización de la utopía de JEFFERSON, en la medida en que, si los representantes de los ciudadanos interpretan adecuadamente la necesidad de introducir cambios en la Constitución, y se acometen las reformas necesarias a la misma se garantiza ese derecho de los ciudadanos a configurar su propio destino de modo continuado¹⁷.

Una lectura elemental de la Constitución española conduce a la conclusión de que la secesión de territorios españoles¹⁸, con la finalidad de convertirse en nuevos Estados, no está prevista expresamente, aunque tampoco está excluida expresamente (en lo que se produce coincidencia con la mayoría de las constituciones europeas). Pero profundicemos algo más. Resulta indubitado que la secesión de territorios no está prevista expresamente. Aunque tampoco está expresamente excluida. El único precepto que está relacionado con el tema que nos ocupa es el artículo 2 de la Constitución que dice: *La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas*. Pues bien, en contra de la mayoría de las lecturas que se han hecho de este precepto, desde el que se afirma la prohibición de futuras secesiones, se pueden postular otras lecturas. Obsérvese que la indisolubilidad se proclama de la «nación», y en la medida en que la nación nos remite en su sentido más claro al «conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente tienen un mismo idioma y tienen una tradición común», en nada afecta a la indisolubilidad proclamada de un conjunto de personas la existencia de otro conjunto de personas que se considere nación, ambos en un mismo territorio. La

¹⁶ Ver «Carta a James Madison, de 6 de septiembre de 1789», en M. PETERSON (ed), *The Portable Jefferson*, Viking, 1975, pág. 580, también, «Carta a J.W. Eppes, de 24 de junio de 1813», en W. WHITMAN (ed), *Jefferson's Letters*, Hale, sin fecha, pág. 287.

¹⁷ Ver «Carta a W.F. Dumas, de 9 de septiembre de 1787», en W. WHITMAN (ed), *Jefferson's Letters*, Hale, sin fecha, pág. 79.

¹⁸ De modo explícito algunas constituciones de Estados miembros de la Unión se refieren a la integridad territorial. Ver como ejemplo la Constitución de Austria en su artículo 2, y la Constitución de Finlandia en su artículo 3. Por lo demás son escasas las referencias de las constituciones de los estados de la Unión a la integridad o invisibilidad del territorio nacional. El caso de la Constitución belga tiene como particularidad la previsión de que por ley puedan modificarse o rectificarse los límites del estado, de las provincias y de los municipios (art. 7).

asociación entre nación y territorio no es imprescindible. Si aceptamos el concepto de nación que luce en el *Diccionario de la Academia*, una nación podría existir en varios territorios y en un territorio podrían existir varias naciones. Los alemanes y los italianos así lo creyeron construyendo un Estado que agrupaba a todos los que se consideraban alemanes o italianos que habitaban en diferentes estados, solidamente constituidos, desde hacía siglos, sin la existencia de un estado originario en el pasado. Y es aceptado generalmente que los kurdos, por ejemplo, integran una nación que se extiende por varios estados.

Claro está, el artículo 2 de la Constitución española es más complejo, en la medida en que parece considerar que existen nacionalidades y regiones con derechos. Nacionalidades y regiones que del precepto no se deduce, con la claridad que debiera, si integran el Estado español surgido de la Constitución o la Nación española. Esta cierta ambigüedad no es excepcional, así en el caso de la Constitución francesa su artículo primero se refiere a la indivisibilidad de la República, lo que se presta a varias interpretaciones.

Pero, al margen de las especulaciones que suscita la redacción del artículo 2 de la Constitución, considero que la integridad del territorio español es un principio de Derecho constitucional *metapositivo no positivizado*, categoría de derecho elaborada con acierto por la doctrina alemana¹⁹ para explicar, entre otras cosas, los pactos que subyacen en un texto constitucional que deben considerarse por encima de la literalidad de su texto. De manera que la integridad del territorio español sobre el que se constituye el Estado autonómico no se deduciría del artículo 2 de la Constitución ni de ningún otro u otros preceptos²⁰, sino que tendría una mayor potencia en un principio que subyace como presupuesto de la Constitución española. Nada es inamovible, ni siquiera los presupuestos constitutivos del Estado democrático que nace con la Constitución española, pero las modificaciones tienen que producirse de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en las leyes.

La circunstancia de que pueda alcanzarse la conclusión de que ni la Constitución ni las leyes permiten la secesión de territorios no debe significar que deba negarse sin más la posibilidad de secesión a una mayoría muy cualificada de ciudadanos españoles de un determinado territorio del Estado. La conclusión, una vez verificada una voluntad mayoritaria de secesión, no puede ser la de la ciega legalidad que rige en un momento determinado. Si ese criterio hubiera sido seguido a partir de la muerte del dictador FRANCO en 1975 no hubiéramos salido de la dictadura, pues la legalidad vigente a la muerte de FRANCO estaba integrada por una serie de leyes que se denominaban fundamentales que se habían atribuido el carácter de inmodificables.

Debe recordarse que el tránsito a la democracia se hizo cumpliendo la legalidad vigente. Así, se dictó una nueva Ley Fundamental de reforma de las Leyes Funda-

¹⁹ Una exposición de esta categoría puede verse en O. BACHOF, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima (Perú), 2010, en que se analiza la doctrina alemana sobre el tema.

²⁰ No encontraría su fundamento en el artículo 8 de la Constitución que debe interpretarse en el exclusivo contexto de las agresiones de potencias extranjeras.

mentales (la séptima Ley Fundamental) que permitió las elecciones generales de 1977, y, a consecuencia de éstas, se elaboró una Constitución que derogó todas las leyes fundamentales franquistas.

Nada impide la modificación de la Constitución al margen de la voluntad del pueblo español, aunque dicha modificación alcance aspectos sustanciales de la misma. Y un aspecto sustancial en que se fundamenta nuestro Estado democrático es la integridad del territorio español. De manera que el pueblo español debe decidir en qué condiciones sería aceptable la secesión de territorios españoles para convertirse en nuevos estados. Una previsión constitucional de esta naturaleza no tiene precedente en nuestra historia. De manera que resulta improbable que concurra la primera de las premisas que debe cumplirse, esto es: que el pueblo español permita la posibilidad de secesiones de territorios españoles con la finalidad de convertirse en Estados independientes. Pero, en el caso utópico de que tal posibilidad se contemplara a imagen y semejanza de lo prescrito en el artículo 7 de la Constitución de Bélgica²¹ son muchos los extremos que sería necesario dilucidar en la ley que regulara la modificación de los límites del Estado español. Y sin duda, a tal efecto pueden servir de guía los procesos secesionistas que han tenido o están teniendo lugar en Canadá y en el Reino Unido, procesos que son analizados en otros trabajos contenidos en este número de la *REDUE* a los que me remito.

No obstante voy a señalar algunos de los extremos que debiera contemplar la normativa relativa a posibles secesiones de territorios españoles. Sería necesario establecer quién es el titular del derecho a iniciar un proceso de secesión, así como el titular del ejercicio del derecho, pues ambos titulares no tienen por qué ser coincidentes. Son muchas las opciones. Una primera sería que la titularidad de la iniciativa correspondiera al Parlamento o Asamblea legislativa de cada comunidad autónoma. Pero, entre otras muchas, serían también posibles las previstas en los artículos 143 y 151 de la Constitución que sirvieron para la iniciación del proceso autonómico. E, incluso, la celebración de un referéndum en que se pronunciaran los ciudadanos del territorio en cuestión. En todo caso sería necesario establecer los porcentajes necesarios para que pudiera entenderse iniciado el proceso. Obviamente serían necesarias mayorías reforzadas, por ejemplo de dos tercios de los diputados, o en el caso de referéndum tendría que exigirse la concurrencia de un quórum considerable de votantes y una mayoría reforzada de votos favorables a la secesión.

En segundo lugar, habría que determinar quién es el titular de la decisión final sobre la secesión. Una posibilidad sería que dicho titular fuera el pueblo español. Otra, por el contrario, sería que la decisión recayera en los ciudadanos del territorio que pretenda la secesión. Existen numerosos argumentos a favor tanto de una como de otra opción. Pero resulta necesario diferenciar entre los que les gustaría decidir y los que deben decidir. En una secesión no me cabe duda de que deben decidir los que quieren romper con el Estado originario. Sostener que deben decidir todos los ciudadanos me recuerda lo que sucedió con la tramitación del divorcio, en que la

²¹ El artículo 7 de la Constitución de Bélgica dice así: sólo por ley podrán modificarse o rectificarse los límites del Estado, de las provincias y de los municipios.

derecha española no admitía la posibilidad de la sola voluntad de uno de los cónyuges fuera suficiente para divorciarse. Y más grave sería, siguiendo con el ejemplo del divorcio, que no se concibiera una secesión pactada, amigable. Del mismo modo en que no es civilizado fundar el divorcio en la culpabilidad de uno de los cónyuges, tampoco puede fundarse la secesión en el agravio.

Si en un estado los ciudadanos de determinados territorios no quieren seguir con el proyecto común, la unión debe disolverse. No tiene sentido la unión forzosa. Y en España se han producido desafectos cada vez más profundos entre los catalanes y el resto de los españoles. Se podrá decir que este desafecto es el fruto de las ideologías nacionalistas centralistas y periféricas. Pero el caso es que existe y, o bien se produce una reconciliación, o lo adecuado es disolver la asociación.

También habría que establecer las condiciones exigibles necesarias para la secesión. Es decir, situación en que quedarían los ciudadanos²² (los que fueron parti-

²² Se plantea una cuestión interesante cual es la de la nacionalidad de los ciudadanos de un Estado catalán. Claro está que el Estado catalán crearía la ciudadanía catalana. Pero ¿impediría el Estado catalán que sus ciudadanos conservaran la nacionalidad española en el caso de que la doble nacionalidad fuera posible? Y, desde el punto de vista contrario: ¿acaso el Estado español privaría a los ciudadanos de Cataluña de la nacionalidad española? Debe recordarse que la República de Irlanda atribuye la nacionalidad irlandesa a los ciudadanos que hayan nacido en Irlanda del Norte (el artículo 3 de la Constitución de Irlanda prevé el efecto extraterritorial de las leyes del Estado Libre de Irlanda hasta la total reconstitución del territorio nacional). Es decir, nada impide que el Estado español siguiera reconociendo la nacionalidad española de los ciudadanos españoles convertidos en ciudadanos catalanes, salvo que éstos renunciaran a la misma, o que el nuevo estado obligara a sus ciudadanos a renunciar a la ciudadanía española. Es decir, nada impide que los ciudadanos catalanes, de un hipotético Estado catalán, tuvieran dos nacionalidades antes y después de que Cataluña se integrara en la Unión Europea.

La doble nacionalidad plena estaría más que justificada por los lazos históricos de los catalanes con el Estado español, con España, a lo largo de los siglos. Y, sin duda alguna, sería la mayor de las garantías para los ciudadanos, entonces catalanes, que no estuvieron de acuerdo con la secesión de Cataluña pero que no pudieran o no quisieran abandonar Cataluña, o que quisieran seguir teniendo lazos especiales con España.

De ser esto así se podría producir una diferencia notable con el caso irlandés, a que antes me he referido, en la medida en que los irlandeses de Irlanda del Norte pueden ser a la vez británicos e irlandeses (o ser solo británicos aunque hayan nacido en Irlanda del Norte) y en todo caso ciudadanos europeos, al ser tanto Irlanda como el Reino Unido Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, aunque Cataluña no se incorporara a la Unión Europea, el Estado español podría otorgar a los ciudadanos de Cataluña la nacionalidad española y en esa medida todos los derechos derivados de la ciudadanía europea, lo que no dejaría de ser una paradoja jurídica.

Obsérvese que el artículo 20 del TFUE establece que será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. Y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que la atribución de nacionalidad es una competencia exclusiva de los estados (ver entre otras la STJUE de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02, caso Zhu y Chen). Esto es lo que permite que el estado español atribuya la nacionalidad española a hijos o nietos de españoles nacidos en el extranjero, sin pérdida de su nacionalidad, y en la mayoría de los casos sin que hayan estado nunca en España, ni paguen en España sus impuestos, ni cumplan con ninguno de los deberes que conlleva la ciudadanía española. Situación ésta más paradójica que la señalada anteriormente.

Ver más ampliamente sobre los efectos de la secesión de territorios para los ciudadanos de la Unión el trabajo de Manuel MEDINA que se publica este mismo número de la *REDUE*.

darios y los que fueron contrarios a la secesión), condiciones de la liquidación de la unión, etc., etc., etc. Una unión de siglos no puede resolverse sin hacer las cuentas económicas, financieras, culturales, etc.

La cuestión, dicho lo anterior, es la de si Cataluña es viable como estado independiente. La respuesta a esta cuestión está totalmente dividida e igualada entre los que consideran que es viable y los que opinan que no es viable. De manera que creo que merece la pena detenernos en esta cuestión y que debemos afrontarla con independencia de quienes sostengan una u otra postura, pues el sectarismo que impregna la mayoría de las opiniones llega, incluso a desvirtuar los mejores argumentos.

Un pronunciamiento sobre este asunto exige contextualizar el problema y enfocarlo desde distintas perspectivas. El contexto en que se pudiera producir la independencia de Cataluña es, sin duda, el europeo. Y no sólo porque Cataluña es parte geográfica de Europa, sino porque lo es en el sentido político, económico y sociológico, como lo son las demás comunidades autónomas que integran el Estado español. Pero, sobre todo, porque los independentistas catalanes tendrían, aparentemente, una acusada vocación europeísta. Por tanto, no estaríamos, aparentemente, ante un supuesto de rechazo a los valores y principios que rigen en los estados de la Unión y en la propia Unión, sino que nos encontraríamos en un escenario de auténtica vocación europeísta, que compartirían con las demás tendencias ideológicas que tienen representación en el Parlamento catalán. Esta observación puede considerarse superflua, pero a mi juicio no lo es; no debemos olvidar el surgimiento o fortalecimiento de sentimientos antieuropeístas en varios estados de la Unión.

Un vistazo somero por los estados europeos actuales, de la Unión Europea y fuera de la Unión, pone de evidencia que Europa está integrada por estados de diferente entidad en cuanto a territorio, población, PIB, u homogeneidad cultural, factores estos que son determinantes de la mayoría de los demás indicadores, con las oportunas correcciones. Pues bien, al menos es posible clasificar a los estados por su tamaño y población en diferentes categorías, desde muy pequeños, pequeños, medianos y grandes²³. Pueden hacerse otras clasificaciones pero, en todo caso, el resultado será la existencia de grandes diferencias entre estados y la posibilidad de formar grupos por población, por dimensiones del territorio, por PIB, o por otros instrumentos de medición. La Unión Europea no solo no ha obstaculizado la in-

²³ Son, por ejemplo estados muy pequeños, con menos de un 1 millón de habitantes: Malta (0,416), Luxemburgo (0,524), Chipre (0,862) (e Islandia, San Marino, Mónaco, Liechtenstein, Montenegro, Kosovo fuera de la Unión). Son estados pequeños, de entre 1 y 8 millones de habitantes: Estonia (1,339), Letonia (2,041), Eslovenia (2,055), Lituania (3,007), Irlanda (4,582), Finlandia (5,401), Eslovaquia (5,404), Dinamarca (5,580) y Bulgaria (7,327). Son estados medianos, de entre 8 y 21 millones de habitantes: Austria (8,443), Suecia (9,482), Hungría (9,957), República Checa (10,505), Portugal (10,541), Bélgica (11,041) Grecia (11,290), Países Bajos (16,730) y Rumania (21,355). Y pueden considerarse estados grandes, de más de 35 millones Polonia (38,538), España (46,196), Italia (60,820), Reino Unido (62,989), Francia (65,397) y Alemania (81,843). Ver la Decisión del Consejo de 14 de enero de 2013 por la que se modifica su Reglamento interno en que se establecen las poblaciones de los Estados miembros válidas para el período entre el 1-1-2013 y 31-12-2013 (*DOUE* L 16, de 19-1-2013).

corporación a la Unión de estados muy pequeños o pequeños sino que la ha fomentado. Incluso ha incorporado a Chipre, un estado que soporta la ocupación del ejército turco hace varias décadas. No es este lugar para cuestionar la política de ampliación de la Unión Europea, pero lo cierto es que no solo no ha sido afortunada en los parámetros en que se ha producido hasta la fecha sino que sigue de acuerdo con los mismos parámetros, es decir, reincidiendo en los mismos errores.

Si tenemos en cuenta población, territorio y PIB, Cataluña ingresaría en el grupo de los estados pequeños. En torno al número 16 o 17 de los 27 existentes. De manera que sostener que Cataluña no es viable dentro de la Unión supondría afirmar que de 10 a 14 Estados de la Unión Europea, y media docena de Estados europeos que no forman parte de la Unión, no son viables, aunque resulte evidente que lo son.

Cataluña es viable en el seno de la Unión Europea, pero dicha viabilidad es cuestionable fuera de la Unión²⁴. Al margen de especulaciones jurídicas favorables

²⁴ No deja de ser menos cierto que la independencia de Cataluña podría suponer un período de tiempo de grandes penalidades para los ciudadanos catalanes. Es muy probable que sus empresas, que han tenido siempre como mercado preferente al del resto de España, sufrieran contracciones muy considerables. Su sistema financiero podría entrar en quiebra, como consecuencia de una retirada de depósitos masiva del resto de los españoles, sus empresas en general sufrirían pérdidas considerables, pues sería previsible una reacción desfavorable de los consumidores. El incremento de gasto de Cataluña sería muy elevado, pues no es lo mismo ser una comunidad autónoma que un estado, un estado con ciertas pretensiones. No es improbable que los grandes capítulos de gastos que exige la defensa, la diplomacia, la policía, la judicatura, la sanidad, la docencia, la investigación, etc. incrementaran de modo considerable el gasto que sería insusceptible de ser financiado a corto y medio plazo. No parece que los nacionalistas hayan previsto la descapitalización impresionante, en todos los órdenes, que tendría lugar como consecuencia de una secesión. Una Cataluña fuera de la Unión Europea sería viable como un estado precario que tardaría décadas en recuperar los índices de bienestar que todavía tiene en la actualidad, pese a la crisis económica.

¿Creen los nacionalistas catalanes que el sistema de inmersión cultural que se proponen, con desprecio absoluto a las culturas de alrededor del 50% de la población, serían toleradas por las minorías, aunque fueran muy exiguas en un escenario diferente al de una comunidad autónoma? No lo creo. No es lo mismo, sentirse catalán y español perteneciendo a España, que perteneciendo solo a Cataluña. Las reacciones pueden ser pacíficas, una especie de éxodo a España, o pueden ser violentas, o muy violentas de las minorías que se podrían sentir marginadas, discriminadas.

Pero, no obstante las muchas penalidades que pudieran sufrir los ciudadanos españoles convertidos en ciudadanos catalanes, no tengo la menor duda de que Cataluña a largo plazo es viable. Si la población está dispuesta a pasar por penalidades considerables durante varias décadas, es muy probable que Cataluña pudiera obtener un lugar, modesto, muy modesto, pero digno en la comunidad internacional, como el que ocupan los estados pequeños europeos.

A mi juicio los obstáculos a la incorporación de Cataluña a la Unión Europea vendrían más de otros estados de la Unión que de la España residual. En efecto, la España residual no solo no debería oponerse a la entrada de Cataluña en la Unión Europea, en el caso de que se pactara la secesión de la misma, sino que tendría que favorecerla. Y esto por varias razones. En primer lugar porque la defensa de los intereses de los españoles que no votaron la independencia solo puede protegerse adecuadamente mediante la entrada de Cataluña en la Unión Europea, en el Consejo de Europa, en la ONU, en la OTAN, etc., etc., etc. Además, porque producida la independencia, la actitud más responsable, honorable y pragmática será la del buen entendimiento con un vecino con cuyos habitantes y los antecesores de estos, cuya relación ha sido fraternal durante siglos, por muchos conflictos que se hayan

a la posible permanencia de Cataluña en la Unión, tras la secesión, o a su pronta incorporación tras la misma, la tesis que tiene mayores probabilidades de prosperar es la ortodoxa²⁵ que considera que Cataluña quedaría fuera de la Unión. Y al margen de dicha tesis considero que puede sostenerse que la secesión de territorios de Estados miembros es contraria a los principios que informan la idea misma de Europa como trataré de acreditar a continuación.

V. LAS RAZONES O SIN RAZONES DE LAS PRETENSIONES SECESIONISTAS. NACIONALISMO. INSOLIDARIDAD. AMBICIONES DE LAS CLASES DIRIGENTES

He dejado para el final la parte que considero sustancial de este trabajo. Pues trataré de rebatir en este apartado las causas más profundas que sustentan el nacionalismo de nuestros días y su oposición a los principios y valores europeos.

Habida cuenta de que la secesión en territorios de Estados miembros de la Unión no es posible fundarla en situaciones coloniales o de naturaleza semejante, es decir, al no ser posible fundar el secesionismo de territorios de Estados miembros de la Unión Europea en la existencia de ciudadanos subyugados, oprimidos o privados de los derechos fundamentales, los nacionalistas han fundado sus pretensiones secesionistas en otro argumentario. Esto es, desde una perspectiva formal se puede y se debe respetar que millones de ciudadanos pretendan crear un nuevo estado separándose o rompiendo un estado originario, pero esta consideración formal no impide que pueda rebatirse el fundamento de dicha posición secesionista, que invalidaría dicha pretensión.

La causa principal, la causa de las causas de todos los movimientos nacionalistas (que son en torno a un centenar en Europa²⁶), se encontraría en la existencia de naciones en el interior de un determinado territorio estatal. El argumentario es muy sencillo: las naciones tendrían el derecho a constituirse como estados; una especie de derecho natural. La sencillez de la proposición, su propia inconsistencia, paradójicamente, es responsable de su éxito.

producido. ¿Acaso los portugueses han impedido a los empresarios españoles invertir y actuar en su territorio con la mirada en los años en que fue un territorio unido al de la España actual? ¿O, acaso los españoles del nuevo estado democrático surgido de la Constitución de 1978 miramos atrás y dificultamos las relaciones con franceses, ingleses, holandeses, belgas o norteamericanos por nuestras guerras pasadas con ellos? O ¿acaso no rehicimos las relaciones con los estados iberoamericanos que se independizaron de España en el siglo XIX?

²⁵ Ver a tal efecto el trabajo de Araceli MANGAS que se publica en este número de la *REDUE*.

²⁶ Entre los más significativos los nacionalismos: bávaro, prusiano, flamenco, franco-valón, de la comunidad germanófona, feroés, inuit, andaluz, aragonés, asturiano, castellano, canario, catalán, gallego, portugallego, occitano, valenciano, vasco, Aland, sami, alsaciano, arpitano, borgoñés, bretón, caledonio, corso, flamenco, normando, tahitiano, magiar, irlandés, arpitano, lombardo, napolitano, pagano, sardo, siciliano, tirolés, véneto, frisón, silesio, mirandés, cornualles, escocés, galés, inglés, manx, moravo, etc.

Pero, claro está, tenemos que profundizar en este tema, pues el requisito previo de dicho argumentario es la existencia de una nación de la que derivaría el derecho a crear un estado. Ambas cuestiones no pueden depender de la mera afirmación.

1. La secesión fundamentada en la existencia de una nación

El nacionalismo centralista español no perdonó al que fuera presidente del Gobierno en la anterior legislatura que dijera en una ocasión, en el Congreso de los Diputados, algo así como que el concepto de nación era discutido y discutible. No me cabe duda de que el Congreso de los Diputados no era el lugar idóneo para plantear un tema que debiera ubicarse en el marco de unas jornadas universitarias, pues en la universidad todo puede ponerse en cuestión, incluso cuando el rigor no acompañe el cuestionamiento de los conceptos. Pero, no por ello deja de ser cierto que el concepto de nación es uno de los más discutidos y confusos de los conceptos políticos; que como concepto doctrinario tiene tantas versiones como doctrinarios. En términos jurídicos hay que decir que el concepto de nación no es un concepto jurídico, sino que se trata de un concepto político e incluso metapolítico. Para el Derecho internacional son los estados los titulares de derechos. Y en el Derecho constitucional occidental las referencias a la nación son muy escasas, los casos de las constituciones española, francesa y belga son una excepción entre las constituciones europeas en que las referencias a la nación son escasas²⁷.

La confusión entre los conceptos de estado y nación es de tal naturaleza que alcanza al *Diccionario de la Academia*. Así, en su primera acepción para la Academia nación es: «Conjunto de habitantes de un país regido por el mismo gobierno», concepto que se corresponde mejor al de estado, mientras que en su tercera acepción dice la Academia que nación es: «Conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente tienen un mismo idioma y tienen una tradición común», que se correspondería al concepto romántico de nación que ha sobrevivido hasta nuestros días.

La idea del estado-nación ha sido una de las construcciones más perversas de la historia política en dos sentidos divergentes. Por una parte, porque cuando sobre

²⁷ En el caso de la historia constitucional española la utilización del término nación es particularmente significativa en la Constitución de Cádiz de 1812 y de la Constitución de 1978. La Constitución de Cádiz hace reiteradas referencias a la nación, lo que en aquella época tuvo un significado revolucionario al atribuir los poderes del Estado a la «Nación Española», poniendo fin al «Antiguo Régimen» y al caracterizar a la nación como «la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios». De manera que el concepto de nación utilizado en la Constitución de 1812 poco tiene que ver con el de nación étnica, cultural, etc. que se afianza a lo largo del siglo XIX y se aproxima al concepto de estado. Lo mismo puede decirse de la utilización, mucho menos precisa y profusa, del concepto de nación en las demás constituciones españolas del siglo XIX. En la Constitución de 1931, por el contrario, no figurará la referencia a la nación que se sustituye por la referencia al pueblo español. Y la Constitución de 1978 alcanza un equilibrio entre las concepciones de la Constitución de Cádiz y la de 1931 mediante la utilización de los conceptos de nación española y de pueblo español, aunque la soberanía se atribuye a este último.

un territorio sin homogeneidad (de lengua, cultura, raza y religión) se construye la categoría estado-nación se produce la elección de una lengua, una cultura, una raza, una religión, que se tratan de imponer a las demás lenguas, razas, culturas y religiones existentes en el mismo territorio. Se trataría del fenómeno del nacionalismo centralista que hemos sufrido en España en muchos períodos de su historia, y que todavía cautiva a muchos, aunque no encuentre fundamento en la Constitución española de 1978. Y, por otra parte, la idea del estado-nación es una tentación permanente de las clases políticas nacionalistas de territorios dentro de un estado, en que existe una lengua, cultura, raza y religión predominantes, que perseguirán ineluctablemente convertir a dicho territorio en estado-nación, a imagen y semejanza del estado-nación del que pretenden separarse. El resultado, en ambos casos será el de la intolerancia.

Puede negarse que esto sea así, pero no es fácilmente rebatible que el que pretende construir un estado, a partir del concepto de nación, sobre un territorio que forma parte de un estado existente previamente está eligiendo determinados caracteres identitarios que se dan en dicha porción del territorio, caracteres que se confrontan con otros caracteres identitarios de habitantes de dicho territorio y de otros territorios del mismo estado o de otros estados. La construcción de la pretensión de secesión en la existencia de la nación en una parte de la población y del territorio de un estado, despreciando las identidades de otros sectores de la población, es de una gravedad extraordinaria.

Por esas razones el nacionalismo es una ideología contraria a los más elementales valores y principios que rigen en la actualidad nuestras sociedades occidentales. Los valores y principios de nuestras sociedades son los que lucen en las declaraciones de derechos fundamentales y libertades públicas, desde las norteamericana y francesa en el siglo XVIII hasta las declaraciones de derechos del siglo XX: la Declaración Universal de Derechos del Hombre y los pactos que derivan de la misma, el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Públicas, las declaraciones de derechos de los Estados de la Unión, entre las que destaca la Constitución española, así como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En esos documentos está escrito nuestro código genético, y no en la lengua que hablemos, la cultura de la que procedamos, nuestra raza o la religión o creencias que profesemos.

Formo parte de un número cada vez mayor de ciudadanos occidentales que rechazan todo nacionalismo central o periférico, que pretenda poner fronteras entre los hombres, que sublime el pasado y convierta los instrumentos que utilizamos para expresarnos (la lengua) o las creencias irracionales, en valores superiores de personas y sociedades, en vez de situarlas en un nivel secundario en relación con el que es principal. Y lo principal, lo que nos hace iguales a todos los hombres, es el conjunto de valores, principios, derechos y libertades que nos configuran de modo explícito.

Por lo demás, el concepto de nación que manejan los nacionalistas es de difícil aplicación tanto a la población y territorio españoles en su conjunto como a la población de las distintas nacionalidades o regiones españolas. En el territorio de

España, como realidad geográfica, o si se prefiere en el territorio del Estado español, se han producido tantos intercambios de personas de los distintos puntos de su geografía a lo largo de los siglos, y han sido tantas las oleadas de migraciones e invasiones de diferentes procedencias, que estas circunstancias invalidan el primero de los requisitos para que se pueda hablar de nación, pues el origen de los españoles es extraordinariamente variado, sin que se haya producido una síntesis que nos permita hablar de una raza española. Por otra parte, lejos de ser un territorio, el del Estado español, en que se hable una sola lengua son muchas las lenguas que se hablan en España, y no me refiero solo a las que se consideran lenguas oficiales de acuerdo con la Constitución y los estatutos de autonomía, sino también a las lenguas de los inmigrantes, que se cuentan en la actualidad por millones, que han ido llegando al territorio español en las últimas décadas. En cuanto a las costumbres, la diversidad es absoluta entre los españoles; sirvan de ejemplo las diferentes costumbres culinarias o festivas de los españoles. Y lo mismo puede decirse de la cultura, las tradiciones o las creencias de los españoles, que son cada vez más numerosas.

Pero, si la observación de la población del territorio español arroja el resultado de que el concepto de nación es incompatible con la realidad, el mismo resultado se obtiene si se analizan cada una de las denominadas nacionalidades y regiones españolas. En ninguna es posible alcanzar la conclusión de que existan naciones, sea cual sea el criterio que se elija, porque sus poblaciones son mestizas, se hablan lenguas diferentes, y se practican religiones y tradiciones diferentes.

España se ha ido construyendo como un estado desde hace cinco siglos con formatos diferentes, confederal, federal, centralista y regional, que en todo caso ha evidenciado una realidad plural que se ha incrementado y no aminorado con el paso del tiempo. España nunca ha sido una nación; afortunadamente ha sido siempre un estado integrado por una considerable diversidad de culturas entremezcladas. Eso mismo sucede en Estados Unidos de América, que tampoco es una nación, y lo mismo puede decirse de la inmensa mayoría de los grandes, de los medianos y de los pequeños estados europeos.

Si la Unión Europea es el paradigma de un estado, en el sentido de que sus más de quinientos millones de habitantes tienen orígenes, lenguas, costumbres, tradiciones y religiones diferentes, cada uno de los estados de la Unión es también paradigma de estado y no de nación. En ese conjunto lo único que puede unirnos, lo único que nos une a los europeos son los valores, principios y derechos y libertades que lucen en los tratados de la Unión, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en las constituciones de los Estados miembros. Es más, se trata de valores, principios, derechos y libertades que reconocen la diversidad. La causa de dichos valores, principios, derechos y libertades es nuestra única señal de identidad: es la identidad común, que nos une, que reconoce la diversidad.

Los nacionalismos, centralistas o periféricos, se basan en lo que nos separa (el origen, la cultura, la lengua, la religión, etc.). De manera que las pretensiones identitarias de los nacionalistas son contrarias a la esencia del europeo. Lo que nos identifica, por ejemplo, es el derecho a la libertad de creencias, incluida la religio-

sa. Pero las religiones y creencias nos separan. De la libertad de creencias no puede deducirse que se creen estados integrados por ciudadanos que profesen las mismas creencias. Las creencias se producen en el ámbito de lo privado, y no pueden configurar lo público. Estados teocráticos, que por cierto existen, son contrarios a la libertad religiosa. Y lo mismo puede decirse de la raza, la lengua y las costumbres. El signo de nuestro tiempo es la apertura de los ciudadanos, de las sociedades y de las organizaciones políticas. Y sería un atentado a la libertad querer parar la historia y retroceder rememorando una imagen romántica que nunca existió, una imagen que ni siquiera existió en la Alemania concebida por HERDER²⁸ y FICHTE²⁹, pues el *espíritu del pueblo* (*Volksgeist*) ideado por HERDER, y del que son tributarios los nacionalismos, no es sino una ensoñación. Así, considero que, desde la perspectiva que ahora analizamos, la creación de nuevos estados sobre la existencia de supuestas naciones supone un atentado gravísimo a los principios y derechos que constituyen el ADN de los hombres y mujeres de nuestro tiempo.

Para los nacionalistas «*La nación () es un organismo que tiene finalidades, vida y medios de acción superiores por su potencia y duración a los de los individuos –disociados o reunidos– que la componen. Es una unidad moral, política y económica que actúa íntegramente en el Estado ()*». Pero, ¿saben ustedes?, los dos paréntesis que he dejado en blanco deben llenarse, para una transcripción fiel del texto de referencia, con las palabras «italiana» y «fascista» pues el párrafo que les he transcrito es el artículo 10 de la Carta del Lavoro de MUSSOLINI.

2. La insolidaridad como causa del secesionismo

Otra de las causas que subyacen en el secesionismo, que deriva de la anterior, es la insolidaridad de los ciudadanos de unos territorios en relación con los de otros territorios. La solidaridad es uno de los principios que constituyen el sistema democrático español y también el proyecto europeo. Los secesionistas catalanes han utilizado en los últimos tiempos, como instrumento para fomentar dicha ideología, un supuesto déficit fiscal de Cataluña. De acuerdo con esta tesis, Cataluña estaría contribuyendo de manera extraordinaria al bienestar de otras regiones españolas y perseguiría no hacerlo.

Hablar de contribución fiscal de Cataluña, en la medida en que existe un único territorio fiscal (con la excepción del País Vasco y Navarra, que son ejemplo de confederación fiscal) y que no contribuyen los territorios sino las personas, tiene poco sentido. En Cataluña, como en el resto del territorio español, existen ciudadanos ricos y ciudadanos pobres, ciudadanos que contribuyen considerablemente

²⁸ Ver Johann GOTTFRIED HERDER, *Ideas sobre la filosofía de la historia de la humanidad* (1784-1791)

²⁹ Ver Johann GOTTLIEB FICHTE, *Discursos a la nación alemana*, 1807-1808 (*Reden an die deutsche Nation*), editada en castellano por Tecnos, 1988.

a las arcas públicas, ciudadanos que contribuyen poco y ciudadanos que reciben la solidaridad de los demás ciudadanos españoles, catalanes o no. Y estas mismas consideraciones se pueden hacer de los ciudadanos que viven en cualquier parte de España.

Hay que reconocer que el argumento, que es del todo engañoso por lo dicho anteriormente, es de gran simplicidad y eficacia. Pero, aunque aceptáramos la existencia de una especie de persona jurídica «Cataluña», que daría al Estado más de lo que recibe del Estado, las objeciones a dicho postulado serían muchas. En primer lugar, el estudio riguroso de las cifras arroja un resultado bien diferente al que proclama la propaganda nacionalista³⁰, aunque podamos coincidir en la necesaria reforma del Estado de las Autonomías y, en particular, de la financiación de las comunidades autónomas. En segundo lugar, en el sistema de intercambios entre territorios no es posible tener en cuenta únicamente el intercambio que podríamos denominar fiscal. Los intercambios en el territorio de un estado han sido y siguen siendo de diferente naturaleza. Así, es evidente que el bienestar de los ciudadanos españoles que viven en el territorio catalán se debe en buena parte al déficit humano que se ha producido en otras regiones españolas, lo que es igualmente aplicable, en especial, a los ciudadanos de los territorios madrileño, vasco o balear, que se han beneficiado de la emigración que ha tenido lugar en el interior del territorio español, particularmente en los últimos cien años. E igualmente, el bienestar de los ciudadanos de las regiones con mayor producto interior bruto se debe a la existencia de un mercado interior español en que circulan libremente las mercancías, los servicios y capitales, antes y después de que España se incorporara a las Comunidades Europeas.

Al margen de las observaciones anteriores, de lo que se olvidan los nacionalistas es de que uno de los principios constitutivos de las sociedades democráticas contemporáneas: la solidaridad. La solidaridad se consagra en la Constitución española y en los tratados de la Unión. Y lo que resulta más grave, los nacionalistas verían con buenos ojos la solidaridad si sus territorios son los receptores de la misma y no los dadores. Les parecería bien a los nacionalistas periféricos la solidaridad europea que ha supuesto para el conjunto de España más de un billón neto de pesetas durante cerca de 25 años, o la solidaridad del resto de los españoles para afrontar el enorme déficit de sus regiones. Pero rechazarían la solidaridad de los ciudadanos catalanes con los ciudadanos andaluces, extremeños o castellano-manchegos.

Y no puede dejar de mencionarse que tras el nacionalismo se encuentra la ambición de clases políticas que quieren dar un paso cualitativo que sólo a ellos pudiera beneficiarles, aunque sea a costa de producir un perjuicio irreparable en los ciudadanos de sus sociedades que nada tienen que ganar y mucho tienen que perder con la separación de los demás españoles con los que están conviviendo en un Estado democrático.

³⁰ Ver entre otros, A. DE LA FUENTE y S. RODRÍGUEZ MORA, «Las cuentas de la lechera», en *El País* de 24-9-2012 y A. ZABALZA, «Malentendidos del saldo fiscal catalán» en *El País*, de 19 de noviembre de 2012.

VI. EL FIN DEL NACIONALISMO. LA VIGENCIA DEL ESTADO DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Los nacionalismos son reliquias del pasado desprovistas de sentido. Pero resulta obvio, de los hechos, que no puede ignorarse que se trata de una ideología que todavía tiene un gran poder de sugestión. A mi juicio, se trata de una de las facetas más negativas de los humanos. El nacionalismo centralista o periférico busca las diferencias, las enfatiza y construye sobre dicha diferencia la separación de los demás.

La Unión Europea hasta la fecha ha fomentado el nacionalismo más allá de sus fronteras. Lo ha fomentado la Unión como organización y algunos estados europeos como Alemania que propiciaron, en vez de impedir, la descomposición de Yugoslavia. Por el contrario, al mismo tiempo se producía la reunificación de Alemania. Bien es cierto que la Unión Europea, por la mera circunstancia de permitir la adhesión a la misma de pequeños estados esta frenando la ideología nacionalista, en la medida en que la Unión Europea es la negación del nacionalismo a través del mercado interior, la moneda única, los derechos fundamentales y otros tantos signos de identidad europea.

La creación de nuevos estados allí donde ya existen estados no reporta ningún beneficio para los nuevos ciudadanos si en los estados existentes están representados todos los ciudadanos por igual en las instituciones del Estado, son considerados iguales todos los ciudadanos y son respetadas las culturas de los pueblos que los integran. La separación de territorios de estados no es susceptible de producir efectos desfavorables para los ciudadanos de los estados secesionados, pues nada favorable suele derivar de los fraccionamientos de los mercados. Y, además, la secesión unilateral o consensuada no garantiza la incorporación de los nuevos estados a la Unión Europea. La secesión de territorios en nuestro tiempo presente, cuando en Europa se dilucida dar pasos decisivos para la unidad política, es una aventura temeraria que pone de manifiesto un escaso sentido de la historia. La nuestra es una época en que debemos afrontar las deficiencias de nuestros regímenes democráticos (internos y europeo), que son muchas, para alcanzar el estatus de ciudadanos responsables y comprometidos con nuestro presente y futuro.

Pero, debo decir que si la inmensa mayoría de los ciudadanos de un determinado territorio quieren constituirse en estado independiente y lo manifiestan con claridad y rotundidad y, además, quedan garantizados los valores, principios y derechos fundamentales que rigen en la actualidad en España, fruto de su Constitución, de sus leyes, del Derecho de la Unión Europea y del Derecho internacional, en particular para los ciudadanos que estuvieron en contra de la secesión, nada debe impedir que se creen dichos estados, pues por muy lamentable y equivocada que me pueda parecer dicha decisión los ciudadanos tienen derecho a elegir sus organizaciones políticas; tienen el derecho a acertar o a equivocarse.

Con melodramáticas palabras Rabindranath TAGORE escribió en su libro titulado *Nacionalismo*: «Cuando prevalece el espíritu del nacionalismo occidental, se enseña desde la infancia al pueblo entero a fomentar odios y ambiciones por todos

los medios: fabricando mentiras y verdades a medias sobre los hechos históricos, presentando desfavorablemente a otras razas y cultivando sentimientos de animadversión hacia ellas, conmemorando sucesos que a menudo son falsos y debieran ser olvidados rápidamente por el bien de la humanidad, tramando constantemente malévolas amenazas contra sus vecinos y contra otras naciones. Eso es lo que está envenenando la fuente misma de la humanidad y desacreditando los ideales que surgieron del ejemplo de las vidas de nuestros mejores y más grandes hombres».

RESUMEN: En este trabajo se analiza con carácter general el tratamiento de la secesión de estados, de organizaciones internacionales y de la Unión Europea y de territorios de estados soberanos. A tal efecto se analiza el Derecho internacional, el Derecho de la Unión Europea, y el Derecho interno. Y de tal análisis se llega a varias conclusiones. Por una parte, que la Unión Europea a través de su artículo 50 ha concebido un sistema de separación pacífica y pactada de Estados miembros de la Unión Europea que debiera servir de ejemplo. Por otra parte, se concluye que en el Derecho internacional, en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho interno español no pueden fundarse las pretensiones secesionistas de territorios españoles. Finalmente, se alcanza la conclusión de que los nacionalismos tanto centralistas como periféricos son contrarios a los valores y principios que han servido para construir la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Autodeterminación externa, autodeterminación interna, estado, libre determinación de los pueblos, nación, nacionalismos centralistas, nacionalismos periféricos, valores y principios de la Unión Europea, secesión, secesión civilizada.

ABSTRACT: This paper analyses generally the treatment of the secession of states of international organizations, and the European Union, and territories of sovereign states. To this end we analyze the international law, European Union law, and the internal law. And in such analysis yields several conclusions. On the one hand, the European Union through its Article 50 has divided a peaceful separation system and Member States agreed to European Union should serve as an example. Moreover, it is concluded that in international law, in European Union law and Spanish law claims can not be based secessionist Spanish territories. Finally, the conclusion is reached that both centralist and peripheral nationalisms are contrary to the values and principles which have served to build the European Union.

KEYWORDS: External self, inner self, state, self-determination of peoples, nation, nationalism centralist, peripheral nationalism, values and principles of the European Union, secession, secession civilized.

Recibido: 10 de abril de 2013

Evaluado: 29 de abril de 2013

Aceptado: 7 de mayo de 2013

LA SECESIÓN DE TERRITORIOS EN UN ESTADO MIEMBRO: EFECTOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

THE SECESSION OF TERRITORIES IN A MEMBER STATE: EFFECTS ON THE LAW OF THE EUROPEAN UNION

ARACELI MANGAS MARTÍN

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CUESTIONES PREVIAS: LIBRE DETERMINACIÓN, DERECHO A DECIDIR, RESPETO A LA UNIDAD NACIONAL E INTEGRIDAD TERRITORIAL Y DERECHO INTERNACIONAL Y LA GESTIÓN CIVILIZADA ANTE EL MUNDO. III. EL TERRITORIO DEL ESTADO COMO UN ÁMBITO PROPIO DE CADA ESTADO MIEMBRO. IV. LA SECESIÓN DE PARTES DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UE: 1. Efectos de la secesión en la subjetividad internacional del Estado matriz ¿Afecta una secesión a la membresía del Estado predecesor a una OI? 2. La absurda teoría de la ampliación interna sin solicitud de adhesión: la inevitable revisión de los tratados y las inevitables votaciones por unanimidad. 3. El nulo valor de acuerdos políticos para la ampliación interna: ¿revisiones al margen de los tratados? 4. El nuevo estado: un estado ajeno a la UE. 5. El acceso al estatus de Estado miembro de la UE: la solicitud de adhesión de un Estado tercero o ajeno a la UE.

I. INTRODUCCIÓN

Las pretensiones de independencia de Escocia y Cataluña han abierto un debate, amén de político, económico y social, sobre el marco jurídico europeo y las consecuencias sobre su pertenencia a la UE, en la actualidad en tanto que regiones formando parte de sus Estados miembros respectivos.

Es sintomático que en España apenas ha salpicado el debate al Derecho internacional¹ y a todas las consecuencias jurídicas de una separación de partes de un estado para devenir estado independiente².

Una modificación territorial, como la secesión de un territorio para constituir un nuevo estado, conlleva innumerables aspectos de Derecho interno e internacional. La terminología no es muy acertada; se habla de sucesión de estados, aunque en esta materia es fundamental el principio de continuidad de los estados; hablar de «estado predecesor» parece dar a entender que el estado anterior deja de existir, que es el anterior, cuando justamente es el continuador o estado matriz. Y el sucesor es en realidad el nuevo estado.

Por otra parte, la concepción tradicional describe la sucesión de estados como la sustitución en los derechos y obligaciones de carácter interno o internacional de un estado por otro en un territorio determinado. Sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional acordó finalmente en los dos convenios en esta materia definir la sucesión de estados como:

¹ La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU inició en los años sesenta la tarea de la codificación y desarrollo progresivo del régimen de la sucesión de estados. La lentitud de sus trabajos y las escasas ratificaciones a los dos convenios muestran la enorme complejidad de esta poliédrica institución y la dificultad de encontrar, hoy, soluciones aceptables de forma amplia para una comunidad internacional universal y heterogénea.

Los resultados normativos de ese proceso han sido dos convenios: de un lado, el Convenio de Viena de 23 de agosto de 1978 sobre sucesión de estados *en materia de tratados*, que aunque ha entrado en vigor apenas lo han ratificado una veintena de estados; de otro, el Convenio de Viena de 8 de abril de 1983 sobre sucesión de estados *en materia de bienes, archivos y deudas de estado*. Su contenido interesa sólo en la medida en que refleje derecho consuetudinario y la práctica internacional.

² A diferencia de lo sucedido en el Reino Unido donde se ha presentado con toda transparencia un informe del gobierno británico sobre «las implicaciones de la independencia escocesa», basado en un dictamen hecho por dos especialistas independientes (un australiano y un británico, profesores James CRAWFORD y Alan BOYLE) en este sector del Derecho internacional (normas sobre continuidad y sucesión de estados): *Scotland analysis: Devolution and the implications of Scottish independence*, february 2013, <https://www.gov.uk/government/publications/scotland-analysis-devolution-and-the-implications-of-scottish-independence>; https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/79417/Scotland_analysis_Devolution_and_the_implications_of_Scottish_Independan..._1_.pdf.

De este Informe se puede trasladar casi todo al ámbito español, si bien no se debe olvidar que allí hay un acuerdo de principio para realizar el referéndum vinculante. El Pacto de 1707 que dio lugar al Reino Unido no permite un derecho unilateral a la separación. Es una manera correcta de encarar la cuestión y gestionarla en atención al principio de legitimidad democrática, además del principio de legalidad. Pero salvo para esa notable consecuencia (el referéndum), en su conjunto el Pacto de 1707 resulta irrelevante en todo el proceso de secesión ni tiene consecuencias sobre los efectos domésticos e internacionales de la eventual secesión como dejan claro los profesores CRAWFORD y BOYLE. Por tanto, ya sea el caso escocés o catalán, las normas internacionales y la práctica sobre continuidad y sucesión de Estados no están condicionadas por cómo se accede a la independencia o si se tiene o no derecho a la secesión, sino que son aplicables al hecho objetivo de la independencia de un Estado.

«la sustitución de un estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio» (art. 2.b).

Lo habitual es que una secesión da lugar, más pronto o más tarde, a un acuerdo entre el estado continuador o matriz (España) y el estado sucesor (la región eventualmente constituida en nuevo estado, Cataluña) para regular las miles de implicaciones jurídicas internas e internacionales. Tampoco es imprescindible ni obligado; llegado el caso, cada estado puede regular las consecuencias mediante normas internas unilaterales.

Del conjunto de problemas jurídico-políticos que conlleva una modificación territorial que crea un nuevo estado, lo que más ha interesado son los efectos de la secesión en el concreto subsistema del Derecho internacional que es el Derecho de la Unión Europea. Sobre todo porque en ambas regiones, Escocia y Cataluña, los dirigentes en el poder regional, partidarios de la independencia, han planteado de forma capciosa sus pretensiones de independencia retorciendo y manipulando las reglas aplicables a una independencia³. En el Reino Unido, cuyo gobierno nacional acepta el referéndum vinculante, ha negado con vigor que se pueda plantear una pregunta engañosa y exige formular la pregunta de forma directa sobre el cambio de vinculación con el Estado, sin apaños o engaños, de si se desea o no la independencia del Reino Unido y no si se desea seguir vinculado a una organización pues no es la clave de la decisión en el referéndum.

Por el contrario, en Cataluña, el pacto de gobierno entre los partidos independentistas, «Convergencia i Unió» y «Esquerra Republicana de Catalunya», como en la Declaración del Parlamento Catalán de 23 de enero de 2013, afirma con mala fe que la independencia se hará dentro del marco europeo y que de esa forma harán la pregunta. Cataluña no puede ser otra cosa que geográficamente europea, por tanto no se puede preguntar si quieren ser un estado africano o asiático o europeo; la ubicación geográfica no se puede someter a referéndum. Se quiere engañar sobre un estatus muy apreciado por la población y las empresas: la pertenencia jurídico-política a una organización internacional, como es la UE, es garantía, aún en tiempos de crisis, de estabilidad y cierto bienestar. Lo que no se puede es dar por sentado una notoria falsedad: que el cambio de estatus de región a nuevo Estado independiente, ya sea mediante secesión unilateral o mediante separación acordada, no altera su pertenencia a la Unión Europea ni afecta al Derecho de la UE.

Analicemos la cuestión.

³ Además de burlar a la opinión pública catalana las consecuencias de una decisión de independencia, especialmente en Cataluña, donde sus dirigentes se conducen como si la decisión de la independencia ya la hubieran tomado ellos mediante la creación de un consejo de transición nacional, negando *de facto* y *de iure* el derecho a decidir al pueblo catalán.

II. CUESTIONES PREVIAS: LIBRE DETERMINACIÓN⁴, DERECHO A DECIDIR, RESPETO A LA UNIDAD NACIONAL E INTEGRIDAD TERRITORIAL Y DERECHO INTERNACIONAL Y LA GESTIÓN CIVILIZADA ANTE EL MUNDO

Cuando la Asamblea General de la ONU en 1960 aprobó la Resolución 1514 lo hizo ciertamente con un pensamiento, intención o espíritu de restringir el derecho de autodeterminación expresamente a los casos de dominación colonial y extranjera. De los siete párrafos de la Resolución –media página–, cinco se dedicaban a precisar que tales pueblos *dependientes* (fideicomisos y no autónomos) tenían derecho a poner fin a esa situación sin condiciones por parte de la metrópoli. Y el sexto sentaba una afirmación contundente:

«Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de la Naciones Unidas».

De este párrafo, reiterado en la todavía más importante Resolución 2625 de 1970, se deduce de forma clara que no hay una libertad ilimitada para invocar, *sin fundamento*, ese principio y hacerlo prevalecer hasta violar otro principio de derecho internacional positivo cual es el del respeto a la unidad nacional e integridad territorial.

En 1970 se desarrolló con más amplitud dicho principio (Resolución 2625) cuando el fenómeno descolonizador propiciado por Naciones Unidas alcanzaba su gran éxito histórico. Y es cierto que en dicha Resolución, la última y definitiva en esta materia, va más allá del contexto colonial, racista o extranjero y entiende que ya no sólo es un derecho de todos los pueblos sino un *deber* de los estados de conducirse de conformidad con ese principio. Y que la libre determinación en el seno de un estado que *no* tiene colonias, *ni* es racista *ni* ocupa territorios de otros pueblos, es decir en estados consolidados en su territorio se ejerce *cuando optan por fórmulas distintas a la independencia* para los territorios que forman el estado consolidado (hay, pues, una obligación de respetar la autodeterminación interna):

«la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo» (párr. cuarto).

La opción autonómica, federal, cantonal, municipal o regional son formas legítimas de ejercicio de la libre determinación. O una opción constitucional por un estado unitario. En el párrafo séptimo vuelve a reiterar que prevalece la integridad territorial del Estado frente a las acciones que al socaire de la libre determinación pretenden quebrantar o menoscabar la integridad territorial de estados soberanos

⁴ La posición científica sobre el alcance del derecho de autodeterminación a la luz del Derecho internacional en vigor tiene una amplia literatura que lo ha estudiado. No es punto central de este trabajo el mal llamado «derecho a decidir» sino el hecho mismo de las consecuencias de una situación de secesión o separación de una parte del territorio de un estado que se constituye en nuevo estado.

que respeten dicho principio. Sólo cedería dicho principio de la integridad territorial, sólo serían protegibles por el Derecho internacional vigente las reivindicaciones del derecho a decidir, incluida la independencia, cuando ese Estado contra el que se reivindica la libre determinación no esté dotado de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio. Es decir, si un pueblo dentro de un estado sufre marginación porque se le impide participar en las instituciones internas de la vida pública o en el ámbito económico-social privado. Es el cuarto supuesto que permitiría al territorio de un Estado la facultad unilateral de separarse del Estado.

Como afirmaba el profesor CARRILLO SALCEDO «...cualquiera que sea la intensidad o la realidad del sentimiento identitario, únicamente en circunstancias extremas en las que a un pueblo le es negada la autodeterminación interna podría hablarse del derecho de dicho pueblo a decidir unilateralmente su independencia»⁵.

Luego, no se pueden seguir invocando argumentos de Derecho internacional para disfrazar su reivindicación unilateral y contraria al Derecho internacional vigente. No son un pueblo colonial, ni hay dominación racial ni invasión extranjera, que son el prototipo general de candidatos a la protección internacional; es una conclusión evidente. No hay violaciones de los derechos humanos propiciadas desde el Gobierno central o instituciones centrales que afecten al pueblo o instituciones catalanas. No hay *fundamento* para la autodeterminación externa. El territorio consolidado de un Estado y su unidad nacional es una situación objetiva y prevalece en tales situaciones frente al de libre determinación. No hay situación de discriminación o veto o apartamiento de la vida pública o de la vida económica de la población catalana en la que se pueda fundar, de conformidad con el Derecho internacional, el derecho a organizarse separadamente (como sí fue el caso de Eslovenia, Croacia o Bosnia-Herzegovina).

En definitiva, ni la Carta de Naciones Unidas, ni las resoluciones que desarrollan este principio, ni los Pactos Internacionales sobre derechos humanos, todos ellos textos de Derecho positivo, facultan a los territorios de un estado para invocar un derecho a la secesión, salvo en los taxativos supuestos indicados que no concurren en España. En España se acata el derecho de libre determinación, como no podía ser de otra forma, en su calidad de Estado miembro de Naciones Unidas; dicho derecho cabe en el sistema constitucional hasta el punto de que lo hemos ejercido cuando decidimos al aprobar colectivamente la Constitución y al aprobar cada comunidad autónoma su estatuto de autogobierno, así como la organización de los poderes y los derechos de los ciudadanos. Respetando, pues, el derecho de libre determinación, un Estado miembro de la ONU tiene derecho a impedir una secesión unilateral a fin de proteger un bien jurídico internacional, como es la unidad nacional y la integridad territorial de un estado frente a ataques internos o externos.

⁵ Precisamente en uno de sus últimos artículos, el profesor Juan Antonio Carrillo ha condensado el conjunto de normas y pautas interpretativas sobre el derecho de autodeterminación, cuya lectura encarecemos por su brevedad y claridad: «Sobre el pretendido “derecho a decidir” en Derecho internacional contemporáneo», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 33. Enero 2013, p. 20 (cita, p. 22).

Fuera de esos contextos, el Derecho internacional no ampara ni regula la secesión o autodeterminación externa como concluía en su magistral y ampliamente aceptado «Avis» o Dictamen del Tribunal Supremo de Canadá⁶. Joseph WEYLER en un artículo muy difundido recordaba y apoyaba la opinión de la Corte Canadiense en relación con las pretensiones de lo que él denomina «euro-tribalismo»:

«The Canadian Supreme Court in its careful and meticulous decision on Quebec the reasoning of which remains valid today clearly showed that none of these cases enjoy a right of secession under public international law, since all of them enjoy extensive individual and collective liberties enabling the full vindication of their nationality and cultural identity within their respective States».⁷

Cataluña no puede basarse en el Derecho internacional en vigor para defender su pretendido derecho ni a la libre determinación o derecho a decidir ni a la concreta opción de la independencia.

Ahora bien, el hecho de que no haya fundamento para reivindicar el derecho de libre determinación y la consiguiente independencia en el orden internacional o en el Derecho constitucional, no significa que no se puedan encontrar cauces jurídicos que permitan una gestión civilizada y democrática de una reivindicación así. Me refiero a situaciones que muestran indicios de una probable desafección, lo que se puede constatar cuando ganan las elecciones políticas partidos que llevan en su programa electoral la oferta de la independencia. Cuando no es una tendencia pasajera sino constante e intensa, no se puede esgrimir sin más el Derecho internacional ni el constitucional. El tanta veces citado Dictamen del Tribunal Supremo de Canadá también contemplaba la opción democrática en situaciones de desafección mayoritaria y sostenida⁸; al Gobierno británico le han bastado unas elecciones regionales para aceptar el referéndum y dejar amarrado que no caben repeticiones periódicas de los referendos.

Lo que es claro es que no se puede someter contra su voluntad a una *colectividad* asentada en un territorio (para evitar la noción sesgada de «pueblo»). A la luz de los resultados de las elecciones catalanas, en la medida en que estos perduren favorables a las tesis independentistas, gobierno y oposición deben llegar a acuerdos razonables para que aplicando el art. 92 CE o mediante una ley orgánica *ad hoc* se vehicule la específica consulta popular, ya sea en Cataluña, ya sea en el conjunto de España. Lo que es inaceptable es que no se ensayen vías de diálogo auspiciadas por

⁶ Como lo confirma el citado Avis del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998 (<http://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/1998/1998canlii793/1998canlii793.pdf>)

⁷ J. H. H. WEYLER, «Independencia y Cataluña», 3 de noviembre de 2012, diario ABC; «Independence and the European Union», 20 de noviembre de 2012, <http://www.blog.riecano.org/independence-and-the-europeanion-3/>; «Slouching towards the cool war; Catalanian independence and the European Union; Roll of honour; In this issue; A Personal Statement», *EJIL*, vol. 23, nº 4, 2012, págs. 909-913.

⁸ El Tribunal Supremo de Canadá rechaza la secesión unilateral al situarse al margen del respeto del constitucionalismo canadiense y la primacía del Derecho vía modificación constitucional consensuada (p. 220, (2) Question 1 y apartados 70 y ss.) al tiempo que en el marco del respeto al principio democrático (apartados 61 y 88 y ss.) cuando se manifiesta una voluntad clara y constante y ante una pregunta también clara (<http://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/1998/1998canlii793/1998canlii793.pdf>).

los partidos políticos con expertos independientes que analicen en todos los ámbitos de la vida pública la realidad de las relaciones de Cataluña con el resto de España, se identifiquen los problemas o desequilibrios si los hubiere, se ensaye el diálogo, en definitiva, se evite con las reformas legales y constitucionales necesarias la secesión misma. Si aún así no fuera posible reordenar la convivencia, entonces la consulta popular para verificar, en palabras de RUBIO LLORENTE, «la amplitud y solidez» de la voluntad de independencia, saber si es un soufflé artificial, identificar la realidad de afección o desafección y, en último extremo, evitar la secesión salvaje. Es una de las enseñanzas más sensatas del Dictamen del Tribunal Supremo de Canadá.

Es cierto que sólo una gestión civilizada de la reivindicación independentista nos dará legitimidad democrática en Europa y ante el mundo en caso de perseverar por la vía independentista.

Una negativa rotunda a toda consulta popular puede llevar a una situación de hecho incontrolable por medios políticos y que al final suceda lo que en Kosovo donde sin referéndum, con unas meras elecciones, se acepta que se proclame válidamente un nuevo Estado. Habríamos perdido legitimidad ante el mundo para defender la unidad nacional por nuestra intolerancia e incapacidad para dialogar en una oportunidad histórica.

En Cataluña las fuerzas independentistas han llegado a considerar, ante la inviabilidad jurídica del referéndum, como suficiente legitimidad democrática una manifestación multitudinaria (de un millón de personas) para preparar el acto final de independencia, tal como se invoca en la Declaración citada del Parlamento catalán y de forma habitual en sus declaraciones⁹.

Una vez analizadas esas cuestiones previas debemos preguntarnos si el Derecho de la UE regula las modificaciones territoriales o la secesión de partes de sus Estados miembros.

III. EL TERRITORIO DEL ESTADO COMO UN ÁMBITO PROPIO DE CADA ESTADO MIEMBRO

La Unión Europea, es obvio decirlo, no es un estado sino una organización internacional muy singular, pero una organización; esa es una realidad insoslayable. Luego, no tiene territorio propio. No hay propiamente un territorio de la Unión sino sólo un ámbito espacial de aplicación de sus normas.

El territorio es un elemento constitutivo de la existencia de un estado e identificador del estado¹⁰.

⁹ Es muy esclarecedor el artículo del antiguo vicepresidente del Tribunal Constitucional y presidente del Consejo de Estado, Francisco RUBIO LLORENTE, «Un referéndum que nadie quiere», publicado en el diario *El País* el 11 de febrero de 2013 (http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1109619); también su artículo «Un referéndum para Cataluña», *El País*, 8 de octubre de 2012 (http://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html).

¹⁰ J. ZILLER, «The European Union and the territorial scope of European territories», (2007) 38 *Victoria University of Wellington Law Review* 51, y en la Web <http://www.upf.pf/IMG/pdf/05-ziller.pdf>.

El territorio estatal es un hecho objetivo y externo a la UE, aunque de ese hecho *haya consecuencias directas para la UE*. Siendo el territorio un elemento específico de los Estados miembros, éstos disponen libremente en su territorio de los derechos propios o inherentes a su condición de estados¹¹ como es el aumentar o perder territorio *de conformidad con el Derecho internacional*; es un asunto que no es de competencia comunitaria sino de cada Estado miembro, discrecional e individualmente aunque el aumento o disminución acaba teniendo consecuencias para el resto de Estados miembros. Cada Estado miembro ingresa con el territorio reconocido internacionalmente en el momento de la adhesión, pero ese territorio puede aumentar o disminuir a tenor de la voluntad del Estado miembro y de manera conforme con el Derecho internacional (siempre que sea un acto lícito). No es cierto que una disminución de territorio de un estado exija una modificación del ámbito de aplicación de los tratados cuando esta viene predeterminada por un hecho de sucesión de estados. Por el contrario, si un Estado miembro alterase el ámbito de aplicación del tratado excluyendo por su mera voluntad unilateral territorios que permanecen bajo su soberanía (caso de Groenlandia) necesitaría una acción normativa de la UE (si son territorios ultramarinos, un acto basado en el art. 355.6 TFUE).

Pero cuando se trata de una modificación territorial por una sucesión de estados se aplica el principio de continuidad del estado, asociado al art. 52 TUE y 355 TFUE, por lo que al estar enunciados los estados *eo nomine* cualquier variación de sus elementos no afecta al ámbito de aplicación. El territorio de cada estado no está delimitado por los tratados sino por sus normas internas y por tratados con terceros estados; es el territorio del que goce de conformidad con el Derecho internacional.

El art. 4.2 TUE muestra con detalle el respeto de la UE al derecho del Estado a garantizar su integridad territorial, a conservar sus funciones esenciales y su seguridad: son responsabilidades exclusivas del Estado. El desempeño de las responsabilidades internas y externas del Estado miembro no se ve condicionado negativamente por su pertenencia a la Unión. La Unión debe respetar el principio de identidad nacional de los Estados miembros¹².

Por ello, ningún tratado ha regulado ni podrá regular las modificaciones del territorio de los Estados miembros. Es un asunto interno de cada Estado. La decisión de Francia de traspasar el Sarre a Alemania o reconocer la independencia de Argelia (...departamento francés en su época...) o aumentar el territorio y la pobla-

¹¹ Así lo confirmó el Tribunal de Justicia: «Considerando que del apartado 1 del artículo 227 se desprende que el Estatuto de los departamentos franceses de ultramar en la Comunidad se define, en primer lugar, por referencia a la Constitución francesa, a tenor de la cual, como expuso el Gobierno francés, los departamentos franceses de ultramar forman parte integrante de la República»; (TJ, sentencia de 10 de octubre de 1978, *Hansen/Hauptzollamt Flensburg*, 148/77, apartado 9). Como reconoce el Dictamen británico «No treaty amendment is therefore required simply as a result of a change to the borders of a state's territory» (apartado 159).

¹² Más ampliamente sobre ese principio enunciado en el art. 4.2 TUE, *vid.* A. MANGAS MARTÍN, «Configuración del estatuto internacional del Estado en la Unión Europea: el respeto a la identidad nacional», en *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2013, pp. 445-466.

ción de Alemania es una decisión unilateral exclusiva de cada Estado miembro. Se notifica a la Unión el aumento o pérdida de territorio para que haga suya las consecuencias. Que las tiene.

Voy a recordar someramente los precedentes aunque sean atípicos. Hay que reconocer que ninguno se corresponde con los casos que pudieran plantear Escocia y Cataluña pero ayudan a ilustrar estas situaciones y extraer consecuencias.

El traspaso de la región del *Sarre*, bajo la soberanía francesa, a la alemana en 1957 supuso una pérdida territorial para Francia y un aumento correlativo para Alemania, si bien los efectos son relativamente neutros ya que sólo afectaba a la responsabilidad del cumplimiento del Derecho comunitario que se trasladaba de Francia a Alemania y no suponía salida o desvinculación de la entonces CECA. No alteraba los tratados sino el responsable de su aplicación.

Un nuevo caso similar podría producirse en relación con cambio de soberanía territorial dentro de los propios Estados miembros en función de su resultado, con los denominados «Acuerdos del Viernes Santo» entre Reino Unido e Irlanda de 1998 para la solución definitiva del conflicto armado en la provincia británica de *Irlanda del Norte*, con la previsión de un referéndum para la determinación definitiva de su adscripción territorial. En todo caso, son precedentes muy diferentes de los que plantean Escocia o Cataluña aunque sí suponen el ejercicio de la disponibilidad del territorio por un Estado miembro aunque sin consecuencias relevantes para la UE ni alteración de los tratados.

Otro precedente atípico fueron los denominados «departamentos» franceses en *Argelia*¹³. La independencia de las colonias francesas en Argelia, al amparo del derecho de libre determinación de los pueblos coloniales en el marco de la Res. AGNU 1514 (XV), supuso una pérdida de territorio y de población a la que se aplicaban los tratados comunitarios de la época. Esos territorios al independizarse, de forma conforme al Derecho internacional, pasaron automáticamente a ser un estado nuevo, ajeno a la UE, ajeno a los derechos preexistentes para las personas y el territorio. Desde el punto de vista de los efectos, no del origen y fundamento de la independencia, son las consecuencias previsibles de una eventual independencia de Escocia o de Cataluña: sus ciudadanos, empresas y administraciones y poderes públicos quedan al margen de la unidad europea sin poder invocar derechos y situaciones anteriores.

La mal llamada retirada¹⁴ de *Groenlandia* de la UE en 1984, territorio bajo soberanía de Dinamarca, nada tiene que ver con la disponibilidad del territorio para cada estado pues sigue formando parte del territorio de Dinamarca y lo que se hizo fue excluir esa región danesa del ámbito de aplicación de los tratados comunitarios alterando el Tratado de adhesión de Dinamarca; ésta no podía hacerse unilateralmente por Dinamarca y por ello, al cambiar su estatuto interno la Comisión y el

¹³ Francia aporta otro ejemplo de modificación del estatuto político-administrativo de un territorio (St. Pierre et Miquelon en 1985).

¹⁴ WEERTS, J., «L'évolution du droit de retrait de l'Union européenne et sa résonance sur l'intégration européenne», *Cahiers de Droit européen*, n° 02/2012, pp. 373 ss.

Consejo entendieron que había que modificar los Tratados en vigor: mediante el Tratado de 1984 que lo que hace es modificar y restringir ese ámbito espacial sin modificar el territorio de Dinamarca, que es una cuestión interna¹⁵.

Por otra parte la *unificación alemana*¹⁶ es un caso singular. Un Estado miembro puede aumentar (o disminuir) su territorio en el ejercicio libre y soberano de su voluntad mediante acuerdos libremente pactados con otros Estados ajenos a la UE. Sirva de ejemplo la decisión de la República Federal de Alemania en 1990, tras la caída del Muro de Berlín, de fusionarse mediante un proceso interno regido por sus normas constitucionales (con los once *länder* de la antigua República Democrática Alemana que solicitaban su «reingreso» a la RFA tal como preveía el antiguo art. 23 de la Ley Fundamental de Bonn) al tiempo que celebraba un tratado con la hoy extinta República Democrática Alemana. Ésta se extinguió, por lo que quedaban así automáticamente incorporados los once *länder* a las, entonces, Comunidades Europeas en virtud del principio de movilidad de los tratados internacionales en una sucesión de estados. La Unión no podía ni debía interferir ni impedir la unificación, pacífica y conforme a Derecho internacional, a pesar de que de ese *hecho consumado*, decidido por Alemania, se derivaban innumerables consecuencias jurídicas automáticas para la Unión (extensión relevante de su ámbito de aplicación en condiciones muy pobres y 20 millones más de europeos), sus Estados miembros e, incluso, para estados terceros.

La absorción de la denominada Alemania del Este (RDA) por la República Federal de Alemania (RFA) fue una unificación, aunque atípica, pues no se extinguieron los dos estados predecesores ya que la RFA subsistió con su personalidad internacional y sólo se extinguió la RDA y la Alemania unificada *no* es un nuevo sujeto de Derecho internacional. Obviamente Alemania Federal no tuvo que pedir el reingreso por los cambios de sus dos elementos constitutivos como son la extensión

¹⁵ La retirada de Groenlandia es diferente a los casos anteriores y a su vez no es semejante a la decisión de lograr la independencia adoptada por los políticos en el poder de Escocia o Cataluña. No es un precedente, pues aunque afecta a una región de un Estado miembro, dicha región ártica no se escinde de Dinamarca, de cuyo territorio sigue formando parte y sus ciudadanos siguen siendo daneses y ciudadanos de la Unión. Su tratado de retirada de 1984 afecta estrictamente al ámbito territorial en el que son aplicables los tratados de la UE puesto que este puede ser inferior o superior a su propio territorio de soberanía (art. 29 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados), pero la modificación no se produce por una modificación territorial regida por la sucesión de Estados. En el Tratado de 1984 se modificó el ámbito de aplicación. No es asimilable a las hipótesis independentistas al seguir siendo una región parte de un Estado miembro pero excluida del régimen comunitario. Groenlandia dejó de ser territorio en el que se aplican las normas de la UE, como sucede ya con otros territorios con estatuto especial previstos en el art. 355.5 TFUE, pero Groenlandia nunca ha dejado de ser parte de Dinamarca ni los groenlandeses han perdido la nacionalidad danesa y, por ello, sus derechos de ciudadanía europea.

Es más, hoy un cambio de ámbito de aplicación como el groenlandés ya no necesitaría de un nuevo tratado, como hubo de hacerse en 1984; de acuerdo con el art. 355.6 TFUE basta una decisión unánime del Consejo de la UE a propuesta de la Comisión.

¹⁶ Vid. ARNOLD, R., *La unificación alemana (Estudios sobre Derecho alemán y europeo)*, Civitas, Madrid, 1993.

y población (tesis de los dirigentes independentistas en Cataluña cuando dicen que también España debería pedir el reingreso...). A su vez ese hecho histórico conllevó que la extinguida Alemania del Este no tuviera que solicitar el ingreso en la UE: se extinguió como Estado y así se notificó internacionalmente a la UE y a terceros, asumiendo la RFA los derechos y obligaciones internacionales del Estado extinguido; la Alemania unificada miembro de la UE notifica su aumento de población –de nuevos ciudadanos de la UE– y de territorio en el que se aplican los tratados.

Estos precedentes atípicos nos muestran que, en definitiva, el aumento o disminución del territorio de un Estado miembro afecta primordial y exclusivamente al estado en cuestión. Es un asunto que no es de competencia de la UE; por ello, la secesión de partes de un Estado no se regula en o por el marco del Derecho de la UE. El Derecho de la Unión no puede ni debe regular la secesión ni las consecuencias específicas de una pérdida ni de un aumento de territorio de uno de sus Estados miembros.

No es una laguna de los tratados; tampoco se puede decir que las normas de la UE son ambiguas, como se quiere hacer ver para ocultar las consecuencias de una secesión. La secesión no es mencionada ni puede ser regulada en los tratados de la UE pues el territorio de cada estado no es competencia de la UE.

Pero las *consecuencias* de una secesión afectan a las reglas en vigor de la UE y no hay laguna respecto de las consecuencias o efectos; hay reglas europeas aplicables.

Tampoco se puede decir que, como no ha habido precedentes, no se sabe cómo reaccionarán las instituciones. Una cosa es que nunca haya habido una secesión dentro del territorio metropolitano de un Estado miembro de la UE y otra cosa (la mentira) de que no haya reglas claras aplicables.

De ahí que resulten absurdas las tesis de los dirigentes independentistas de Cataluña y de sus asesores cuando señalan que como la secesión no está regulada por el Derecho de la UE, todo lo que no está regulado no está prohibido y por tanto la secesión sería posible dentro de la Unión. Olvidan que la unidad nacional y la integridad territorial no es un asunto de competencia atribuido a la UE y que la Unión respeta la plena capacidad del Estado en su defensa (art. 4.3 TUE).

Ahora bien, la independencia es un mero hecho que de consumarse (efectividad en el ejercicio y exclusividad de la generalidad de las competencias normativas, jurisdiccionales y ejecutivas) y constatarse (capacidad de entablar relaciones con otros estados y ser reconocido por otros) da lugar a consecuencias jurídicas para el predecesor o matriz y el sucesor; las modificaciones territoriales y su efectividad son el supuesto que abre una sucesión de Estados.

Ciertamente, si el proceso de independencia se consumase y fuera reconocido por otros sujetos, es decir, si se acabase imponiendo el *hecho político*, si se constataste que Cataluña, además de proclamar su independencia y erigirse en nuevo estado, se comporta como estado nuevo y distinto al español, no acepta ni aplica las normas comunes que le afecten, y desde Cataluña se ejerce la exclusividad y la generalidad de las competencias, ante ese hecho político, cuando constate el Es-

tado español esa situación de hecho, España tendrá que pasar por el amargo trago de notificar la pérdida territorial y de población, si bien este último aspecto es más complejo y no necesariamente supondrá una pérdida total de población ya que dependerá del acuerdo de sucesión y de la opción individual de cada persona sobre la conservación de la nacionalidad o su pérdida, y en el caso de que así se acordase, su acumulación.

IV. LA SECESIÓN DE PARTES DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UE

1. Efectos de la secesión en la subjetividad internacional del Estado matriz. **¿Afecta una secesión a la membresía del Estado predecesor a una Organización internaconal?**

La desaparición del estado matriz extinguiría su subjetividad internacional y, con ella, sus derechos y obligaciones y su pertenencia a organizaciones internacionales; ahora bien, esa desaparición sólo tiene lugar en estas situaciones:

- Bien porque voluntariamente el estado matriz y el sucesor acordasen la extinción del estado matriz, harto inimaginable tal decisión en los casos de Reino Unido y España;

- O bien porque la mayoría de sus partes componentes (regiones) fueran logrando la independencia disolviéndose como estado (caso de las URSS, Yugoslavia, Imperios otomano y austro-húngaro...)¹⁷;

- O simplemente si el territorio y la población escindida fuera el mayoritario¹⁸. No se da ninguna de esas circunstancias en las tentativas escocesa y catalana.

Cuando un estado pierde una parte de su territorio, lo habitual de conformidad con el Derecho internacional es que al estado matriz se le aplique el principio de continuidad del estado; como conserva su personalidad internacional mantiene sus derechos y obligaciones y por tanto su membresía en las organizaciones internacionales.

¹⁷ Y aun así, en los casos de disolución o extinción del estado matriz o predecesor, hay que encontrar, con el amparo del principio de identidad del Estado, un estado sucesor que asuma los principales derechos y obligaciones internacionales del predecesor (Rusia respecto la URSS, Turquía respecto del Imperio Otomano, Alemania Federal respecto del III Reich...).

¹⁸ Cataluña tiene una extensión de 32.107 km² que representan poco más del 6% del territorio español y 7.565.603 habitantes, según el censo de población del año 2012 (<http://www.gencat.cat/catalunya/cas/coneixer-poblacio.htm>), es decir, el 16% de la población de España. También el gobierno británico y los asesores iusinternacionalistas que elaboraron el documento de base retienen este dato para descartar de plano cualquier extinción del estado británico actual y que, por tanto, asumirá en todo caso su situación actual como estado continuador (parágr. 69). Escocia representa el 8% de la población y un tercio del territorio británico.

El principio de continuidad de los estados existentes es un corolario lógico en una sucesión parcial, ya que cambios en los elementos del estado no alteran su personalidad internacional. Es un principio general propio del Derecho internacional.

Precisamente, un ámbito de la sucesión de estados en el que hay normas bien establecidas es justamente el relativo a los efectos que produce una secesión en la membresía o pertenencia a una organización internacional. Entre otras razones porque todas las organizaciones internacionales regulan cómo se adquiere la calidad de miembro de la misma en su específico tratado constitutivo.

Para el estado continuador o matriz, España, como ya sucedió con todos los precedentes recordados, su carácter de miembro de la UE no se ve afectado. Por tanto, no se puede enredar y confundir diciendo que el estado que pierde territorio deja de ser el estado anterior¹⁹. También el informe del gobierno británico y el de los peritos iusinternacionalistas consultados por el gobierno de Londres confirman que el Reino Unido seguiría siendo automáticamente miembro de la UE y que no se alterarían sus derechos y obligaciones por la eventual pérdida territorial. Su subjetividad permanece inalterada, hay una continuidad del Estado fundada en la necesaria estabilidad de las relaciones internacionales²⁰. Y aunque la reacción de alguna dirigente escocesa es cuando menos de ineptitud o ignorancia al estimar que el quedar fuera de la UE es «una actitud cuasicolonial para con Escocia como nación», es obvio que es justamente lo contrario a una actitud colonial ya que se trata de que el nuevo estado escoja sus compromisos internacionales²¹.

Es más, el Derecho internacional en el caso de acceso a la independencia de las colonias exige, por su protección, la *tabula rasa* como norma básica e inalterable ni por acuerdo en contrario, precisamente para evitar los acuerdos en las vísperas de la independencia en los que las metrópolis imponían sus exigencias a los nuevos estados de reciente independencia. No se puede querer ser independiente y cobijarse tras la tutela del Estado del que se separa. Precisamente, la «tabla rasa» protege la soberanía del estado de reciente independencia: ya sin ataduras decidirá el nuevo estado sus obligaciones internacionales y sus derechos. El principio de continuidad del estado matriz no es un obstáculo que impida al estado nuevo solicitar el ingreso en las organizaciones internacionales tales como la UE, la ONU, la OTAN, la OMC, etc. Pero es su decisión soberana, es el derecho a decidir como estado.

La pérdida de territorio y su constatación oficial no afecta a la membresía de España en la UE ni a su personalidad internacional. Al margen de la tragedia histó-

¹⁹ El hecho de que se hagan declaraciones por políticos o personalidades de que no se entiende España sin Cataluña o viceversa, o que España ya no sería la misma, siendo ciertas desde el punto de vista emocional y cultural, no se deben en modo alguno extraer consecuencias jurídicas en el orden internacional y europeo sobre un cambio de subjetividad internacional.

²⁰ P. 32, punto 2.6 del resumen y su desarrollo en pp. 34 y ss. (parágr. 2.14 y ss., en particular el 2.50).

²¹ http://www.euractiv.com/uk-europe/cameron-launches-bid-keep-scotland-news-517706?utm_source=RSS_Feed&utm_medium=RSS&utm_campaign=EurActivRSS; <http://www.europapress.es/internacional/noticia-runido-informe-legal-londres-advierde-escocia-independiente-estaria-fuera-ue-otan-20130211123042.html>

rica y emocional, seremos un estado con algo menos de territorio y población. Esto puede afectar mínimamente al peso y presencia de España en algunas instituciones.

Examinemos someramente esos efectos para el conjunto de España en el sistema institucional: el hecho de la secesión no da lugar a una modificación de los tratados y las adaptaciones se harán con ocasión de alguna reforma de los tratados (por adhesiones pendientes). Será algún ligero cambio, mínimo, insignificante.

Por lo que afecta al Consejo la pérdida de población no afecta al tratado. Es sabido que a partir del 2014 en el Consejo se aplicará únicamente la regla del porcentaje de población y ésta se constata y varía anualmente de forma automática mediante una Decisión del Consejo.

Habría que reducir el número de parlamentarios europeos para todos y en años sucesivos (comenzando en el 2014) cada vez que haya una nueva ampliación (Montenegro, Islandia, Serbia...) y lo mismo sucederá con el CES y CDR; la reducción de miembros por la eventual secesión será insignificante... No afecta a nuestra presencia, obviamente, en el Consejo europeo, ni a la composición de la Comisión ni a la del Tribunal de Justicia ni al Tribunal General. Tampoco al Tribunal de Cuentas. Es previsible que se ajuste una aportación al capital del BEI con ocasión de cualquier reforma de los tratados.

2. La absurda teoría de la ampliación interna sin solicitud de adhesión: la inevitable revisión de los tratados y las inevitables votaciones por unanimidad

Incluso aunque se estimase sin fundamento alguno, simplemente por hablar y juntar palabras, que Cataluña ya formara parte de la UE en calidad de región de España y que en caso de independencia la sucesión en la condición de miembro de una organización internacional es automática (algo que se rechaza por las normas consuetudinarias y la práctica internacional), aún así en esa esotérica ampliación interna tendrían que hacerse varias revisiones del tratado por unanimidad de todos los estados, incluida España:

1) Tendría que figurar el nombre oficial de «Cataluña» en el art. 52 TUE (ámbito de aplicación territorial²²), ¿o le es indiferente figurar *eo nomine*?

2) El catalán sería lengua oficial por lo que habría que revisar el art. 55 TUE para incluir la nueva lengua oficial; ¿o no les gustaría que se mencionase su lengua o que no fuera lengua oficial?

3) Habría que modificar el Protocolo núm. 36 sobre las disposiciones transitorias pues querrán tener representantes en el Parlamento Europeo, en el Comité de las Regiones, en el Comité Económico y Social...

²² El art. 52 TUE establece que los tratados se aplicarán en cada uno de los Estados miembros enumerados *eo nomine* siguiendo el orden alfabético de la denominación de cada Estado miembro en su propio idioma oficial.

4) Habría que modificar el Protocolo sobre el Banco Europeo de Inversiones para determinar el capital que deben poner a disposición del BEI y acordar el número de representantes en los diversos órganos, su clave de contribución al MEDE y suscribir capital de este mecanismo, etc., etc.

La revisión de ese conjunto de preceptos, incluso aunque no se estimase que requiera la adhesión *stricto sensu*, tendría que hacerse por el mecanismo ordinario de revisión del art. 48 TUE. Este procedimiento es tan rígido como el de la adhesión (art. 49 TUE) y sería imposible utilizar los mecanismos simplificados de revisión, pues se trata de supuestos muy específicos que nada tienen que ver con la reforma de los arts. 52 y 55 del TUE y de otros textos convencionales europeos.

La revisión no requiere unanimidad para adoptar la decisión de iniciar la negociación para el proceso de revisión, cierto; pero a continuación, en la fase intergubernamental, se exige la unanimidad para acordar un texto de revisión y cualquier gobierno legítimamente puede votar en contra. Si en la anterior hubiera unanimidad, habría que pasar a la ratificación de todos los parlamentos nacionales y de nuevo se precisaría la unanimidad. Sería una carrera de obstáculos.

3. El nulo valor de acuerdos políticos para la ampliación interna: ¿revisiones al margen de los tratados?

En el debate político se hace referencia a que, aunque no se aceptara esa peregrina idea de la ampliación interna, en todo caso cabrían acuerdos «pragmáticos» o acuerdos políticos entre los estados y todo se puede solucionar con el chalaneo al que tan habituados están los políticos españoles.

Algunos autores estiman que el ingreso de un estado está al margen de las reglas y que es en todo caso una cuestión política, que se solucionará en poco tiempo y que dependerá de su sola voluntad unilateral el seguir siendo miembros de la UE.

Este tipo de conjeturas y especulaciones no se pueden sostener en un sistema tan sujeto al Derecho y al control judicial como el de la UE: el Tribunal de Justicia jamás ha aceptado revisiones de las obligaciones de los tratados mediante la voluntad de los estados al margen de los procedimientos de los tratados. Cuando han existido esos acuerdos entre estados los ha considerados inexistentes; para el Tribunal no cabe revisar los tratados al margen de los arts. 48 y del 49 (revisión en caso de nuevas adhesiones de estados).

No es, pues, posible una revisión mediante una decisión de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros. Los tratados de la UE sólo pueden ser modificados de común acuerdo por las partes en la forma prevista en el propio acuerdo. En la sentencia *Defrenne II* el Tribunal de Justicia subrayó que «una modificación del Tratado no puede resultar –sin perjuicio de disposiciones específicas– más que de una revisión operada de conformidad con el art. 236» (hoy 48 TUE)²³.

²³ Tribunal de Justicia, sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, 43/75.

Este ordenamiento es bastante más formalista que el propio Derecho internacional. El Derecho de la Unión es un subsistema del Derecho internacional muy formal en el que no cabe alterar sus reglas mediante pactos contra los propios tratados (*contra legem*) por lo que no cabe decir despectivamente que el ingreso de una región escindida se rige por negociaciones²⁴.

La posición sobre la admisión o no de un nuevo Estado miembro es una decisión discrecional de cada estado, primero, en el seno del Consejo que requiere unanimidad y, más tarde, tras negociar las condiciones de la adhesión, en su Parlamento nacional. Y algo distinto es si se acepta, tras su admisión unánime, las condiciones de la adhesión: aquí sí caben las negociaciones para asumir y adaptar las nuevas obligaciones que adquiere. Pero para pasar a las negociaciones de las condiciones hay que lograr admisión formal por unanimidad en el Consejo, el voto unánime de los 28 Estados miembros.

Contrariamente a los convenios multilaterales, el Derecho de la UE dispone de instrumentos que le permiten asegurar el control de la legalidad de los actos de las instituciones o de sus meros acuerdos políticos y el control del cumplimiento de los tratados por los estados (recursos en manos de los Estados miembros y de la propia Comisión, entre otros). Por tanto, cualquier idea relativa a la ampliación interna o hacer un acuerdo *ad hoc* para hacer ingresar a un nuevo estado al margen de los procedimientos de ingreso sería inviable e inexistente jurídicamente.

En consecuencia, los Estados miembros son los «dueños» de su creación pero no pueden disponer de los tratados sin seguir los procedimientos previstos para su modificación.

4. El nuevo estado: un estado ajeno a la UE

El informe británico, basado en el dictamen citado, enfatiza que una decisión de independencia significa «un nuevo estado», distinto y separado del que se desgaja, con derechos y obligaciones nuevas que dependerán de su decisión soberana y no vendrán determinadas por el estado del que se escinden. El acceder a esa condición soberana conlleva que tengan que decidir por sí mismos sus nuevas normas internas e internacionales, éstas en negociación con los terceros²⁵.

²⁴ «Estas son cuestiones que serán resueltas no por las leyes, sino mediante la negociación y el acuerdo», ha argumentado este lunes la «número dos» del SNP, Nicola STURGEON, en declaraciones a la BBC (tomada de la web de Europapress: <http://www.europapress.es/internacional/noticia-runido-informe-legal-londres-advierde-escocia-independiente-estaria-fuera-ue-otan-20130211123042.html>).

Que no es un asunto al margen de las reglas claras de los tratados lo prueba el hecho de que el Tribunal de Justicia es competente para la interpretación del Derecho de la Unión y apreciar la compatibilidad de las disposiciones del eventual «acuerdo» de ampliación interna con el Derecho de la Unión tal como lo ha hecho con el Tratado MEDE (véase la sentencia de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, C370/12, fundamento 80).

²⁵ Ver *Chapter 2: What independence would mean: law and practice* (Informe citado en nota 2)

Lo que es claro y rotundo es que si la parte de territorio que se escinde se constituye en un nuevo estado (no se une a otro Estado miembro preexistente), al constituirse en estado en el orden internacional lo hace con todas las consecuencias: es un nuevo estado. En ese sentido se ha pronunciado el presidente BARROSO: hay reglas en el Derecho internacional para estas situaciones, y éstas son las que hay que aplicar²⁶.

No hay beneficio de inventario para rechazar las adversas y aprovecharse de las favorables. Si Cataluña quiere y puede llegar a ser un estado nuevo, si lo logra, lo será de verdad con todas las consecuencias. Tendrá que decidir cómo y con quién serán sus relaciones internacionales.

El acceso a la independencia no se hace sin consecuencias en el orden internacional y europeo²⁷. Un territorio que sale del paraguas del estado predecesor y que accede al estatus de estado es, aunque resulte una obviedad, un estado nuevo, una nueva subjetividad, unos nuevos derechos y obligaciones y toma un nuevo nombre que le identifica e individualiza internacionalmente. Si la secesión se consumara, Cataluña sería un nuevo estado, un estado distinto a España y no podría conservar los beneficios de la vida en común ni en el orden internacional ni en el europeo. No se puede decir la *boutade* victimista o la manipulación demagógica que se les expulsa de la ONU, de la OIT, del FMI, de la UE, del Consejo de Europa, etc. Resultaría infantil, cuando no grotesco, que en un caso así la parte de territorio que se escinde pudiera tomar por su cuenta, unilateralmente, asiento separado del de la matriz y actuar autónomamente. La vida internacional todavía conserva unos procedimientos que deben seguirse con toda seriedad. Quizás en el G-20 un estado pueda llevar su silla o pedirla prestada a otro, pero en la UE nadie puede auto-asignarse una sede en las instituciones.

Por tanto, caso de constituirse en nuevo estado, el quedar fuera de la UE no puede ser calificado como una expulsión. No se expulsa al que está fuera por ser nuevo estado. A veces los dirigentes independentistas catalanes dicen que la UE solo contempla la salida voluntaria de un Estado miembro sin que quepa su expulsión. Cuando una parte de un estado se separa y alcanza la independencia, al

²⁶ «In the hypothetical event of a secession of a part of an EU member state, the solution would have to be found and negotiated within the international legal order», <http://www.euractiv.com/uk-europe/scots-may-lose-eu-citizenship-news-514720>.

En el mismo sentido se ha pronunciado la vicepresidenta de la Comisión y responsable de Justicia, Viviane REDING, confirmando en respuesta a una carta del secretario de Estado de Asuntos Europeos, Íñigo MÉNDEZ DE VIGO, que la «posición oficial» del ejecutivo comunitario sigue siendo la expresada en una respuesta parlamentaria de 2004 por el anterior presidente de la Comisión, Romano PRODI: «cuando una parte del territorio de un Estado miembro deja de ser parte de ese estado, por ejemplo porque el territorio se convierte en un estado independiente, los tratados ya no se le aplican... Una región independizada se convertiría, por el hecho de su independencia, en un país tercero respecto a la Unión y los tratados, desde el día de su independencia, ya no se aplicarían a su territorio». El nuevo país podría pedir la adhesión pero para ello necesita el acuerdo unánime de todos los Estados miembros (<http://www.rtve.es/noticias/20121030/bruselas-confirma-gobierno-si-cataluna-se-independiza-quedara-fuera/572286.shtml>)

²⁷ Por ello, el informe del gobierno británico insiste en la claridad y conocimiento detallado de todo lo que implica una independencia por complejo que sea legalmente. Exige un debate informado de un acto tan crucial; ver el «Executive summary» y la «Introduction».

constituirse como nuevo estado, no es expulsado de la UE; ningún Estado miembro o existente es expulsado ni cabe expulsar a las partes de cada estado. No hay derechos adquiridos ni de la organización política del territorio escindido ni de su población cuando se sale del seno de un Estado miembro de la UE.

La región que inicia ya sea un proceso *de iure* (Escocia) o *de facto* (Cataluña) hacia la independencia, se escinde del estado matriz y su deseo es constituirse en entidad política estatal distinta, será un estado tercero. Es la consecuencia de sus actos. Al querer «casa» aparte, separada, decide su salida voluntaria del estado del que forma parte. Por ello resulta irrisorio decir que se les expulsa de la UE; no son Estado miembro y la UE no expulsa ni puede expulsar a estados ni a regiones. Menos aún se expulsa a estados terceros o ajenos al sistema jurídico-político de la integración.

Cuando una parte del territorio de un estado se escinde para constituirse en un nuevo estado, no se siguen aplicando las normas del estado predecesor. El nuevo estado adopta sus nuevas normas constitucionales, de organización de los poderes, apruebas sus normas civiles, penales, procesales, etc. Se constituye en un mercado separado con capacidad para poner aranceles, cupos al comercio, etc. Se queda fuera del espacio económico unificado.

A partir de la constatación de la independencia, quedará fuera de la unión aduanera, del mercado interior, de la política comercial y de la aplicación de los tratados comerciales, fuera de las políticas internas y de sus fondos estructurales y de cohesión, de la misma Unión Económica y Monetaria (*de facto* se podrá usar el euro, pero como estado y moneda oficial necesitaría un acuerdo fundado en el art. 219.3 TFUE), no tendrá participación institucional (Comité de las Regiones...). Los efectos son bastante claros, el problema en una secesión es desde cuándo y cómo.

5. El acceso al estatus de Estado miembro de la UE: la solicitud de adhesión de un Estado tercero o ajeno a la UE

Aunque el Derecho de la Unión no regula ni debe ni puede regular una secesión o mutación territorial de un Estado miembro, sí regula por el contrario cómo se accede al estatus de miembro de la UE. Por tanto, a las consecuencias de una secesión cabe aplicar las normas de ingreso si el nuevo estado solicita su ingreso (no hay reingreso).

Es implícito al art. 49 TUE que el estado tercero que solicita el ingreso en la UE tiene que ser reconocido por todos los Estados miembros. La decisión de reconocer es un acto unilateral discrecional de cada Estado miembro. Ninguna norma de la UE ni del Derecho internacional obliga a reconocer a un nuevo estado. Sólo en el caso hartamente improbable del acuerdo de todos los Estados miembros ese reconocimiento podría hacerse en el Consejo y de forma colectiva. Pero esa hipótesis es impensable en el medio plazo. Desde luego, un estado que no reconozca al solicitante no le va a admitir como estado candidato...

Frente a algunas visiones manipuladoras, el informe británico y el dictamen reconocen que el nuevo estado escocés tendría que emprender duras e impredecibles negociaciones para ingresar en la UE. Lo que resultaría ingenuo es que al tiempo

que se prepara la independencia se le facilite el ingreso en la UE: no habrá «alfombra roja» para quien provoca tamaña crisis.

La adhesión no es automática aunque ya se esté aplicando el acervo o se reúnan las condiciones requeridas (art. 49 TUE). Cada Estado miembro goza de discrecionalidad al emitir su voto y no es un acto recurrible ante ninguna instancia judicial. El veto puede ser «eterno» o durar decenas de años²⁸. Entre otras razones porque es una incongruencia e insensatez, y desde luego una deslealtad, separarse de un Estado miembro de la UE para, a la par, querer volver al seno de la organización de unificación europea. La gobernabilidad y prosperidad de Europa no la garantizarán las casi 300 regiones europeas.

La práctica más general es que no se admite la sucesión en cuanto a los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales²⁹. El estado sucesor no hereda la situación del estado matriz en las organizaciones internacionales en líneas generales. Ciertamente, cada organización tiene un procedimiento de admisión, y los Estados miembros de la misma son, en definitiva, los que controlan el acceso de los nuevos miembros.

La práctica de las Naciones Unidas es muy variada. En los casos de *división*, *escisión* o *fraccionamiento* de un Estado miembro, la práctica ha sido uniforme y consiste en que el nuevo estado debe solicitar ser admitido como nuevo miembro de la organización, continuando con su *status* de miembro el estado objeto de la escisión.

Pero nos interesa el concreto caso de la eventual adhesión de Cataluña a la UE.

El estado candidato ha de ser un estado europeo, es decir, lo que comúnmente se entiende en geografía y en la geopolítica por Europa. No hay duda de la geografía europea de Cataluña. Además, debe ser un estado democrático y debe respetar los valores previstos en el art. 2 TUE³⁰. La comprobación de la capacidad real de integración del candidato y la capacidad de absorción de la UE (criterios de Copenhague) impiden los automatismos y dejan en la capacidad de apreciación de cada Estado miembro de la Unión la decisión última sobre el ingreso de un estado candidato.

²⁸ El informe británico señalaba que las negociaciones para el ingreso son complejas e impredecibles pues dependerían de las instituciones de la Unión y de los 28 Estados miembros (Executive Summary, p. 8 apart. XX, y p. 40, apart. 2.38-2.39).

²⁹ El Informe desglosa tratados bilaterales, multilaterales y en función de algunas materias y, desde luego, los relativos a la pertenencia a organizaciones internacionales. Reconoce, como ya lo señalé en un artículo publicado en el diario *El Mundo* (15 de octubre de 2012), que Escocia tendrá que solicitar, una a una, el ingreso en las organizaciones internacionales (ONU, OTAN, Consejo de Europa, FMI, OIT, Unión Europea...).

³⁰ El art. 49 TUE, tras la reforma del Tratado de Lisboa, implícitamente remite a «los criterios de elegibilidad acordados por el Consejo Europeo». Así se formularon requisitos más concretos en los denominados «criterios de Copenhague». Junto al requisito de la estabilidad democrática, deberían demostrar «...la existencia de una economía de mercado en funcionamiento así como la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y a las fuerzas del mercado en el seno de la Unión. [...] La capacidad de la Unión de absorber nuevos miembros, manteniendo al mismo tiempo el ritmo de la integración europea, es también una cuestión importante de interés general tanto para la Unión como para los países candidatos».

El hecho de que un estado candidato reúna los requisitos no le garantiza el ingreso. No hay automatismos y cada gobierno y cada parlamento nacional valora discrecionalmente su posición, que no es susceptible de control jurisdiccional.

Si hubiera unanimidad en el Consejo, entonces se inician las negociaciones con el estado o estados candidatos. Estas negociaciones son siempre complejas y a veces muy largas y en el supuesto catalán de secesión unilateral lo normal es que ni tan siquiera se aceptase su solicitud. Solo el paso de los años, decenas y decenas de años, permitirían afrontar sin ira una deslealtad como es una secesión unilateral. Es incongruente una secesión interna para luego pedir a ese mismo estado matriz o predecesor que te acoja en el seno europeo.

En el supuesto de que se aceptase negociar su ingreso, el resultado final de las negociaciones de adhesión requiere el acuerdo unánime entre los Estados miembros y el estado solicitante y se plasma en el Tratado y el Acta de Adhesión³¹.

En definitiva, los Estados miembros (gobiernos, parlamentos nacionales) deben pronunciarse por unanimidad para tomar en consideración la petición de adhesión, para cerrar la negociación y de nuevo unanimidad para ratificar el Tratado de Adhesión. No hay automatismos para el ingreso y cada estado, su gobierno, su parlamento, decide discrecionalmente con plena libertad sin responsabilidad judicial. Es un acto político por excelencia. Habida cuenta la discrecionalidad de las posiciones de cada estado y de la falta de automatismos en los requisitos de entrada, no tiene fundamento jurídico ni político alguno decir que el territorio secesionado cumple ya con el *acquis communautaire* y que por ello su adhesión sería inmediata y automática y que bastaría con su sola decisión unilateral: el derecho a decidir (de sus políticos) incluiría imponer su voluntad a casi una treintena de Estados.

³¹ El Consejo remite el Tratado y el Acta de Adhesión al Parlamento Europeo para su aprobación (por mayoría absoluta de los miembros que lo componen), de forma que el Parlamento Europeo podría vetar el ingreso de un nuevo estado. El procedimiento de adhesión consta, además, de una fase de control nacional o democrática en el Parlamento del estado candidato y en los Parlamentos de los Estados miembros.

En efecto, puesto que toda adhesión supone un nuevo tratado que conlleva una revisión de los tratados constitutivos al ampliar la «base constituyente», es decir, el número de Estados miembros, éstos y el solicitante deben recabar la ratificación interna conforme a sus respectivas normas constitucionales de autorización y prestación del consentimiento a este tipo de tratados internacionales (en el caso de España el art. 93 de la Constitución española).

RESUMEN: El Derecho internacional no faculta a los territorios de un estado, como Cataluña o Escocia, a invocar un derecho a la secesión. Los precedentes atípicos nos muestran que el aumento o disminución del territorio de un Estado miembro afecta primordial y exclusivamente al estado en cuestión. Es un asunto que no es de competencia de la UE; por ello, la secesión de partes de un estado no se regula en el Derecho de la UE. Si se consuma la secesión, al constituirse en un nuevo estado, queda fuera del estatuto de Estado miembro y su población pierde la ciudadanía de la Unión.

PALABRAS CLAVE: Cataluña, Escocia, secesión, continuidad del Estado, sucesión de Estados.

ABSTRACT: International law does not empower the territory of a State, such as Catalonia or Scotland, to claim a right to secession. Atypical precedents show that the increase or decrease of the territory of a Member State affects primarily only the State in question. This is not a matter of EU competence; hence, the secession of parts of a State is not regulated under EU law. If secession is consummated, the newly created State, would be excluded from the status of Member States and their people shall loose citizenship of the Union.

KEY WORDS: Catalonia, Scotland, secession, state continuity, succession of States.

Recibido: 12 de abril de 2013

Evaluado: 29 de abril de 2013

Aceptado: 7 de mayo de 2013

LOS CIUDADANOS EUROPEOS Y LA SECESIÓN DE TERRITORIOS EN LA UNIÓN EUROPEA

THE EUROPEAN CITIZENS AND THE SECESSION OF TERRITORIES IN THE EUROPEAN UNION

MANUEL MEDINA ORTEGA

Profesor honorífico de Derecho y Relaciones internacionales
de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. EL ESTATUTO DEL CIUDADANO EUROPEO. II. LOS DERECHOS POLÍTICOS DEL CIUDADANO EUROPEO. III. LA REPRESENTACIÓN COMO DERECHO DE CIUDADANÍA Y COMO DERECHO DE LOS PUEBLOS. IV. EL ENCUADRAMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN DEMOCRÁTICA EN LAS ESTRUCTURAS ESTATALES. V. LOS CIUDADANOS EUROPEOS ANTE LAS PERSPECTIVAS DE SECESIÓN TERRITORIAL. VI. LA CIUDADANÍA EUROPEA COMO ARGUMENTO PARA LA SECESIÓN TERRITORIAL. VII. CONCLUSIONES.

I. EL ESTATUTO DEL CIUDADANO EUROPEO

El Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992 (en adelante, «TUE 1992») introdujo el estatuto jurídico de la «ciudadanía de la Unión» art. G, ap. C). Esta disposición fue incorporada en el nuevo «Tratado de la Comunidad Europea» (en adelante, «TCE 1992»), que consolidó en una nueva versión el «Tratado de la Comunidad Económica Europea» firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 (en adelante, «TCEE»). La segunda parte del TCE 1992 se dedicaba a la «ciudadanía de la Unión» e incluía seis artículos, numerados del 8 al 8 E. Los textos posteriores de los tratados institucionales de la Unión Europea (en adelante, «UE») han mantenido básicamente las disposiciones del TCE 1992. El «Tratado de fun-

cionamiento de la Unión Europea» firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (en adelante, «TFUE»), que entró en vigor el 1º de diciembre de 2009 ha sustituido al TCE 1992, que había sido sometido a revisión por el Tratado de Amsterdam de 1997 (en adelante, «TCE 1997») y en Niza en 2002 (en adelante, «TCE 2002»). La Segunda parte del TFUE se dedica a la «no discriminación y ciudadanía de la Unión», e incluye los arts. 18 a 25, que sustituyen a la Segunda parte TCE 2002, arts. 17 a 22.

El párr. 8º del Preámbulo del TUE 1992 formulaba la resolución de los entonces doce Estados miembros de las tres Comunidades Europeas («Comunidad Europea del Carbón y del Acero», «CECA»; «Comunidad Económica Europea», «CEE» o «Mercado Común»; «Comunidad Europea para la Energía Atómica», «CEEa» o «Euratom») de crear «una ciudadanía común a los nacionales de sus países», y el art. 8, ap. 1 de este mismo TCE 1992 concretaba este compromiso afirmando de forma solemne que «se crea una ciudadanía de la Unión». El TFUE reproduce en el ap. 10 de su Preámbulo la fórmula del Preámbulo del TUE 1992 de la creación de «una ciudadanía común a los nacionales de sus países», con alguna modificación textual al proclamar a la vez en el párr. 10 de su Preámbulo la resolución de los Estados miembros de «crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países». El nuevo texto puede hacer pensar que la ciudadanía europea nace con el TFUE y no con el TCE 1992, pero el encabezado de éste reitera la lista de doce miembros del TCE y no enumera, en cambio, los 27 de su actual composición. Estado indica que se trata sólo de la fórmula de 1992.

De la lectura de los diferentes textos de los Tratados CE, desde el TCE 1992 hasta el TFUE resulta con claridad que la ciudadanía de la Unión no tiene carácter originario, sino que se deriva de la posesión de la nacionalidad de alguno de los Estados miembros. Así lo exponía de forma taxativa el art. 8, ap. 1, párr. 2º del TCE 1992: «Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro». El TCE añadió un tercer inciso a la fórmula del art. 17.1 TCE 1992, de modo que, tras reiterar que «se crea una ciudadanía de la Unión» y que «será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro», insiste en que «la ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional». Esta nueva fórmula se mantuvo en el TCE 2002. El Tratado de 1994 por el que se establecía una «Constitución para Europa» (en adelante, «Tratado Constitucional» modificó algo la redacción, sin cambiar su contenido, al declarar en su art. I-10-1 que «toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro posee la ciudadanía de la Unión, que se añade a la ciudadanía de la Unión sin sustituirla». El art. 20, ap. 1 TFUE vuelve a la fórmula textual de los Tratados CE 1997 y 2002.

La introducción del tercer inciso en el art. 17.1 TCE manifiesta la preocupación de los Estados miembros por mantener sus competencias propias frente a la tendencia a la ampliación de competencias de las instituciones comunes. Debemos recordar a este respecto que, en la misma línea, que el TUE 1992, en el ap. 11 del Preámbulo, y el TCE 1992, en su art. 3 B, párr. 2º, introdujeron en los tratados el

principio de subsidiariedad, y que las competencias estatales fueron reforzadas en el art. 3B TCE 1992 por los principios de atribución de competencias y de proporcionalidad introducidos en los párrs. 1º y 3º.

No podemos olvidar que cuando se introdujo por primer vez en los tratados comunitarios, en 1992, la «ciudadanía europea», el término «ciudadanía» tenía tras sí una importante trayectoria jurídica y política. Al igual que otros muchos conceptos jurídicos, el concepto de ciudadanía hunde sus raíces en la tradición de Roma y su Derecho. Es decir, estamos hablando de una historia de más de dos mil años. La calidad de «*civis*» o «ciudadano romano» resultaba esencial para poder invocar la aplicación del Derecho romano, por contraste con otras personas que no podían pretender que se les aplicaran esas normas jurídicas, como los «peregrinos», «latinos» o «aliados». Sólo la «*Constitutio antoniniana*» o «Edicto de Caracalla», en el año 212 de nuestra era, concedió la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio. Entre tanto, sólo la ciudadanía permitía gozar de la plenitud de derechos, civiles y políticos, como el derecho a ocupar cargos públicos, el derecho a celebrar contratos y tener propiedades, el derecho a contraer un matrimonio reconocido legalmente, el acceso a los jueces y la protección frente a los abusos del poder.

La expresión «*civis romanus sum*», es decir, «soy ciudadano romano» aparece utilizada por primera vez en un texto de Cicerón (*In Verrem*, 2,5, 57). Se hizo famosa por su invocación por SAN PABLO para exigir que se le reconocieran las garantías que Roma reconocía a sus ciudadanos. Cuando SAN PABLO y un grupo de cristianos que le acompañaban fueron encarcelados y azotados en una prisión y, a la mañana siguiente, el carcelero les comunicó que había decidido dejarles, SAN PABLO protestó diciendo: «ellos nos hicieron azotar públicamente sin juicio previo, a nosotros que somos ciudadanos romanos, y nos metieron en la cárcel, y ahora nos quieren hacer salir a escondidas; ¡de ninguna manera; que vengan ellos en persona!». Al enterarse los magistrados de que eran «ciudadanos romanos», «se asustaron y fueron a tratar amigablemente con ellos», y luego los dejaron en libertad (*Hechos de los Apóstoles*, 16, 23 sigs.).

El tránsito del texto de Maastricht al de Amsterdam tiene una connotación política, como ocurre siempre que se plantean cuestiones relacionadas con la «nacionalidad». Estos conceptos están cargados de significación política por estar vinculados a determinados momentos críticos de la historia de Europa. El concepto de ciudadanía se remonta a la República romana. Era la condición natural del *cives romanus*, es decir de las personas que participaban activamente en la vida republicana. La condición de ciudadano otorgaba un conjunto de derechos, de carácter público y de carácter privado, como el derecho a participar en los comicios o lo que se derivaban de la patria potestad o de la propiedad privada. En la Edad Media, el concepto de ciudadano es sustituido por otros conceptos que reflejan cambios profundos de la estructura social. Aparece, así, el «vasallo», vinculado al «señor» por relaciones contractuales de sumisión. Con el Renacimiento reaparece el concepto de «ciudadano». Lo encontramos, por ejemplo en los *Seis libros de la República* de BODINO. Pero el «ciudadano» del Renacimiento europeo es distinto del «*cives*

romanus». En el estado dinástico del siglo XVI, el «ciudadano» hereda elementos del «vasallo». Según BODINO, «lo que hace al ciudadano es la sumisión y obediencia de un súbdito libre, y la tutela, protección y jurisdicción y que ejerce el príncipe sobre su súbdito»¹. Es así que el contrato feudal de vasallaje pasa al estado moderno como vínculo de sumisión del «súbdito» al «soberano». ROUSSEAU tiene que recurrir a la ficción del «contrato social» para justificar la sumisión del «ciudadano» que en principio nace libre, al estado basado en la subordinación al poder dinástico. Con la Revolución francesa, el «ciudadano» deja de estar sometido al rey «soberano» y pasa a ser un hombre libre integrado en la colectividad nacional. No está sometido a ninguna persona, ya que el «soberano» ya no es rey, sino la colectividad nacional. El ciudadano se libera de la sumisión al «rey soberano» pero queda sometido a las leyes de la sociedad civil que rigen la colectividad nacional que ha asumido la soberanía de las manos del rey. Esto explica que la expresión «soberano», que fue acuñada en el siglo XVI por Jean BODIN para reforzar la figura del rey, tuviera que ser trasladada al pueblo para poder hablar de «soberanía popular». El ciudadano, liberado de la sumisión personal al soberano dinástico, queda ahora subordinado a las leyes de la sociedad civil, que en el estado liberal, le garantiza una serie de derechos reconocidos de modo expreso por la constitución del estado. A partir de entonces el estatuto del ciudadano se configura sobre la base del reconocimiento de una serie de derechos constitucionales, políticos y civiles, que van desde la participación en la vida pública hasta derechos individuales concretos, como las libertades de prensa, reunión y asociación, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, etc.

El texto de Maastricht parece esconder un programa oculto dirigido a establecer una relación directa del ciudadano con las instituciones de la UE. Una formulación de este tipo pondría en peligro la actual construcción de la UE como una organización internacional compuesta por Estados independientes y soberanos. El Tratado de Maastricht fue adoptado en el momento de mayor afirmación del carácter supranacional de la Unión, durante la presidencia de la Comisión por Jacques DELORS. Esta concepción pasó a ser cuestionada a partir del Tratado de Amsterdam de 1997. Desde entonces, la ciudadanía de la UE se ha ido configurando como un estatuto que confiere derechos individuales, pero con escasa relevancia desde el punto de vista de la organización del poder dentro de la Unión, en el que el papel de los Estados miembros como «señores de los tratados» se mantiene incólume. Podemos decir que la Unión, en sus textos vigentes, se apoya en dos pilares: el poder de disposición de los Estados miembros sobre los tratados y el mantenimiento de las garantías directas reconocidas a los ciudadanos por esos mismos tratados.

Sobre la base de los textos de los tratados que hemos mencionado en el apartado anterior, las instituciones de la Unión han ido desarrollando un estatuto propio del «ciudadano europeo», distinto del de los ciudadanos de los Estados miembros, aunque vinculado a él. En especial, el Tribunal de Justicia ha desempeñado un pa-

¹ Caps. VI y VII del libro I de su *Les six livres de la République*, 1576.

pel fundamental en la formulación jurídica de dicho estatuto, que se apoya, a su vez, en el reconocimiento de los derechos fundamentales como principio constitucional de la Unión Europea. El art. 6 ap. 1 TUE otorga a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión el mismo valor jurídico que a los tratados y su ap. 3 declara que «los derechos fundamentales que garantiza el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

El fundamento constitucional para el reconocimiento del estatuto del ciudadano europeo se encuentra en las disposiciones de los tratados relativas a los principios y valores de la Unión. Así, el párr. 2º del Preámbulo del TUE se refiere al desarrollo, «a partir de la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa» de «los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho». El párr. 4º del mismo Preámbulo confirma la adhesión de los Estados miembros a «los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho». La «ciudadanía común» que, según anuncia el párr. 10 del mismo Preámbulo, están resueltos a crear los Estados miembros, no es un concepto abstracto, sino que se encuentra enraizada en la filosofía política que inspira a los tratados, y se relaciona con «el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia» al que se hace referencia en el párr. 12 del mismo Preámbulo.

El art. 2º TCE incorpora al texto articulado los principios enunciados en el Preámbulo:

«La Unión se fundamenta en los valores del respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros, en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombre».

El art. 3º, que establece los objetivos de la Unión, dedica su ap. 2 al estatuto de los ciudadanos europeos en el espacio de libertad, seguridad y justicia que constituye la Unión:

«La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas, conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia».

En estos dos párrafos del art. 2º TCE se recogen los elementos que configuran la ciudadanía europea a partir del Tratado de Maastricht: por un lado, el reconocimiento de un estatuto jurídico constitucional a los ciudadanos de la Unión y, por el otro, las libertades concretas que garantiza la Unión a sus ciudadanos, sobre todo en materia de libre circulación de personas.

El estatuto jurídico-constitucional o, si se quiere, político, del ciudadano europeo, está recogido en el Título II del TUE, en los arts. 9 a 11. En estas disposiciones y en otras del TFUE (arts. 20, ap. 2, y 22 a 24) se regula la participación de los ciudadanos en la vida democrática de la Unión. El estatuto privado, es decir, el relativo los derechos concretos de los ciudadanos europeos en el ordenamiento comunitario, se encuentra recogido en el TFUE. Así, en el Tít. II de la Primera Parte de este tratado se recogen una serie de disposiciones dirigidas a proteger el ámbito privado de los ciudadanos: la igualdad entre hombres y mujeres (art. 8), la protección social y el fomento del empleo, la educación, la formación y la salud humana (art. 9), la prohibición de toda forma de discriminación (art. 10), la protección de los consumidores (art. 12) y la protección de los datos personales (art. 16). Estos principios son desarrollados en la Segunda Parte del TFUE sobre «no discriminación y ciudadanía de la Unión» (arts. 18 a 25).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario (en adelante, «TJ») ha representado un papel fundamental en el desarrollo del estatuto del ciudadano europeo. En la sentencia *Grzelczyk*, de 20 de septiembre de 2002, el TJ declaró que «la vocación del ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico»². La fórmula de que «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros» se repite en la jurisprudencia posterior³.

II. LOS DERECHOS POLÍTICOS DEL CIUDADANO EUROPEO

El art. 10 del TUE declara que «el funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa». Corolario obligado de esta declaración es la representación directa de los ciudadanos en la Unión a través del Parlamento europeo (art. 10, ap. 2, párr. 1º) y la representación indirecta a través de la participación de los jefes de Estado o de Gobierno en el Consejo Europeo, y de los Gobiernos mismos en el Consejo (art. 10, ap. 2, párr. 2º). Con respecto a esta representación indirecta de los ciudadanos en el Consejo Europeo y en el Consejo, el mismo TUE aclara que los Gobiernos serán democráticamente responsables, bien ante sus parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos (art. 10, ap. 2, párr. 2º, último inciso). En el mismo sentido de defensa de la democracia representativa, el art. 12 TUE atribuye a los parlamentos nacionales un papel activo en la adopción de normas comunita-

² *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale de Ottignies-Louvain-la-Neuve*, as. C-184/99, sent. de 20 de septiembre de 2001, *Rec.I*-6193, ap. 31.

³ Así: *Baumbast y R Secretary of State for the Home Department*, as. C-413/99, sent. de 17 de septiembre de 2002, *Rec.I*-7091, ap.82,

rias y en otros aspectos del funcionamiento de la Unión. El Protocolo nº 1 anejo a los Tratados de Lisboa desarrolla las disposiciones sobre los cometidos de los parlamentos nacionales.

El TUE no parece, sin embargo, conformarse con esta forma indirecta de democracia a través de la elección directa de los parlamentarios y la representación indirecta en el Consejo y en el Consejo Europeo. Con carácter general, reconoce el derecho de «todo ciudadano» a «participar en la vida democrática de la Unión» y proclama, además, que «las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos» (art. 10, ap. 3). Para encauzar esta representación ciudadana en la vida de la Unión, se atribuye una responsabilidad especial a «los partidos políticos a escala europea», que «contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión» (art. 10, ap. 4).

El art. 11 TUE apunta a formas más directas de democracia que la representativa, al prever que han de establecerse cauces adecuados para la expresión e intercambio público de opiniones de los ciudadanos y de las asociaciones representativas en todos los ámbitos de actuación de la Unión, al obligar a las instituciones a mantener un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil y al imponer a la Comisión el mantenimiento de «amplias consultas con las partes interesadas» al «objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión». Finalmente, el ap. 4 de ese mismo artículo prevé el ejercicio de la iniciativa popular dirigida a «invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados»⁴.

Entre los derechos de los ciudadanos europeos que reconoce la Segunda Parte del TFUE, además del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros y el de acogerse a la protección diplomática y consular de cualquier Estado miembro cuando un ciudadano de la Unión se encuentra en un país en el que no esté representado el Estado del que sea ciudadano, se recogen algunos derechos políticos importantes: formular peticiones al Parlamento Europeo, recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, dirigirse en una de las lenguas de los Tratados a las instituciones y a los órganos de la Unión y recibir una contestación en esa misma lengua, así como el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro de residencia en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado (art. 20 TFUE).

⁴ El Reglamento (UE) nº 211/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, *DO L* 65, de 11 de marzo de 2011, págs. 11 sigs., ha establecido el régimen jurídico para el ejercicio de la iniciativa ciudadana. Ha sido complementado por el Reglamento de ejecución (UE) nº 1179/2011 de la Comisión, de 17 de noviembre de 2011, *DO L* 301, págs. 3 sigs., por el que se establecen especificaciones técnicas para sistemas de recogida a través de páginas web.

III. LA REPRESENTACIÓN COMO DERECHO DE CIUDADANÍA Y COMO DERECHO DE LOS PUEBLOS

El derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, y en las elecciones del Estado miembro de residencia habrá de reconocerse a los ciudadanos europeos no nacionales en las mismas condiciones que a los nacionales de dicho Estado que establece el art. 20.2.b) TFUE y que desarrolla el art. 22.2 TFUE. También el art. 14.2 TFUE se refiere a los «representantes de los ciudadanos europeos» como componentes del Parlamento Europeo. Los textos anteriores no hacían referencia a la representación en el Parlamento de «ciudadanos europeos» sino de «los representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad»: art. 137 TCEE, que pasó a ser el art. 189 TCE de Niza. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en su art. I-20 modificó la primitiva redacción para emplear la que recoge el actual TFUE. Con ello se rebaja el nivel de compromiso político del texto, al sustituir la fórmula política de «pueblo» por la jurídica de ciudadano.

Conviene recordar al respecto que hubo una jurisprudencia intermedia del TJ que abrió dudas sobre la naturaleza de la representación de los «pueblos» en el Parlamento Europeo. Nos referimos a dos sentencias de 12 de septiembre de 2006 que se referían, por un lado, al derecho de los habitantes de Gibraltar a participar en las elecciones al Parlamento Europeo (*España c. Reino Unido*, C-145/04)⁵ y, por el otro, al derecho de los residentes en la isla de Aruba a ser inscritos en las listas electorales para tales elecciones (*Eman/Sevinger*, C-300/04)⁶. En uno y otro caso no se podía hablar en puridad de «ciudadanos» de la Unión Europea, sino que, de conformidad con la categoría de «pueblos» de que hablaban entonces los Tratados, el criterio de la residencia en un territorio comunitario confería los derechos políticos electorales.

En el caso de Gibraltar, el TJ reconoció el derecho del Reino Unido a otorgar el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo a personas que no tenían su nacionalidad, es decir a personas residentes en Gibraltar, que tuvieran un estrecho vínculo con el Reino Unido, basándose en una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Matthews c. Reino Unido*⁷. En ese contexto, el TJ se encontró con que el TCE confería la representación en el Parlamento Europeo a los «pueblos» de los Estados que componían la Comunidad, pero que faltaban disposiciones en los tratados comunitarios que indicaran «de forma expre-

⁵ Rec. I-7961.

⁶ Rec. I-8060.

⁷ /GC/24833/94, sent. de 18 de febrero de 1999, *ECHR* 1999-I-. Cf. WINKLER, «Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, das Europäische Parlament und der Schutz der Konventionsgrundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht», *Eur.GR.Z.*, 2001, pp. 18-27; DE SCHUTTER y L'HOEST, «La Court européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire: Gibraltar, l'Union Européenne et la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de droit européen*, 2000, pp. 141-214.

sa y precisa quiénes eran los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento europeo» (ap. 79). También en la sentencia holandesa, el TJ señaló que «las disposiciones del Tratado no contienen ninguna regla que defina de manera expresa y precisa los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo».

Con el cambio del texto del Tratado, el Derecho comunitario define ya de modo preciso quienes son los titulares de los derechos de sufragio al Parlamento Europeo. Entre tanto, sin embargo, ha desaparecido la referencia a los «pueblos» como titulares del derecho de representación, aunque esta expresión aparece en otros textos de los Tratados: párr. 6, 9, 12 y 13 Pr. y, arts. 1, párr. 2º, 3.1 y 3.5 TUE. La representación democrática corresponde hoy a los «ciudadanos», sin distinción, y no a los «pueblos», categoría, por cierto, de difícil determinación en una fórmula jurídica.

IV. EL ENCUADRAMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN DEMOCRÁTICA EN LAS ESTRUCTURAS ESTATALES

Ahora bien, la representación democrática de los «ciudadanos» en la UE no se lleva a cabo de manera abstracta, sino adscribiendo la misma a los Estados que la componen, manteniendo así, al menos, una parte de la formulación original de «los pueblos de los estados reunidos en la Comunidad». Ha desaparecido la referencia a «los pueblos», pero se mantiene la referencia a los Estados miembros de la Unión. Este marco estatal de referencia aparece recogido en forma clara en el art. 14.2 TUE sobre la atribución del número de escaños en el parlamento, que se hace por Estados, de forma «decrecientemente proporcional, con un mínimo de seis diputados por Estado miembro», sin que se pueda asignar a ningún Estado miembro más de 96 diputados. El principio de igualdad entre los ciudadanos de la Unión a efectos de la representación democrática se subordina al objetivo de conseguir un cierto nivel de igualdad de la representación de los diferentes estados en el parlamento, de modo que los estados más pequeños mantengan un cierto nivel de representación y los estados de mayor población no consigan un peso demasiado preponderante. Una preocupación semejante por conseguir un equilibrio entre la representación democrática igualitaria y el equilibrio entre estados de mayor y menor población se refleja en el voto ponderado en el Consejo que recoge el art. 16 TUE. Finalmente, el Protocolo 1 sobre «el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea» también refleja la importancia que los tratados de la UE atribuyen a la representación estatal.

V. LOS CIUDADANOS EUROPEOS ANTE LAS PERSPECTIVAS DE SECESIÓN TERRITORIAL

Hasta la fecha no se ha producido ningún caso de secesión de una parte del territorio europeo de un Estado miembro. Las separaciones territoriales se han re-

gistrado en territorios situados en otras partes del mundo, sobre todo en el contexto del proceso de descolonización. Cuando se reconoce la independencia a una parte no europea de un Estado miembro, se entiende que el «pueblo» de ese territorio ha ejercido su derecho a la libre determinación de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, por lo que se ha prescindido normalmente de una consulta popular. En algunos casos, la independencia ha venido precedida de tal consulta, normalmente en la forma de un referéndum. Así, cuando, en el año 1958, el general DE GAULLE ofreció a los países dependientes de Francia la opción de decidir entre la independencia y la continuación de la vinculación con la antigua metrópolis a través de la «Communauté» francesa, sólo uno de esos territorios, Guinea-Konakry, optó por la independencia, mientras que los restantes territorios permanecieron unidos a Francia durante un par de años más hasta que, en el año 1960, el propio general DE GAULLE decidió conceder la independencia al conjunto de los territorios coloniales franceses.

Argelia constituyó un caso especial en el proceso de descolonización francés. En 1954 este territorio era jurídicamente un departamento francés y sus ciudadanos gozaban teóricamente de los mismos derechos que los ciudadanos franceses. En ese año se inició un conflicto entre la población autóctona y los colonizadores franceses. Tras ocho años de enfrentamientos, caracterizados por actos terroristas de los independentistas argelinos y operaciones francesas de represión, en el año 1962, el gobierno francés firmó los acuerdos de Evian con los rebeldes argelinos y, tras la celebración de un referéndum de autodeterminación, el país se declaró independiente. El conflicto produjo una crisis constitucional en Francia que llevó a la liquidación de la IV República, establecida tras la segunda guerra mundial y, tras el acceso al poder del general DE GAULLE, a la proclamación de la V República. Un millón de «pies negros», descendientes de europeos, e incluso personas de origen netamente argelino pero vinculadas a la colonización francesa, se vieron forzados a abandonar el país, mientras que la mayoría de la población autóctona permaneció en Argelia. Es decir, un «pueblo» o una parte de un «pueblo» de uno de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea renunció a la condición de «europeo» y se separó del territorio de la Unión al separarse del Estado miembro colonizador. Pero esto ocurrió mucho antes de que el Tratado de Maastricht de 1992 hubiera introducido el estatuto de «ciudadano europeo».

Otra situación peculiar fue la de las Islas Comoras, también dependientes de Francia. El parlamento de las islas declaró la independencia en el año 1975. Tres de las islas que componen este archipiélago (Anjouan, Gran Comora y Mohéli), optaron por la independencia y constituyeron el nuevo estado independiente de las Comoras. La población de la cuarta isla, Mayotte, que era la más rica y la más vinculada a Francia, votó en dos referenda en contra de la independencia, y sus diputados en el parlamento comorano también emitieron su voto contrario. Durante mucho tiempo, Mayotte tuvo un estatuto especial dentro de Francia, hasta que en el año 2012 pasó a ser un «Departamento Francés de Ultramar» y el 1 de enero de 2014 ha sido reconocida como una de las «Regiones ultraperiféricas» de la Unión

Europea, junto a otros departamentos franceses que tienen el mismo estatuto (Guadalupe, Guayana francesa, Martinica y Reunión) y las islas portuguesas y españolas de Azores, Madeira y Canarias. La República independiente de las Comores no ha reconocido el derecho de Mayotte a separarse, pero el pueblo comorano, que era antes un «pueblo» ha pasado a ser «dos pueblos», uno constituido como estado independiente fuera de la unión, y otro como «pueblo europeo» dentro de la Unión. Es este un buen ejemplo de la inadecuación jurídica del término «pueblo». Hoy, los habitantes de Mayotte son simplemente «ciudadanos europeos», por pertenecer a Francia. Los habitantes de las otras tres islas del archipiélago no son «ciudadanos europeos» simplemente porque Comores no es un Estado miembro de la UE. La división entre un pueblo «europeo» y un pueblo «no europeo» es artificial y no existe ningún criterio que permita fundamentar esa diferencia fuera del puramente formal de la pertenencia a un Estado miembro de la Unión.

Groenlandia es otro caso especial. Su situación no es muy diferente de la de Argelia, en cuanto se trata del ejercicio del derecho a la libre determinación de una parte no europea de un Estado miembro de la Unión, aunque la separación se produjo pacíficamente, respetando las normas constitucionales del Estado miembro y a través de un proceso democrático. Una isla situada en la América del Norte, que ha sido considerada «la mayor isla del mundo», tiene una población mixta, compuesta en su mayoría por esquimales («inuit»), que constituyen el 87%, y un 12% de origen europeo, aunque todos incorporados a la cultura europea, incluyendo la pertenencia a la religión luterana dominante también en la metrópolis europea. Colonia danesa desde 1814, la Constitución de Dinamarca de 1953 transformó la relación con la metrópolis en una «Mancomunidad de la Corona» («*Rigsfaellesskabet*»), y en 1979 se concedió a la isla un régimen autonómico. Cuando, en el año 1973, Dinamarca ingresó en las Comunidades Europeas, el territorio groenlandés se incorporó igualmente al territorio de éstas. El 23 de febrero de 1982, la población de la isla expresó su voluntad de separarse de la UE, y en 1985 se produjo esa separación, manteniendo, sin embargo, su relación especial con Dinamarca. El gobierno danés negoció con las Comunidades la retirada de la isla del territorio de la Unión, aunque con un régimen especial, lo que llevó a una modificación de los tratados en este sentido⁸. El tratado firmado entre todos los Estados miembros de la UE, incluida Dinamarca, el 13 de marzo de 1984, que entró en vigor el 1 de enero de 1985 decidió la no aplicación de los Tratados comunitarios a este territorio, que pasó a integrarse en el régimen de los «Países y Territorios de Ultramar» previsto en los mismos Tratados, aunque con especialidades particulares. La decisión del Consejo de 17 de julio de 2006 estableció una «Asociación» entre la Comunidad y Groenlandia, que fijó

⁸ Tratado de 13 de marzo de 1984, que modifica los tratados comunitarios a este respecto, *DO* L 29, de 1 de febrero de 1985, 1985, págs. 1 sigs. El mismo *DO* recoge una serie de textos que regulan las relaciones de Dinamarca con Groenlandia dentro de la UE, incluyendo el régimen pesquero. *Vid.* también *DO* L 208, de 29 de julio de 2006, págs. 28 sigs. y L 411, de 30 de diciembre de 2006, págs. 27 sigs., que recogen otros documentos posteriores sobre el estatuto especial de Groenlandia dentro de la UE.

una serie de ámbitos de cooperación. Las relaciones pesqueras se rigen por acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad con el Reino de Dinamarca y el «Gobierno local de Groenlandia». Aunque se prevé una eventual separación completa de Groenlandia con respecto a Dinamarca, por ahora se trata sólo de un «País o Territorio de Ultramar» («PTU») con un alto grado de autonomía. Pero los groenlandeses no son «ciudadanos europeos» y no participan en las elecciones al Parlamento Europeo. Su situación se parece bastante a la de otro territorio danés, las Islas Faroer, que tienen un régimen autonómico desde 1948 y que nunca se incorporaron a la Unión Europea. Ni los groenlandeses ni los ciudadanos de las Islas Faroer son «ciudadanos europeos». Tanto las Islas Faroer como Groenlandia están representadas en el parlamento danés («*Folketing*») con dos diputados por cada uno de estos territorios, pero sus habitantes no participan en las elecciones en el Parlamento Europeo.

El derecho de los pueblos a la libre determinación fue proclamado solemnemente por la Asamblea General de las Naciones en su Resolución 1514/XV de 1960, que se considera hoy parte del Derecho internacional obligatorio o *ius cogens*. La UE ha reconocido ese derecho, de tal modo que la mayor parte de los pueblos que han ejercido el derecho a la libre determinación han sido territorios dependientes de los Estados miembros de la UE. Los territorios situados fuera de Europa que todavía siguen dependiendo de países dependientes de la UE se mantienen en esta situación por voluntad propia, como hemos visto, por ejemplo, en el caso de Mayotte.

El derecho a la libre determinación se ha ejercido también en la Europa central y oriental, en el curso de los procesos de desintegración de la Unión Soviética y de Yugoslavia. En el territorio europeo de la UE, en cambio, no se ha registrado ningún supuesto de ejercicio del derecho de la autodeterminación. Recientemente, sin embargo, el Gobierno británico se ha comprometido a reconocer la independencia de Escocia si el pueblo de este país opta en referéndum por tal solución. En España, por otro lado, el Parlamento de Cataluña acaba de adoptar una resolución que proclama la «soberanía» de Cataluña. En ambos casos, los dirigentes que propugnan la independencia no prevén que la separación del Estado de que forman parte suponga su salida de la UE. Parten del derecho de sus ciudadanos a seguir formando parte de la Unión. Esto plantea la cuestión de la solidez del argumento de la ciudadanía para la separación de una parte del territorio de un Estado sin que la región secesionista pierda la condición de territorio de la UE.

VI. LA CIUDADANÍA EUROPEA COMO ARGUMENTO PARA LA SECESIÓN TERRITORIAL

El gobierno regional escocés presidido por el nacionalista Alex SALMOND esgrimió varios argumentos legales para justificar su separación del Reino Unido sin que tal separación acarree la salida de Escocia de la Unión Europea. Uno de estos argumentos sería que al no ser «Inglaterra» el Estado miembro, sino el «Reino Uni-

do de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte», la separación de Escocia no sería una simple «secesión», sino que supondría la disolución del Reino Unido. Esto abriría las puertas a que sus partes constituyentes pudieran optar entre dos soluciones: las dos partes constituyentes continuarían siendo miembros de la Unión, aunque Escocia asumiera un nuevo rol como Estado miembro, o el Reino Unido en su conjunto dejaría de ser miembro de la Unión, lo que obligaría a ambos nuevos Estados a solicitar cada uno por su cuenta el ingreso en la Unión Europea.

El segundo argumento esgrimido por el ministro principal escocés, es que, al haber adquirido los habitantes de su país la ciudadanía europea, no se les podría privar de tal estatuto, por lo que, tras ejercer el derecho de autodeterminación frente al resto del Reino Unido, los escoceses seguirían siendo miembros de la Unión, debiendo sólo ajustar su estructura política como nuevo Estado miembro a los derechos de los escoceses como ciudadanos de la Unión⁹. Este punto de vista fue desarrollado por Aidan O'NEILL QC, quien se apoyó en la doctrina jurisprudencial sentada por el TJ en el sentido de que la ciudadanía europea es el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. No cabría privar a los escoceses, que son ya ciudadanos de la UE, de este estatuto por el hecho de que Escocia opte por una reorganización de su estructura política, pues esto supondría una privación de los «derechos adquiridos»¹⁰. Esta argumentación aparece recogida en un documento publicado por la Fundación Josep Irla titulado «La ampliación interna de la Unión Europea: análisis de las consecuencias jurídico-políticas para la Unión Europea en caso de secesión o disolución de un Estado miembro»¹¹. En esta línea, un grupo de diputados, encabezados por Ramón TREMOSA I BALCELLS, de Convergència i Unió, presentó una enmienda en la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo a un proyecto de informe sobre la ampliación, en la que proponían que «la revisión de los criterios de adhesión debería tener en cuenta la posibilidad de una ampliación interna de la UE»¹². La enmienda fue rechazada en Comisión.

Mientras el primer argumento merece una discusión separada, el segundo entra plenamente en el ámbito de nuestra ponencia.

El TJ ha declarado que la vocación del estatuto del ciudadano europeo es convertirse en «el estatuto fundamental de los ciudadanos de los nacionales de los Esta-

⁹ Declaración recogida en JO SHAW, «EU Citizenship and the Edges of Europe», p. 8, en *The Europeanisation of Citizenship in the Successor States of the Former Yugoslavia*, CITSE Working Paper Series, Working Paper 2012/19,

¹⁰ También recogida en el mismo artículo de SHAW, p. 8.

¹¹ Dr. Jordi MATAS Y DALMASES, Dr. Alfonso GONZÁLEZ BONDÍA, Dr. Jordi JARIA I MANZANO, Profesora Laura ROMÁN Y MARTÍN, *L'ampliació interna de la Unió Europea. Anàlisi de les conseqüències juridicopolítiques per a la Unió Europea en cas de secessió o de dissolució d'un Estat membre*, junio de 2012.

¹² Enmienda 37, de los diputados Ramón TREMOSA I BALCELLS, Izaskun BILBAO, Ana MIRANDA, Frieda BREPOELS y Raül ROMEVA I RUEDA, al «Proyecto de informe sobre la ampliación: políticas, criterios e intereses estratégicos de la UE» (2012/2025(INI), Comisión de Asuntos Exteriores, Ponente: Maria Eleni KOPPAS, 3 de abril de 2012.

dos miembros»¹³. Sin embargo, no encontramos en la jurisprudencia una definición precisa del concepto de ciudadano europeo, salvo el requisito legislativo de ser nacional de uno de los Estados miembros. El TJ ha señalado que el Tratado «confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro», añadiendo, en un caso concreto, que «la Sra. D'Hoop goza de dicho estatuto en la medida en que posee la nacionalidad de un Estado miembro»¹⁴. Ahora bien, la nacionalidad de la Unión se entiende como un vínculo puramente formal que se deriva de forma automática de la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro. Así, en la sentencia *García Avelló*, después de repetir la fórmula utilizada en la sentencia *D'Hoop* de que el Tratado «confiere el estatuto de ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro», completa el texto diciendo que «puesto que los hijos del Sr. García Avelló tienen la nacionalidad de dos Estados miembros, gozan de dicho estatuto»¹⁵. Un ciudadano que posee la nacionalidad de dos Estados miembros puede invocar su segunda nacionalidad, sin que se le pueda oponer la falta de efectividad de esa segunda nacionalidad¹⁶. No hay armonización del Derecho de la nacionalidad en la Unión Europea. La Declaración nº 2 de los Estados miembros aneja al Acta Final del Tratado de la Unión Europea de 1992¹⁷ declaró que «cuando en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate».

Los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo de Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992 adoptaron una Decisión sobre determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea¹⁸ en la que declaraban lo siguiente en el mismo sentido:

«Las disposiciones de la segunda parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativas a la ciudadanía de la Unión otorgan a toda persona que ostente la nacionalidad de los Estados miembros derechos adicionales y protección, tal como se especifica en dicha parte. En ningún caso sustituyen a la ciudadanía nacional. La cuestión de si un individuo posee la nacionalidad de un Estado miembro sólo se resolverá refiriéndola al Derecho nacional del Estado miembro interesado» (Sección A de la Decisión).

¹³ Entre otras, las siguientes sentencias: *Grzelczyk*, de 20 de septiembre de 2001, C-184/99, *Rec. I*-6193, ap. 31; *Baumbast y R*, de 17 de septiembre de 2001, C-413/99, *Rec. I*-7091, ap. 82; *García Avelló*, de 2 de octubre de 2003, C-148/02, *Rec. I*-11613, ap. 21; *Zhu y Chen*, de 19 de octubre de 2004, C-2000/02, *Rec. I*-9925, ap. 25; *Rottmann*, de 2 de marzo de 2010, C-135/08, *Rec. I*-1449, ap. 46; *Ruiz Zambrano*, de 8 de marzo de 2011, C-34/09, *Rec. I*-1177, ap. 41; *Runevic-Varadin*, C-391/09, de 12 de mayo de 2011, aún no publicado en el *Rec.*, ap. 60.

¹⁴ As. *D'Hoop*, C-224/98, sentencia de 11 de julio de 2002, *Rec. I*-6191, ap. 27.

¹⁵ Sent. *García Avelló*, cit., ap. 21.

¹⁶ Conclusiones de la Abogada general Kokott en el as. *McCarthy*, C-434/09, de 25 de noviembre de 2010.

¹⁷ *DO*, 1992, C 191, p. 98.

¹⁸ *DO*, 1992, C 348, p. 1.

Por otro lado, la pérdida de la nacionalidad del Estado miembro acarrea también la pérdida de la ciudadanía de la Unión, aunque el Tribunal de Justicia puede entrar a examinar si esa privación, de la nacionalidad estatal, constituye un acto arbitrario¹⁹.

El vínculo de la ciudadanía de la Unión se configura, así, como una categoría puramente formal. Uno de los elementos que podría dar identidad a la nacionalidad, el de la lengua, no se plantea siquiera en la UE por la diversidad lingüística de la Unión, que reconoce por ahora a 23 lenguas oficiales y de trabajo. En el as. *Eurojust*, el abogado general POIARES MADURO subrayó la importancia de la lengua como elemento de la identidad nacional, lo que le llevó a defender la diversidad lingüística como elemento fundamental de la Constitución de la Unión Europea²⁰. Dentro de la Unión no existe, sin embargo, una vinculación entre lengua y ciudadanía. El abogado general NIILLO JÄÄSKINEN señaló en sus conclusiones en el as. *Anton Las*²¹ que en el asunto *Eurojust* el concepto de diversidad lingüística había sido invocado únicamente por candidatos a puestos ofrecidos por la Unión Europea y frente a ésta, y no por Estados miembros para defender su política de uniformidad lingüística frente a principios del Derecho de la Unión, es decir, no para justificar medidas nacionales sino sólo para comprender el régimen lingüístico propio de la Unión. El concepto de identidad nacional que las instituciones están obligadas a respetar en virtud del art. 4 TUE, ap. 2, «incluye los aspectos lingüísticos del ordenamiento constitucional de un Estado miembro que definen, en particular, la lengua oficial o las diversas lenguas oficiales del Estado, así, como, en su caso, las subdivisiones territoriales en las que se utilizan las mismas». De este modo, continúa JÄÄSKINEN, «el concepto de “identidad nacional” tiene que ver con las elecciones que se hacen en cuanto a las lenguas utilizadas a escala nacional, o incluso regional, mientras que el concepto de “diversidad lingüística” se refiere al multilingüismo vigente en el ámbito de la Unión» (apartados 58 y 59). En definitiva, la lengua es un elemento a tomar en cuenta en el ordenamiento de la UE, pero en función de lo que dispongan las constituciones nacionales respectivas y no como principio que permita la definición de una identidad nacional basada en la lengua.

La sentencia C-145/04, relativa al litigio entre España y el Reino Unido con respecto a la participación de los residentes de Gibraltar en las elecciones al Parlamento Europeo desvinculó la ciudadanía de la Unión de los derechos electorales, como tuvimos ocasión de ver. El abogado general ANTONIO TIZZANO presentó unas conclusiones comunes a este caso y al asunto *Eman/Sevinger*, relativo al derecho de los ciudadanos holandeses residentes en Aruba a votar en las elecciones europeas (as. C-300/04). Los dos casos ofrecían situaciones comparables, aunque podríamos decir que opuestas. En el caso de Gibraltar, el Tribunal Europeo de Derechos humanos había reconocido a los habitantes de este territorio el derecho a participar en las elecciones al Parlamento Europeo, pero no dio criterios al respecto. En el Reino Unido, el derecho al sufragio no está condicionado por la nacionalidad, sino por

¹⁹ Sent. *Rottmann*, cit., aps. 36 sigs.

²⁰ As. C-160/03, Conclusiones de 16 de diciembre de 2004, *Rec.* I-2079, aps. 34 sigs.

²¹ De 12 de julio de 2012, C-202/11, aún no publicadas en el *Rec.*

la residencia. Los habitantes de Gibraltar, además, no tienen normalmente la nacionalidad británica, sino que son ciudadanos de la «*Commonwealth*» a los que el Derecho del Reino Unido atribuye la condición de «*Qualifying Commonwealth Citizens*» (abreviadamente «QCC»). Por otro lado, los holandeses residentes en Aruba no pueden votar en las elecciones holandesas ni en las elecciones al Parlamento Europeo. Estos últimos ciudadanos podrían votar, en cambio, en esas elecciones, si trasladan su residencia a un país tercero.

TIZZANO presentó unas conclusiones de una gran coherencia lógica.

En primer lugar, critica la argumentación del Gobierno español que pretende identificar el concepto de «pueblo» con el de «nación». Sostiene que «habitualmente se entiende por “nación” el conjunto de individuos unidos entre sí por una comunidad de tradiciones, cultura, lengua, raza, religión, con independencia de su pertenencia a la misma organización estatal (y, por tanto, con independencia de su condición de nacionales de ésta)». El pueblo, en cambio, sería «la comunidad de personas organizada políticamente en un determinado ámbito territorial y unida por el vínculo jurídico de la nacionalidad»²². La identificación entre «pueblo» y «nacionalidad» llevaría al reconocimiento del derecho de voto, a los nacionales, aunque esta regla puede admitir excepciones. Tras un largo razonamiento que no podemos seguir aquí en detalle, el abogado general proponía al tribunal que declarara que el Reino Unido había incumplido las obligaciones que le imponía el Acto de 1976 sobre las elecciones al Parlamento Europeo a los ciudadanos de la Commonwealth «QCC» que no tenían la nacionalidad del Reino Unido ni de otro Estado miembro de la Unión (ap. 133). Por el contrario, en el caso *Eman/Sevinger* reconoce el derecho de los ciudadanos holandeses residentes en Aruba a votar en las elecciones al Parlamento Europeo en virtud del principio de igualdad, ya que reconoce el derecho a votar a sus nacionales residentes en el territorio europeo del Estado holandés y en países terceros.

El TJ siguió al abogado general en sus conclusiones sobre el caso de Aruba, pero no en el caso de Gibraltar. Con respecto a los ciudadanos holandeses establecidos en territorios neerlandeses de ultramar estuvo de acuerdo con que el principio de igualdad de trato impide que se trate de manera diferente a ciudadanos que se encuentren en situaciones comparables, como la que se da cuando esos mismos ciudadanos residen en otro país europeo o en un tercer país. Con respecto a los habitantes de Gibraltar que no tienen la nacionalidad británica sino sólo la de ciudadanos de la Commonwealth, consideró aceptable el otorgamiento del derecho de voto por ajustarse a los mismos requisitos que se exigen en el territorio metropolitano, donde la nacionalidad británica no es una condición para el ejercicio del derecho de voto.

VII. CONCLUSIONES

Al configurarse la ciudadanía europea como una simple consecuencia de la tenencia de la ciudadanía de los diferentes Estados miembros, no se puede afirmar la

²² Conclusiones de 6 de abril de 2006 sobre los asuntos citados C-145/04 y C-300/04, *Rec. I-7920*, aps. 79 y 80.

supremacía de este derecho derivado de la posesión de la nacionalidad de un estado sobre el estatuto de las propias organizaciones políticas. Son los estados los que son miembros de la UE, no sus ciudadanos. Por tanto, si una parte del territorio de un Estado miembro se separa de ese estado, sus ciudadanos perderán la condición de «ciudadanos europeos» y carecerán de un estatuto político que legitime la permanencia de esa parte del Estado en el territorio de la UE.

RESUMEN: Se ha alegado el estatuto de ciudadanía europea para justificar la eventual permanencia en la Unión de un territorio que se separe de un Estado miembro tras su separación del estado matriz. Este argumento no toma en cuenta la naturaleza de la ciudadanía europea como estatuto derivado de la nacionalidad de un Estado miembro. Si los habitantes de un territorio de la Unión pierden su condición de nacionales de un Estado miembro, dejan de ser ciudadanos europeos, por lo que no podrán alegar, en principio, los derechos de ciudadanía europea para que la entidad política separada pueda permanecer como entidad integrada en la Unión Europea. En todo caso, ciertos precedentes judiciales, como las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión en los asuntos relativos al derecho de sufragio de los residentes en Aruba y Gibraltar, plantean cuestiones jurídicas que no están todavía plenamente resueltas.

PALABRAS CLAVE: Ciudadanía europea. Secesión de territorios. Derechos políticos. Representación democrática.

ABSTRACT: It has been claimed that the rights of European citizenship may allow a territory seceding from a Member State to remain as such in the Union after its separation from that Member State. This claim does not take into account the vicarian character of European citizenship by reference to the nationality of a Member State. Once the inhabitants of a territory of the Union lose their status of citizens of a Member State they cease to be European citizens. Thus, in principle, they cannot claim their rights as European citizens in order to justify the continuity of the seceding political community as a part of the Union. In any case, some judicial decisions, such as the judgments of the Court of Justice in the cases relating to the right to vote of the inhabitants of Aruba and Gibraltar, raise legal questions which cannot yet be clearly answered.

KEY WORDS: European Citizenship. Secession of Territories. Political Rights. Democratic Representation.

Recibido: 14 de abril de 2013

Evaluado: 29 de abril de 2013

Aceptado: 7 de mayo de 2013

LA SECESIÓN DE TERRITORIOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA¹

THE SECESSION OF TERRITORIES IN THE SPANISH CONSTITUTION

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN

Catedrático de Derecho constitucional.
Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

SUMARIO: I. LA INDISOLUBLE UNIDAD DE ESPAÑA. ¿UN PARADIGMA INTANGIBLE? II. SECESIÓN, REFORMA CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: ENTRE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA. III. POR EL DESBLOQUEO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: LEGALIDAD CONSTITUCIONAL Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA: 1. ¿Derecho a decidir?; 2. Acerca de la realización de un referéndum sobre la secesión.

I. LA INDISOLUBLE UNIDAD DE ESPAÑA, ¿UN PARADIGMA INTANGIBLE?

Plantearse la cuestión de la secesión de territorios en la Constitución española puede parecer, ya de entrada, algo fuera de lugar, carente de sentido. No hay más que leer la estricta y reiterativa redacción del artículo 2 de la Constitución, en la que, como se sabe, se afirma la «indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles».

¹ Grupo de Investigación del Sistema Vasco IT743-13. Este trabajo ha sido realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación DER 2010-20850, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

En España existe un fortísimo sentimiento político acerca del carácter intocable, intangible de la unidad de España. Las tensiones –y pretensiones– disgregadoras han sido, en algunos momentos históricos, una cuestión dramática en nuestra vida política, que ha provocado una auténtica aversión a cualquier planteamiento de tipo secesionista. El régimen de FRANCO llevó al paroxismo esa aversión, señalando a separatistas, junto a rojos, judíos y masones, como los peores enemigos de España. Todo ello ha contribuido a configurar cualquier pretensión secesionista como un tabú político en amplios sectores políticos y, en general, como una cuestión difícilmente abordable. Es esto lo que se traslada al artículo 2 de la Constitución y lo que explica los rotundos y reiterativos términos en que se afirma la unidad de España.

Ciertamente, la redacción del artículo 2 obliga a afirmar que la secesión de territorios está excluida en la Constitución, por lo que, para plantearse una hipótesis de ese tipo sería necesaria la previa reforma de la Constitución, incorporando la posibilidad de secesión de territorios en sustitución de la actual afirmación de la unidad indivisible de España. Algunas opiniones consideran, sin embargo, que la unidad es un elemento intangible del sistema constitucional que, en consecuencia, no podría ser objeto de reforma, porque ello supondría un cambio de régimen constitucional. Esta es una postura que se ha mantenido en el debate sobre esta cuestión en otros países, como Canadá, tal y como recogió –y afrontó– el Tribunal Supremo de aquel país en su *Reference –Dictamen–* sobre la secesión de Québec (1998)². La necesidad de rechazar la configuración de la unidad de España como una cláusula intangible frente a la reforma tiene en la Constitución española una base formal indiscutible, en la medida en que expresamente prevé la posibilidad de una reforma total de la Constitución; aunque una reforma total, como la del artículo 2, exija la superación del exigente y complejo procedimiento establecido en el artículo 168. La posibilidad formal de reforma no puede hacer olvidar, sin embargo, que, desde el punto de vista político, se trata de una cuestión difícilmente tratable, si no inabordable.

Sin embargo, la Constitución española no es ninguna excepción en el establecimiento de la unidad indisoluble del Estado, cuestión en la que no se aparta de lo que es regla general en las Constituciones democráticas, con independencia de que la forma de expresarlo sea más o menos llamativa o redundante. Ciertamente, en las Constituciones de nuestro entorno, se recoge el principio de unidad e indisolubilidad del Estado en unos términos similares; es el caso de las Constituciones de Francia³, Italia⁴ y Portugal⁵. Pero también en Constituciones que no explicitan en su texto la indivisibilidad del Estado, se ha considerado que ese principio es consustancial al sistema constitucional. Una interpretación que, de forma muy relevante,

² Cfr. *Reference re Secession of Québec* [1998] 2 SCR 217, de 20 de agosto.

³ Cfr. artículo 1 de la Constitución francesa: «La France est une République indivisible».

⁴ Cfr. artículo 5.1 de la Constitución italiana: «La Repubblica, una e indivisibile...».

⁵ Cfr. artículo 3.1 de la Constitución portuguesa: «A soberania, uma e indivisível...»; artículo 5.3: «O Estado não aliena qualquer parte do território português ou dos direitos de soberania que sobre ele exerce, sem prejuízo da rectificação de fronteiras».

impera en el seno de Estados federales que deben ser considerados paradigmáticos. Es el caso de los Estados Unidos de América (USA), que, sin duda, han representado el paradigma del modelo federal respecto a la secesión de territorios. Un paradigma que, en su manifestación extrema, viene representado por la Guerra civil norteamericana (1861-1865), que expresa la ausencia de un derecho de secesión de los Estados una vez incorporados a la Federación y el derecho de la Federación a oponerse a cualquier pretensión secesionista incluso por la fuerza, por las armas.

La negación radical del derecho de secesión de los Estados en USA tiene una especial significación por el hecho de que representan el sistema inaugural del federalismo moderno de integración de Estados a los que se reconoce soberanía originaria. Pero esa soberanía originaria de los Estados desaparece en el momento en que deciden, libremente, incorporarse a la Unión⁶. A partir del momento de la integración se crea un conjunto de obligaciones mutuas, de la Federación con los Estados y de éstos con el conjunto de la Federación, que van fortaleciéndose y profundizando a medida que transcurre el tiempo, que no pueden ser destejidos o rotos por la decisión unilateral de ninguno de los integrantes de la Federación. Por eso, las modificaciones de la Constitución (*Amendments*) solo exigen, para entrar en vigor, la ratificación por las Asambleas Legislativas de tres cuartas partes de los Estados⁷, y no la unanimidad. Y las reformas constitucionales así aprobadas se imponen a todos los Estados, incluidos a aquellos que no las hayan ratificado a través de su Asamblea Legislativa. En este sentido, se puede decir que existe un general consenso académico en el sentido de que la Constitución norteamericana, tal y como fue escrita e interpretada por los *founders* de la República creó una fuerte unión nacional con un potencialmente poderoso gobierno nacional y no una limitada confederación⁸.

⁶ El TS de los Estados Unidos, en el conocido asunto *Texas v. White* (1869), relativo a la validez de los bonos emitidos por el Gobierno (confederado) de Texas durante la guerra civil, afirmó que la Constitución «in all its provisions, looks to an indestructible Union composed of indestructible States. When, therefore, Texas became one of the United States, she entered into an indissoluble relation. All the obligations of perpetual union, and all the guaranties of republican government in the Union, attached at once to the State. The act which consummated her admission into the Union was something more than a compact; it was the incorporation of a new member into the political body. And it was final. The union between Texas and the other States was as complete, as perpetual, and as indissoluble as the union between the original States. There was no place for reconsideration or revocation, except through revolution or through consent of the States» (pp. 725-726) (énfasis añadido). Parece necesario llamar la atención sobre la referencia al consenso de los demás Estados como vía posible para la secesión, lo que, a pesar de todo, permite establecer un vínculo con el nuevo paradigma construido a partir del Dictamen del TS de Canadá sobre la secesión de Québec.

⁷ Cfr. *The Constitution of the United States*, Article V.

⁸ Cfr. Daniel J. ELAZAR: «Civil War and the Preservation of American Federalism», en *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 1 (1971), 1, 51-53. Ciertamente, tras los años iniciales, a partir de 1835, la interpretación de los *founders* fue sustituida por la defensa de los *state-rights* (*ibid.*, 52), posición magníficamente expuesta por John C. CALHOUN, muy significativamente en su discurso sobre el derecho de veto de los Estados («Discurso sobre el poder de veto (28 de febrero de 1842)», ahora traducido en *Libertad y unión. La teoría de la Confederación*, Madrid, CEPC, 2010 (trad. de

Este es el paradigma clásico del federalismo respecto al derecho de secesión de los territorios que integran una Federación: su radical negación.

En cualquier caso, los tiempos han cambiado y la forma de afrontar esta cuestión en los sistemas democráticos desarrollados ha evolucionado significativamente, hasta el punto de que se puede decir que el paradigma tradicional representado por USA y su Guerra civil se ha transformado profundamente. A partir de la experiencia canadiense al afrontar las demandas de secesión de Québec, se ha configurado un nuevo paradigma en la forma de afrontar en los sistemas democráticos las pretensiones secesionistas por parte de territorios integrados en un Estado, especialmente en los sistemas federales o con autonomía territorial⁹. Un nuevo paradigma que se está viendo reafirmado también en la forma en que Reino Unido está afrontando las demandas secesionistas de Escocia, dado que está respondiendo, en lo fundamental, a unos parámetros muy similares a los adoptados en Canadá¹⁰.

Este nuevo paradigma se ha construido sobre los principios constitucionales que subyacen a los sistemas constitucionales democráticos de carácter federal o con autonomía territorial. El nuevo paradigma con el que afrontar las pretensiones secesionistas rechaza, al igual que el viejo paradigma, la capacidad de los territorios integrados en un Estado para decidir independizarse de forma unilateral: ni el Derecho interno les reconoce un derecho de secesión, ni el Derecho internacional les reconoce un derecho de autodeterminación. Pero, sin embargo, acepta que el

Ascensión ELVIRA PERALES y estudio introductorio de Carlos CLOSA MONTERO), 355 sigs. Sobre esta polémica es interesante la conferencia de LORD ACTON «American Federalism and the Civil War» (1866), recogida en *Historical Essays and Studies*, Macmillan & Co., 1907 (también accesible en internet: <http://mises.org/daily/4188>; última visita: 17 de mayo de 2013).

⁹ La expresión de los elementos que integran, básicamente, ese nuevo paradigma fueron expresados por el TS de Canadá en el *Reference* sobre la secesión de Québec, ya citado. He tratado sobre esta cuestión en Alberto LÓPEZ BASAGUREN: «Stéphane Dion y las verdades silenciadas de la experiencia canadiense», estudio introductorio a la edición española de la obra de Stéphane DION: *La política de la claridad. Discursos y escritos sobre la unidad canadiense*, Madrid, Alianza, 2005, págs. 11-23 y, más recientemente, en «Los referendos de secesión de Québec y la doctrina del Tribunal Supremo de Canadá», en *Viabilidad de la participación política directa: referéndum y consultas populares*, Comuniter, Zaragoza, 2013, (en prensa).

¹⁰ En el proceso para la celebración del referéndum sobre la independencia de Escocia es clave el *Edinburgh Agreement*, suscrito entre el *Prime Minister* de RU, David CAMERON, y el *First Minister* de Escocia, Alex SALMOND, el 15 de octubre de 2012. Sobre esta cuestión he tratado en «Escocia y el referéndum por la independencia: algunas enseñanzas», en *Cuadernos de Alzate*, n.º. 46, 2013 (en prensa). Es significativa la forma en que RU está afrontando las reclamaciones secesionistas de Escocia, especialmente por contraste con la experiencia de la independencia de Irlanda, a la que se opuso con la fuerza de las armas, siguiendo el mismo paradigma de USA y su Guerra civil. Sobre la forma en que RU afrontó las reclamaciones irlandesas he reflexionado en Alberto LÓPEZ BASAGUREN: *Reforma del Estado autonómico e inclusión de los nacionalismos: un reto*, texto que recoge la intervención en el Seminario *Debates on the Spanish State of Autonomies - Current and Future Challenges*, organizado por la KONRAD ADENAUER STIFTUNG y la FUNDACIÓN MANUEL GIMÉNEZ ABAD, Altea, 20-22 de septiembre de 2012 (el texto está accesible en el sitio web de la FUNDACIÓN MANUEL GIMÉNEZ ABAD (http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2012/20120920_ot_lopez_basaguren_a_es_o.pdf)).

principio democrático, en su interrelación con los demás principios constitucionales identificados, impone determinadas exigencias a las partes; tanto a los representantes del territorio que pretende la secesión como a las instituciones y representantes del Estado en su conjunto. Enseguida se entrará a analizar el contenido de estas obligaciones. Pero antes es necesario precisar la relevancia que ese nuevo paradigma que se viene configurando tiene en el análisis de cómo afrontar las demandas secesionistas desde la Constitución española.

Los estudios comparados tienen una gran tradición y sirven de referencia para analizar instituciones y regulaciones de otros sistemas constitucionales. Pero el interés, la relevancia que la vía abierta en el sistema constitucional canadiense –reafirmada en el sistema constitucional británico– tiene en el análisis de esta misma cuestión en el sistema constitucional español va mucho más allá de un mero interés comparatista. En el mundo actual la interrelación, la influencia recíproca entre sistemas democráticos trasciende la pura perspectiva comparatista. Cuando un sistema democrático, al afrontar un problema, logra articular una respuesta asentada sobre sólidos fundamentos de acuerdo a los principios constitucional-democráticos, está marcando el camino a los demás sistemas democráticos que se enfrentan ante una cuestión similar, les está interpelando a adoptar una solución que responda cuando menos con igual solidez a los principios que subyacen a las Constituciones democráticas. Es lo que el constitucionalista canadiense Sujit CHOUDHRY ha denominado *dialogical method* entre sistemas constitucionales al referirse a su idea de *migración* de las ideas constitucionales¹¹. Un sistema democrático, cuando se enfrenta a un problema al que debe dar una respuesta constitucional, está impelido a dialogar con la respuesta formulada en aquellos sistemas constitucionales que han sido capaces de dar una respuesta sólidamente asentada en los fundamentos del sistema democrático. Eso no quiere decir que deba *copiar*, sin más, aquella solución y que cada sistema constitucional no tenga singularidades que afecten a la solución que cada sistema adopta. Pero tendrá que responder, desde la singularidad y peculiaridades de su sistema constitucional, a las cuestiones que le interpelan desde los sistemas constitucionales que han dado respuesta a problemas similares y confrontarse con los fundamentos en que aquellas se asientan, justificando adecuadamente, en su caso, respuestas que vayan en direcciones diferentes.

En este sentido, al afrontar desde la Constitución española la cuestión de las reclamaciones secesionistas, el constitucionalista está obligado a confrontarse con las respuestas dadas en los sistemas que configuran ese nuevo paradigma constitucional, al objeto de analizar si el sistema español responde a parámetros similares o si, por el contrario, se trata de respuestas que no tienen encaje posible en él y cuáles son las razones, los argumentos constitucionales que justifican separarse de aquellas de forma sólidamente fundamentada en principios democráticos. En caso contrario, la legitimidad democrática de las respuestas que se ofrezcan se verá se-

¹¹ Vid. Sujit CHODHRY: «Migration as a new metaphor in comparative constitutional law», en Sujit CHOUDHRY (ed.): *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge UP, 2006, esp. pp. 19 ss.

riamente afectada; es decir, quedará seriamente dañada la legitimidad democrática del sistema constitucional español. Porque es la legitimidad democrática del sistema constitucional español la que está en juego en ese proceso. En este proceso, la construcción realizada por el TS de Canadá tiene, a mi juicio, una gran importancia, en la medida en que, como ha señalado Sujit CHOUDHRY, «proporciona un relato que advierte sobre los límites del diseño constitucional y su capacidad para afrontar la amenaza de secesión por parte de las naciones minoritarias al margen de la legalidad»¹².

II. SECESIÓN, REFORMA CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: ENTRE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

La Constitución escrita no recoge el derecho de secesión de los territorios que integran el Estado en ninguno de los sistemas democráticos de nuestra cultura jurídica. La secesión, por tanto, exigirá la previa reforma constitucional. Esto no solo en Constituciones que expresamente afirman la indivisibilidad del Estado, como ocurre en la Constitución española; también en Constituciones que no explicitan el principio de indivisibilidad. Es extraordinariamente significativa, en este sentido, la posición manifestada por el TS de Canadá en el *Reference* sobre la secesión de Québec, dado que en la Constitución de Canadá no existe ninguna disposición similar a la del artículo 2 de la Constitución española o a las de las otras Constituciones a las que se ha hecho referencia. A pesar de ello, sin embargo, el TS afirma que la secesión de un territorio exige la expresa reforma constitucional que la acoja porque el pueblo de las provincias ha creado estrechos vínculos de interdependencia (económica, social, política y cultural), basados en valores compartidos, que se pondrían en peligro por la secesión de uno de sus territorios; porque se pondría en peligro el orden y la estabilidad que garantiza la Constitución. Una alteración de ese calado solo es posible canalizarla a través de la expresa reforma de la Constitución, tras una negociación leal en el seno del sistema constitucional vigente.

Afirmado este principio, la cuestión radica en si en él concluye todo lo que desde la Constitución se puede (y se debe) decir sobre la secesión de territorios o si, por decirlo de alguna forma, ese no es sino un punto de partida del tratamiento de esta cuestión. El TS de Canadá consideró que ahí no terminaba el tratamiento constitucional del asunto que se le planteó, sino que era necesario ir más allá. Esa necesidad de ir más allá de la constatación de que la Constitución no acoge —rechaza— la posibilidad de secesión, venía exigida por la necesidad de que el principio de legalidad constitucional quedase reforzado por el principio de legitimidad democrática.

¹² Cfr. Sujit CHOUDHRY: «Does the world need more Canada? The politics of the canadian model in constitutional politics and constitutional theory», en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n° 4, 2007, 609.

tica. Con ello, el TS de Canadá contribuyó de forma decisiva a la construcción de un nuevo paradigma constitucional sobre esta cuestión.

Lo primero que hay que subrayar en este paradigma es la negación de que, a la luz del Derecho internacional, una comunidad interna asentada en un territorio en el seno de un Estado democrático que no sufra una situación colonial sea titular del derecho de autodeterminación¹³. A partir de ahí, se trata de una cuestión de Derecho constitucional interno.

En este terreno, el TS de Canadá comienza por la consideración de que la Constitución «es más que un texto escrito», de forma que abarca todo el sistema de normas y principios que gobiernan el ejercicio de la autoridad constitucional¹⁴. Ello no significa una invitación a eludir el texto escrito de la Constitución, cuya primacía se reafirma, como garantía de certeza legal y de su carácter predecible; pero obliga a eludir una lectura superficial de unas determinadas disposiciones del texto escrito de la Constitución que puede ser engañosa. El TS considera que una respuesta correcta a las cuestiones planteadas solo puede construirse sobre el análisis de los principios que informan y sostienen el texto constitucional escrito, sus supuestos tácitos¹⁵, su alma, su elemento vital (*lifeblood*)¹⁶, cuyo respeto permite a la Constitución seguir siendo un sistema vivo (*a living tree*)¹⁷. Interpretar cabalmente el significado de la Constitución en este ámbito exige, por tanto, un análisis profundo de los principios que subyacen, que animan el conjunto de la Constitución.

El TS de Canadá identificó, en este sentido, cuatro principios: democracia, federalismo, constitucionalismo y legalidad (*rule of law*) y protección de las minorías. El sistema constitucional británico no los ha explicitado de forma tan precisa, pero tanto el *Edinburgh Agreement* como el desarrollo del proceso en torno al referéndum sobre la independencia de Escocia, ponen de relieve una gran similitud con el planteamiento canadiense, una identidad sustancial en los principios desde los que se afronta la demanda secesionista.

Resulta realmente difícil discrepar de la afirmación que realiza el TS de Canadá acerca de la existencia de principios que subyacen al texto constitucional. Algunos pueden pensar que esa operación hermenéutica fue posible por tratarse de un sistema de *common law* y que es difícilmente trasladable a sistemas jurídicos de *code civil*. En un entorno jurídico como el canadiense, en el que conviven los dos sistemas, se ha puesto de relieve, precisamente, que el recurso a los principios generales

¹³ Vid. Patrick DUMBERTY: «Lessons learned from the *Quebec Secession Reference* before the Supreme Court of Canada», en Marcelo G. KOHEN (ed.): *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, Cambridge UP, 2006, p. 431, quien afirma que «(i)t is widely held in doctrine that Quebec cannot invoke the right of peoples to self-determination to sustain any right to secession under international law».

¹⁴ Cfr. *Reference re Secession of Québec*, cit., apartado (2) de la exposición inicial y par. 148

¹⁵ *Ibid.*, par. 49.

¹⁶ *Ibid.*, par. 51.

¹⁷ *Ibid.*, par. 52.

es extraño al sistema de *common law* y natural en el sistema de *code civile*¹⁸, lo que se puso de manifiesto en el hecho de que las reacciones de extrañeza ante la operación hermenéutica del TS se concentraron, fundamentalmente, entre los juristas situados en el primer sistema y no entre los situados en el segundo. Cuestión diferente es la relativa a la facilidad –o dificultad– para adaptar la Constitución a las exigencias que puedan derivarse de su aplicación. Pero en esa cuestión la diferencia depende no de la tradición jurídica en el sentido indicado, sino del tipo de Constitución –rígida o flexible– que tenga un país, como se pone de manifiesto al comparar el proceso en Canadá, con Constitución rígida, y en Reino Unido, con Constitución flexible y no codificada y con una concepción *política* de Constitución. La diferente tradición jurídica entre Canadá, como sistema de *common law* –aún con la excepción de Québec–, no sería, por tanto, un impedimento para trasladar al sistema constitucional español un recurso a la interpretación de los principios que subyacen al texto de la Constitución para precisar la forma en que deben afrontarse, de acuerdo a la Constitución, las reclamaciones secesionistas.

Y resulta difícil discrepar sobre los principios identificados como principios subyacentes al sistema constitucional, sobre los que hay que interpretar el significado de las normas constitucionales para precisar la respuesta a las reclamaciones secesionistas. ¿No se asienta la Constitución española sobre los mismos principios que los identificados por el TS de Canadá? Es difícilmente aceptable una respuesta negativa, sobre todo cuando en el caso de nuestra Constitución algunos de esos principios están expresamente recogidos en el propio texto constitucional¹⁹. Sobre todo, hay que tener en cuenta que los dos principios básicos sobre los que se construye la interpretación de las exigencias constitucionales al afrontar las demandas secesionistas son el principio democrático y el principio de constitucionalidad y *rule of law* (principio de legalidad). Los otros dos principios se configuran, fundamentalmente, como condiciones o límites al juego de la interrelación o mutuo condicionamiento entre los dos principios señalados.

El principio democrático exige, a juicio del TS de Canadá, que la voluntad de la población de un territorio a favor de la secesión no pueda ser irrelevante para el conjunto del país siempre que cumpla determinadas condiciones que vienen exigidas, precisamente, por el principio democrático. Este principio exige que la manifestación de la voluntad secesionista sea expresada de forma clara e indiscutible, tanto desde el punto de vista de la mayoría que la manifiesta como por la forma de

¹⁸ Vid. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS: «Underlying Principles and the Migration of Reasoning Templates: A Trans-Systemic Reading of the Quebec Secession Reference», en Sujit CHOUDHRY (ed.): *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge UP, 2006, 178 sigs.

¹⁹ Es de destacar la importancia, en este sentido, de algunas de las afirmaciones contenidas en el Preámbulo de la Constitución («Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes...»; «Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»; «Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones»; «Establecer una sociedad democrática avanzada»), así como los arts. 1.1, 3 y 9.1 y 3.

expresarla, de forma directa, sin ambages, sin circunloquios, sin condicionantes o sin aparecer agazapada tras propuestas de negociación; es decir, que sea manifestada expresamente como voluntad de secesión, sin mezclarla con otras cuestiones relativas a la organización interna del Estado o al estatus del territorio en su seno. Cuando se manifiesta a través de un referéndum, esa voluntad debe expresarse con una mayoría clara («a “clear” majority as a qualitative evaluation») en respuesta a una pregunta clara²⁰.

La clara y expresa manifestación de voluntad secesionista, sin embargo, no es más que la expresión de una voluntad; carece de efectividad por sí misma, dado que no existe un derecho a la secesión ni un derecho de autodeterminación de los territorios internos. Las consecuencias que impone el principio democrático vienen limitadas por el principio de constitucionalidad y de legalidad (*rule of law*), por lo que no puede tener consecuencias que no estén previstas en la Constitución y en las leyes. Es por eso por lo que solo previa reforma constitucional puede acabar materializándose la voluntad de secesión de un territorio con su constitución como Estado independiente. El *rule of law*, el respeto a la legalidad, sin embargo, no puede hacer que la manifestación de voluntad por parte de la población sea irrelevante. En esas condiciones, el principio democrático impone a las partes una obligación de negociar con lealtad a los principios constitucionales, cuyas exigencias marcarán los derroteros de la negociación y sus resultados. La negociación tendrá como objetivo tratar de llegar a un acuerdo sobre una reforma constitucional que haga posible la secesión del territorio cuya población ha manifestado su voluntad en ese sentido en los términos indicados; es decir, hay que negociar la reforma de la Constitución. Pero esa negociación no puede consistir, puramente, en precisar, como dice el TS de Canadá, «los detalles logísticos de la secesión»²¹, como suelen pretender los partidarios de la secesión. Ello supondría aceptar una primacía absoluta al principio democrático, vaciando de contenido los demás principios constitucionales. Ni la voluntad favorable a la secesión de la población del territorio ni sus intereses son los únicos relevantes en la negociación; se trata de una negociación en todo el sentido de la palabra²². Pero tampoco la defensa de la legalidad puede hacerse desde

²⁰ Cfr. *Reference re Secession of Quebec, cit.*, par. 87, en el que el TS concluye: «The referendum result, if it is to be taken as an expression of the democratic will, must be **free of ambiguity both in terms of the question asked and in terms of the support it achieves**» (énfasis añadido).

²¹ *Ibid.*, par. 90.

²² El TS de Canadá afirma, en este sentido, que los representantes del territorio que pretende la secesión no pueden pretender disponer del derecho (derecho de autodeterminación) de dictar a las demás partes los términos de la secesión, porque ello no sería en absoluto una negociación. Y, además, añade, desde un punto de vista práctico, sería infantil suponer que el objetivo sustancial de la secesión pueda ser fácilmente diferenciable de los detalles prácticos de la secesión: «the devil would be in the details» (par. 91). Ninguna negociación será efectiva, concluye el Tribunal, si su resultado último –la secesión– se establece como «un derecho legal absoluto» a materializarlo en la Constitución; una conclusión ineludible de ese tenor «destruiría realmente la obligación de negociar, vaciándola de contenido» (par. 91): *Ibidem*.

una posición inamovible, insensible a los argumentos favorables a la secesión²³. Es decir, se trata de una negociación en la que el resultado no está determinado de antemano en ningún sentido.

La construcción hermenéutica realizada por el TS de Canadá se asienta sobre la convicción de que en un sistema democrático, por una parte, no es posible hacer nada que no sea conforme al principio de legalidad, que sea contrario a la legalidad; y, por otra, que la legalidad debe ser capaz de superar el test de legitimidad democrática siempre que ello sea necesario. Y que esa relación entre legalidad y legitimidad democrática solo puede canalizarse a través del diálogo democrático, en el que la legitimidad de cada posición estará permanentemente puesta a prueba por su adecuación a las exigencias de los principios que subyacen a la Constitución. Actitud que asume un «significado constitucional de primer orden»²⁴ y de la que dependerá la legitimidad de cada posición negociadora hasta el punto de que la falta de conformidad a ellos pondrá seriamente en riesgo la legitimidad de la afirmación de los derechos de esa parte y quizás el proceso de negociación en su conjunto²⁵; es decir, tanto de quienes pretenden imponer la aceptación de la secesión al margen del principio de legalidad, como de quienes pretenden imponer el principio de legalidad al margen de la legitimidad democrática²⁶.

Creo, ciertamente, que con esa construcción hermenéutica el TS de Canadá ha acertado a situar el debate en el corazón del sistema constitucional democrático. El proceso seguido en RU en el último año en relación a las pretensiones independentistas del nacionalismo escocés lo ha vuelto a poner de relieve, en mi opinión. El Gobierno británico ha encarado el debate planteado por el Gobierno escocés del SNP (*Scottish National Party*) al mostrar su intención de convocar un referéndum en Escocia sobre la independencia. En ese debate –que ha fraguado en el *Acuerdo de Edimburgo*²⁷–, ha impuesto el *rule of law* o principio de legalidad. Frente a la pretensión del Gobierno escocés de que tenía capacidad (competencia) para convocar por sí mismo el referéndum, el Gobierno británico fue capaz de imponer, con la fuerza de sus argumentos, que el Parlamento escocés carecía de competencia legal para convocar un referéndum semejante a la luz de la *Scotland Act 1998* –el «Estatuto de autonomía» de Escocia, por decirlo en términos españoles– única fuente de competencias de las instituciones escocesas. La *Section* –artículo– 29 impide al Parlamento escocés aprobar leyes en cuestiones relativas a las *reserved matters* que corresponden a RU, entre las que, de acuerdo con la *Schedule* –Anexo– 5, se inclu-

²³ *Íbid.*, par. 95.

²⁴ *Íbid.*, par. 94.

²⁵ *Íbid.*, par. 95.

²⁶ *Íbid.*, par. 95, el TS afirma: «Those who quite legitimately insist upon the importance of upholding the rule of law cannot at the same time be oblivious to the need to act in conformity with constitutional principles and values, and so do their part to contribute to the maintenance and promotion of an environment in which the rule of law may flourish».

²⁷ Cfr. *Edinburgh Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, de 15 de octubre de 2012.

yen las cuestiones constitucionales y, entre ellas, específicamente, las relativas a «la Unión de los Reinos de Escocia y de Inglaterra» –aprobada mediante las *Union Acts 1707* por parte de los respectivos Parlamentos–. Sin embargo, de acuerdo con la *Section 30* de la *Scotland Act 1998*, el Gobierno británico, con el consentimiento del Parlamento, puede dictar una *Order in Council* autorizando al Parlamento escocés a ejercer competencias incluidas entre las *reserved matters*. Sólo por esta vía podía el Parlamento escocés convocar legalmente el referéndum que pretendía el Gobierno del SNP. Lo que significaba que la determinación de las condiciones y características del referéndum también debían ser establecidas por el Gobierno británico. Estas eran las condiciones que permitirían cumplir la primera exigencia del hipotético referéndum: que tuviese una clara base legal.

En este contexto, sin embargo, el Gobierno británico consideró que el Gobierno escocés estaba investido de legitimidad democrática para reclamar la celebración del referéndum porque el SNP se había presentado a las elecciones al Parlamento escocés (2011) prometiendo en su *Manifesto* que, si obtenía un respaldo electoral suficiente, convocaría un referéndum sobre la independencia a lo largo de la legislatura. Y el SNP obtuvo un gran respaldo electoral, obteniendo la mayoría absoluta del Parlamento escocés y formando, en consecuencia, un gobierno mayoritario. Es lo que llevó al Gobierno británico a aceptar la posibilidad de que se celebrase el referéndum sobre la independencia de Escocia.

Pero eso no ha significado, sin embargo, la aceptación por el Gobierno británico de todas las pretensiones del Gobierno escocés sobre las características y condiciones de la convocatoria del referéndum. Por el contrario, el Gobierno británico, impuso las exigencias que creía indispensables para que el referéndum, además de tener una clara base legal, se realizase de forma capaz de lograr la confianza de los Parlamentos, los Gobiernos y el pueblo, que ofreciese una prueba fiable (*fair test*) y una expresión concluyente (*decisive expression*) de la opinión del pueblo de Escocia y un resultado que mereciese el respeto de todos²⁸. Condiciones que, fundamentalmente, se han concretado en el rechazo de la pretensión del Gobierno escocés de convocar un referéndum con varias preguntas, una relativa a la independencia y otra –u otras– relativa(s) a la mejora de la autonomía de la que dispone Escocia (la conocida como *devo-max*), imponiendo una sola pregunta directa y claramente referida a la independencia de Escocia²⁹. El eco de la *claridad* a la que se refirió el TS de Canadá en el *Québec Secession Reference* es nítido. Sin embargo, es llama-

²⁸ Todos estos elementos se recogen en el *Edinburgh Agreement*, *cit*.

²⁹ En este sentido, el *Edinburgh Agreement* establece que la competencia para informar la pregunta corresponde a la *Electoral Commission* de RU, órgano que ya se ha pronunciado sobre la propuesta planteada por el Gobierno escocés, obligando a cambiarla. La pregunta que pretendía proponer el Gobierno escocés era la siguiente: «*Do you agree that Scotland should be an independent country?*». La *Electoral Commission* ha considerado que plantear una pregunta en los términos «*Do you agree...*» incita, a la luz de los estudios realizados, a una respuesta positiva, por lo que propuso que la pregunta fuese, simplemente, «*Should Scotland be an independent country?*». El Gobierno escocés aceptó inmediatamente la recomendación.

tivo que el objetivo de que el referéndum sea un *fair test* de la voluntad del electorado de Escocia, de forma que pueda ser aceptado como una *decisive expression* de esa voluntad, no recoja requisitos formales que vayan en la dirección de la «*clear majority as a qualitative evaluation*» a la que se refirió el TS de Canadá. En principio, el referéndum se decidirá por mayoría simple, sin ningún requisito especial³⁰, aunque la validez *política* de la mayoría se dilucidará, sin duda, en el proceso de negociación, en el que la fortaleza de la posición del Gobierno escocés, en el hipotético caso de una victoria favorable a la independencia, dependerá de la mayoría con que se haya obtenido.

Y, además, en el proceso que se viene desarrollando tras la firma del *Acuerdo de Edimburgo*, el significado del referéndum se concreta en unos términos similares a los precisados por el TS de Canadá. En el supuesto de que la mayoría del electorado de Escocia manifestase su voluntad de que Escocia sea un país independiente, el Gobierno británico garantiza unas negociaciones leales con el Gobierno escocés para ver si –y cómo– es posible la independencia de Escocia. Pero ello solo será posible si las partes llegan a un acuerdo en ese sentido. Y el Gobierno británico advierte que en ellas ya solo tendrá la obligación de salvaguardar los intereses del «RU restante» (*Remainder UK –RUK–*).

En este sentido, el Gobierno británico ha emitido ya –hasta el momento– tres Informes sobre los intereses de RU en unas hipotéticas negociaciones sobre la independencia de Escocia y la situación en que, a su juicio, quedaría una hipotética Escocia independiente³¹. Hay cuestiones que no han aparecido todavía –o que lo han hecho de forma relativamente tímida–, pero que, al igual que en Québec, pueden acabar siendo muy importantes en una negociación tras una hipotética mayoría favorable a la independencia en el referéndum, cual es la de la protección de las minorías internas o la de las zonas territoriales que, en su caso, no deseen permanecer dentro de una Escocia independiente. Hay que tener en cuenta que, por una parte, todo el sur de Escocia es, desde el punto de vista electoral, una zona que vota reiteradamen-

³⁰ Es muy significativa la opinión de Jean CHRÉTIEN, antiguo *premier* canadiense en el momento de celebrarse el referéndum de 1995 en Québec y del Gobierno que impulsó la aprobación de la *Clarity Act* (2000), que en su reciente visita a Londres ha advertido de la incertidumbre respecto al resultado que siempre va aparejada a la realización de un referéndum y, sobre todo, de que el Gobierno británico no tendría que haber permitido un referéndum por mayoría simple, debiendo haber exigido una «mayoría clara». A juicio del antiguo *premier* canadiense, el Gobierno de RU está permitiendo que el camino de Escocia hacia la independencia sea «demasiado fácil»: *vid.* el diario *Financial Times*, de 16 de mayo de 2013 (<http://www.ft.com/cms/s/0/6ca82556-be27-11e2-9b27-00144feab7de.html#axzz2TuYYpnXL>). De acuerdo con la información recogida por FT, «Mr. Chrétien has also privately told Michael Moore, the Scotland secretary, that he has ceded too much power to the Scottish National party by allowing it to decide both the timing and the question on the ballot».

³¹ *Vid.* A. LÓPEZ BASAGUREN: «Escocia y el referendum por la independencia...», *cit.*, en el que se hace referencia a los dos primeros informes: *Scotland Analysis: Devolution and the implications of Scottish Independence* (Cm. 8554), publicado en febrero de 2013, y *Scotland Analysis: Currency and monetary policy* (Cm. 8594), publicado en abril de 2013. El 20 de mayo el Gobierno británico ha hecho público el tercer Informe: *Scotland Analysis: Financial services and banking* (Cm. 8630), de mayo de 2013.

te a partidos contrarios a la independencia; o que en las islas exteriores (*Orkney, Shetland y Outer Hebrides* o *Western Isles*), han empezado a manifestarse opiniones de los líderes de las instituciones locales (*Councils*) reclamando su propia *Home Rule* –tanto frente a Londres como frente a Edimburgo– o un estatus similar al de las Islas del Canal en la hipótesis de una Escocia favorable a la independencia³².

La configuración del nuevo paradigma constitucional para afrontar las demandas secesionistas tiene unos elementos de base que pueden considerarse consolidados y estables; y, en ese sentido, difícilmente discutibles. Esos elementos se concretan en el juego, necesariamente dinámico, que se produce entre legalidad y legitimidad democrática. Un juego que exige afrontar, en términos de diálogo democrático, el *test* de legitimidad democrática de los límites constitucionales y legales. A partir de esos fundamentos, cada sistema constitucional concreta los detalles de acuerdo a su propia tradición y a sus particularidades constitucionales y políticas. Pero la experiencia vivida en otros sistemas políticos debe ser fuente continua de enseñanzas. En sus aciertos y en sus errores.

III. POR EL DESBLOQUEO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: LEGALIDAD CONSTITUCIONAL Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

1. ¿Derecho a decidir?

En España se han planteado en los últimos tiempos dos retos soberanistas, el vasco, representado por el *plan Ibarretxe*, y el que está planteando en estos momentos la *Generalitat* de Cataluña. Aunque uno y otro tienen características distintas también tienen muchos elementos de coincidencia.

El elemento más importante que, a los efectos de este trabajo, tienen en común los procesos planteados en el País Vasco y en Cataluña es el que ha cristalizado en lo que se ha dado en llamar el «derecho a decidir». Al acuñar esta expresión, los partidos nacionalistas impulsores de la estrategia por el soberanismo tratan de transmitir la idea de que el electorado de una determinada Comunidad Autónoma tiene capacidad para decidir su futuro. Idea que se ha materializado en dos opciones distintas: capacidad para decidir el estatus político-institucional en el interior de España o, en la misma línea, en su caso, para decidir constituirse como Estado independiente, a través de la secesión.

Ciertamente, la expresión «derecho a decidir» tiene una gran fuerza expresiva, pues muestra de una forma extraordinariamente simple una idea que tiene todo a su

³² *Vid.*, en este sentido, la noticia aparecida en el diario *The Guardian*, del 17 de marzo de 2013 (<http://www.guardian.co.uk/politics/2013/mar/17/scottish-independence-islands-home-rule>). Hay que tener en cuenta que los pozos petrolíferos de Escocia se encuentran fundamentalmente en los territorios marinos de estas islas exteriores.

favor para ser acogida favorablemente por sus destinatarios preferentes, para calar en la ciudadanía. ¿Qué parece más natural que el derecho de un pueblo a decidir por sí mismo? Se trata, sin duda, de un gran éxito de *marketing* político. Habitualmente, la expresión simple de ideas o cuestiones complejas suele ser errónea. Es lo que ocurre con la expresión «derecho a decidir». Se presenta como un derecho pretendidamente incuestionable en un sistema democrático lo que solo es una reclamación política que ni es acogida por el Derecho internacional³³, ni reconocida en ningún sistema democrático del mundo³⁴. Con la expresión «derecho a decidir» se presenta como incontestable un derecho inexistente.

En la comunidad de países democráticos los promotores del soberanismo solo pueden encontrar fundamento en el paradigma abierto por Canadá para el tratamiento constitucional de las pretensiones secesionistas y que está siendo seguido por RU en el caso de Escocia. Adentrarse por los meandros del nuevo paradigma constitucional para afrontar las reclamaciones secesionistas exige una condición irrenunciable: aceptar sus presupuestos. Y el primero de ellos es la aceptación de que no existe un «derecho a decidir» como derecho a determinar unilateralmente el *status* jurídico de un territorio o de una comunidad dentro de un Estado o a la secesión para convertirse en un nuevo Estado independiente. Se puede pretender políticamente el reconocimiento del «derecho a decidir» en los términos que se presenta; pero no se puede pretender su aceptación incontestable y, consiguientemente, su derecho a ejercitarlo al margen, incluso, de la legalidad.

2. Acerca de la realización de un referéndum sobre la secesión

Radicalmente diferente es la cuestión relativa a posibilidad de expresar democráticamente la voluntad de una comunidad determinada sobre el *status* que desea

³³ Sobre esta cuestión *vid.* Antonio CASSESE: *Self-Determination of Peoples. A Legal Proposal*, Cambridge, Cambridge UP, 1995; son especialmente interesantes las reflexiones conclusivas en pp. 348 ss.; Marcelo G. KOHEN: «Introduction», en Marcelo G. KOHEN (ed.): *Secession...*, *cit.*, pp. 1 ss.; Christian TOMUSCHAT: «Secession and self-determination», *ibid.*, pp. 23 ss. *Vid.* P. DUMBERRY, *op. cit.*, Cambridge, Cambridge UP, 2006, p. 450, quien, en relación a la negación por parte del TS de Canadá de que Québec pudiese ejercer el derecho de autodeterminación al amparo del Derecho internacional, afirma que «(t)he legacy of the Court's opinion from the perspective of international law is positive. It is an important decision defining the circumstances in which secession in a non-colonial context may be allowed under international law, and as such it is a very useful reference for future disputes involving questions relating to the legality of secession». Parece, sin embargo, que la construcción hermenéutica del TS de Canadá no ha tenido efectos sobre los promotores del soberanismo.

³⁴ El Parlamento de Cataluña aprobó una Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña (Resolución 5/X, de 23-1-2013) en la que afirma la decisión de «iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo», derecho que se fundamenta en el hecho de que Cataluña que «por razones de legitimidad democrática» el pueblo de Cataluña tiene «carácter de sujeto político y jurídico soberano».

dentro del Estado o, en su caso, su voluntad de convertirse en un Estado independiente. Manifestación de voluntad, en su caso, a través de un referéndum.

Para conocer la voluntad de la población de un territorio no es necesario recurrir sistemáticamente al referéndum. Las elecciones que se realizan de forma periódica son, sin duda, la expresión ordinaria de la voluntad política de una comunidad. Pero hay que reconocer que existen cuestiones de naturaleza singularmente *constitucional* que, especialmente en momentos críticos, hacen conveniente, cuando no necesario, conocer la voluntad de la ciudadanía³⁵; y el instrumento más claro y directo es el referéndum. Sin duda, la pretensión secesionista es una de las más profundamente *constitucionales*.

Sin embargo, cada sistema constitucional afronta la regulación del referéndum de forma singular, dado que tiene directa relación con el tipo de sistema democrático por el que opta y por el hecho de que el referéndum ha tenido un papel histórico muy controvertido, especialmente en algunos países, como un instrumento contrario al sistema democrático, que abre la vía al gobierno plebiscitario. Aunque estas reticencias tienen justificación histórica y han llevado, en muchos sistemas constitucionales, a constreñir significativamente la regulación –y la posibilidad– del referéndum, en mayor o menor medida, todos los sistemas constitucionales dejan en manos de la expresión directa del electorado –a través de referéndum– la ratificación de las cuestiones de naturaleza *constitucional*. Este es el caso de la Constitución española³⁶, que incluyó una regulación del referéndum muy limitada, tras un sinuoso recorrido en la elaboración del texto constitucional³⁷.

En este punto, hay que preguntarse si en el sistema constitucional español es posible la realización de un referéndum de este tipo en un territorio determinado –que, en principio, sería el territorio de una CA–, en el que el electorado pueda pronunciarse sobre su deseo de que el territorio se convierta en un Estado independiente³⁸.

³⁵ En la experiencia de los países democráticos, sin embargo, se pone de manifiesto la falta de lógica, desde este punto de vista, en las decisiones de qué cuestiones son sometidas a referéndum: *vid.* Matt QVORTRUP: *A comparative study of referendums. Government by the people*, Manchester, Manchester UP, 2005 (2ª. ed.), p. 131

³⁶ Es significativo, en este sentido, el trabajo de Julián SANTAMARÍA: «Participación política y democracia directa», en *Estudios de Ciencia Política y Sociología. Homenaje al Profesor Carlos Ollero*, Madrid, 1972, pp. 743-783. También, Nicolás PÉREZ SOLA: *La regulación constitucional del referéndum*, Jaén, Universidad de Jaén, 1994, p. 39.

³⁷ *Vid.* Enrique LINDE PANIAGUA y Miguel HERRERO LERA: «El referéndum en la Constitución española de 1978», en *Revista de Derecho Político*, n.º 3, 1979, pp. 17 ss.; Enrique LINDE PANIAGUA: «Artículo 92. Referéndum», en Oscar ALZAGA VILLAMIL (dir.): *Comentarios a la Constitución de 1978*, Tomo VII, Cortes Generales-Edersa, Madrid, pp. 460 ss.; Esther MARTÍN: «El referéndum y las consultas populares en las Comunidades Autónomas y municipios», en *RVAP*, n.º 94, 2012, pp.95 ss.

³⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* recientemente, Josep M^a. CASTELLÁ ANDREU: «Democracia, reforma constitucional y referéndum de autodeterminación en Cataluña», en Enrique ÁLVAREZ CONDE; Clara SOUTO GALVÁN (eds.): *El estado autonómico en la perspectiva de 2020*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2013, pp. 171 ss.

En este sentido, la Constitución española plantea importantes problemas. La regulación constitucional a la que hay que referirse necesariamente es el artículo 92 en el que se regula el referéndum consultivo al que pueden ser sometidas las «decisiones políticas de especial trascendencia». Al margen de otras cuestiones que no tienen especial relevancia a los efectos de este trabajo³⁹, el referéndum consultivo en la Constitución, a los efectos de su utilización para conocer la voluntad de una determinada comunidad sobre su *status* político o su deseo de convertirse en un Estado independiente, plantea dos problemas diferentes. El primero es el que deriva de la precisión final contenida en la disposición constitucional, al establecer que el referéndum consultivo será «de todos los ciudadanos». ¿Quiere decir la Constitución que solo puede haber *referenda* consultivos de ámbito estatal? Aunque la doctrina que ha estudiado la regulación constitucional del referéndum de forma específica no ha prestado atención a este aspecto, lo más que podría inferirse de ese inciso final, como señala P. CRUZ VILLALÓN, sería, precisamente, que el referéndum consultivo tiene que ser de ámbito estatal; pero considera que «es dudoso» que deba ser así⁴⁰. La Ley Orgánica que ha desarrollado las disposiciones constitucionales relativas a los *referenda* no aclara lo más mínimo esta cuestión⁴¹. Ante la ausencia de otros elementos que permitan aclarar el significado de ese inciso final, parece razonable, a falta de indicios que lleven en otra dirección y dada la propia literalidad de la disposición, pensar que se trata de una redacción redundante⁴², en el sentido de que todos los electores inscritos en el censo del territorio en el que se convoque el referéndum son llamados a manifestar su postura, es decir, a participar. Habría que plantearse si es posible que existan «decisiones políticas de especial trascendencia» que tengan que adoptar el Gobierno y las Cortes Generales en las que tenga especial importancia conocer la voluntad del electorado de un determinado territorio dentro del Estado y no de todo el electorado, en su conjunto.

En mi opinión, algunos problemas subyacen, aunque dada la falta de claridad del artículo 92 creo que debe imponerse una interpretación flexible de la norma constitucional, de forma que se acepte la posibilidad de convocar un referéndum de ámbito territorial limitado. En consecuencia, el Gobierno podría solicitar autorización al Congreso de los Diputados para realizar un referéndum consultivo en una parte determinada del territorio del Estado –por ejemplo, en el territorio de una

³⁹ *Vid.*, sobre la inserción del referéndum consultivo en un sistema que opta claramente por la democracia representativa, las consideraciones de Pedro CRUZ VILLALÓN: «El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, nº 13, 1980, pp. 145 ss.

⁴⁰ Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 160. Sin embargo, Luis AGUIAR DE LUQUE: «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», en Gumer-sindo TRUJILLO Y OTROS (eds.) *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 79 ss., no duda en clasificarlo como referéndum «de ámbito estatal»; en el mismo sentido, Esther MARTÍN, *op. cit.*, pp. 102 ss.

⁴¹ La regulación de las distintas modalidades de referéndum ha sido desarrollada por la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero.

⁴² En efecto, P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 160, sostiene que o bien sobra o es inexacta.

CA—. Es en ese trámite en el que el Gobierno tendrá que justificar las razones de la relevancia de la opinión del electorado de ese territorio y no del electorado del Estado en su totalidad.

En cualquier caso, esta opción tiene implicaciones de importancia, pues la convocatoria del referéndum —y todos los elementos que lo integran— queda en manos del Gobierno y de las Cortes Generales, frente a lo que es tradicional en este tipo de *referenda*. Eso puede provocar conflictos políticos, aunque no tendrían por qué ser determinantes. Debieran ser resolubles por la vía de la negociación política entre Gobierno del Estado y de la CA sobre las características del referéndum; negociación política que parece ineludible cualquiera que sea la opción que se adopte si quiere conducirse el proceso de forma adecuada.

En cualquier caso, ya he sostenido en otro foro⁴³, que, a mi juicio, la vía más idónea sería la incorporación al correspondiente Estatuto de autonomía de un referéndum consultivo similar al previsto en el artículo 92 de la Constitución. No voy a reproducir la argumentación sobre la que asiento esa propuesta; pero creo, en lo que ahora interesa, que cumple de la forma más idónea los principios que subyacen al Estado autonómico, tal y como se ha desarrollado a lo largo de estos treinta y cinco años de evolución. Garantiza la autonomía institucional de la CA y su regulación en el EA «dentro de los términos de la... Constitución» (artículo 147.1) y respeta las cautelas —el recelo— del constituyente respecto al referéndum, que, cualquiera que sea la postura que cada uno tenga sobre ello, limita, sin duda, la disponibilidad del EA.

Esta segunda opción, por lo demás, garantiza la capacidad del Estado para exigir los requisitos que considere necesarios para garantizar la *claridad* en la realización del referéndum, según la fórmula canadiense; o, utilizando la fórmula británica, para garantizar que el referéndum sea una prueba fiable (*fair test*) y una expresión concluyente (*decisive expression*) de la opinión del electorado, de forma que garantice un resultado que merezca el respeto de todos. Lo garantiza en la medida en que, al exigir su convocatoria, de acuerdo con el artículo 149.1.32ª, la previa autorización del Estado, obliga a las partes a negociar las condiciones y características del referéndum.

Esta opción plantea un problema temporal en la medida en que, dada la regulación actual de los EA, exigiría la previa reforma del EA. Es cierto que el EA de Cataluña —al igual que, con diferencias de matiz, el EA de Andalucía y otros— trataron de abrir esa vía al regular las consultas populares⁴⁴. Pero creo que no es sostenible mantener que esas disposiciones incluyen tácitamente el referéndum, como parte

⁴³ Vid. Alberto LÓPEZ BASAGUREN: *Acerca de la caracterización del Estatuto de autonomía en una perspectiva federal*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2011, pp. 21 ss.

⁴⁴ Vid. artículos 29 y 129 del EA de Cataluña, artículos 30 y 78 del EA de Andalucía y otros. Sobre ello, puede verse A. LÓPEZ BASAGUREN: *Acerca de la caracterización...*, cit., pp. 22-23, en texto y nota; así como César AGUADO RENEDO: «El referéndum autonómico», en Javier MATIA PORTILLA (ed.): *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, CEPC, 2011, pp. 389 ss.

integrante de las «consultas populares», cuando sus proponentes excluyeron expresamente el término referéndum para no impedir su aceptación por la Comisión Constitucional del Congreso⁴⁵. Y eso es lo que parece desprenderse tanto de la STC 103/2008, de 11 de septiembre, sobre la ley vasca de la consulta⁴⁶ como de la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del EA de Cataluña⁴⁷.

Considero que resulta indispensable impulsar la apertura de la vía constitucional para la realización de un referéndum en Cataluña sobre la secesión, en la medida en que, como ha ocurrido hasta ahora, una mayoría muy cualificada de las fuerzas políticas con representación parlamentaria en Cataluña así lo demande. Pero creo que es fundamental ser rigurosos con los procedimientos que permitan, en su caso, la realización del mencionado referéndum. El primer principio a respetar es el de legalidad: no puede pretenderse por parte de las fuerzas políticas catalanas, ni por sus instituciones, la realización de un referéndum sobre cuya legalidad no haya pleno consenso. Sin la aceptación de ese principio no se puede avanzar por las vías del nuevo paradigma constitucional. Pero el Gobierno del Estado tiene que mostrarse dispuesto a hablar sobre la posibilidad de convocar el referéndum, poniendo encima de la mesa las condiciones que considera indispensables para que esa convocatoria sea posible legalmente. El cumplimiento de los procedimientos legales requeridos —incluida, en su caso, la reforma estatutaria— puede, sin duda alguna, formar parte de esas condiciones; y también las cautelas frente a una proliferación incontrolada de los *referenda* por la soberanía, especialmente en un contexto constitucional como el español. Porque, si es verdad que parecía superada la época de «los entusiasmos indiscriminados por las manifestaciones supuestamente *directas* de la voluntad popular»⁴⁸, podemos encontrarnos en una nueva vuelta a las bondades del referéndum, especialmente en el tema que ocupa este trabajo. El referéndum «no es una panacea»⁴⁹ y no puede ser un recurso sin cautelas, sin grave riesgo del sistema constitucional.

El diálogo democrático entre las instituciones del Estado y las de la CA que pretende la realización de un referéndum sobre la secesión —y entre los partidos que sostienen a unas y otras— es esencial para la legitimidad del sistema democrático y en ese proceso se debe dilucidar la relación entre legalidad y legitimidad democrática. Impuesto el inexcusable respeto del principio de legalidad, es necesario, sin

⁴⁵ Las disposiciones citadas se refieren a «encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32ª de la Constitución» (artículo 122 EA de Cataluña) (énfasis añadido). El *Consell de Garanties Estatutaries* de Cataluña ha sostenido la opinión contraria en el Dictamen 3/2010, de 1 de marzo, sobre la Ley catalana 4/2010 de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum.

⁴⁶ *Vid.*, sobre esta Sentencia, Alberto LÓPEZ BASAGUREN: «Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La Ley vasca de la “consulta” ante el Tribunal Constitucional (Consideraciones con ocasión de la STC 103/2008)», en *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, nº 9, 2009, pp. 202 ss.

⁴⁷ *Vid.* A. LÓPEZ BASAGUREN: *Acerca de la caracterización...*, *cit.*, p. 23, en texto y nota.

⁴⁸ Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 167.

⁴⁹ Cfr. M. QVORTRUP, *op. cit.*, p. 13.

embargo, afrontar la prueba de la legitimidad democrática de la regulación legal. Un proceso en el que se ponen a prueba la fortaleza del fundamento democrático de unas y otras posturas, más allá de su adopción por la mayoría. Pero la legitimidad democrática, como puso de relieve el TS de Canadá, no se asienta, exclusivamente, sobre una comprensión omnímoda del principio democrático. Es la interrelación –y la limitación recíproca– de los principios que subyacen a la Constitución –que el TS de Canadá identificó de forma difícilmente contestable en democracia, federalismo, constitucionalidad y legalidad y protección de las minorías– la que sitúa los márgenes de la legitimidad democrática de las diferentes posturas.

La necesidad de plantearse seriamente el desbloqueo de la legalidad de un referéndum por la independencia en Cataluña, en caso de que una mayoría cualificada de sus fuerzas políticas representativas así lo quieran, no puede hacer olvidar el significado de la legalidad del referéndum como proceso de determinación de las condiciones de realización. Pero, sobre todo, no puede hacer olvidar el significado de un hipotético resultado favorable a las pretensiones independentistas en un referéndum de esa naturaleza. A pesar de los precedentes de Canadá y de RU, los promotores de la independencia siguen planteándolo como una especie de «principio del fin» de un proceso cuyo resultado sería poco menos que inevitable. Por el contrario, como muestran los casos a los que se ha hecho referencia, podría ser calificado como un «fin del principio», un momento que cambia las cosas radicalmente desde el punto de vista cualitativo, pero al que le queda por delante un largo camino, en el que la negociación de la hipotética independencia es complejo y condiciona los derroteros futuros de ese hipotético nuevo Estado⁵⁰.

⁵⁰ La negociación interna y los términos en que se realice pondrá en juego la legitimidad respectiva de las dos partes y, muy posiblemente, condicionará la factibilidad futura del hipotético nuevo Estado independiente. En el ámbito internacional lo determinante no es el nacimiento de un nuevo Estado –en gran medida, una cuestión de hecho–, sino su reconocimiento por los demás Estados, de forma que su nueva existencia sea viable. A estos efectos, el proceso que se haya seguido en su nacimiento puede condicionar el proceso de reconocimiento. *Vid.*, sobre esta cuestión, Antonello TANCREDI: «A normative “due process” in the creation of States through secession», en Marcelo G. KOHEN (ed.): *Secession...*, *cit.*, pp. 171 ss.

RESUMEN: Este trabajo analiza la secesión de territorios en la Constitución española. En primer lugar, hay que constatar que el texto constitucional afirma la «indisoluble unidad» de España, lo que excluye la posibilidad de secesión de territorios sin previa reforma de la Constitución. La exigencia de reforma, sin embargo, no viene motivada por la singular refacción del artículo 2 de la Constitución, sino que es consustancial a los sistemas democráticos, aunque no incluyan, de forma expresa, la indisolubilidad del Estado. Pero, el análisis constitucional de la secesión, ¿debe concluir con esta constatación? En los últimos decenios se ha ido construyendo un nuevo paradigma constitucional sobre la forma en que las Constituciones democráticas deben abordar las reclamaciones secesionistas, atendiendo a los principios que subyacen a la Constitución. Esta vía es la que han desbrozado países como Canadá, al afrontar la reclamación de independencia de Québec, o Reino Unido, al afrontar la reclamación de independencia de Escocia. Este trabajo trata de analizar la forma en que estos principios son aplicables en la Constitución española.

PALABRAS CLAVE: Secesión; independencia; «derecho a decidir»; referéndum; Québec; Escocia.

ABSTRACT: This paper analyzes the secession of territories under the Spanish Constitution. First, we must note that the Constitution provides the «indissoluble unity» of Spain; that means that the secession of territories without prior amendment of the Constitution has to be excluded. But the need for constitutional Amendment, however, in general rule which applies to all democratic Constitutions, even them which doesn't include expressly the State's indissolubility. But does that means that constitutional analysis of secession should conclude with this statement? In the last decades it has been building a new constitutional paradigm about how democratic constitutional systems must address secessionist claims, according to the principles underlying the Constitution. Countries like Canada, regarding claims for sovereignty of Québec, and United Kingdom, regarding claims for Independence of Scotland, have gone down this path. This paper attempts to analyze how these principles apply in the Spanish constitutional system.

KEY WORDS: Secession; Independence; «right to decide»; referéndum; Québec; Scotland.

Recibido: 26 de mayo de 2013

Evaluated: 3 de junio de 2013

Aceptado: 6 de junio de 2013

EL DERECHO DE SECESIÓN EN CANADÁ: UNA REGULACIÓN JURÍDICA COMPLETA Y UN PROBLEMA POLÍTICO SIN RESOLVER

THE RIGHT TO SECEDE IN CANADA: A COMPREHENSIVE LEGAL FRAMEWORK AND AN UNSOLVED POLITICAL ISSUE

ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ
Profesor Titular de Derecho administrativo
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE Y PARCIAL RESUMEN DE LA HISTORIA DEL CANADÁ. III. EL SECESIONISMO DE QUÉBEC. IV. EL DICTAMEN DE LA CORTE SUPREMA CANADIENSE DE 20 DE AGOSTO DE 1998 SOBRE LA SECESIÓN DE QUÉBEC. V. LA LEGISLACIÓN POSTERIOR A LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA: LA LEY DE LA CLARIDAD Y LA LEY DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE QUÉBEC: 1. La Ley sobre la claridad: una solución desde la Federación. 2. La Ley sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y del Estado de Québec: respuesta del nacionalismo quebequés. VI. ¿Y AHORA QUÉ?

I. INTRODUCCIÓN

En estas páginas nos vamos a ocupar de analizar la regulación jurídica del derecho de secesión de los territorios que conforman Canadá¹ y que, hoy por hoy,

¹ Canadá está formado por las provincias de Québec, Ontario, Nuevo Brunswick, Nueva Escocia, Manitoba, Columbia Británica, Isla del Príncipe Eduardo, Saskatchewan, Alberta y Terranova y Labrador, y los territorios de Territorio del Noroeste, Yukon y Nonavut. Las cuatro primeras agrupa-

es para los partidarios del reconocimiento de este derecho a las nacionalidades y regiones que integran la nación española el paradigma o, cuando menos, el espejo en el que mirarnos para resolver nuestros problemas de configuración territorial. Si primero se fijaron en la vía italiana a la autonomía regional y, después, en el federalismo cooperativo alemán, desde hace algún tiempo operadores políticos y jurídicos han vuelto sus ojos al extenso país que hoy conocemos con el nombre de Canadá hasta el punto de que algunos, queriendo llevar su comparativismo tan lejos como puedan –y cayendo en el ridículo, a mi juicio– han llegado a equiparar los derechos de los pobladores aborígenes con los derechos históricos contemplados en la disposición adicional primera de nuestra Constitución o, si se quiere expresar de otra manera, a los *inuits* con los vascos².

La regulación del derecho de secesión canadiense se plantea, desde muchos sectores, como un modelo a imitar porque ha sido capaz de dar solución a los problemas de integración de un Québec nacionalista con el resto de Canadá (*Rest of Canada*, ROC) cuando, como tendremos ocasión de comprobar, tal afirmación no se compadece con la realidad. Pero, para llegar a esta conclusión y analizar el derecho de secesión en Canadá antes deberemos transitar, siquiera sea con las limitaciones de un trabajo de estas características, por la historia o, al menos la reciente historia de Canadá y, sobre todo, de los desencuentros entre un Québec francófono formando parte de un territorio anglófono y la solución que desde las instancias federales se ha dado con la Ley por la que se da efecto a la exigencia de claridad formulada por la Corte Suprema de Canadá en su dictamen sobre la remisión relativa a la secesión de Québec (*Clarity Act*, nº 26 de 2000, sancionada el 29 de junio de 2000) e inmediatamente respondida por el nacionalismo quebequés con la Ley sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y del Estado de Québec, de 13 de diciembre de 2000.

II. BREVE Y PARCIAL RESUMEN DE LA HISTORIA DEL CANADÁ

«El conocimiento de la historia no tiene, para el estudioso de la situación político-jurídica del Canadá actual, un mero carácter accesorio, sino que es imprescindible para conocer y tratar de comprender la realidad presente», ha escrito con toda razón CASTELLÀ ANDREU³. Es imprescindible, pues, que abordemos de manera breve y parcial (en el sentido de que no nos podemos ocupar de toda la rica problemática que en no muchos siglos ha dado lugar) la historia de Canadá.

das con la entrada en vigor del Acta de América del Norte británica de 1 de julio de 1867 y las demás en el periodo comprendido entre 1870 y 1999.

² En este sentido, LÓPEZ AGUILAR, Juan Francisco, «Canadá y España: una comparación desde el federalismo contractual», *Autonomías*, nº 25, 19, p.14.

³ CASTELLÀ ANDREU, Joseph M^a, «La evolución político constitucional de Canadá», *Canadá: introducción al sistema político y jurídico*, Esther MITJANS y CASTELLÀ ANDREU, Joseph M^a (coords.), Universidad de Barcelona, Barcelona, 2001, p. 28.

Según los arqueólogos, la presencia humana al norte del Yukón está establecida hace más de 25.000 años, así como hace más de 10.000 en lo que hoy conocemos como Ontario. Fueron tribus prehistóricas procedentes de Asia que llegaron a través de Alaska cruzando el estrecho de Bering y de ahí fueron desplazándose hacia el sur. A estos primeros pobladores se les denomina recientemente «primeras naciones» o aborígenes y son los *inuits* (antes conocidos como esquimales), los hurones, los iroqueses, etc. Pero los primeros indicios conocidos están dictados en nuestra era, concretamente en el siglo XI (hacia el año 1000) cuando los vikingos llegaron a estas tierras con el hijo de ERIK EL ROJO, LEIF ERICSSON, y establecieron una pequeña colonia (*L'Anse aux Meadows*) al norte de Terranova.

Siglos más tarde, y más concretamente en los últimos años del siglo XV (1497-1498), un marinero italiano llamado Giovanni CABOTO (Jhon Cabot), en una expedición patrocinada por el rey ENRIQUE VII de Inglaterra, exploró la costa atlántica y redescubrió las costas orientales de Canadá (la península del Labrador) creyendo, como Cristóbal COLÓN, que había encontrado una nueva ruta hacia Asia. Después, en 1534, un francés, Jacques CARTIER, buscando una ruta hacia Catay remontó el río San Lorenzo hasta el emplazamiento de lo que hoy es Montreal. Tanto CABOT como CARTIER reclamaron para Reino Unido y Francia, respectivamente, estas tierras, con lo que comenzaron a repartirse el vasto territorio, siendo Québec y Montreal para Francia, mientras que los ingleses se quedaron con otra parte como Terranova y la Península del Labrador. Durante todo el siglo XVI exploradores franceses y británicos recorrieron, como es sabido, América del Norte, pero sin llegar a establecerse, pues, ni unos ni otros querían conquistar las nuevas tierras ni dominar a sus aborígenes.

A principios del siglo XVII las compañías mercantiles empezaron a instalarse ante el aumento del comercio, sobre todo de pieles, con los indígenas. Samuel DE CHAMPLAIN fundó, el día 3 de julio de 1608, la ciudad de Québec. A diferencia de los imperios coloniales español y portugués, franceses y británicos cedieron a compañías mercantiles privadas la explotación de las tierras y sus recursos a cambio del pago de unas cantidades a la Corona. En 1627, el cardenal RICHELIEU fundó la Compañía de la *Nouvelle France* o de los Cien Asociados, encargada de instalar colonos en aquellos territorios y a la que se atribuyó el monopolio del comercio de las pieles. A mediados del siglo XVII, Canadá fue declarada provincia francesa, después que comenzaran a hacerse viajes comerciales anuales para la explotación de las pieles. Cuando el monopolio pasó a manos de la monarquía, la provincia de Canadá pasó a convertirse en la colonia de la *Nouvelle France*. Los franceses reclamaron un territorio que se extendía desde el Lago Superior hasta el golfo de México, estableciéndose a lo largo del río San Lorenzo y alrededor de los Grandes Lagos. Mientras tanto, los británicos crearon en 1670 la *Hudson's Bay Company*, y se anexionaron los territorios del Noroeste, incluidas las que serían las Trece colonias.

Con el Tratado de Utrecht, en 1713, Francia e Inglaterra se repartieron Canadá. El dominio británico se extendió a la parte continental de Nueva Escocia, así como a los territorios contiguos a la bahía de Hudson y Terranova.

La rivalidad entre Gran Bretaña y Francia por el dominio colonial de América del Norte tuvo su episodio capital en la Guerra de los Siete Años (1756-1763), que marcó el futuro de buena parte de aquellas tierras. Esta guerra concluyó –tras la batalla de las llanuras de Abraham, que puso fin al sitio de la ciudad de Québec (1759) y la caída de Montreal (1760)– con la firma del Tratado de París de 1763, por el que la mayoría del territorio canadiense pasó a formar parte del Reino Unido. De esta manera, la *Nouvelle France*, que pronto pasó a denominarse Québec⁴, se convirtió en un territorio aislado dentro de una mayoría anglófona. El Derecho francés vigente fue sustituido por el sistema jurídico británico, aunque por poco tiempo, pues, en virtud de la *Québec Act* de 1774, se volvió al sistema francés de Derecho privado. El motivo de este cambio se haya en el temor de los británicos a que los «canadienses» se unieran a los habitantes de las Trece colonias en su revolución⁵.

En 1791, el parlamento inglés aprobó la *Constitutional Act*, en virtud de la cual Québec se dividía en dos provincias: el Alto Canadá (*Upper Canada*) de mayoría anglófona (lo que hoy es la provincia de Ontario) y el Bajo Canadá (*Lower Canada*) de mayoría francófona (lo que hoy es la provincia de Québec). Mientras el Alto Canadá se expandió notablemente, aumentó la población y el comercio; el Bajo Canadá, por el contrario, no tuvo el mismo progreso que el Norte, por lo que aquellos demandaron la independencia. Esta división del Canadá no produjo sino conflictos (singularmente, la revueltas de 1836-1838), que fueron duramente reprimidos por la Corona. Ante esta situación, el gobierno inglés envió a Ottawa a Lord LAMBTON DURHAM, a la vez gobernador de las dos provincias y alto comisario real, con la finalidad de informar sobre la situación política en las colonias.

El célebre informe Durham, desde el punto de vista que nos interesa, sirvió de base para la unión de las dos provincias mediante la *Union Act* de 1840 (formalmente *British North America Act*), que creó la provincia de Canadá; así como para la inauguración de un gobierno responsable ante la Asamblea en 1848. Los años siguientes se caracterizaron por las políticas conciliatorias entre anglófonos y francófonos.

En 1867, el 1º de julio, la *British North America Act* (BNA), que es el resultado de las Conferencias de Charlottetown y de Québec, dio a luz a la moderna y autónoma Canadá. Dicha ley constitucional indicaba que las provincias de Ontario, Québec, New Brunswick y Nueva Escocia acordaban crear el «Dominio»⁶ de Canadá. La BNA no pretendía crear un Estado nuevo, sino sólo dotarse de unas instituciones comunes autónomas del Imperio al que ni tan siquiera pensaron abandonar. Cada provincia tendría su propio gobierno y parlamento, así como su repre-

⁴ Una *Royal Proclamation* de 7 de octubre de 1763 determinó que la antigua colonia francesa de la *Nouvelle France* pasaría ser la Provincia de Québec.

⁵ En este sentido, SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *Estado federal y «Estatuto particular»*, IVAP-MP, Madrid, 1997, p. 32.

⁶ El término «Dominio» está extraído del *Libro de Los Salmos* y se utilizó para evitar el de *Kingdom* que podría disgustar a los habitantes de la nueva nación que había nacido y que habían hecho la revolución e independizado del United Kingdom.

sentante de la corona (vicegobernador). Además, se estableció un gobierno federal en Ottawa y un legislativo compuesto por los comunes y el senado, así como un gobernador general representante de la corona⁷.

Para Québec la creación del «Dominio» de Canadá suponía la garantía de una Asamblea propia de mayoría francófona con poderes en materias tan importantes como educación, cultura y la mayor parte del Derecho privado⁸.

En los años siguientes pasaron a formar parte del «Dominio» de Canadá nuevos territorios, como ya hemos tenido ocasión de señalar⁹, y en paralelo se irían produciendo una serie de acontecimientos que tendrán un primer hito el 11 de diciembre de 1931 con la promulgación del Estatuto de Westminster que determinó la total independencia de Canadá con el nombre de Dominio de Canadá, denominación que dejaría de usar en 1967. Y, más adelante, concluirán con lo que se conoce como la patriación o repatriación de la Constitución de Canadá con la promulgación de la *Canada Act* de 1982, que fue asumida por todas las provincias excepto por la de Québec, como tendremos ocasión de señalar.

III. EL SECESIONISMO DE QUÉBEC

En los más de cien años de vida de la Federación canadiense, las relaciones entre ésta y Québec han pasado por todo tipo de momentos como consecuencia de las diferencias culturales, económicas, religiosas, lingüísticas, etc., que existen entre un mundo mayoritariamente anglófono y una minoría francófona.

A principios de la década de los sesenta del siglo pasado es cuando podemos situar el origen del movimiento secesionista, aunque otros opinan que, en realidad, las ideas separatistas parten desde 1763, en el instante mismo en que Francia cede sus posesiones canadienses a Gran Bretaña. En estas fechas, amplios sectores de la comunidad francófona de Québec comenzaron a verse no como una minoría dentro de Canadá, sino como una mayoría dentro de su propio país, Québec; y, en consecuencia, reclamaron la consideración de una «sociedad distinta» y el respeto a esta peculiaridad; en definitiva, reconocimiento y respeto a formar «una nación dentro de la nación»¹⁰. Con Jean LESAGE, dirigente del Partido Liberal que accede a formar gobierno en Québec en 1960, se pone en marcha lo que se ha denominado la *révo-*

⁷ Coincidimos con CHACÓN PIQUERAS, Carmen y RUIZ ROBLEDO, Agustín, «El dictamen sobre la secesión de Québec: un comentario», *Punto de vista*, nº 5, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonomics y Locals, Barcelona, octubre de 1999, p. 6, en que desde su nacimiento la Federación canadiense está en crisis, pues fue rechazada por la mitad de los diputados francófonos y porque apenas firmada Nueva Escocia intento abandonar el Domino.

⁸ SAIZ ARNAIZ, A., *Estado federal...*, cit., p. 34.

⁹ Manitoba en 1870, Bahía de Hudson y la British Columbia (1871), en 1873, la isla Príncipe Eduardo, en 1905 su unirán a la Confederación Alberta y Saaskatchewan y en 1907 Terranova.

¹⁰ También, un grupo de intelectuales y trabajadores entendían que la crisis económica que sufría Québec era culpa de la Federación canadiense y, por ello, propugnaban dos alternativas: un mejor sis-

lution tranquille (un proceso que transformó la sociedad quebequesa, rural y conservadora, en una moderna sociedad industrial), que produjo, entre otros resultados, el nacimiento del nacionalismo quebequés moderno. El grito del presidente francés DE GAULLE «Vive le Québec libre» durante un discurso pronunciado en 1967 en el Montreal Hall city también hizo mucho por las aspiraciones nacionalistas de buena parte de la sociedad quebequesa, pues constituía un claro apoyo a aquéllas. El *Parti Québécois* (PQ), fruto de la fusión entre el *Mouvement souveraineté-association* y el *Ralliement nationale*, se constituirá al final de esta década, eligiendo a René LEVESQUE, líder del primer grupo, como presidente.

Al principio de la década de los setenta se produjo el secuestro y posterior asesinato del Ministro de Trabajo e Inmigración de Québec Pierre LAPORTE por el *Front du liberation de Québec* (FLQ) durante la crisis de octubre. El Primer Ministro canadiense, Pierre TRUDEAU, adoptó la *War Measures Act* que permitió redadas y arrestos masivos con el fin de encontrar al ministro secuestrado, suspendiendo los derechos individuales.

El PQ ganaría las elecciones en Québec en 1976 siendo René LEVESQUE nombrado primer ministro de la provincia, quien convocó el primer referéndum secesionista, que tuvo lugar el 20 de mayo de 1980 con la anuencia del gobierno federal y que se saldó con un resultado desfavorable a los secesionistas, pues el 59,6% de los votantes, con una participación del 85,6%, lo hicieron en contra de la pregunta que se formuló y que planteaba el inicio de negociaciones con la Federación canadiense con el fin de establecer una fórmula de soberanía-asociación. En concreto, la pregunta que se formuló en el referéndum fue la siguiente:

«El gobierno de Québec ha dado a conocer su propuesta de llegar, con el resto de Canadá, a un nuevo acuerdo fundado sobre el principio de la igualdad de los pueblos. Este acuerdo permitirá a Québec adquirir la facultad exclusiva de dictar sus leyes, percibir sus impuestos y establecer sus relaciones exteriores –lo que constituye su soberanía– y, al mismo tiempo, mantener con Canadá una alianza económica en la cual esté incluido el uso de la misma moneda; no se aportará ningún cambio, a raíz de estas negociaciones, al régimen político sin el acuerdo de la población consultada por vía de otro referéndum.

¿Otorga usted al gobierno de Québec el mandato de negociar el acuerdo propuesto entre Québec y Canadá?

El citado primer ministro canadiense, Pierre TRUDEAU, inició lo que se ha dado en denominar la patriación o repatriación de la Constitución que concluyó con la *Constitution Act* de 1982, que contó con el voto en contra de la Asamblea Nacional de Québec, que consideró, además, este hecho como una ruptura del pacto establecido en 1867 cuando las cuatro provincias formaron el «Dominio» de Canadá y al que se fueron adhiriendo las provincias y territorios que hoy forman Canadá. Los

tema de relaciones con las demás provincias y con el Gobierno federal, o la independencia de Québec y su constitución como Estado libre y soberano.

nacionalistas estimaron que la *Constitution Act* de 1982 no había recogido ninguna de sus reivindicaciones descentralizadoras y, además, que los derechos que se incorporaban en este documento cuestionaban la situación lingüística y educativa de Québec, lo que constituía un elemento central de su autonomía.

Dos nuevos intentos (Acuerdo del Lago Meech, 1990 y Acuerdo de Charlottetown, 1992¹¹) concluyeron en sendos fracasos para lograr el voto afirmativo de la Provincia de Québec a la Constitución de Canadá. En el primero, después de aceptar el primer ministro canadiense y los 10 primeros ministros de las provincias las condiciones que señalaba Québec para aceptar la Constitución¹², los parlamentos de las provincias de Manitoba y Terranova rechazaron el acuerdo, pues no aceptaban el concepto de «sociedad distinta» enunciado para designar a Québec. El segundo fue rechazado en referéndum por el 54,3% de los votantes quebequeses, posiblemente porque para Québec era demasiado poco, y demasiado tarde para los demás (los del ROC) justo porque pensaban lo contrario¹³.

El PQ volvería a ganar las elecciones de septiembre de 1994. El Gobierno presidido por Jacques PARIZOU se presentó con un programa electoral en el que preveía efectuar otro referéndum sobre la soberanía de Québec¹⁴. Esta consulta tuvo lugar el 30 de octubre de 1995 y los quebequeses hubieron de responder a la siguiente pregunta que era bastante más simplificada que la del referéndum anterior:

«Acepta usted que Québec se vuelva soberano, después de haber ofrecido formalmente a Canadá, una nueva alianza política y económica en el marco de un proyecto de ley sobre el futuro de Québec y del acuerdo firmado el 12 de junio de 1995¹⁵?».

¹¹ Sobre estos Acuerdos, *vid.*, MITJANS PERELLO, Esther, «De la patriación al referéndum: el desacuerdo constitucional», *Canadá: introducción...*, cit., pp. 57 y ss.

¹² Las condiciones que planteó la provincia de Québec y que fueron aceptadas fueron las siguientes:

1ª Reconocimiento de Québec como sociedad distinta.

2ª Derecho de veto sobre todo cambio de Constitución.

3ª Garantías en materia de nombramiento de jueces quebequeses ante la Corte Suprema de Canadá.

4ª Posibilidad por parte de las provincias de retirarse de todo programa federal con plena compensación financiera.

5ª Completa responsabilidad de Québec en materia de inmigración sobre su territorio.

¹³ CHACÓN PIQUERAS, Carmen y RUIZ ROBLEDO, Agustín, «El dictamen sobre la secesión...», cit., p. 8.

¹⁴ El gobierno Parizou presentó ante la Asamblea de la provincia un anteproyecto de ley (*Loi sur la souveraineté de Québec*) y un proyecto de ley (*Loi sur l'avenir du Québec*), en los que se habilitaba a la Asamblea a tomar esa iniciativa. Este último proyecto de ley contenía en el preámbulo la siguiente declaración: «Nosotros, el pueblo de Québec, a través de nuestra Asamblea nacional, proclamamos: Québec es un país soberano». El artículo 1º proclamaba de qué forma podía hacerse efectiva esa declaración: la Asamblea nacional está autorizada, en el marco de la presente ley, a proclamar la soberanía de Québec. Esta declaración debe ir precedida de una oferta formal de asociación (partenariat) económica y política con Canadá».

¹⁵ El acuerdo a que se refiere la pregunta es el que firmaron el PQ, el Bloc Québécois y el Partido de Acción democrática de Québec definiendo las modalidades de acceso de Québec a la soberanía y las reglas que regirían las negociaciones en torno a una alianza que proponer al resto de Canadá.

El resultado de este referéndum fue, también, contrario a la pretensión secesionista por un estrecho margen: 50,6% a favor del no, 49,4 a favor del sí, con una participación del 93% del electorado.

El Gobierno de Québec con Lucien BOUCHARD al frente anunció que si ganaba las próximas elecciones convocaría un nuevo referéndum cuando se dieran las «circunstancias ganadoras». El Bloc Québécois ganó las elecciones el 2 de junio de 1997.

Ante esta situación, el primer ministro canadiense, Jean CHRETIEN, puso en marcha una serie de iniciativas que trataban de convencer a los quebequeses de la necesidad de permanecer dentro de la federación, como, por ejemplo, la aprobación de una Resolución de las dos Cámaras federales que reconoce el carácter de «sociedad distinta» de Québec o, si se prefiere, el reconocimiento de «two nations» en Canadá e instaba al legislativo y al ejecutivo a tomar nota de ello y actuar en consecuencia; al tiempo que, cambiando de estrategia y dando origen a lo que se ha llamado el Plan B para retener a Québec dentro de Canadá, decidió acudir a la Corte Suprema para que aclarara tanto las condiciones de un posible nuevo referéndum como las de un eventual proceso de secesión.

IV. EL DICTAMEN DE LA CORTE SUPREMA CANADIENSE DE 20 DE AGOSTO DE 1998 SOBRE LA SECESIÓN DE QUÉBEC

Ante las exigencias de algunos sectores federalistas de cerrar la vía del referéndum anunciada por los secesionistas quebequeses, el Gobierno federal, por Decreto C.P. 1996-1497, el 30 de septiembre de 1996, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley sobre la Corte Suprema de 1985, se dirigió a ésta solicitando su *avis* acerca de tres cuestiones:

1ª. ¿La Asamblea nacional, el legislador o el gobierno de Québec pueden, en virtud de la Constitución de Canadá, proceder unilateralmente a la secesión de Québec del Canadá?

2ª. ¿La Asamblea nacional, el legislador o el gobierno de Québec poseen, en virtud del Derecho internacional, el derecho de proceder unilateralmente a la secesión de Québec de Canadá? A este respecto, en virtud del Derecho internacional, ¿existe un derecho de autodeterminación que proporcionaría a la Asamblea nacional, el legislador o el gobierno de Québec el derecho de proceder unilateralmente a la secesión de Québec del Canadá?

3ª. Entre el Derecho interno y el Derecho internacional ¿cuál de los dos tendría preferencia en Canadá en caso de conflicto entre ambos en cuanto al derecho de la Asamblea nacional, el legislador o el gobierno de Québec a proceder unilateralmente a la secesión de Québec de Canadá?

El 20 de agosto de 1998, la Corte Suprema emitió su Avis respondiendo a las cuestiones que le fueron planteadas¹⁶.

Antes de responder a las preguntas formuladas por el gobierno federal, el *amicus curiae*¹⁷ planteó a la Corte su incompetencia para resolver estas cuestiones por falta de jurisdicción o, mejor dicho, tachando de inconstitucional el precepto de la Ley de la Corte Suprema en el que el Gobierno federal justificaba su demanda y, en su defecto, por falta de enjuiciabilidad de las preguntas, ya que se tratan de cuestiones demasiado teóricas, políticas y no jurídicas y no pueden ser objeto de controversia judicial. La Corte rechazó estos planteamientos y determinó su competencia para responder a las cuestiones que le habían sido planteadas, negando la inconstitucionalidad invocada del artículo 53 de la Ley sobre la Corte Suprema. Y, por otro lado, tampoco estimó la falta de enjuiciabilidad de las preguntas planteadas, ya que –indicó– «son de una importancia fundamental para el público (“que tocan al corazón mismo de nuestro sistema de gobierno constitucional”, también afirmará) y no son tan imprecisas o ambiguas como para que no pueda responder a ellas de forma ajustada a Derecho».

La Corte Suprema ofreció las respuestas siguientes a las cuestiones planteadas.

La Constitución –comenzará afirmando en respuesta a la primera pregunta– no es sólo una norma escrita, sino que también está integrada por una serie de principios que rigen el ejercicio del poder constitucional. El federalismo, la democracia, el constitucionalismo, la primacía del derecho y el respeto a las minorías (que la Corte analiza en profundidad en el contenido de su dictamen) son algunos de estos principios que deben presidir («principios constitucionales directores fundamentales que son pertinentes» –afirmará la Corte Suprema–) la opinión de la Corte sobre las cuestiones planteadas.

Los que apoyan la existencia de un derecho a la secesión unilateral se fundan en el principio democrático, pero la democracia no es sólo la regla de la mayoría. La democracia existe en el contexto de otros valores constitucionales: ninguno de estos principios pueden ser definidos haciendo abstracción de los otros y ninguno de estos principios puede impedir o excluir la aplicación de los demás. Desde que se constituyera la Confederación, los habitantes de las provincias y territorios han creado estrechos lazos de interdependencia (económicos, sociales, políticos y culturales) basados en unos valores comunes que comprenden los principios señalados. Una decisión democrática de Québec a favor de la secesión comprometería esos lazos. La Constitución asegura el orden y la estabilidad y, por tanto, la secesión de una Provincia no puede ser ejercida unilateralmente en virtud de la Constitución, es

¹⁶ El dictamen de la Corte Suprema de Canadá se puede ver en el sitio Internet; <http://csc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/fr/item/1643/index.do?r=AAAAAQAJUmVmZXJlbmNIAAAAAAE> (visitado el 8 de enero de 2013).

En la literatura jurídica española, *vid., in totum*, BILBAO UBILLOS, Juan María, «La secesión de Québec», *Cuadernos Alzate*, n° 21, pp. 83-118.

¹⁷ El *amicus curiae* fue designado por la Corte Suprema para que defendiera la posición de la Provincia de Québec, ya que ésta no se personó en el procedimiento.

decir, sin negociación, basada en los señalados principios, con las otras partes de la Confederación en el marco constitucional vigente, ya que comporta una modificación de la Constitución.

Québec no podría, aunque el resultado de un referéndum fuera claro, apelar a un derecho a la autodeterminación para imponer al resto de Canadá las condiciones de un proyecto de secesión. El voto democrático, fuera cual fuera la mayoría que se alcanzara, no tendría ningún efecto jurídico y no podría prevalecer sobre el resto de los principios enunciados. Los derechos democráticos basados en la Constitución no pueden ser disociados de las obligaciones constitucionales contraídas. Y, tampoco la proposición inversa es aceptable. Ni el gobierno federal ni las otras provincias podrían negar a Québec el derecho a la secesión si una mayoría clara apoyara un proyecto de independencia, siempre que Québec respetara los demás principios varias veces señalados. En otras palabras, la secesión no es un derecho en una democracia, aunque sigue siendo una posibilidad que el Estado existente podría aceptar ante una voluntad de secesión claramente manifestada. Así las cosas, en virtud de la Constitución, la secesión exige una modificación de la Constitución. Las negociaciones que siguieran deberían conducir a un potencial acto de secesión bajos las condiciones que se estableciesen. Las negociaciones deberían abordar los intereses de las otras provincias, del gobierno federal, de Québec y, de hecho, de los derechos de todos los canadienses dentro y fuera de Québec y, muy especialmente, de las minorías.

La tarea de la Corte consiste en clarificar el marco jurídico en el que las decisiones políticas pueden ser adoptadas, «de acuerdo con la Constitución», pero no usurpar las prerrogativas de las fuerzas políticas que actúan en este marco. Las obligaciones manifestadas por la Corte son imperativas de acuerdo con la Constitución. Sin embargo, serán los sujetos políticos los que deberán determinar en qué consiste «una mayoría clara en respuesta a una pregunta clara». Incluso, si el resultado de un referéndum fuera claramente mayoritario a un apoyo mayoritario a la secesión de Québec, correspondería a los actores políticos determinar el contenido de las negociaciones y el proceso a seguir.

Por lo que respecta a la segunda pregunta planteada por el gobierno federal, los que apoyan una respuesta afirmativa a esta cuestión se fundan en el derecho a la autodeterminación reconocido a todos los pueblos, pero, aunque para una gran parte de la población de Québec, éste comporta un buen número de rasgos que caracterizan un pueblo, no es necesario acudir a este concepto, puesto que el derecho de secesión no tiene su base en el derecho de autodeterminación de los pueblos recogido en los tratados internacionales más que si se trata de un pueblo sometido al dominio colonial o si está sometido al yugo, la dominación o la ocupación extranjeras y, también, incluso, en el caso de un pueblo al que se le impida ejercer su derecho a la autonomía en el Estado del que forma parte. En otras circunstancias, los pueblos deben ejercer su derecho de autodeterminación en el marco del Estado al que pertenece. El Estado cuyo gobierno representa al conjunto del pueblo o de los pueblos que radican en su territorio y que respeta los principios de autonomía

en sus ordenaciones internas, tiene derecho a mantener su integridad territorial en virtud del Derecho internacional y del reconocimiento de esta integridad por los demás Estados. Québec no es un pueblo colonizado ni oprimido y los quebequeses no se ven rechazados a tener un acceso real al gobierno para asegurar su desarrollo político, económico, social, cultural. En estas circunstancias, ni la Asamblea nacional, el poder legislativo o el gobierno de Québec poseen, en virtud del Derecho internacional, el derecho de proceder unilateralmente a la secesión de Québec de Canadá.

De manera coherente, teniendo en cuenta las respuestas ofrecidas a las dos preguntas anteriores, no procede responder a la tercera cuestión porque no existe contradicción entre el Derecho interno y el Derecho internacional.

La decisión, como muy bien ha expresado PÉREZ TREMPs¹⁸, está cargada de un cierto contenido «salomónico» más aparente que real, reconoce la legitimidad constitucional, por democrática, de una manifestación de voluntad secesionista, pero condicionada tanto en su adopción (por el principio democrático) como en sus consecuencias (por el principio federal).

V. LA LEGISLACIÓN POSTERIOR A LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA: LA LEY DE LA CLARIDAD Y LA LEY DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE QUÉBEC

Adoptada la decisión que acabamos de exponer por la Corte Suprema, federalistas y nacionalistas hicieron una lectura de la misma, desde la óptica de sus intereses. Los primeros, consideraron cerrado el derecho de secesión por la vía del referéndum, salvo que hubiera una mayoría «clara» favorable a la secesión como respuesta a una pregunta también «clara»; los nacionalistas pusieron el acento en el reconocimiento que el dictamen de la Corte Suprema había hecho al derecho democrático a separarse de Canadá. Ni unos ni otros se mantuvieron inactivos y, primero, los federalistas promulgaron la Ley nº 26, de 29 de junio de 2000, por la que se da efecto a la exigencia de claridad formulada por el Tribunal Supremo de Canadá en su dictamen sobre la Remisión relativa a la Secesión de Québec, más conocido como Ley sobre la Claridad (*Clarity Act*); y, en respuesta a ésta, los nacionalistas quebequeses aprobaron en la Asamblea de Québec la Ley de 23 de diciembre de 2000, sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y del Estado de Québec. Veamos ambos textos legislativos.

1. La Ley sobre la Claridad: una solución desde la Federación

Como hemos indicado, los federalistas, siguiendo la doctrina establecida en la decisión de la Corte Suprema de 1998, aprobaron la Ley sobre la Claridad, que es un

¹⁸ PÉREZ TREMPs, Pablo, *El marco (a) constitucional del debate sobre la secesión de Québec*, Fundación Pi i Sunyer, Barcelona, 2004, p. 31.

texto breve, puesto que consta de un preámbulo y tres artículos, que, como su propio nombre indica, pretende determinar en qué consisten una pregunta y una mayoría claras –términos y exigencias formulados en el *avis* de la Corte Suprema– en el marco de un referéndum sobre la secesión celebrado en una provincia. Ahora bien, la ley, como veremos, no se limita sólo a lo que acabamos de señalar, sino que también formula algunas previsiones sobre las negociaciones que debería entablar el gobierno federal en el caso de un hipotético triunfo del sí en un referéndum secesionista.

El preámbulo no hace sino reiterar algunas de las afirmaciones formuladas por la Corte Suprema en su decisión de 1998, y, así, comienza recordando que Québec no puede unilateralmente separarse de Canadá ni en virtud del Derecho interno, ni del Derecho internacional, así como que cualquier propuesta de secesión en un Estado democrático constituye una cuestión extremadamente grave y de importancia fundamental para el conjunto de ciudadanos; reconoce, asimismo, el derecho que todo gobierno de la provincia tiene a consultar a su población sobre cualquier materia y a decidir el texto de la pregunta y que para que los resultados de un referéndum creen la obligación de entablar negociaciones que puedan llevar a una secesión debe formularse la cuestión sin ambigüedad alguna y, como resultado del principio democrático, se precisa también de una mayoría clara a favor de la secesión que va más allá de la simple regla de la mayoría. También, recuerda que en esas negociaciones conducentes a la secesión deben participar los gobiernos del conjunto de las provincias y de Canadá y que dichas negociaciones deben estar presididas por los principios que rigen el ejercicio del poder constitucional, esto es, los principios del federalismo, de la democracia, del constitucionalismo y de la primacía del Derecho, así como del respeto a las minorías.

Los tres artículos que la integran regulan estas cuestiones.

El primero tiene por objeto la pregunta o, mejor dicho, el procedimiento para determinar si la pregunta que se pretende formular por el gobierno de la provincia en el referéndum es clara. A este respecto, en su apartado 1º, establece que corresponde a la Cámara de los Comunes el examen de la pregunta y determinar si ésta es clara, lo que debe hacer en el plazo de treinta días, prorrogables –señala el apartado 2º– por cuarenta días más si coincide con la celebración de unas elecciones generales a la Cámara de los Comunes, desde que se depositara en la asamblea legislativa de una provincia, o a cualquier otra comunicación oficial por parte del gobierno de esa provincia.

El apartado 3º explicita los factores que el órgano legislativo federal debe tener en cuenta para acordar la claridad o no de la pregunta y que no son otros que la determinación de «si la pregunta permite a la población de la provincia declarar claramente si quiere o no que ésta deje de formar parte de Canadá y convertirse en un Estado independiente», lo que complementa el apartado 4º por no considerarlas claras en los casos siguientes:

a) Si comporta esencialmente un mandato para negociar sin pedir a la población de la provincia que declare directamente si quiere que la provincia deje de formar parte de Canadá;

b) Si, además de la secesión de la provincia de Canadá, ofrece otras posibilidades, en especial un acuerdo político o económico con Canadá, que haga ambigua la expresión de la voluntad de la población de la provincia en cuanto a saber si ésta debería de dejar de formar parte de Canadá.

El apartado 5º señala qué opiniones debe tener en cuenta la Cámara de los Comunes en el marco del examen de la claridad de la pregunta. Y, en este sentido, manifiesta que deberá tener presente la opinión de los partidos políticos representados en la asamblea legislativa de la provincia cuyo gobierno propone la celebración del referéndum de secesión, las resoluciones o declaraciones oficiales de los gobiernos y asambleas legislativas de las provincias y territorios de Canadá, del Senado, de los representantes de los pueblos autóctonos de Canadá, en particular de los de esa provincia, y cualquier otra opinión que estime pertinente.

Cerrándose este precepto con un apartado 6º que prohíbe al gobierno de Canadá negociar si la Cámara de los Comunes concluye que la pregunta sometida a referéndum no es clara y que, por tanto, no permitiría a la población de la provincia declarar claramente si quiere o no que ésta deje de formar parte de Canadá.

El artículo segundo se ocupa de determinar la mayoría clara que resulta necesaria para que, en virtud del principio democrático, el resultado obtenido obligue a entablar negociaciones conducentes a la secesión. La ley no cuantifica numéricamente esa mayoría, sino que reenvía a la Cámara de los Comunes la adopción de esa decisión para la que deberá tener en cuenta:

- a) La importancia de la mayoría de votos válidamente emitidos a favor de la propuesta de secesión;
- b) El porcentaje de electores admitidos que hayan votado en el referéndum; y
- c) Cualesquiera otros factores o circunstancias que estime pertinentes.

Como en el anterior, en este artículo también se determinan las opiniones que la Cámara de los Comunes deberá tener presente para adoptar su decisión, que serán las de los mismos órganos que los citados en el precepto anterior.

Y, asimismo, como el anterior, concluye prohibiendo al gobierno federal emprender cualquier tipo de negociación si no ha habido una mayoría clara de la población de esa provincia que manifieste su deseo de dejar de formar parte de Canadá, de conformidad con las condiciones expresadas en este precepto.

El artículo 3º y último de la *Clarity Act* tiene por objeto la reforma constitucional –necesaria y obligada– que se derivaría de una hipotética voluntad secesionista manifestada por parte de una provincia de forma clara, conforme a las condiciones establecidas en los preceptos anteriores, pues, como ha señalado la Corte Suprema, la secesión de una provincia afecta al resto de provincias y territorios que conforman Canadá. Por tanto, después de las negociaciones, que deberán versar sobre, al menos, el reparto del activo y del pasivo, las fronteras de las provincias, los derechos e intereses de los pueblos autóctonos y la protección del derecho de las minorías (artículo 3.2), en las que participarían, en especial, los gobiernos del conjunto

de las provincias y de Canadá, sin perder de vista que pueden ser más los actores protagonistas en esta fase, será necesaria la reforma de la Constitución.

2. La ley sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y del Estado de Québec: respuesta del nacionalismo quebequés

Después de esta actuación de los federalistas canadienses, los nacionalistas de Québec respondieron, como ya hemos puesto de manifiesto con otra ley de diciembre de 2000, sancionada por la teniente gobernadora el día 13 del mismo mes y año y que entró en vigor el 28 de febrero de 2001, que pone el acento en el principio democrático como base del derecho a la secesión.

Esta ley es, como acertadamente ha señalado PÉREZ TREMPs, de contenido declarativo¹⁹. Aquí no hay reglas de procedimiento, sino declaraciones de los derechos del pueblo y del Estado de Québec, como muy bien reza su título.

La ley, más extensa que la anterior, está integrada por un preámbulo, trece artículos²⁰ y una disposición derogatoria.

El preámbulo es una declaración de la singularidad y diversidad de Québec; su lengua, historia, cultura, derechos, respeto a las minorías, instituciones propias, etc. y, por supuesto, el principio fundamental en virtud del cual es libre de asumir su propio destino, de determinar su estatuto político y de asegurar su desarrollo económico, social y cultural, esto es, el derecho a independizarse.

El resto de la ley se divide en cinco capítulos. El primero que, bajo la rúbrica «Del pueblo de Québec», recoge el derecho a la independencia, a disponer, de hecho y de derecho, de sí mismo (artículo 1º), a elegir libremente su régimen político y estatuto jurídico (artículo 2º), a ejercer su derecho a disponer de sí mismo a través de sus instituciones políticas y conforme a las modalidades que determinen (artículo 3º) y cuando sea a través de un referéndum celebrado de acuerdo con la ley de consulta popular, la mayoría exigida es el 50% más uno de los votos válidamente emitidos (artículo 4º).

El capítulo segundo se refiere al Estado nacional de Québec, cuya legitimidad se fundamenta en la voluntad del pueblo que habita su territorio que se expresa a través de la elección por sufragio universal de diputados a la Asamblea nacional (artículo 5º); que es soberano en las materias de su competencia «según las leyes y las convenciones de naturaleza constitucional», y que es titular de cualquier derecho establecido en su favor en virtud de una convención o de una obligación constitucional (artículo 6º); y, asimismo, libre de obligarse por cualquier tratado, convenio o acuerdo internacional que afecte a su competencia constitucional, así

¹⁹ PÉREZ TREMPs, P, *El marco (a) constitucional...*, cit., p. 42.

²⁰ El texto inicial estaba compuesto por catorce preceptos, pero después de la consolidación del texto llevada a cabo por la Ley de refundición de leyes y reglamentos, el artículo 14, que preveía la entrada en vigor de la ley cuando determinara el gobierno, fue derogado.

como a establecer y mantener relaciones con estados extranjeros y organizaciones internacionales y asegurar su representación en el exterior (artículo 7º), concluyendo con la declaración del francés como lengua oficial y la obligación del estado de favorecer la calidad y la difusión del idioma francés con el respeto de los derechos de la comunidad anglófona (artículo 8º).

El capítulo tercero se ocupa del territorio de Québec que sólo puede modificarse con consentimiento de la Asamblea nacional y la defensa de cuya integridad corresponde al gobierno (artículo 9º).

El cuarto de los capítulos que componen esta ley lleva por rúbrica «De las naciones autóctonas de Québec» a las que reconoce sus derechos ancestrales o derivados de acuerdos (artículo 11º) comprometiéndose el gobierno a promover el establecimiento y el mantenimiento de relaciones armoniosas con estas naciones, y a favorecer su desarrollo así como la mejora de sus condiciones económicas, sociales y culturales.

Y, el quinto y último capítulo, compuesto por un solo precepto, proclama el derecho de no ingerencia al manifestar que ningún parlamento ni gobierno puede reducir los poderes, la autoridad, la soberanía, la legitimidad de la Asamblea nacional ni constreñir la voluntad democrática del pueblo de Québec para disponer él mismo de su futuro.

Este es, resumido, el contenido de esta ley de Québec que constituye, como hemos expresado, respuesta a la *Clarity Act* y que, como hemos tenido ocasión de ver, declara el derecho del pueblo y del estado de Québec a independizarse de Canadá a través de una consulta formulada a sus ciudadanos en los términos que determine el gobierno québécois y que, de obtener el voto afirmativo de la mayoría más uno de los participantes en la consulta, tendría efectos políticos y jurídicos.

VI. Y ¿AHORA QUÉ?

Después de la aprobación de estas leyes, que son resultados de las distintas lecturas del *Avís* de la Corte Suprema de 20 de agosto de 1998, sobre la secesión de Québec, el problema está lejos de resolverse frente a lo que se afirma desde algunos sectores políticos nacionalistas españoles que ponen como ejemplo de lo que debería hacerse en nuestro país lo realizado en Canadá²¹.

El que fuera el principal propulsor de la Ley sobre la Claridad, el Ministro para Asuntos Intergubernamentales del gobierno Chrétien, el señor Stephan DION, considera que esta ley, que ha convertido a Canadá en el primer gran Estado democrá-

²¹ *Vid.*, por ejemplo, ELORZA, Odón. «Límites y garantías de un proceso independentista», *El País*, 21 de septiembre de 2012, que comienza este artículo periodístico con un a pregunta que encierra una falsedad. Escribe el político socialista-nacionalista: «¿Es posible legalmente y hay condiciones para proponer en España una variante de la llamada Ley de la Claridad en Canadá que ha servido para resolver mediante referéndum la demanda de independencia para el Québec?».

tico que admite su divisibilidad en un texto legislativo, precisa las condiciones en las que el gobierno de Canadá podría entablar una negociación sobre la cesión de una de las provincias, pero el gobierno haría dejación de su responsabilidad para con los quebequeses y cualquier otro grupo de población, sin tener la seguridad de que lo que realmente desean es la independencia y, por ello, el Gobierno sólo aceptaría entablar una negociación sobre la secesión en caso de que la población de una provincia manifestara claramente su voluntad de separarse de Canadá, que tendría que expresarse mediante una mayoría clara que responda a una pregunta que aborde claramente la cuestión de la secesión.

La negociación sólo podría llevarse a cabo en el marco constitucional canadiense y debería tener presentes a todos los sujetos implicados en el proceso, de tal manera que, por ejemplo, en el caso de que poblaciones concentradas territorialmente en Québec solicitaran claramente seguir formando parte de Canadá, debería preverse la divisibilidad del territorio quebequés con el mismo espíritu de apertura que llevó a aceptar la divisibilidad del territorio canadiense.

En conclusión, la secesión en una democracia, entienden los federalistas, no puede hacerse de forma unilateral, sino a través de un proceso de negociación constitucional que se emprendería en el caso de que la secesión contara con un claro apoyo y sólo después de que el proceso negociador hubiera concluido con justicia para todos en el marco de la primacía del Derecho, podría autorizarse la secesión.

Para DION esta ley ha producido el efecto, encuesta tras encuesta, de que los quebequeses elijan un Canadá unido. La mayoría de los quebequeses desean seguir siendo canadienses sin tener que escoger entre una identidad quebequesa y otra canadiense, y desean pertenecer al mismo tiempo al pueblo quebequés y al pueblo canadiense²².

Para los nacionalistas quebequeses, La Ley sobre la Claridad, pese a que reconoce que Québec posee un derecho constitucional de secesión –consecuencia de la decisión tantas veces citada de la Corte Suprema–, es más bien una ley sobre la obligación «de no negociar», puesto que define las circunstancias en las cuales el gobierno de Canadá «no inicia negociación alguna sobre las condiciones en las cuales una provincia podría dejar de formar parte de Canadá»²³. Esta afirmación la basan en que se ha creado un nuevo procedimiento que deja en manos de la Cámara de los Comunes el poder de determinar, por resolución, si la pregunta y la mayoría de un referéndum cumple con las exigencias de claridad definidas por la ley. En suma, afirmarán, la Ley sobre la Claridad contiene una negativa implícita del derecho de secesión que emerge rápidamente cuando se analizan las disposiciones en las que el gobierno puede basarse para no iniciar negociación alguna sobre la secesión de Québec, ya sean las disposiciones sobre la claridad de la pregunta o

²² DION, Stéphane, «Democracia, unidad, secesión: el caso de Québec», *Cuadernos de Pensamiento Político*, nº 3, 2004, pp. 49-57.

²³ TURPP, Daniel, *Las relaciones Québec-Canadá: del impasse constitucional a la autodeterminación política*, en el sitio Internet: www.danielturp.org (visitado el 18 de enero de 2013).

las relativas a la claridad de la mayoría. No sólo la ley deja entender que la claridad supone que una pregunta tiene necesariamente que hacer referencia a la idea de que una provincia «deja de formar parte de Canadá y se convierte en Estado independiente», sino que rechaza de entrada la claridad de una pregunta que haga referencia al mandato de negociar o a una oferta de acuerdo político y económico con Canadá. Esas exclusiones no encuentran ningún fundamento en el dictamen de la Corte Suprema, aunque mencione las expresiones «dejar de formar parte de Canadá» y «convertirse en un Estado independiente», lo que, por cierto, como se recordará, no es cierto, pues la Corte Suprema sí señala la falta de claridad de las preguntas que tengan ese contenido.

En cuanto a la claridad de la mayoría, la Cámara de los Comunes dispone, como conocemos, del poder de determinar la claridad de la mayoría en base a criterios desprovistos a su vez de cualquier claridad. En lugar de declarar que una mayoría clara sería el resultado de la expresión de una mayoría absoluta de votos, la ley establece tres criterios que otorgan discreción absoluta al parlamento permitiéndole rechazar la regla universalmente aceptada del 50% + 1, lo que también está avalado, a nuestro juicio, por la decisión de la Corte Suprema sobre el particular, ya que afirma que el principio democrático no puede aplicarse de manera aislada, sino en conexión con lo que ha denominado principios directores fundamentales del sistema constitucional.

Tras dicho análisis de la Ley sobre la Claridad cabe constatar que, en realidad, dicha ley parece haber levantado múltiples obstáculos frente a las personas que deseen proponer a Québec su adhesión a la soberanía y a la independencia y que parece querer negar el derecho de Québec a la secesión.

Con estas visiones tan dispares no podemos concluir sino que el partido está completamente abierto, al menos, desde el punto de vista político. El federalismo canadiense ha señalado las reglas del derecho a la secesión y el nacionalismo quebequés no las acepta. La pelota sigue, pues, en el tejado.

RESUMEN: Canadá es el único país que ha reconocido el derecho a separarse de la federación. En este trabajo se analiza cómo se ha llegado al reconocimiento de ese derecho. El camino ha sido largo y complejo. Como largo y complejo es, asimismo, la ejecución real y efectiva de ese derecho que, en ningún caso, puede ser unilateral. Si los federalistas dictaron la Ley sobre la Claridad, los nacionalistas quebequeses dictaron la Ley sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y del Estado de Québec como respuesta a aquella. En definitiva, Canadá se ha dotado de una regulación jurídica completa, pero que sigue sin resolver el problema político del nacionalismo.

PALABRAS CLAVE: Canadá, Québec, derecho de secesión, dictamen de la Corte Suprema, Ley sobre la Claridad.

ABSTRACT: Canada is the only country in the world that has recognized the right to secession from the Federation. This paper discusses how that right has come to be recognized. The road has been long and complex. As long and complex as the real and effective implementation of the right that, under no circumstances, can be unilateral. While the Federalists enacted the *Clarity Act*, Québec nationalists in response to it, passed an *Act respecting the exercise of the fundamental rights and prerogatives of the Québec people and the Québec State*. In short, Canada has adopted a comprehensive legal framework, but still does not solve the political issue of nationalism.

KEYWORDS: Canada, Québec, right to secede, *Reference* of the Supreme Court, *Clarity Act*.

Recibido: 19 de abril de 2013

Evaluated: 29 de abril de 2013

Aceptado: 7 de mayo de 2013

LA LIBERALIZACIÓN DEL TRANSPORTE FERROVIARIO

LA OBLIGACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN EL TRANSPORTE FERROVIARIO

PUBLIC SERVICE OBLIGATIONS IN RAILWAY TRANSPORT

JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL

Profesor Contratado Doctor

Departamento de Derecho Administrativo, UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL MARCO NORMATIVO: 1. El Reglamento 1370/2007; 2. La normativa nacional. III. DEFINICIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO: 1. El régimen europeo; 2. El régimen español. IV. CONTRATOS DE SERVICIO PÚBLICO: 1. El régimen europeo; 2. El régimen español. V. CUANTIFICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN: 1. El régimen europeo; 2. El régimen español. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El transporte ferroviario ha presentado tradicionalmente una gran intervención pública. Desde las primeras concesiones a mediados del siglo XIX hasta la nacionalización de la actividad en el siglo XX¹, las autoridades públicas han tenido un evidente protagonismo en la conformación del sector. La liberalización del transporte ferroviario no va a poner fin a esta realidad.

La liberalización exige una reformulación de los instrumentos de intervención pública y de los mecanismos de financiación de dicha intervención. Las autoridades europeas han realizado un gran esfuerzo para precisar el contenido del artículo 93 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en materia de compensación por las obligaciones de servicio público en el transporte y en concreto en el transporte ferroviario. Este esfuerzo se enmarca en una más general aproximación a la materia en el conjunto de los denominados servicios de interés económico general.

¹ BERMEJO VERA, J., *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de RENFE*, Tecnos, Madrid, 1975.

A nadie se le escapa la necesidad de disponer de instrumentos de intervención pública para garantizar adecuados niveles de prestación del servicio en un sector de interés general como el transporte ferroviario. Estos instrumentos pueden consistir en la imposición de servicios no rentables ya sea por la ruta, por las frecuencias, por los horarios o por la calidad del material rodante, por ejemplo.

Las autoridades europeas han definido la figura de las obligaciones de servicio público para canalizar la intervención pública en defensa del interés general y definir el régimen jurídico al que debe adecuarse la intervención². Así, entienden compatible con el tratado la compensación de los costes generados por la imposición de dichas obligaciones de servicio público. La compensación puede adoptar la forma de una subvención, pero también del otorgamiento de derechos exclusivos en una ruta, por ejemplo, o en el conjunto de los servicios de transporte nacional de viajeros. No obstante, el Reglamento 1370/2007³ define estrictas condiciones procedimentales para la imposición de obligaciones de servicio público y para el otorgamiento de compensaciones por las mismas.

En primer lugar, los Estados deben definir con precisión el contenido de las obligaciones de servicio público. Ya no resulta adecuada la mera declaración de un servicio como servicio público, sino que resulta necesario identificar con precisión el contenido de las obligaciones que se imponen a las empresas ferroviarias en términos de precios, frecuencias, calidad del material rodante, etc.

En segundo lugar, resulta necesario recoger formalmente las obligaciones de servicio público en un instrumento jurídico, que la Comisión denomina contrato pero que puede adoptar formas variadas como la propia normativa de rango legal o reglamentario, un acto administrativo o un contrato-programa. La determinación del operador sujeto a las obligaciones de servicio público puede ser fruto de un pro-

² Para un estudio detallado de los límites que el artículo 106 impone a los monopolios estatales, ver DARMON, M./MONGUIN, M., «Les Monopoles en Matière de Télécommunications et la Jurisprudence récente de la Cour», *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 839-853; EHLERMANN, C. D., «Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community», *European Competition Law Review*, núm. 2, 1993, pp. 61-69; GARDNER, A., «The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors», *European Competition Law Review*, núm. 2, 1995, pp. 78-86; HEINEMANN, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG- Vertrag*, Beck, 1996; KOVAR, R., «La "peau de chagrin", ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics», *Europe*, núm. 7, 1992, pp. 1-4; MESTMACKER, E.-J., «Artikel 37 und Artikel 90», *EG- Wettbewerbsrecht Kommentar*, U. IMMENGA y E.J. MESTMACKER, Beck, 1992, pp. 1.516-1.624; MONTERO PASCUAL, J. J., «I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale. Evoluzione e riforma del'art. 90 del Trattato», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, vol. 7, núm. 3-4, 1997, pp. 663-672; DE LA QUADRA-SALCEDO, T., *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; y TAYLOR, S., «Article 90 and Telecommunications Monopolies», *European Competition Law Review*, núm. 6, 1994, pp. 322-334.

³ Reglamento (CE) n° 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n° 1191/69 y (CEE) n° 1107/70 del Consejo, *DOCE* L 315/1 de 3-12-2007.

ceso de licitación pública, pero también cabe la adjudicación directa del servicio a una Administración o a una empresa controlada por la Administración.

Finalmente, el punto capital en materia de compensación de las obligaciones de servicio público es la cuantía de las mismas, ya que en ningún caso la cuantía de la compensación puede superar el coste financiero neto soportado por el operador a raíz de las obligaciones de servicio público. Los procesos de licitación deberían garantizar el ajuste de la compensación al coste de producción del servicio. Por el contrario, si se produce la atribución directa, es necesario que el Estado disponga de los análisis de costes que justifiquen la cuantía de la ayuda aportada.

Concluyendo, las autoridades comunitarias han realizado un apreciable esfuerzo en los últimos años para aclarar el régimen aplicable a las ayudas al sector ferroviario. Así, se han previsto instrumentos concretos que permiten a los Estados el desarrollo de políticas públicas de fomento del transporte ferroviario⁴.

No obstante, los Estados deben siempre justificar la proporcionalidad de su intervención a fin de garantizar su compatibilidad con el tratado. Las autoridades comunitarias han definido concretos procedimientos y criterios para valorar la proporcionalidad de las políticas públicas nacionales.

La exigencia de acreditación de la proporcionalidad de la intervención pública supone una exigencia novedosa en la tradición administrativa española, en la que se consideraba que la mera presencia de un operador público suponía garantía suficiente de la idoneidad de la intervención pública. Ya no es así. La imposición de obligaciones de servicio público y la financiación de las mismas quedan sujetas a la supervisión comunitaria, se trate de un operador público o privado.

La Comisión Europea ha propuesto a principios de 2013 una revisión del Reglamento 1370/2007, y en general de la normativa en materia de servicios ferroviarios. Se persigue la plena consecución de un mercado único ferroviario con mayores dosis de competencia. Las propuestas de la Comisión suponen una profundización en el modelo de regulación y en el modelo comunitario de intervención pública en los servicios de interés económico general.

II. EL MARCO NORMATIVO

1. El Reglamento 1370/2007

El objeto del Reglamento 1370/2007, tal y como se recoge en su artículo 1, es «definir las modalidades según las cuales [...] las autoridades competentes podrán

⁴ Además del régimen de la compensación de obligaciones de servicio público, la Comisión ha adoptado la Directrices comunitarias sobre las ayudas estatales a las empresas ferroviarias (DOCE C 184/13, de 13-1-2004. Ver comentario en MONTERO PASCUAL, J. J., «La transición a la competencia en el transporte ferroviario», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 4, 2009, pp. 121-136.

intervenir en el sector del transporte público de viajeros para garantizar la prestación de servicios de interés general que sean más frecuentes, más seguros, de mayor calidad y más baratos que los que el simple juego del mercado hubiera permitido prestar».

Así, el Reglamento define las condiciones en las que las autoridades competentes pueden compensar a los operadores de servicios públicos por los costes que se deriven de las obligaciones de servicio público impuestas, de forma que la contribución no constituya una ayuda pública sujeta a la restrictiva normativa comunitaria en la materia.

El Reglamento sigue en gran medida las líneas definidas por la jurisprudencia comunitaria –caso *Altmark*⁵– y el régimen general establecido en la Decisión de 20 de diciembre de 2011⁶ introduciendo un régimen más detallado y adaptado a la realidad del sector.

El Reglamento resulta aplicable exclusivamente al transporte de viajeros. En ningún caso es aplicable al transporte de mercancías. En el ámbito del transporte de viajeros, resulta aplicable tanto al transporte nacional como al internacional.

El Reglamento 1370/2007 tiene aplicación directa y no necesita, en principio, la transposición al ordenamiento español, tal y como exigen las directivas. No obstante, parece inevitable que sean normas nacionales las que articulen la intervención pública en defensa del interés general en el sector ferroviario, estableciendo los procedimientos para la definición de las obligaciones de servicio público.

2. La normativa nacional

La normativa nacional se ha venido caracterizando por la inseguridad jurídica. La Ley 39/2003, del Sector Ferroviario (en adelante LSF) estableció en su artículo 53 el régimen en materia de obligaciones de servicio público, pero estableció un periodo transitorio en el que no se aplicaría este régimen, sino el establecido en la

⁵ STJCE de 24 de julio de 2003, Asunto C-280/00, *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Almark GmbH.*, Rec. 2003, p. I-7.747. Ver comentarios en BROKELMANN, H., «Los límites del Derecho comunitario a las compensaciones por la prestación de servicios de interés económico general», *Financiación de las obligaciones de servicio público. Ayudas públicas a las telecomunicaciones, televisión, correos y transporte aéreo, marítimo y terrestre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 39-68, y MONTERO PASCUAL, J. J., «Régimen jurídico de los servicios de interés general», *Financiación de las obligaciones de servicio público. Ayudas públicas a las telecomunicaciones, televisión, correos y transporte aéreo, marítimo y terrestre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 13-38.

⁶ Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas estatales en forma de compensación por servicios públicos concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, *DOUE L 7/3*, de 11-1-2012. Ver también el documento Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público, Bruselas, 20-12-2011.

Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (en adelante LOTT). No obstante, expirado el contrato programa de 2006-2010, el régimen en la materia se ha ido definiendo mediante unos acuerdos del Consejo de Ministros no publicados formalmente, tomando como base legal la Ley 2/2011, de Economía Sostenible (en adelante LES), que contemplan un nuevo contrato-programa. De hecho, bien entrado el año 2013 seguimos bajo el régimen transitorio aunque sigue sin firmarse el nuevo contrato-programa previsto en la LES.

En los últimos meses se han ido sucediendo modificaciones de la LSF precisamente en relación con el fin del periodo transitorio establecido en 2003, hace ya diez años. El Real Decreto-Ley 22/2012⁷, estableció la fecha de 31 de julio de 2013 para el fin del periodo transitorio, abriendo plenamente a la competencia la prestación de servicios en dicha fecha. Posteriormente, el Real Decreto-Ley 4/2013⁸ ha modulado la apertura a la competencia, estableciendo un régimen de licencias. No obstante, se mantiene la fecha del 31 de julio para la plena aplicación de la LSF a las actividades de transporte nacional de viajeros y, por lo tanto, para la aplicación de su artículo 53.

El RDL 4/2013 ha disipado ciertas dudas sobre el régimen jurídico aplicable a partir del 31 de julio de 2013. Fue planteado que la LES había derogado el artículo 53 LSF y que regiría las obligaciones de servicio público también después del periodo transitorio. Por el contrario, la nueva redacción de la disposición transitoria tercera, punto 4, aclara que el régimen aplicable será el previsto en la propia LSF, en su artículo 53. No obstante, este régimen está incompleto y exige, como dispone el propio artículo 53, un desarrollo normativo.

III. DEFINICIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO

1. El régimen europeo

El Tratado inicialmente no establecía el régimen de definición de los servicios de interés económico general. La jurisprudencia comunitaria aplicó el principio de subsidiariedad y ha entendido que, de no establecerse otra cosa, la definición de los servicios de interés económico general corresponde a los Estados miembros. Finalmente, el Tratado de Lisboa, en su Protocolo sobre los servicios de interés general, reconoce «la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general».

⁷ Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios, *BOE* 21-7-2012.

⁸ Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, *BOE* 23-2-2013.

El Reglamento 1370/2007 parte del reconocimiento de la facultad de los Estados miembros de «intervenir para asegurar la prestación» de servicios de transporte terrestre de viajeros que no presentan posibilidades de explotación comercial, esto es, que no generan márgenes suficientes para ser prestados por operadores privados.

Esta intervención se canalizará a través de la definición de las denominadas «obligaciones de servicio público», entendidas como «exigencia definida o determinada por una autoridad competente a fin de garantizar los servicios públicos de transporte de viajeros de interés general que un operador, si considerase exclusivamente su propio interés comercial, no asumiría en la misma medida o en las mismas condiciones sin retribución» (art. 2.e).

La definición de las obligaciones de servicio público corresponde a las autoridades competentes de los Estados miembros y no a las autoridades europeas. Así es reconocido expresamente en el Reglamento en el considerando 12: «[e]l presente reglamento se fundamenta en los principios [...] de libertad de los Estados miembros para definir los servicios de interés económico general recogido en el artículo 16 del Tratado y en los de subsidiariedad y proporcionalidad consagrados en el artículo 5 del Tratado». Más allá, el considerando 17 dispone que «de acuerdo con el principio de subsidiariedad, las autoridades competentes son libres de establecer criterios sociales y cualitativos para mantener e incrementar las normas de calidad para las obligaciones de servicio público, por ejemplo respecto de las condiciones mínimas de funcionamiento, los derechos de los viajeros, las necesidades de las personas con movilidad reducida, la protección medioambiental, la seguridad de los viajeros [...]».

En otros sectores de interés económico general, como las telecomunicaciones o los servicios postales, las directivas comunitarias han fijado obligaciones de servicio público (niveles de calidad, precios asequibles, servicios universales). Estas obligaciones tienen carácter de mínimos y los Estados miembros pueden definir ulteriores obligaciones, siempre que se respete el principio de proporcionalidad.

En cualquier caso, las autoridades comunitarias han entendido de forma constante que «la tarea de la Comisión consiste en velar por que no exista un error manifiesto en la definición de los servicios de interés económico general»⁹. Debe, pues, entenderse que cabe una intervención excepcional de las autoridades comunitarias en caso de flagrante error o mala fe en la definición de las obligaciones de servicio público por las autoridades nacionales.

Lo que supone una mayor novedad es que la definición de las obligaciones de servicio público no sólo es una competencia de los Estados miembros sino también una obligación. En la línea de lo definido en la Sentencia Altmark, los Estados

⁹ Decisión de la Comisión, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, *DOCE* L 312/67, de 29-11-2005, considerando 7.

miembros tienen la obligación de «definir claramente las obligaciones de servicio público» (art. 4.1.a del Reglamento).

El modelo de estricta compensación de los costes impuestos por las obligaciones de servicio público, parte de la exigencia de una clara definición del contenido de las obligaciones de servicio público. Se supera así una cierta tradición de indefinición del contenido del servicio público, en la que la mera presencia de la Administración garantizaba la satisfacción de un interés general que no era concretado.

El denominado Cuarto Paquete Ferroviario reduce el ámbito de discrecionalidad de los estados en la definición de las obligaciones de servicio público.

En primer lugar, las obligaciones de servicio público deben ser justificadas a la luz de un plan de transporte público de pasajeros que debe ser elaborado por las Administraciones públicas nacionales competentes. Sólo las obligaciones necesarias y proporcionales a los objetivos del referido plan serán aceptables.

En segundo lugar, las obligaciones se limitan a lo necesario para la consecución de beneficios de red de ámbito subnacional. Se limitaría así la imposición de obligaciones al conjunto del transporte en un Estado, cosa que no ocurre en España, pero que es situación generalizada en numerosos Estados miembros.

2. El régimen español

A) El régimen transitorio

El artículo 182 LOTT contemplaba que en el contrato-programa con RENFE se formalizasen las previsiones de subvención a RENFE. Más allá, se exigía la separación de la subvención de los gastos que generen las obligaciones de servicio público.

En la línea de lo dispuesto en la LOTT, el contrato-programa de 2006-2010 se limitaba a definir la compensación de las operaciones de cercanías y media distancia. No obstante, no se identificaba cuáles eran exactamente las obligaciones de servicio público. Por una parte, no se identificaban las rutas objeto de obligaciones. Cabría entender que la totalidad de los servicios de cercanía y media distancia estaba sujeta a obligaciones de servicio público, pero en ningún caso el contrato-programa justificaba la necesidad de imponer estas obligaciones, ya que podrían existir rutas rentables que no requiriesen compensación. Por otra parte, no se identificaban las condiciones de prestación que se imponían a RENFE como precios por debajo de costes o condiciones de calidad (frecuencias, renovación de material rodante, plazas disponibles, cumplimiento de horarios, etc.).

No cabe duda sobre la obsolescencia del tradicional modelo de contrato-programa y la necesidad de incrementar significativamente el grado de concreción del mismo para adaptarlo a las exigencias del Reglamento 1370/2007.

De hecho, la Comisión Europea señaló la necesidad de adaptar el existente régimen de ayudas a RENFE-Operadora a raíz de una denuncia de la patronal FENEBUS por ayudas ilegales. La Comisión Europea se habría limitado a comunicar al denunciante la no pertinencia de incoar un expediente sancionador por tratarse de una ayuda preexistente, basada en una Ley de 16 de diciembre de 1954, anterior a la aplicabilidad a España del régimen de ayudas al transporte. No obstante, la Comisión Europea sí que habría indicado la necesidad de adaptar las ayudas existentes al nuevo régimen definido por el Reglamento y las Directrices.

En este marco, y en aplicación de lo dispuesto la Ley 2/2011, en Consejo de Ministros de 2 de julio de 2010 se adoptó el Acuerdo por el que se establecen las bases para la fijación de las obligaciones de servicio público en los servicios de transporte ferroviario de viajeros. Esta norma no ha sido formalmente publicada pero que está accesible en Internet.

Así, el Acuerdo contempla que corresponde al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Fomento y previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, declarar servicios de interés público e imponer obligaciones de servicio público. El Acuerdo contempla que el Consejo de Ministros deba fijar las condiciones de frecuencia, calidad y precio exigibles al operador al que se imponen obligaciones de servicio público. Sustancial mejora frente al modelo anterior.

En aplicación de lo previsto, se adoptó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2010 por el que se señalan las obligaciones de servicio público correspondientes a los servicios de transporte ferroviario de viajeros desarrollados por Renfe-Operadora en la red ferroviaria de interés general. En realidad este acuerdo se limita a declarar sujetos a obligaciones de servicio público los servicios de cercanías y de media distancia prestados hasta la fecha por Renfe-Operadora, si bien los de media distancia sólo por un año, a falta de que se definan los servicios que van a ser objeto de compensación. Este Acuerdo no fija ninguna condición de prestación de los servicios (tarifas, frecuencias, calidades, etc.) ni los criterios de fijación de la compensación.

Otro paso adelante se dio con la adopción del Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2012 por el que se declaran los servicios de transporte ferroviario de viajeros de media distancia, competencia de la Administración General del Estado, prestados sobre la red convencional, que quedarán sometidos a Obligación de Servicio Público. Se contempla que los servicios de media distancia no incluidos en el listado del anexo, dejarán de prestarse el 30 de junio de 2013. Se contempla la conclusión del contrato-programa antes del 30 de septiembre de 2013. No obstante, para esa fecha ya estará en vigor el nuevo régimen establecido en el artículo 53.

B) El régimen LSF

A partir del 31 de julio de 2013 está prevista la aplicación del régimen previsto en la LSF. La legislación española establece la figura de los servicios de transporte

ferroviario de interés público en el artículo 53 de la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario, que contempla el desarrollo reglamentario en una orden ministerial que no ha sido adoptada hasta la fecha.

Cuatro son los requisitos definidos en la LSF para considerar un servicio ferroviario como de interés público.

En primer lugar, la declaración de servicio de transporte ferroviario de interés público prevista en la LSF se limita a la prestación de servicio sobre líneas o tramos de la Red Ferroviaria de Interés General, competencia del Estado. Nada impide que las CCAA definan regímenes similares para los servicios de su competencia.

En segundo lugar, se exige que el servicio «sea necesario[o] para garantizar la comunicación entre distintas localidades del territorio español». Se introduce así la exigencia de que el servicio resulte de interés general. La cláusula resulta quizás algo vaga, quedando a la decisión discrecional de la Administración. Así, no se especifican las condiciones en que la comunicación entre dos localidades resulta necesaria. Tampoco se especifica cuándo la comunicación por otros medios de transporte resulta insuficiente haciéndose necesaria la comunicación por ferrocarril.

En tercer lugar, se exige que el servicio «resulte deficitario o no se produzca en las condiciones de frecuencia y calidad». De esta forma se recoge el carácter subsidiario de la figura del servicio de interés público. El régimen general es la prestación del servicio bajo condiciones de libre competencia y sin recibir subsidio público alguno. El régimen de servicio público resulta aplicable tan sólo cuando el régimen general se demuestra insuficiente para garantizar la prestación del servicio en las condiciones exigidas por el interés general. Esto ocurre, por una parte, cuando el servicio resulta deficitario. En este caso la viabilidad del servicio queda comprometida en un entorno en competencia y resulta necesario intervenir para garantizar la continuidad del servicio. Esto ocurre, por otra parte, cuando el servicio resulta rentable para el prestador, pero por prestarse en condiciones insuficientes de frecuencia o calidad, de forma que resultaría deficitario de mejorarse las condiciones de prestación del servicio. También en este caso resulta necesaria la intervención pública para mejorar los niveles de prestación del servicio.

Finalmente, se exige una decisión formal del Consejo de Ministros para declarar un servicio como de interés público. Esta declaración puede realizarse de oficio o a petición de las Comunidades Autónomas o de las corporaciones locales interesadas. El origen del expediente no resulta irrelevante, pues corresponderá a las Administraciones que solicitan la declaración la financiación del servicio.

Cabe plantearse si la entrada en vigor de este régimen el 31 de julio exige iniciar de nuevo un procedimiento de declaración de un servicio de interés público o cabe entender que las declaraciones anteriores, en especial la recogida en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2012 siguen siendo válidas.

La LSF deja para el desarrollo reglamentario el procedimiento de definición del concreto régimen aplicable y, sobre todo, la definición del contenido mínimo de las obligaciones de servicio público. Este contenido no puede limitarse a decla-

rar un servicio concreto, por ejemplo una ruta, como de interés público. Más allá, la decisión debería contener las concretas obligaciones de servicio público que se derivan de la declaración de servicio público. Así pues, el desarrollo reglamentario de la LSF deberá ordenar el régimen de definición del concreto contenido de las obligaciones de servicio público que se derivan de la declaración de un servicio como servicio público. No parece razonable que este contenido quede a la completa discrecionalidad del Gobierno de turno. Sería conveniente la existencia de una norma, aunque sea de rango reglamentario, que fijase los criterios de definición de estas obligaciones.

IV. CONTRATOS DE SERVICIO PÚBLICO

1. El régimen europeo

A) Concepto de contrato de servicio público

El artículo 106.2 del Tratado se refiere expresamente a «empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general» y a «la misión específica a ellas confiada». El régimen europeo ha construido sobre esta base y ha convertido el acto de atribución en una de las principales garantías de transparencia en la organización de los servicios de interés económico general.

El Tribunal de Justicia ya impuso en el Asunto Altmark la obligación de que «la empresa beneficiada debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público» (párrafo 89) y que «los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente» (párrafo 90).

En la misma línea, la Decisión 2012/21/UE, en su artículo 4, impone que «el funcionamiento del servicio de interés económico general debe atribuirse a la empresa en cuestión por medio de uno o varios actos [...]». En concreto, el acto de atribución deberá indicar: a) el contenido y duración de las obligaciones; b) la empresa y territorio afectado; c) la naturaleza de cualesquiera derechos exclusivos que puedan ser atribuidos; d) una descripción de los mecanismos de compensación; y e) las modalidades para evitar y recuperar las posibles compensaciones excesivas.

Por lo que respecta al transporte ferroviario, el artículo 3 del Reglamento 1370/2007 establece que «cuando una autoridad competente decida conceder al operador de su elección un derecho exclusivo o una compensación o ambas cosas, cualquiera que sea su naturaleza, en contrapartida por la ejecución de obligaciones de servicio público, deberá hacerlo en el marco de un contrato de servicio público».

La referencia a contrato de servicio público debe ser entendida de un modo amplio. De acuerdo con la tradición de cada Estado miembro, se exige un acto expre-

so y vinculante que defina las obligaciones de servicio público, los parámetros de cálculo de la compensación o la naturaleza y alcance del derecho exclusivo que se otorgue y las modalidades de distribución de los costes de prestación de los servicios (art. 4.1). Así, el acto expreso y vinculante puede ser un contrato pero también otros actos administrativos o incluso una norma legal o reglamentaria.

B) Adjudicación de los contratos

a) Gestión directa

Las administraciones públicas pueden reservarse la prestación de servicios ferroviarios objeto de obligaciones de servicio público, excluyendo a los operadores privados de dicho régimen. La prestación de servicios de interés económico general por parte de las administraciones públicas no exige un previo procedimiento de licitación en el que se constate que la entidad pública dispone de una base de costes más eficiente que los competidores privados. Basta la voluntad oportunamente expresada para que las autoridades públicas asuman las obligaciones de servicio público y las correspondientes compensaciones excluyendo a las entidades privadas y sin pasar por un procedimiento de licitación¹⁰.

No obstante, también es consecuencia del principio de neutralidad que las autoridades públicas nacionales que presten servicios de interés económico general estén sujetas a las mismas limitaciones recogidas en el tratado (ayudas públicas, mercado único, etc.) que las entidades privadas.

Como consecuencia, el acto de atribución es exigido igualmente a las entidades públicas que asumen la gestión directa del servicio de interés económico general. El acto de atribución a una administración pública puede adoptar la forma de norma jurídica de atribución de competencias (ley o reglamento, dependiendo de la normativa interna de cada Estado) o incluso la forma de mero acto administrativo, si así se contempla en Derecho interno. También cabe que adopte la forma contractual.

En cualquier caso, al acto de atribución a una administración pública se le exige el mismo contenido que al acto de atribución a un ente privado. Así, no basta una genérica atribución de competencias, como se ha venido haciendo tradicionalmente en España, sino que la atribución de competencias debe recoger, por una parte, el contenido de las obligaciones de servicio público que asume la administración, de forma suficientemente específica y, por otra parte, la naturaleza y contenido de la compensación.

Tradicionalmente se entendió que la mera presencia pública garantizaba la satisfacción del interés general. Las autoridades públicas no se imponían obligaciones

¹⁰ Así se reconoce expresamente en el artículo 5.2 del Reglamento 1370/2007.

concretas ni especificaban el régimen de financiación de las obligaciones de servicio público.

Ahora, por el contrario, las administraciones tienen que definir el contenido concreto de las obligaciones de servicio público y cuantificar el coste que suponen dichos servicios. Se incrementa así, sustancialmente, la transparencia en las políticas públicas.

El Reglamento 1370/2007 parte del régimen de neutralidad en lo que respecta al régimen de propiedad y reconoce la posible adjudicación directa a la Administración o a empresas públicas. No obstante, se introduce una interesantísima novedad, al contemplar un límite a la expansión de actividades fuera del ámbito territorial de competencia de la administración prestadora del servicio. Así, las entidades controladas por administraciones públicas (denominadas operadores internos) que se beneficien de la adjudicación directa en su ámbito territorial, no podrán participar en licitaciones de servicios públicos de transporte de viajeros en otros territorios.

Si no existe acto de atribución o el mismo no recoge con claridad el contenido de los servicios de interés general y el método de determinación de la compensación, la financiación de las administraciones públicas se considerará una ayuda pública que puede resultar incompatible con el tratado.

El Cuarto Paquete Ferroviario avanza hasta sus últimas consecuencias en el desarrollo del principio de neutralidad y si bien permite a las administraciones públicas y a sus empresas la prestación de servicios sujetos a obligaciones de servicio público, excluye la adjudicación directa. Las empresas públicas deberán participar en los procesos de licitación pública en situación de igualdad con sus competidores privados. Supone esta novedad una importante ruptura con la situación actual.

b) Gestión indirecta

Las obligaciones de servicio público pueden ser impuestas a los operadores privados activos en el mercado. La evidente alteridad existente en este caso hace casi inevitable la existencia de un acto de atribución.

El contrato de gestión de servicios públicos constituye un acto de atribución y tradicionalmente ha recogido los elementos exigidos por la jurisprudencia y por la normativa europea. No parece, pues, que el nuevo régimen comunitario exija reformas fundamentales en relación con la gestión indirecta de los servicios de interés general.

La regla general establecida en el Reglamento 1370/2007 es que los contratos de servicio público se adjudicarán con arreglo a un procedimiento de licitación equitativo. El procedimiento deberá ser abierto a cualquier operador, equitativo, transparente y no discriminatorio (art. 5.3). Tras una preselección de los concursantes que presentaron oferta, será posible llevar a cabo negociaciones a fin de concretar las condiciones de prestación del servicio.

No obstante, cabe la adjudicación directa de contratos con valor anual medio inferior a un millón de euros o menos de 300.000 km anuales. Cabe igualmente la adjudicación directa en caso de urgencia por interrupción del servicio.

C) Duración del contrato

El artículo 4.3 del Reglamento limita la duración máxima de los contratos de servicio público a 15 años. La duración del contrato podrá prolongarse hasta en un 50% del periodo original si el operador aporta elementos del activo que resulten significativos en relación con la totalidad de activos necesarios para la prestación de los servicios objeto del contrato.

Cabe contemplar mayores duraciones para los contratos en casos excepcionales debido a la inversión en infraestructuras o material rodante, siempre que el contrato se adjudique mediante licitación pública y se comunique a la Comisión Europea.

2. El régimen español

A) El régimen transitorio

La LOTT contemplaba el derecho exclusivo de RENFE para la explotación de servicios de transporte de viajeros en la red nacional integrada, de acuerdo con los principios establecidos por el gobierno en el denominado contrato-programa (art. 177.2).

El régimen financiero de RENFE y, de forma específica, las compensaciones por las obligaciones de servicio público, deben recogerse en lo que se viene denominando contrato-programa, calificado como de «moderna técnica de planificación de objetivos» por la exposición de motivos de la LOTT. El contrato-programa parece ser la forma en la que se da cumplimiento a la exigencia comunitaria de disponer de un contrato de servicio público en el caso de que se desee compensar el coste de las obligaciones de servicio público.

El artículo 182 LOTT contempla que en el contrato-programa con RENFE se formalicen las previsiones de subvención a RENFE. Más allá, se exige la separación de la subvención de los gastos que generen las obligaciones de servicio público.

La LSF también contempla el contrato-programa como herramienta clave de planificación y transparencia de las relaciones entre el Estado y RENFE-Operadora. Así se establece en la disposición transitoria cuarta de la LSF, que además contiene una referencia específica a la inclusión de las compensaciones por la prestación de servicios deficitarios. Así se confirma en la disposición transitoria segunda del Real Decreto 2396/2004, por el que se aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial de RENFE-Operadora.

La disposición transitoria cuarta del Real Decreto 2387/2004, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario va un poco más lejos y llega a afirmar que el contrato-programa «determinará las directrices básicas relativas a la prestación de los servicios, los objetivos y fines que se deban alcanzar».

Expirado el contrato-programa para el periodo 2006-2010, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2010 contempló la atribución a RENFE-Operadora de las obligaciones de servicio público por un periodo de tres años, así como un nuevo contrato-programa que, como ya se ha apuntado, no ha sido suscrito transcurridos más de dos años desde la expiración del anterior.

No plantea problemas el hecho de que la atribución a RENFE-Operadora de las obligaciones de servicio público se realice sin mediar proceso de licitación pública, pues así está contemplado específicamente en el Reglamento en relación con los operadores públicos.

Más problemático resulta el hecho, ya reseñado, de que bien entrado el año 2013 no se haya formalizado el nuevo contrato-programa y como consecuencia, no se haya especificado el contenido de las obligaciones de servicio público ni los parámetros sobre cuya base se calcula la compensación, tal y como exige el artículo 4.1.b) del Reglamento 1370/2007.

B) El régimen LSF

La prestación de los servicios de transporte ferroviario de interés general queda sujeta a la obtención de un título habilitante específico, denominado autorización (art. 53 LSF). No parece que esta figura resulte contraria al Reglamento 1370/2007, pues si bien este introduce el concepto de «contrato de servicio público», ya vimos que el término contrato no era formalista, contemplando cualquier acto jurídico vinculante, incluyendo incluso actos legislativos o reglamentarios.

La autorización definirá el régimen de derechos y obligaciones de la prestación del servicio. Entre los derechos deberá recogerse el régimen de financiación que recibirá la empresa ferroviaria para compensar su régimen de explotación. Entre estas obligaciones deberá recogerse la de continuidad del servicio.

Más problemático podría resultar que la autorización tenga necesariamente carácter exclusivo (art. 53.3 LSF). Tan sólo la empresa ferroviaria autorizada podrá prestar el servicio en cuestión, excluyéndose la competencia de otros operadores. El otorgamiento de un derecho exclusivo para la prestación de un servicio constituye en sí mismo un mecanismo de compensación por la imposición de una obligación de servicio público. El otorgamiento de un derecho exclusivo constituye la mayor excepción al régimen de competencia, existiendo mecanismos menos excepcionales como el otorgamiento de derechos especiales a un número restringido de operadores o la subvención de actividades. Cabría plantearse si desde la perspectiva nacional resulta necesario excluir escenarios de competencia entre varios

operadores en una ruta pero con intervención pública restringida para garantizar servicios en determinados horarios o condiciones.

El punto más decisivo, sin embargo, es la exigencia recogida en el artículo 53 LSF de que el otorgamiento de la autorización por el Ministerio de Fomento se realice mediante un procedimiento de licitación pública que se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación. El régimen concreto del procedimiento será definido por una orden ministerial todavía no adoptada. En cualquier caso, la LSF contempla que cuando el coste anual de prestación del servicio no exceda el millón de euros, la autorización podrá ser objeto de adjudicación directa. Se adelantaba así la legislación española al nuevo régimen del Reglamento 1370/2007.

Siempre llamó la atención que la LSF no contemplase la adjudicación directa de las autorizaciones a RENFE-Operadora en cuanto operador público. Esta decisión resultaba plenamente compatible con la normativa comunitaria pero ignora una potestad reconocida por el Reglamento a las autoridades nacionales. En contraposición, el régimen previsto en la LES sí que preveía la adjudicación directa, lo que puede explicar ciertas interpretaciones dirigidas a extender el régimen LES más allá del periodo transitorio.

El RD-L 4/2013 aborda este asunto, aunque de modo algo confuso. Como ya adelantamos, la nueva redacción de la disposición transitoria tercera contempla expresamente la aplicación del artículo 53 LSF, lo que excluye la extensión del régimen LES. Parecería que se apuesta así por un régimen insoslayable de licitación pública que excluye la adjudicación directa. A contrario, se introduce una confusa referencia al artículo 5.6 del Reglamento 1370/2007, que contiene la referencia a la adjudicación directa de los contratos. Parece entenderse que la voluntad de la norma es modificar el artículo 53 LSF permitiendo la adjudicación directa, aunque una redacción más clara hubiese sido deseable.

Finalmente, la LSF contempla la posibilidad de que el Ministerio de Fomento imponga la prestación de servicios de interés público a una determinada empresa ferroviaria en el caso de que el procedimiento de licitación pública quede desierto. Esta es una cautela habitual que también se contempla en la legislación de telecomunicaciones y postal.

V. CUANTIFICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN

1. El régimen europeo

A) Licitación

En el caso de selección competitiva de los operadores a los que se va a compensar por las obligaciones de servicio público es la propia licitación la garantía del

ajuste entre el coste y la financiación recibida. El operador más eficiente reducirá al máximo los costes y el pago que se requiere a la administración o a los usuarios por la prestación del servicio.

No obstante, para que la selección competitiva opere adecuadamente, parece claro que el criterio del montante de la compensación debe constituir, cuanto menos, el criterio principal determinante de la identidad del prestador del servicio.

La normativa comunitaria no es muy explícita en este punto. Las Directrices sobre la aplicación de las normas de competencias a las ayudas en el sector aéreo¹¹ en el punto nº 20, manifiestan que el coste de la compensación requerida debe considerarse el criterio de selección principal, en el sentido de que será posible «solo en casos excepcionales, debidamente motivados» seleccionar una compañía aérea distinta de la que ha solicitado la compensación más baja. Se echan de menos referencias tan explícitas como estás en o las normas comunitarias sectoriales que rigen las obligaciones de servicio público¹².

Más allá, no podemos descartar que exista un único licitante y que, como consecuencia, no exista una verdadera presión de la competencia para fijar compensaciones alineadas a los costes de prestación del servicio. Parece adecuado, pues, definir instrumentos de revisión *a posteriori* de la cuantía de la compensación a partir de los análisis de costes, tal y como se ha hecho en telecomunicaciones¹³.

B) Otros criterios de determinación de la cuantía de la compensación

Cabe que la atribución de las obligaciones de servicio público no sea consecuencia de una licitación, sino de la atribución directa por la administración competente. La atribución puede recaer bien sobre una administración pública (caso más frecuente), bien sobre un operador privado en el caso de que sea el único que muestra interés o, incluso sin mostrar interés, en el caso de que la administración entienda que se encuentra en la mejor posición para asumir la obligación de servicio público.

Al excluirse la exigencia de la licitación, no existe un procedimiento competitivo de determinación del coste de la prestación. La única solución es acudir a procedimientos de contabilidad de costes para asegurar que la compensación no excede el coste efectivo de prestación del servicio.

El elemento clave del régimen previsto en el Reglamento, en la línea de lo ya avanzado en la jurisprudencia –Asunto Altmark–, es la adecuación de la compen-

¹¹ Directrices sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 61 del Acuerdo SEE relativo a las ayudas de Estado en el sector de la aviación; el *DOCE* C 94, de 10-12-1994.

¹² *Vide infra* las reflexiones sobre la licitación del servicio universal de telecomunicaciones.

¹³ Ver arts. 38 y 45 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, tal y como han sido modificados por el Real Decreto 726/2011.

sación prevista al coste de la prestación del servicio, de forma que la compensación no resulte excesiva, evitándose así la calificación de la compensación como una ayuda pública.

El Reglamento 1370/2007 establece el principio de la «incidencia financiera neta». Así, la compensación será «la suma de las incidencias, positivas o negativas, del cumplimiento de la obligación de servicio público en los costes y los ingresos del operador de servicio público».

La forma de identificar esas incidencias es comparar la situación de cumplimiento de las obligaciones con la situación que se hubiera producido sin las mismas. Como se ha indicado, las principales incidencias serán negativas, esto es, generarán un coste al prestador del servicio. No obstante, es bien posible que también existan incidencias positivas, incluso un poco abstractas pero que han sido tenidas en cuenta en otros sectores como el de las telecomunicaciones: beneficio para la marca, etc.

Más allá de las incidencias negativas y positivas hay que tener en consideración los ingresos derivados de las tarifas. El contrato debe definir el porcentaje de las tarifas que corresponde al prestador del servicio y a la Administración que define las obligaciones de servicio público.

Finalmente, es imprescindible garantizar al prestador una tasa de beneficio razonable por la prestación del servicio. Esta tasa será fijada por la Administración en función de la tasa habitual de remuneración del capital en el sector y en la zona geográfica en cuestión, teniendo en consideración el riesgo que implique la prestación del servicio. La Comisión ha señalado que no resulta sencillo definir la tasa habitual de remuneración dadas las grandes divergencias que se producen en un sector a menudo marcado por grandes déficits. En los últimos años la Comisión ha aprobado tasas rondando el 7% del volumen de negocio¹⁴. La crisis financiera, sin embargo, podría justificar un incremento.

El Reglamento establece que el método de compensación debe impulsar el mantenimiento o el desarrollo de una gestión eficaz por parte del operador de servicio público. Implicaría esta obligación que no cabe compensar los costes de un operador no eficiente. El Reglamento, sin embargo, no llega a introducir como referencia los costes de un operador eficiente, tal y como exige Altmark, ni siquiera los costes de un operador medio, tal y como contempla la Decisión 2012/21/UE. Queda este punto pendiente de concreción.

Relacionada con la gestión eficaz está la posibilidad de que la compensación incentivó incrementos de la productividad. La Comisión ha aprobado esquemas que contemplan generosas primas por incremento de la productividad, llegando a aprobar tasas de beneficio de un máximo del 12% anual¹⁵. No obstante, la Comi-

¹⁴ Asunto C 47/07, Contrato de servicio público entre Duetsche Bahn Regio y los Lander de Berlín y Brandenburgo, *DOUE* C 35/13, de 8.2.2008.

¹⁵ Asunto C 41/2008, Contratos de servicio entre el Gobierno danés y Danke Statbaner, *DOUE* L 7/1, de 11-1-2011. La tasa inicial se fijó en el 6%, pudiendo alcanzar el 12% en un determinado año, con una media máxima del 10% en tres años se incrementaba la productividad.

sión está poniendo un creciente interés en los instrumentos de recuperación de las compensaciones excesivas. Así, parecería que cabe reconocer primas, pero que las mismas han de estar limitadas.

El resultado de todos estos elementos será la incidencia financiera neta que la Administración que impone las obligaciones de servicio público tendrá que compensar al prestador del servicio.

El Reglamento impone ulteriores obligaciones instrumentales en materia de contabilidad para los supuestos en los que el operador compagine servicios sujetos a compensación con otras actividades en el mismo o en otro sector. El objetivo es garantizar la posibilidad de calcular la incidencia financiera neta de la prestación del servicio.

Así, la obligación principal es la separación contable. Las cuentas de las actividades sujetas a compensación se mantendrán separadas de las del resto de actividades. No se podrá imputar costes del resto de actividades a las actividades sujetas a compensación, ni se podrá transferir ingresos de las actividades sujetas a compensación al resto de actividades.

2. El régimen español

A) El régimen transitorio

El contrato-programa de 2006-2010 no definía los parámetros sobre cuya base había de calcularse la compensación, tal y como exige el artículo 4.1.b) del Reglamento 1370/2007. El contrato-programa se limitaba a calcular la diferencia entre los ingresos previstos por la prestación de los servicios de cercanías y media distancia y los costes previstos por la prestación de dichos servicios, y a disponer que dicha diferencia sea cubierta por la financiación pública.

En la línea de lo previsto en la legislación nacional vigente, el contrato-programa se limitaba a desagregar del total de subvenciones previstas para el periodo de vigencia del mismo, la compensación por prestación de servicios de cercanías y media distancia. Así, para el periodo 2006-2010, se contempló un total cercano a los 1.700 millones de euros. El total de las ayudas anuales por obligaciones de servicio público en la Unión Europea alcanzaría los 15.000 millones de euros (párrafo 13 de las Directrices sobre las ayudas estatales a las empresas ferroviarias).

Más grave resulta el hecho de que expirado el contrato-programa de 2006-2010 hace tres años, no se haya suscrito un nuevo programa con Renfe-Operadora. De acuerdo a lo previsto en la normativa comunitaria, la falta de una previa definición de los criterios de compensación impide beneficiarse del régimen previsto en el Reglamento 1370/2007.

B) El régimen LSF

La LSF establece el modelo de licitación para la determinación de la compensación de las obligaciones de servicio público. Este régimen en principio garantiza el cumplimiento de las obligaciones comunitarias siempre que el factor precio tenga un peso determinante en el proceso de licitación.

La LSF, por el contrario, no especifica el régimen económico de resarcimiento por la prestación del servicio de interés público por empresas a las que se les impone la obligación al declararse desierta la licitación. Tampoco se recoge en la Ley el régimen para el caso de adjudicación directa que parece contemplarse en la nueva redacción de la disposición transitoria tercera tras el RD-L 4/2013.

VI. CONCLUSIONES

El nuevo régimen jurídico comunitario en materia de servicios de interés económico general se caracteriza por la transparencia y la objetivización de la intervención pública.

La tradicional gestión directa del servicio público en régimen de monopolio ha dado lugar a un régimen en el que las excepciones a la competencia, sea en forma de derechos exclusivos o de cualquier otro beneficio a favor del prestador del servicio, sea público privado, han de superar el juicio de proporcionalidad establecido en los artículos 93 y 106.2 del Tratado y detallado en el Reglamento 1370/2007.

El juicio de proporcionalidad exige la identificación de la misión de interés público que aconseja la intervención pública. La normativa comunitaria otorga a los Estados miembros una amplia discrecionalidad en la determinación de las misiones de interés público, pero exige su concreta identificación. Así, la posterior intervención pública queda limitada a la consecución del interés público previamente identificado.

El juicio de proporcionalidad exige igualmente la determinación de las concretas obligaciones de servicio público a través de las que se articula la misión de interés público. La gestión directa del servicio ya no garantiza automáticamente la satisfacción del interés general. Más allá, el hecho de que la misión de interés público se concrete en obligaciones jurídicas refuerza los derechos de los ciudadanos al permitir el control jurisdiccional de la actividad de servicio público.

El juicio de proporcionalidad exige, finalmente, objetivizar la retribución al prestador del servicio, público o privado, limitándose a lo estrictamente necesario para garantizar la consecución de la misión de interés público.

La determinación de la retribución mediante licitación pública permite asumir que dicha retribución se limita a lo imprescindible: a los costes que la obligación de servicio público genera a un operador eficiente.

Cuando la retribución no se identifica mediante licitación, es necesario sustituir la garantía de la licitación por otra garantía igualmente válida. Un oportuno análisis de costes puede garantizar que la retribución se limita a cubrir los costes que genera la obligación de servicio público a un operador eficiente.

La retribución de los costes imprescindibles generados por las obligaciones de servicio público no constituye en sentido estricto un beneficio. Por consiguiente, no son una ayuda pública que deba ser notificada a la Comisión Europea.

El precio que se exige a las administraciones para mantener este privilegio es la superación del juicio de proporcionalidad y para ello deben introducir transparencia en la determinación del interés público a proteger, en la determinación de las obligaciones de servicio público en que se concreta el interés público y en los costes que generan dichas obligaciones. La mera presencia pública ya no es garantía de satisfacción del interés general.

BIBLIOGRAFÍA

- ACIERNO; BAQUERO CRUZ, «La sentencia Altmark sobre ayudas de Estado y servicios públicos». *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, enero-marzo 2004.
- ARIÑO; DE LA CUETARA; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ARPIO SANTACRUZ, M., «El Parlamento frente al Consejo: la sentencia del Tribunal de Justicia en materia de transportes», *Revista de Instituciones Europeas*, 1985, vol. 12, núm. 3, pp. 789-808.
- BALLESTER, R., «Services économiques d'intérêt général (arrêt "Altmark Trans GmbH")», *Revue du droit de l'Union Européenne*, n° 3, 2003, pp. 755-759.
- BARRERA REY; LARA TEJERO; MAS MÁÑEZ; RODRÍGUEZ OVEJERO, «Integración vertical y política pública», *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras*, núm. 31, 2008, pp. 11-39.
- BARTOSCH, A., «Die Kommissionspraxis nach dem Urteil des EuGH in der Rechtsache Altmark - Worin liegt das Neue?», *Europäische zeitschrift für wirtschatsrecht, EUZW*, vol. 15, n° 10, 2004, pp. 295-301.
- BERMEJO VERA, J., *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*. Estudio específico de RENFE, Tecnos, Madrid, 1975.
- BLONK, «Regulation (CEE) No 1017/68 of the Council of July 19, 1968 applying rules of competition to transport by rail, road and inland water way», *Common Market Law Review*, vol. 6, núm. 4, 1969, pp. 451-465.
- BOISSARD, B., «Les compensations de service public consacrées par la Cour de justice des Communautés européennes (Commentaire des affaires Altmark

- Trans, Gemo et Enirisorse)», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, nº 4, 2004, pp. 1173-1192.
- BRACQ, S., «Droit communautaire matériel et qualification juridique: le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente. (a propos de la décision: CJCE 24 juillet. 2003, Altmark Trans GmbH, aff. C-280/00)», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 40, nº 1, 2004, pp. 33-70.
- BROKELMANN, H., «Los límites del Derecho comunitario a las compensaciones por la prestación de servicios de interés económico general», *Financiación de las obligaciones de servicio público. Ayudas públicas a las telecomunicaciones, televisión, correos y transporte aéreo, marítimo y terrestre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 39-68.
- BUSTILLO BOLADO, R. O., «Los agentes del sector ferroviario en el nuevo marco regulador», *La liberalización del ferrocarril en España. Una aproximación a la Ley 39/2003 del sector ferroviario*, Reus, Madrid, 2005.
- CALVO SORIA, J., *La política ferroviaria de la Unión Europea 1953-2003*, Servicio de publicaciones URJC, Madrid, 2006.
- CARLÓN RUIZ, M., «El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia», *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2004, pp. 285-413.
- DARMON, M.; MONGUIN, M., «Les Monopoles en Matière de Télécommunications et la Jurisprudence récente de la Cour», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 839-853.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T., *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- EHLERMANN, C. D., «Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community», *European Competition Law Review*, núm. 2, 1993, pp. 61-69.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (coord.), *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia*, Civitas, Madrid, 2004.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A., «Elementos autorizados y concesionales en los títulos habilitantes: evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 160, 2003, pp. 87-122.
- GARCÍA PÉREZ, J., *Régimen jurídico del transporte por ferrocarril*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

- GARDNER, A., «The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors», *European Competition Law Review*, núm. 2, 1995, pp. 78-86.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- HEINEMANN, A., *Grenzen staatlicher Monopole im EG- Vertrag*, Beck, 1996.
- KOVAR, R., «La “peau de chagrin”, ou comment le droit communautaire opere la réduction des monopoles publics», *Europe*, núm. 7, 1992, pp. 1-4.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., *Servicios de interés económico general*, Thomson-Cívitas, Cizur menor, 2004.
- MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, «Ayudas de estado y financiación de servicios económicos de interés general: la nueva era post Altmark», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 237, 2005, pp. 35-44.
- MALARET I GARCÍA, E., «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *Revista de Administración Pública*, núm. 145, 1998.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M^a., *La liberalización del servicio postal en la Unión Europea. Los ejemplos de España, Francia, Suecia, Italia y Alemania*, Aranzadi-Ministerio de Fomento, Pamplona, 2004.
- MESTMACKER, E.-J., «Artikel 37 und Artikel 90», *EG- Wettbewerbsrecht Kommentar*, U. IMMENGA y E. J. MESTMACKER, Beck, 1992, pp. 1.516-1.624.
- MONTERO PASCUAL, J. J., «La transición a la competencia en el transporte ferroviario», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 4, 2009, pp. 121-136.
- MONTERO PASCUAL, J. J., «Régimen jurídico de los servicios de interés general», *Financiación de las obligaciones de servicio público. Ayudas públicas a las telecomunicaciones, televisión, correos y transporte aéreo, marítimo y terrestre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 13-38.
- MONTERO PASCUAL, J. J., «Intervención pública en la estructura de los mercados de transportes: ferrocarriles y servicios postales», *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras*, núm. 31, 2008, pp. 103-124.
- MONTERO PASCUAL, J. J., *Derecho de las telecomunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MONTERO PASCUAL, J. J., *La liberalización de los servicios postales*, Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2005.
- MONTERO PASCUAL, J. J., «I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale. Evoluzione e riforma del'art. 90 del Trattato», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, vol. 7, núm. 3-4, 1997, pp. 663-672.

- MOROLA, M.; MEDINA, C., «De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics», *Cahiers de droit européen*, Vol. 39, nº 5-6, 2003, pp. 639-694.
- OLMEDO GAYA, A., *El nuevo sistema ferroviario y su ordenación jurídica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.
- RIVAS CASTILLO, M. I., «Regulación y régimen del sector ferroviario», *Derecho de la regulación económica. VI. Transportes*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 409-533.
- TAYLOR, S., «Article 90 and Telecommunications Monopolies», *European Competition Law Review*, núm. 6, 1994, pp. 322-334.
- THOUVENIN, J.-M. «L'arrêt de la CJCE du 24 juillet 2003 Altmark», *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, núm. 473, 2003, pp. 633-641.

RESUMEN: Las autoridades europeas han definido un detallado y sistemático régimen en materia de obligaciones de servicio público impuestas a las empresas ferroviarias (Reglamento 1370/2007). El régimen general en materia de servicios de interés económico general facilita la interpretación del Reglamento. La normativa española en la materia, tanto la transitoria de la LOTT y la LES como la contenida en la Ley del Sector Ferroviario, han de ser revisadas para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en la normativa comunitaria. Más allá, la liberalización del sector en julio de 2013 exige definir la política en materia de servicio público ferroviario. La incertidumbre se incrementa dado que la Comisión ha presentado sus propuestas de revisión del Reglamento 1370/2007 en el marco del denominado Cuarto paquete Ferroviario.

PALABRAS CLAVE: Transporte ferroviario, servicio público, monopolio, liberalización.

ABSTRACT: European authorities have defined a detailed and comprehensive legal regime on public service obligations to be imposed on railways undertakings /Regulation 1370/2007). The general regime on services of general economic interest facilitates the interpretation of the Regulation. Spanish legislation, both the transitory regime in LOTT and LES and the definitive regimen in the Railway Industry Act, need to be amended to be fully compliant with the European regime. Furthermore, liberalization on July 31, 2012 requires a further review of the national policy on railway transport. Uncertainty is increased as the European Commission has presented a proposal to amend Regulation 1370/2007 in the framework of the Fourth Railway package.

KEYWORDS: Railway transport, public service, monopoly, liberalization.

Recibido: 20 de abril de 2013
Evaluado: 8 de mayo de 2013
Aceptado: 10 de mayo de 2013

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. Tarificación 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 media 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 23ª– 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) Tarificación 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 sufraguen 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 coherenstar 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.

DIVERGENCIAS ENTRE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE TRANSPORTE FERROVIARIO Y LA REGULACIÓN COMUNITARIA. EL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN INCOADO AL REINO DE ESPAÑA

DISCREPANCIES BETWEEN SPANISH LEGISLATION ON RAIL TRANSPORT AND EUROPEAN REGULATION. THE INFRINGEMENT PROCEDURE AGAINST THE KINGDOM OF SPAIN

JOSÉ MARÍA COLLADO GONZÁLEZ
Vocal del Comité de Regulación Ferroviaria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RESEÑA DEL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO. III. LA EVALUACIÓN DE LA LEY DEL SECTOR FERROVIARIO POR LA COMISIÓN. IV. EXAMEN DE LOS MOTIVOS DE INFRACCIÓN: 1. Discriminación en el acceso a la infraestructura ferroviaria en España. 2. Limitaciones a la independencia de las empresas ferroviarias. 3. Los cánones por la utilización de la infraestructura ferroviaria. 4. El Comité de Regulación Ferroviaria. 5. Adjudicación de capacidad de infraestructura. V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 28 DE FEBRERO DE 2013.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos perseguidos con la promulgación de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (en adelante LSF), fue la incorporación al ordenamiento interno de las normas comunitarias que integran el denominado primer paquete ferroviario que ha supuesto la apertura del mercado de los servicios ferroviarios para el transporte de mercancías: la Directiva 2001/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios¹, la Directiva

¹ Directiva 2001/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, *DOCE* n° L 75, de 15 de marzo de 2001, págs. 1-25.

2001/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, por la que se modifica la Directiva 95/18/CE del Consejo sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias² y 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 seguridad³. La adaptación de la legislación española a las tres directivas en España condujo a la reorganización de Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE), hasta entonces operador exclusivo de transporte en la red ferroviaria estatal –en aquel momento la Red Nacional Integrada–, sometido a un proceso de separación institucional de sus áreas de gestión de la infraestructura y de operación del transporte, que ha servido de base finalmente para la reestructuración completa de nuestro sector ferroviario.

A esta finalidad se refiere la Exposición de Motivos de la LSF cuando, para explicar el alcance de la reforma del régimen jurídico del transporte ferroviario, afirma que: *«la reforma podría haberse limitado a incorporar al derecho interno las normas comunitarias mencionadas. Sin embargo, esta ley pretende [además] reordenar por completo el sector ferroviario estatal y (...)»*. La intención del legislador no se limitó, pues, a transponer a nuestro ordenamiento las directivas comunitarias del primer paquete ferroviario sino que, como se ha indicado, llevó a cabo una reordenación y actualización completas del sector, si bien los aspectos más innovadores de la nueva regulación ferroviaria son los que provienen directamente de las normas comunitarias citadas.

En efecto, la LSF incorpora medidas de aplicación de la Directiva 2001/12/CE: la separación, orgánica y funcional, de las actividades de administración de la infraestructura y de explotación de los servicios de transporte, mediante la segregación de RENFE en dos nuevas entidades públicas empresariales, Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y RENFE-Operadora; la apertura a la competencia de los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril y el acceso de todas las empresas ferroviarias de transporte internacional de mercancías a las líneas de la Red Ferroviaria de Interés General que formen parte de la Red Transeuropea de transporte ferroviario de mercancías.

La LSF recoge asimismo los principios y reglas establecidos en la Directiva 2001/13/CE al abordar, entre otras cuestiones, la regulación de la licencia de empresa ferroviaria como título habilitante para la prestación de servicios de transporte ferroviario y al determinar las condiciones y requisitos para su otorgamiento, renovación o modificación. Sus preceptos, sin embargo, solo habrían de aplicarse al transporte ferroviario interior de viajeros en una segunda fase que se iniciaría a partir de la fecha en que «la Unión Europea establezca un régimen de apertura del

² Directiva 2001/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, de 15 de marzo de 2001, págs. 26-28.

³ Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, de 15 de marzo de 2001, págs. 29-46.

mercado para este tipo de transporte» (disposición transitoria tercera LSF, en su redacción inicial).

De la Directiva 2001/14/CE se derivan, finalmente, otros contenidos fundamentales de la LSF. Así, por ejemplo: se impone al administrador de la infraestructura ferroviaria la obligación de elaborar y publicar la declaración sobre la red; se regula el procedimiento de asignación de capacidad de infraestructura a las empresas ferroviarias, agrupaciones empresariales internacionales y candidatos interesados en la explotación de servicios de transporte; se establece el régimen de fijación y aplicación de cánones a abonar por los operadores como contraprestación económica por el uso de la infraestructura ferroviaria; se regula el sistema de certificación de seguridad aplicable a las empresas ferroviarias que utilicen la Red Ferroviaria de Interés General y se crea, por último, el Comité de Regulación Ferroviaria como órgano de supervisión del mercado, encargado de salvaguardar la pluralidad de oferta de los servicios de transporte abiertos a la competencia.

De acuerdo con el calendario de aplicación que en ellas se establecía, el plazo de transposición de las tres directivas por los Estados miembros expiró el 15 de marzo de 2003. A pesar de ello, el Real Decreto-ley 1/2004, de 7 de mayo, aplazó hasta el 1 de enero de 2005 la entrada en vigor de la LSF, con la finalidad de disponer del tiempo preciso para aprobar, simultáneamente a su entrada en vigor, las normas reglamentarias de desarrollo de la ley imprescindibles para completar el marco regulador del nuevo modelo de ordenación del sector ferroviario estatal⁴. En consecuencia, la incorporación efectiva del primer paquete ferroviario en España se produjo con casi dos años de retraso. Y, como tendremos ocasión de comprobar, el escrutinio de la LSF realizado por la Comisión Europea con el fin de comprobar su adecuación a las tres directivas dio lugar a la apertura de un procedimiento de infracción contra el Estado español que ha culminado recientemente con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de febrero de 2013.

II. RESEÑA DEL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO

La Comisión Europea ejerce, como es sabido, una función permanente de defensa de los Tratados mediante la cual vigila el efectivo cumplimiento del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros. La Comisión es, en este sentido, responsable de garantizar, junto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que todos

⁴ El 31 de diciembre de 2004, es decir un día antes de la fecha de entrada en vigor de la LSF, se publicaron en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario, el Real Decreto 2395/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el estatuto la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y el Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el estatuto la entidad pública empresarial RENFE-Operadora.

los Estados miembros aplican la legislación comunitaria correcta y uniformemente⁵. Si la Comisión constata que un Estado no aplica en sus propios términos una norma de la Unión e incumple por tanto sus obligaciones legales, está habilitada para adoptar medidas correctivas. Y la reacción de la Comisión se produce también de igual forma cuando un Estado miembro no incorpora en plazo y de forma completa una directiva comunitaria, pues la transposición es una obligación impuesta a todos los Estados en virtud de los tratados constitutivos.

Para ello, el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁶ atribuye a la Comisión un poder de supervisión sobre la aplicación del Derecho comunitario por las autoridades nacionales y sienta las bases de un procedimiento de infracción destinado a corregir a los Estados miembros infractores que, a juicio de la Comisión, incumplen una disposición de Derecho comunitario o que, cuando se trata de una directiva, no la transponen en el plazo adecuado o lo hacen en contradicción con sus preceptos.

El desarrollo del procedimiento de infracción es relativamente sencillo. Lo inicia la Comisión, de oficio o como consecuencia de la queja de un Estado miembro o de un particular, dirigiéndose al Estado infractor mediante una exposición razonada de los motivos por los que considera que se ha producido la violación de la norma comunitaria, solicitando información al respecto y emplazando a las autoridades estatales para que formulen las observaciones que estimen convenientes. El Estado debe responder a este requerimiento en el plazo indicado por la Comisión, que habitualmente es de dos meses.

A esta iniciativa se la conoce, en la jerga comunitaria, como *carta de emplazamiento* y se trata en rigor de una petición de información al Estado emplazado para que presente sus alegaciones e indique las medidas que ha adoptado —o que piensa adoptar— para respetar el Derecho de la Unión vulnerado. Con la carta de emplazamiento se pretende básicamente, pues, que el Estado miembro cumpla voluntariamente la norma comunitaria infringida.

Si el Estado miembro no responde o lo hace insatisfactoriamente, la Comisión emite un dictamen motivado que pone fin a esta fase precontenciosa del procedimiento de infracción. El dictamen motivado identifica la infracción de la norma comunitaria e invita al Estado miembro a rectificar, indicándole las vías pertinentes y el plazo para su adopción. El artículo 259 del TFUE admite también la posibilidad, poco frecuente en la práctica realmente, de que sea otro Estado miembro distinto el

⁵ El artículo 17.1 del Tratado de la Unión Europea establece que: «La Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Velará por que se apliquen los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de éstos. Supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...)».

⁶ El artículo 258 del TFUE dispone que: «Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

que adopte la iniciativa e interponga un recurso ante el Tribunal de Justicia, pero esta iniciativa debe ir precedida siempre de un dictamen motivado de la Comisión con el alcance que se ha indicado.

El dictamen motivado, al que se hace referencia en el artículo 258 TFUE, constituye el pronunciamiento definitivo de la Comisión sobre la infracción. En él se exponen de forma coherente y detallada los motivos de infracción y su contenido determina el de un posible recurso posterior por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero el dictamen motivado no conduce necesariamente a la apertura de la fase judicial pues, según jurisprudencia reiterada del Tribunal, la Comisión tiene la facultad discrecional de decidir la incoación de un procedimiento de infracción y de presentar ulteriormente el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

Si la Comisión acude a la vía jurisdiccional, el procedimiento de infracción finaliza con una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se declara si el Estado ha incumplido o no una obligación de Derecho comunitario y, en caso afirmativo, se le obliga a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la decisión judicial (artículo 260.1 TFUE). Si el Estado no adopta las medidas de ejecución señaladas, puede ser objeto de un nuevo procedimiento por incumplimiento, pero en esta segunda ocasión la Comisión puede proponer al Tribunal de Justicia que imponga al Estado miembro el pago de una sanción económica a tanto alzado o de una multa coercitiva (artículo 260.2 TJUE). Esta última modalidad, cuya finalidad es disuadir a los Estados de incumplir la sentencia o de dilatar excesivamente su cumplimiento, es la que suele elegir la Comisión porque la multa se aplica día a día hasta que la norma comunitaria infringida sea definitivamente aplicada de forma correcta.

III. LA EVALUACIÓN DE LA LEY DEL SECTOR FERROVIARIO POR LA COMISIÓN

La Comisión Europea emitió el 3 de mayo de 2006 un informe, dirigido al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación del primer paquete ferroviario por los diferentes Estados miembros⁷. En el informe se consideraba que, hasta el 1 de enero de 2006, la aplicación del primer paquete ferroviario estaba bien encauzada, pero al mismo tiempo se ponía de manifiesto el propósito de controlar efectivamente la incorporación de la legislación comunitaria haciendo uso, llegado el caso, de todas sus prerrogativas e incoar procedimientos de infracción cuando dicha operación se haya realizado de forma incompleta o incorrecta, «pues se trata de garantizar la aplicación, no sólo de la letra, sino también del espíritu de la legislación común».

La Comisión parte de la consideración de que la correcta transposición del primer paquete ferroviario es un requisito previo esencial para la apertura del mercado y para

⁷ COM(2006) 189 final –(SEC82006) 530–.

el aumento de la competitividad del ferrocarril frente a los demás modos de transporte en todo el territorio de la Unión. En consecuencia, la Dirección General de Transporte y Energía de la Comisión remitió en junio de 2007 a todos los Estados miembros un cuestionario de evaluación con preguntas sobre la aplicación del primer paquete. En noviembre del mismo año, envió a las autoridades españolas un segundo cuestionario con preguntas suplementarias sobre la incorporación del paquete en nuestro país.

A raíz de las contestaciones de las autoridades estatales, insuficientes a juicio de la Comisión, ésta dirigió sendas cartas de emplazamiento a 24 Estados miembros⁸, en las que se formulaban objeciones a la aplicación de la legislación comunitaria y se requería de las autoridades nacionales que efectuaran las correcciones normativas pertinentes o que manifestaran su parecer en el plazo de dos meses. La remisión contó con el respaldo del Parlamento Europeo que en una resolución de 12 de julio de 2007 pidió a la Comisión que «inici[as]e sin demora acciones legales contra los Estados miembros que no hayan transpuesto en los plazos previstos los paquetes ferroviarios primero y/o segundo»⁹.

En términos generales, la Comisión advertía que las legislaciones nacionales incurren en ciertos defectos comunes: la falta de independencia del administrador de la infraestructura en relación con la empresa ferroviaria dominante o con sus filiales de transporte en el desempeño de funciones esenciales; la ausencia de incentivos al administrador de la infraestructura para reducir sus costes de funcionamiento o la cuantía de los cánones aplicados; el establecimiento de cánones de acceso en cuantía muy superior a la de los costes directos, con la dificultad subsiguiente para que el mercado pueda asumirlos; la falta de independencia del organismo regulador respecto de la empresa ferroviaria histórica, del administrador de la infraestructura o del departamento ministerial responsable; control de la empresa ferroviaria histórica y la insuficiencia de las atribuciones del organismo regulador para ejercer una supervisión eficaz del mercado ferroviario.

La carta de emplazamiento que la Comisión dirigió al Gobierno español el 26 de junio de 2009 destaca en concreto contradicciones entre la legislación ferroviaria española y la comunitaria, en cinco materias:

1º. El artículo 44.3 LSF dispone que «las licencias de empresa ferroviaria otorgadas por los demás Estados de la Unión Europea producirán todos sus efectos en España sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria segunda»; a su vez, el primer párrafo de ésta señalaba que «podrán obtener, con arreglo a esta ley, asignación de capacidad de infraestructura, los candidatos nacionales de otros países de la Unión Europea que deseen prestar servicios de transporte ferroviario en España, *tan pronto como aquéllos liberalicen su prestación*»¹⁰. De la lectura

⁸ Es decir, a todos los Estados miembros salvo Chipre y Malta, que carecen de red ferroviaria en su territorio, y Holanda.

⁹ (2006/2213(INI)).

¹⁰ La redacción de la disposición transitoria segunda LSF fue posteriormente modificada por la disposición final tres de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías.

conjunta de ambos preceptos se deriva, en opinión de la Comisión, una regla de reciprocidad para el reconocimiento en España de las licencias de empresa ferroviaria expedidas en los demás Estados miembros, conforme a la cual el acceso de los operadores comunitarios no españoles a la Red Ferroviaria de Interés General queda supeditado a que los mercados en sus respectivos países hayan sido previa o simultáneamente liberalizados.

Esta restricción de acceso que se impone a las empresas ferroviarias comunitarias no españolas resulta, a juicio de la Comisión, discriminatoria e incompatible con los principios de reconocimiento automático de las licencias e igualdad de trato establecidos en el artículo 10.3 de la Directiva 91/440/CEE¹¹.

2º. A la vista de las actuaciones practicadas antes del envío de la carta de emplazamiento, la Comisión concluyó –erróneamente, como se verá más adelante– que la LSF limitaba la independencia de gestión de todas las empresas ferroviarias, al exigir la autorización previa del Consejo de Ministros para que puedan participar en actividades económicas distintas al transporte ferroviario, para constituir agrupaciones internacionales o para formar parte de empresas conjuntas. Tales limitaciones infringen, en opinión de la Comisión, el principio de independencia de gestión empresarial consagrado en el artículo 5.3 de la Directiva 91/440/CEE¹².

3º. La Comisión concluye en la carta de emplazamiento que el Título V de la LSF y sus normas de desarrollo incurren en tres infracciones a la legislación comunitaria:

a) La determinación de la cuantía del canon por utilización de la infraestructura por Orden del Ministro de Fomento (artículos 77.1 y 81.j LSF) contraviene lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 2001/14/CE, según el cual: «los Estados miembros crearán un marco de tarificación, sin perjuicio de la independencia de gestión establecida en el artículo 4 de la Directiva 91/440/CEE. Con arreglo a dicha

¹¹ El artículo 10.3 de la Directiva 91/440/CEE, modificado por la Directiva 2001/12/CE, establece que: «Cualquiera que sea su modo de funcionamiento, se concederá a las empresas ferroviarias incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 2, en condiciones equitativas, el acceso que deseen a la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías definida en el artículo 10 bis y en el anexo I, y en todo caso, después del 15 de marzo de 2008, a toda la red ferroviaria, para la explotación de servicios de transporte internacional de mercancías». No se prevé, pues, condicionamiento alguno al mutuo reconocimiento de validez de las licencias.

¹² El artículo 5.3 de la Directiva 91/440/CEE señala que: «En el marco de las líneas directrices de política general adoptadas por el Estado, y habida cuenta de los planes o contratos nacionales, que podrán ser plurianuales, incluidos los planes de inversión y financiación, las empresas ferroviarias tendrán libertad, concretamente, para: constituir con una u otras empresas ferroviarias una agrupación internacional; definir su organización interna, sin perjuicio de lo dispuesto en la sección III; controlar la prestación y comercialización y fijar la tarificación de los servicios sin perjuicio del Reglamento (CEE) n° 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable; tomar las decisiones referentes al personal, los activos y las compras propios; desarrollar su cuota de mercado, crear nuevas tecnologías y nuevos servicios y adoptar cualquier técnica innovadora de gestión; impulsar nuevas actividades en ámbitos relacionados con la actividad ferroviaria».

condición de independencia de la gestión, los Estados miembros crearán reglas específicas de fijación de cánones o delegarán esos poderes en el administrador de infraestructuras. *El administrador de infraestructuras determinará el canon por el uso de infraestructuras y se encargará de su cobro*».

b) La no incorporación a la legislación ferroviaria española del artículo 11 de la Directiva 2001/14/CE, que establece que «los sistemas de tarificación deberán incentivar a las empresas ferroviarias y al administrador de infraestructuras, a través de un sistema de incentivos, a reducir al mínimo las perturbaciones y a mejorar el funcionamiento de la red ferroviaria».

c) La declaración sobre la red describe los servicios adicionales y complementarios prestados por ADIF, pero no señala ni siquiera de forma indicativa las tarifas de estos servicios, lo que contraviene lo prevenido en la Directiva 2001/14/CE¹³.

4º La carta de emplazamiento señala asimismo que seis aspectos del régimen jurídico del Comité de Regulación Ferroviaria establecido por la LSF y por el reglamento de desarrollo de la ley (RSF), aprobado por el Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, resultan contrarios a la Directiva 2001/14/CE:

a) El Comité de Regulación Ferroviaria es un órgano colegiado integrado en el Ministerio de Fomento (artículo 82.1 LSF) y sus miembros son nombrados por el Ministro de Fomento entre funcionarios destinados en el departamento ministerial (artículo 82.2 LSF) del que dependen funcionalmente también ADIF y RENFE-Operadora. Ambas circunstancias vulneran el principio de independencia consagrado en el artículo 30.1 de la Directiva 2001/14/CE, según el cual el organismo regulador «será independiente de todo administrador de infraestructuras, organismo de tarificación, organismo adjudicador y candidato en el plano de la organización, de las decisiones financieras, de la estructura legal y de la toma de decisiones».

b) Del artículo 142 RSF se deriva que los miembros del Comité de Regulación Ferroviaria desempeñan sus funciones con carácter ocasional¹⁴. En consecuencia, el órgano regulador no puede ejercer una función de supervisión regular del mercado ferroviario, tal como exige el artículo 10.7 de la Directiva 91/440/CEE.

c) El Comité de Regulación Ferroviaria no es suficientemente accesible para los agentes del mercado. En tal sentido, la carta de emplazamiento destaca expresamente que el regulador español carece de una página web propia diferenciada del Ministerio de Fomento.

¹³ El Anexo I de la Directiva 2001/14/CE indica que «La declaración sobre la red prevista en el artículo 3 comprenderá la siguiente información: (...) 2. Un capítulo dedicado a los cánones y principios de tarificación, que *expondrá con el debido detalle tanto el sistema de tarificación como la información suficiente sobre los cánones aplicables a los servicios enumerados en el anexo II que preste un solo proveedor (...)*».

¹⁴ El artículo 142 RSF dispone que: «Los miembros del Comité de Regulación Ferroviaria serán retribuidos de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio». Esta disposición contempla las condiciones en que procede abonar una compensación económica, distinta de la retribución profesional periódica, a quienes participan en determinados órganos colegiados de la Administración General del Estado.

d) La independencia del organismo regulador *ex* artículo 30.1 de la Directiva 2001/14/CE requiere que éste disponga de un presupuesto propio suficiente y la capacidad para reclutar por sí mismo el personal necesario para el desempeño de las funciones de supervisión. Ninguna de las dos circunstancias se cumple en el Comité de Regulación Ferroviaria.

e) El Comité de Regulación Ferroviaria carece de potestad para imponer sanciones cuando no obtenga la información solicitada al administrador de infraestructuras, a los candidatos o a terceros interesados, y ésta es una potestad necesaria para dar cabal cumplimiento al artículo 30.4 de la Directiva 2001/14/CE¹⁵.

f) La legislación española no ha transpuesto el artículo 31 de la Directiva 2001/14/CE, relativo a la colaboración entre los organismos reguladores de los Estados miembros.

5º Por lo que se refiere a la regulación del procedimiento de adjudicación de capacidad, finalmente la carta de emplazamiento señalaba dos motivos de infracción.

En primer lugar, el artículo 11.4 de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria, concede prioridad para obtener una franja ferroviaria al solicitante que haya utilizado esa franja en anteriores horarios de servicio; esta prioridad contraviene lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Directiva 2001/14/CE, conforme al cual el derecho a utilizar una franja ferroviaria podrá concederse a los candidatos por una duración máxima de un período de vigencia del horario de servicio. En segundo término, el artículo 14.1 de la Directiva 2001/14/CE exige a todos los Estados miembros el establecimiento de reglas objetivas específicas que permitan la asignación justa y no discriminatoria de capacidad de infraestructura, mientras que el artículo 11.1 de la Orden FOM/897/2005 permite al Ministerio de Fomento decidir discrecionalmente la asignación preferente de surcos a los distintos tipos de servicios en caso de congestión de la red.

IV. EXAMEN DE LOS MOTIVOS DE INFRACCIÓN

1. Discriminación en el acceso a la infraestructura ferroviaria en España

Por lo que se refiere al principio de reciprocidad regulado en la disposición transitoria segunda LSF para el reconocimiento de las licencias de empresa ferroviaria expedidas en otro Estado miembro, el reproche de la Comisión estaba plenamente justificado. Supeditar la validez en España de una licencia expedida

¹⁵ El artículo 30.4 de la Directiva 2001/14/CE dispone que: «El organismo regulador tendrá la facultad de pedir la información pertinente al administrador de infraestructuras, candidatos y cualquier otro tercero interesado de un Estado miembro, información que deberá serle facilitada sin dilación».

por otro Estado miembro al hecho de que el Estado expedidor haya liberalizado todos los servicios que pretende prestar la empresa ferroviaria en nuestro país es discriminatorio y choca frontalmente con el artículo 10.3 de la Directiva 91/440/CEE.

La Ley 15/2009, de 11 de noviembre, reguladora del contrato de transporte terrestre de mercancías llevó a cabo la modificación la LSF para suprimir dicha regla. En efecto, la disposición final primera, Tres de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, dio nueva redacción a la disposición transitoria segunda, suprimiendo el inciso final de su primitiva redacción (*«tan pronto como aquéllos liberalicen su prestación»*). Con la supresión de esta cláusula se reconocen plenos efectos en España a las licencias otorgadas por todos los Estados de la Unión Europea sin distinción. Y pese a que la Comisión Europea insistió en la alegación en su dictamen motivado de 8 de octubre de 2009 —que se emitió un mes antes de la promulgación de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre—, lo cierto es que, eliminada la causa de la infracción en la legislación española, la Comisión no aludió a la cuestión en el recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Resuelto normativamente el problema, una reciente reforma de la LSF vuelve a suscitar nuevamente un problema de similar alcance.

En efecto, el Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios ha fijado el 31 de julio de 2003 como fecha de apertura al mercado de los servicios de transporte ferroviario de viajeros de ámbito nacional. El artículo tercero del Real Decreto-ley 22/2012 ha modificado la disposición transitoria tercera LSF que, hasta entonces, remitía la fecha de apertura de esta modalidad de transporte a la decisión que en su momento determine la Unión Europea; sin embargo, no ha efectuado la adaptación pertinente del párrafo segundo de la disposición transitoria segunda LSF, que sigue con la redacción original vinculada a la fecha inicialmente prevista para la liberalización del transporte interior de viajeros —el citado párrafo prevé que *«en todo caso, las previsiones de esta ley resultarán de aplicación a los referidos candidatos [los nacionales de otros países de la Unión Europea que deseen prestar servicios en España] en la fecha en la que expire el plazo para que los Estados miembros de la Unión Europea liberalicen, con arreglo a las directivas comunitarias, cada tipo de servicio»*—. Interpretado, pues, literalmente este párrafo implicaría un nuevo e injustificado aplazamiento del derecho de acceso de los operadores comunitarios no españoles a la Red Ferroviaria de Interés General para prestar servicios de transporte interior de viajeros¹⁶.

¹⁶ Posteriormente, el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, ha vuelto a modificar la disposición transitoria tercera LSF, reduciendo significativamente el ámbito de los servicios de transporte de pasajeros que se abrirán a la competencia el 31 de julio de 2013 que, en una primera fase, quedan reducidos a los de finalidad prioritariamente turística. Pero no se ha corregido tampoco el citado párrafo de la disposición transitoria tercera, por lo que el problema señalado subsiste.

2. Limitaciones a la independencia de las empresas ferroviarias

Las observaciones de la Comisión relativas al cumplimiento del artículo 5.3 de la Directiva 91/440/CEE eran poco consistentes. Considera que extienden indebidamente a todas las empresas ferroviarias determinados aspectos del régimen jurídico que, en realidad, son aplicables sólo a RENFE-Operadora por tratarse de una empresa pública de titularidad estatal.

Efectivamente, el artículo 6 del Estatuto de RENFE-Operadora, aprobado por el Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, permite a la entidad realizar cuantas actividades comerciales o industriales estén relacionadas con el transporte ferroviario; de tal previsión se deriva que la participación en actividades económicas ajenas a dicho transporte requiere la previa modificación del Estatuto por el Consejo de Ministros. Asimismo, la adquisición por parte de una entidad pública empresarial, como RENFE-Operadora, de acciones de otras sociedades que impliquen la asunción por aquélla de posiciones de control sobre éstas debe ser autorizada por el Consejo de Ministros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 169 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Pero se trata, en uno y otro caso, de normas de control aplicables exclusivamente al operador público estatal y no a las restantes empresas ferroviarias cuya actividad comercial no está sujeta a control administrativo.

En las actuaciones posteriores la Comisión no volvió a insistir en estas consideraciones. Sin embargo, el dictamen motivado planteó una nueva objeción, al entender que la autorización del Consejo de Ministros para que los entes públicos celebren contratos cuya cuantía exceda de 12 millones de euros, exigida por el artículo 292 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público –en aquel momento vigente–, constituía una posible vulneración del principio de independencia de gestión de RENFE-Operadora recogido en el artículo 5.3 de la Directiva 91/440/CEE.

Lo cierto es que la autorización para celebrar contratos de cuantía elevada forma parte de las facultades ordinarias de control del Gobierno sobre los organismos y entidades que dependen de la Administración General del Estado. En ese contexto, la independencia de gestión de las empresas ferroviarias prevista por la legislación comunitaria no puede implicar que el Estado haya de renunciar a todas sus facultades de control sobre una empresa de la que es propietario. Seguramente por ello, la Comisión no incluyó tampoco este pretendido motivo de infracción en el recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3. Los cánones por la utilización de la infraestructura ferroviaria

Las críticas que la Comisión formula a la regulación de los cánones por utilización de la infraestructura ferroviaria en la LSF derivan fundamentalmente de su configuración legal como tasas, que conviene ahora recordar brevemente.

Los cánones han sido definidos como tasas (artículo 73.1 LSF *in fine*) y, como tales, regulados en el Capítulo I («Tasas ferroviarias») del Título V («Régimen económico y tributario») de la LSF; y esta configuración resulta coherente con la legislación económica y tributaria española. Los cánones, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, que regula los principios y reglas generales aplicables a todas las tasas, son tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa del dominio público ferroviario¹⁷ y, eventualmente para el transporte de viajeros de ámbito nacional hasta el momento de su completa liberalización, en la prestación de servicios en régimen de Derecho público que no pueden ser realizados por el sector privado.

Las tasas están sujetas al principio de legalidad tributaria (artículos 31.3 y 133.1 de la Constitución), de forma que su establecimiento y la regulación de sus elementos esenciales debe realizarse mediante una ley (artículo 10.1 de la Ley 8/1989, de 13 de abril). Y esos elementos esenciales a regular por ley incluyen los elementos cuantitativos de las tasas, entre los que se encuentra desde luego la cuota tributaria, que puede consistir en una cantidad fija, determinarse en función de un tipo de gravamen que se aplica sobre una base imponible o en una combinación de ambos procedimientos.

En cumplimiento de estos principios comunes a todas las tasas, la LSF ha regulado los elementos esenciales de los cánones por utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la Red Ferroviaria de Interés General (artículo 74) y por utilización de las estaciones y otras instalaciones ferroviarias (artículo 75) y ha reenviado a una norma administrativa general, una Orden del Ministro de Fomento, que debe ir acompañada de una memoria económico-financiera en la que se evalúe el coste de la actividad y se justifique la cuantía de cada canon, la determinación de la cuantía concreta de cada canon (artículo 77)¹⁸.

La fijación independiente por parte de ADIF de la cuantía de los cánones ferroviarios tenía, a la vista de estas previsiones, difícil cabida en nuestra legislación. Hubiera sido necesario que una ley sectorial reguladora de unas tasas concretas –la LSF para los cánones ferroviarios– estableciera el régimen jurídico de las mismas de forma independiente y opuesta a la regulación general de la Ley 8/1989, de 13 de abril. Por lo demás, ADIF, como el resto de las entidades públicas empresariales, carece de potestad normativa y no puede por tanto aprobar una norma de desarrollo de la LSF como la prevista en el artículo 77.

Para la Comisión, sin embargo, la fijación de la cuantía de los cánones es una manifestación de la independencia del administrador de la infraestructura reconoci-

¹⁷ Son de dominio público, de conformidad con el artículo 13.1 LSF, los terrenos ocupados por las líneas ferroviarias que formen parte de la Red Ferroviaria de Interés General y una franja de terreno de ocho metros a cada lado de la plataforma, medida en horizontal y perpendicularmente al eje de la misma, desde la arista exterior de la explanación.

¹⁸ La Orden FOM/2336/2012, de 31 de octubre (BOE de 1 de noviembre de 2012), modificó la primitiva Orden FOM/898/2005, de 8 de abril, y fija las cuantías vigentes de los cánones ferroviarios establecidos en los artículos 74 y 75 LSF.

da en el artículo 4.1 de la Directiva 2001/14/CE, la que le permite obtener ingresos suficientes para desarrollar sus funciones sin interferencia del Estado. Sólo si el administrador de la infraestructura está facultado para fijar por sí mismo el importe de los cánones cobra sentido, a juicio de la Comisión, el artículo 30.3 de la Directiva 2001/14/CE que impone al organismo regulador del mercado la obligación de velar por que los cánones ferroviarios establecidos por el administrador de infraestructuras se ajustan a las reglas, principios y criterios regulados en el Capítulo II de la citada norma comunitaria.

La Comisión reprochaba, en segundo lugar, que no se incorpore al régimen tarifario el contenido del artículo 11 de la Directiva 2001/14/CE, que obliga a los Estados miembros a establecer incentivos que estimulen a las empresas y a los administradores de infraestructura destinados a reducir las perturbaciones y a mejorar el funcionamiento de la red.

La crítica de la Comisión es pertinente. Nuestra legislación ferroviaria no ha establecido medidas concretas de incentivación como las exigidas por la Directiva 2001/14/CE. La única referencia que el Título V de la LSF hace a la cuestión se encuentra en el artículo 73.5 que, de forma muy general, admite, sin establecerlo, la posibilidad de que se adopten al prever que «*se podrán tener en cuenta para el establecimiento de la cuantía de los cánones ferroviarios, de acuerdo con la explotación eficaz de la Red Ferroviaria de Interés General, consideraciones que reflejen el grado de congestión de la infraestructura, el fomento de nuevos servicios de transporte ferroviario, así como la necesidad de incentivar el uso de líneas infrautilizadas, garantizando, en todo caso, una competencia óptima entre las empresas ferroviarias*». Pero en ninguna de las normas específicas de fijación de los cánones ferroviarios aprobadas hasta el momento, la primera Orden FOM/898/2005/, de 8 de abril, y la vigente Orden FOM/2336/2012, de 31 de octubre, que sustituyó a la anterior, se ha previsto un sistema de incentivos, con primas o recargos en el importe de los cánones, que impulse a los operadores y a ADIF a mejorar el funcionamiento de la red.

Desde otra perspectiva, el régimen sancionador regulado en el Título VII de la LSF incluye también algún precepto directamente relacionado con el artículo 11 de la Directiva 2001/14/CE. Este último admite expresamente que los incentivos adopten la forma de penalización y en la LSF se tipifican como infracciones administrativas sancionables determinados comportamientos de los operadores ferroviarios que perturban el funcionamiento de la red ferroviaria: así ocurre, por ejemplo, con el «incumplimiento, por las empresas ferroviarias... de las normas establecidas por el administrador de infraestructuras ferroviarias, de manera tal *que produzcan perturbaciones en el tráfico ferroviario*» (artículo 88, epígrafe g), la «*interrupción injustificada del servicio para cuya prestación esté habilitado el titular de la licencia*» (artículo 89, epígrafe b) y la «no utilización de capacidad adjudicada por el administrador de infraestructuras ferroviarias *en caso de infraestructura congestionada, por causas imputables a la empresa ferroviaria*» (artículo 89, epígrafe c).

La Comisión consideró, sin embargo, que ninguna de las anteriores medidas era susceptible de dar cumplimiento a la obligación del artículo 11 de la Directiva

2001/14/CE, por lo que mantuvo sus alegaciones en el recurso ante el Tribunal de Justicia.

ADIF incluyó, por último, en la declaración sobre la red a partir del documento de actualización correspondiente al año 2008 las tarifas de los servicios adicionales y complementarios prestados, resolviéndose de esta manera el tercero de los motivos de infracción al régimen tarifario observado por la Comisión.

4. El Comité de Regulación Ferroviaria

Las críticas más severas de la carta de emplazamiento se dirigían a la regulación de la LSF y del RSF sobre el Comité de Regulación Ferroviaria y se centraban en dos aspectos principales: a) el Comité de Regulación Ferroviaria no cumple los requisitos de independencia exigidos por el artículo 30 de la Directiva 2001/14/CE y b) el Comité de Regulación Ferroviaria carece de los medios necesarios para ejercer la función de supervisión permanente del mercado ferroviario que le atribuye el artículo 10.7 de la Directiva 91/440/CEE.

Por lo que afecta al requisito de independencia, el artículo 30.1 de la Directiva 2001/14/CE dispone que «Los Estados miembros crearán un organismo regulador. Dicho organismo, *que podrá ser el ministerio encargado de transportes o cualquier otro organismo*, será independiente de todo administrador de infraestructuras, organismo de tarificación, organismo adjudicador y candidato en el plano de la organización, de las decisiones financieras, de la estructura legal y de la toma de decisiones». Si la propia Directiva admite, pues, que el ministerio responsable de la ordenación del transporte ejerza directamente las funciones de supervisión del mercado, no parecía que en principio pudiera objetarse que sea un órgano colegiado integrado en dicho ministerio el que las asuma. El criterio de la Comisión es, sin embargo, bien diferente: considera incumplimiento de la Directiva 2001/14/CE que la LSF no garantice la independencia del Comité frente al administrador de la infraestructura (ADIF), frente a la principal empresa ferroviaria (RENFE-Operadora) y frente al órgano de tarificación (Ministerio de Fomento).

A juicio de la Comisión, el mandato del artículo 10.7 de la Directiva 91/440/CEE —«el organismo regulador... *supervisará* la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, incluido el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril»— no deja a los Estados miembros margen de actuación; implica que el organismo regulador ha de desempeñar una función permanente y regular de seguimiento del mercado, con vistas a detectar posibles comportamientos anticompetitivos, y que esta función debe ejercerse no solo a instancia de las partes interesadas, sino a iniciativa propia. Por ello, si el Comité de Regulación Ferroviaria carece de una estructura permanente, de presupuesto, de personal y de medios propios la LSF incumple la legislación comunitaria.

Desde la emisión de la carta de emplazamiento, no obstante, la regulación de la LSF sobre el Comité de Regulación Ferroviaria ha evolucionado en paralelo al desarrollo del incipiente mercado ferroviario.

El Comité de Regulación Ferroviaria quedó configurado inicialmente como un órgano colegiado integrado en la estructura orgánica del Ministerio de Fomento (artículo 82.1 LSF, en su redacción original). Sus miembros eran necesariamente funcionarios de dicho departamento pertenecientes a los Cuerpos Superiores de la Administración General del Estado (artículo 82.2 LSF, en su redacción original) y las reglas básicas que rigen su funcionamiento quedaron establecidas en la LSF y en el RSF. El momento fundacional de la apertura del mercado ferroviario emprendida por la legislación ferroviaria en 2003, inicialmente circunscrito al transporte de mercancías, y el reducido peso comparativo del ferrocarril en el reparto modal del transporte interior de mercancías en España, fueron circunstancias que justificaron probablemente que se optase entonces por un órgano regulador no permanente, cuyos integrantes no desempeñaban sus funciones en el Comité de forma exclusiva (artículo 142 RSF), dotado de una capacidad operativa limitada, sujeto al control del Ministerio de Fomento –ante cuyo titular podían los interesados interponer recurso de alzada frente a las resoluciones del Comité (artículo 83.5 LSF, en su redacción original)– y carente de una estructura orgánica y de personal propia para el ejercicio de sus funciones (artículo 84 LSF, en su redacción original).

La progresiva entrada en el mercado de nuevos operadores habilitados para prestar servicios de transporte y la promulgación de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, reguladora del contrato de transporte de mercancías, que ha reconocido a las empresas establecidas en cualquier Estado miembro de la Unión Europea el derecho de acceso a la Red Ferroviaria de Interés General para realizar servicios internacionales de transporte ferroviario de viajeros, impulsaron la revisión del régimen legal del Comité, operación que se llevó a cabo en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que modificó en profundidad la regulación del Comité de Regulación Ferroviaria¹⁹.

Desde la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, el Comité ha dejado de estar integrado en la estructura jerárquica del Ministerio de Fomento, quedando adscrito al mismo con independencia funcional plena (artículo 82.1 LSF). Se ha suprimido, consecuentemente, la posibilidad de revisión de las decisiones del Comité en la vía administrativa de alzada ante el Ministro de Fomento²⁰. Se ha eliminado, igualmente, la exigencia de que los miembros del Comité de Regulación Ferroviaria hayan de ser funcionarios del Ministerio de Fomento: el presidente y los vocales son designados entre personas de reconocida competencia profesional en el sector ferroviario o en la regulación de mercados y sólo podrán cesar por las causas expresamente determinadas en la ley (artículo 82, apartados 2 y 4 LSF). Se han ampliado asimismo las atribuciones del Comité de Regulación Ferroviaria con la

¹⁹ La disposición final vigésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, modificó íntegramente los artículos 82, 83 y 84 LSF, es decir, todos los que establecen el régimen legal del Comité de Regulación Ferroviaria.

²⁰ El vigente artículo 83.5 LSF dispone que: «Las resoluciones dictadas por el Comité de Regulación Ferroviaria serán recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de conformidad con lo dispuesto en la ley reguladora de dicha jurisdicción».

asignación de nuevas funciones: entre ellas, el conocimiento y resolución de las reclamaciones sobre la aplicación de los cánones ferroviarios, que abarca también la revisión de los actos de gestión y liquidación del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, o sobre el acceso a la infraestructura ferroviaria y a los servicios a ella vinculados, la supervisión de las negociaciones entre el administrador de infraestructura y los candidatos sobre el nivel de los cánones y la emisión de los informes determinantes en materia ferroviaria en los expedientes que la Comisión Nacional de la Competencia tramite. Se ha impuesto al Ministerio de Fomento, por último, la obligación de prestar al Comité la colaboración necesaria y de proporcionarle los medios necesarios para el ejercicio de sus competencias (artículo 84 LSF).

Aun cuando el recurso finalmente presentado por la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra el Reino de España incluyó entre los motivos de impugnación los referidos al órgano regulador, el alcance de los cambios operados en el estatuto legal del Comité de Regulación Ferroviaria como consecuencia de la promulgación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, condujo a la Comisión a desistir de los mismos, mediante una resolución que comunicó al Tribunal el 26 de marzo de 2012, dando fin de esta manera a la controversia planteada sobre el órgano regulador.

Recientemente el artículo 55.1 de la reciente Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, ha intensificado el requisito de independencia organizativa del organismo regulador nacional, al exigir, además de las condiciones anteriormente establecidas, que sea en «el plano organizativo, funcional, jerárquico y de toma de decisiones *una autoridad autónoma jurídicamente distinta e independiente de cualquier otra entidad pública o privada*»; esto es, que tenga personalidad jurídica propia e independiente de la Administración General del Estado.

Pues bien, en el momento de redactar estas páginas se encuentra pendiente de debate y aprobación en el Congreso de los Diputados el proyecto de ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. El proyecto prevé la refundición y concentración de los reguladores sectoriales existentes (Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal y Comité de Regulación Ferroviaria) y otros creados pero todavía no constituidos (Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y Consejo Estatal de Medios Audiovisuales) en una única estructura orgánica independiente. La prevista fusión de organismos de supervisión suscita buen número de cuestiones pero, a los efectos que aquí interesan, baste destacar que la futura nueva autoridad de supervisión, que asumirá entre muchas otras las funciones actuales del Comité de Regulación Ferroviaria, resulta compatible con los requerimientos de la artículo 55 de la Directiva 2012/34/UE desde una doble perspectiva: por una parte, cumple los requisitos de independencia orgánica, funcional y operativa del organismo regulador del mercado ferroviario (apartado 1) y, por otra, la refundición de organismos de supervisión no es un obstáculo porque la Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer or-

ganismos reguladores competentes para varios sectores regulados, siempre que las autoridades reguladoras integradas cumplan los requisitos de independencia establecidos en el apartado 1 (artículo 55.2).

5. Adjudicación de capacidad de infraestructura

El artículo 11.b) de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, enumera por estricto orden de prelación los criterios conforme a los cuales ADIF debe adjudicar capacidad en caso de coincidencia de solicitudes para una misma franja horaria o de congestión de la red. La Comisión considera que la *primera prioridad* de adjudicación –las que puede establecer el Ministerio de Fomento tomando en especial consideración los servicios de transporte de mercancías– otorga al Ministerio de Fomento un margen discrecional excesivo e infringe el artículo 14.1 de la Directiva 2001/14/CE que obliga a los Estados miembros a fijar reglas específicas y objetivas para la adjudicación de capacidad.

La Comisión advertía, asimismo, que la *cuarta prioridad* de asignación del artículo 11.b), que implica que a igualdad de condiciones debe atribuirse la franja a la misma empresa ferroviaria a la que le fue atribuida en el periodo precedente, salvo que dicha empresa no la hubiera utilizado «de manera efectiva», puede conducir en la práctica a que una empresa ferroviaria del derecho a utilizar una franja horaria indefinidamente, puede impedir el acceso a las franjas de mayor interés comercial de nuevos entrantes y vulnera el artículo 13.2 de la Directiva 2001/14/CE que prohíbe la asignación de franjas por una duración superior a la del período de vigencia del horario de servicio. Si un Estado miembro pretende optimizar el uso eficiente de la red, debe hacerlo sin necesidad de discriminar entre empresas ferroviarias ni de obstaculizar el acceso de nuevos operadores; para ello la Directiva 2001/14/CE ha previsto que los incentivos formen parte del sistema de tarificación y no de las reglas de adjudicación de capacidad.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 28 DE FEBRERO DE 2013

La fase prejudicial del procedimiento de infracción concluyó con el envío de un dictamen motivado el 9 de octubre de 2009 con las conclusiones de la Comisión sobre la transposición del primer paquete ferroviario en España y la contestación al dictamen con las alegaciones de la Administración española, el 16 de diciembre de 2009 siguiente. Diez meses después, el 6 de octubre de 2010, la Comisión interpuso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea trece recursos contra España y contra otros doce Estados miembros (Austria, República Checa, Alemania, Grecia, Hungría, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Polonia, Portugal y Eslovenia) por no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico a las tres directivas.

En el escrito de demanda la Comisión fundaba su recurso contra el Reino de España en cinco motivos de incumplimiento: a) infracción del artículo 4.1 de la Directiva 2001/14/CE en relación con la determinación de la cuantía de los cánones ferroviarios; b) infracción del artículo 11 de la Directiva 2001/14/CE por la omisión de un sistema de incentivos en el régimen de tarifas; c) infracción del artículo 30.1 de la Directiva 2001/14/CE respecto de la independencia del Comité de Regulación Ferroviaria; d) infracción del artículo 10.7 de la Directiva 91/440/CEE por la insuficiencia de medios del Comité de Regulación Ferroviaria y e) infracción de los artículos 13.2 y 14.1 de la Directiva 2001/14/CE en la regulación de la adjudicación de capacidad.

Como se ha señalado más arriba, el 26 de marzo de 2012 y a raíz de la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, la Comisión desistió de los motivos tercero y cuarto, por lo que el recurso se circunscribió al examen en sede judicial del régimen de los cánones y de las reglas de asignación de capacidad en caso de congestión de la red.

Respecto del primer motivo, el Tribunal considera que la legislación española no se ajusta al artículo 4.1 de la Directiva 2001/14 por varias razones: en primer lugar, porque, uno de los objetivos que persigue el sistema de tarificación establecido por la Directiva 2001/14/CE (considerando 12) es garantizar la independencia de gestión del administrador de infraestructuras con la finalidad de optimizar la utilización de éstas. En segundo término, porque el administrador de infraestructuras no podría lograr esa optimización mediante el sistema de tarificación si su función estuviera limitada simplemente al cobro-liquidación de la tasa, como resulta de la LSF. En tercer lugar, porque del artículo 30, apartados 2 y 3 de la Directiva 2001/14/CE se desprende que las decisiones adoptadas por el administrador de infraestructuras sobre los cánones por utilización de infraestructura pueden ser recurridas ante el organismo regulador y la existencia misma de este control carecería de sentido si la función del administrador de infraestructuras estuviera limitada a la fijación del canon concreto aplicando una fórmula establecida previamente por el Ministerio de Fomento. Por último, porque no cabe oponer a esta interpretación la naturaleza tributaria de los cánones, pues, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una directiva.

En relación con el segundo motivo, el Tribunal afirma que el artículo 11.1 de la Directiva 2001/14/CE obliga a los Estados miembros a incluir en los sistemas de tarificación de la infraestructura un sistema de incentivos que estimule a las empresas ferroviarias y al administrador de infraestructuras a mejorar el funcionamiento de la red ferroviaria. Los Estados tienen libertad para elegir las medidas concretas de ese sistema, pero siempre que las mismas constituyan un conjunto coherente y transparente que pueda ser calificado como «sistema de incentivos». Las medidas previstas en la LSF, a juicio del Tribunal, no se ajustan a las exigencias del artículo 11.1: la mera posibilidad de establecer un sistema de incentivos (artículo 73.5 LSF) no es

suficiente para dar cumplimiento a la obligación de hacerlo efectivo y las sanciones previstas en los artículos 88 y 89 LSF se separan de la Directiva 2001/14/CE dado que no forman parte del sistema de tarificación.

El Tribunal concluye también que el artículo 11.b) de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, en cuanto se refiere a las prioridades primera y cuarta de asignación de capacidad, no respeta las exigencias previstas en los artículos 4.1, 13.2 y 14.1 de la Directiva 2001/14/CE.

En efecto, la sentencia subraya que las empresas ferroviarias deben recibir señales claras y coherentes de los sistemas de adjudicación de capacidad que las lleven a tomar decisiones racionales (considerando 13). De ahí que las reglas de adjudicación de la capacidad no pueden entenderse en el sentido de habilitar al Ministerio de Fomento para decidir discrecionalmente la adjudicación de franjas, ni siquiera en caso de congestión. Tal apreciación viene corroborada igualmente por el artículo 20.2 de la misma directiva que dispone que sólo el administrador de infraestructuras puede dar preferencia a servicios específicos y únicamente, además, en los supuestos de infraestructuras congestionadas y de infraestructuras especializadas.

De acuerdo con el párrafo primero del artículo 13.1 de la Directiva 2001/14/CE, recuerda el tribunal, la duración máxima de la utilización de una capacidad de infraestructura específica en forma de franja ferroviaria será de un solo período de vigencia del horario de servicio. El apartado segundo de la misma disposición prevé una excepción a dicha regla general, al admitir que una empresa ferroviaria utilice la capacidad de infraestructura ferroviaria por un período superior a dicho período siempre que haya concluido con el administrador de infraestructuras un acuerdo marco de los regulados en el artículo 17. La prohibición de utilizar la capacidad de infraestructura durante un período superior al horario de servicio tiene por finalidad la igualdad de acceso sin discriminación de las empresas ferroviarias (considerando 11).

En coherencia con estos razonamientos, la Sentencia falla que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 4.1, 11, 13.2, y 14.1 de la Directiva 2001/14/CE; pronunciamiento que obligará a introducir las correcciones necesarias en la LSF y en sus disposiciones de desarrollo.

La revisión no implicará mayor dificultad en el caso de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril. Bastaría con sustituir la primera prioridad por una regla objetiva y no discriminatoria de adjudicación de capacidad y de suprimir la cuarta prioridad, condicionando la utilización la capacidad de infraestructura durante períodos superiores al de un horario de servicio a la formalización de un acuerdo marco entre ADIF y las empresas ferroviarias.

Tampoco presenta gran problema la modificación del Título V de la LSF, necesaria para adaptar su contenido a la Directiva 2001/14/CE en los términos declarados por el tribunal.

La Sentencia recuerda que el artículo 4 de la Directiva 2001/14/CE efectúa un reparto de competencias entre los Estados miembros y el administrador de infraestructuras en lo que se refiere a los sistemas de tarificación, conforme al cual corres-

ponde a los Estados miembros establecer el marco de tarificación y al administrador de infraestructuras, la determinación del importe del canon y su cobro. Y declara a continuación el Tribunal que los administradores de infraestructuras deben disponer de «*cierto margen de actuación*» en la fijación del importe de los cánones; es decir, que ésta no es una función completa, exclusiva e independiente del administrador de infraestructuras, sino que está subordinada al marco de tarificación establecido por el Estado. La reforma del Título V bien podría, pues, moverse entre estos dos ejes: una regulación legal, en primer lugar, que defina los elementos esenciales de los cánones (incluyendo un sistema de incentivos-bonificaciones) para dar cumplimiento al principio de legalidad tributaria, y que habilite, en segundo término, a ADIF para determinar, dentro de ese marco general preestablecido, la cuantía de los cánones y para aplicar los incentivos²¹.

Cuestión diferente será la regulación futura de los cánones a más largo plazo porque la reciente Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, ha introducido ciertas novedades en el régimen tarifario, orientadas a flexibilizar su aplicación e incrementar la libertad de acción del administrador de infraestructuras, que comprometen seriamente el mantenimiento de la naturaleza tributaria de los cánones ferroviarios²². Baste ahora con destacar los preceptos más significativos en este sentido: el artículo 29.1, cuarto párrafo limita seriamente la intervención del legislador en la determinación de los cánones, al disponer que: «El administrador de infraestructuras determinará el canon por la utilización de infraestructuras y se encargará de su cobro (...) y (...) *el parlamento nacional podrá estar facultado para controlar y, cuando proceda, modificar la cuantía de los cánones determinados por el administrador de infraestructuras*. Tal modificación garantizará que los cánones se ajusten a la presente Directiva y al marco y las normas de los cánones». De la redacción del artículo 32.3 («Para proyectos de inversión específicos, en el futuro o que hayan concluido después de 1988, el administrador de infraestructuras *podrá establecer o mantener cánones más elevados* basados en los costes a largo plazo de dichos proyectos...») se deduce que el administrador de infraestructuras tiene la capacidad de crear nuevos cánones. Asimismo, el artículo 32.6 reconoce expresamente al administrador competencia para «*modificar los elementos esenciales del sistema de cánones*». El artículo 56.6 admite las «*negociaciones entre candidatos y administradores de infraestructuras sobre la cuantía de los cánones*» siempre que discurren bajo la supervisión del organismo regulador. El Anexo VI.2 autoriza al administrador de infraestructuras a «*acordar con los candidatos los parámetros principales del sistema de incentivos*, en particular (...)». A

²¹ La regulación de las tasas portuarias recogida en el Título IV del Texto refundido de la Ley de puertos del Estado y de la marina mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, constituye una muestra de equilibrio entre el marco legal general de las tasas y la autonomía de las Autoridades Portuarias para su fijación.

²² El plazo de transposición de la Directiva 2012/34/UE, conforme a lo previsto en su artículo 64, finaliza el 16 de junio de 2015.

la vista de tales previsiones va a resultar difícil, en la transposición de la Directiva 2012/34/UE, compatibilizar sus mandatos con el principio de legalidad que debe presidir el régimen de las tasas.

RESUMEN: La Comisión Europea constató la existencia de varios incumplimientos de la normativa comunitaria en la Ley 39/2003, del Sector Ferroviario. La Ley 2/2011, de Economía Sostenible puso fin a los incumplimientos derivados de la falta de independencia del Comité de Regulación Ferroviaria. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013 ha constatado la existencia de ciertos incumplimientos de las directivas en materia de cuantificación del canon por utilización de infraestructura.

PALABRAS CLAVE: Transporte ferroviario, Comité de Regulación Ferroviaria, canon por utilización de infraestructuras.

ABSTRACT: The European Commission identified different infringements of the European Directives in Act 39/2003, on railway transport. Act 2/2011 on Sustainable Economy put an end to the infringements in relation to the Independence of the Comité de Regulación Ferroviaria. The Judgment on the European Court of Justice of 28 February 2013 has confirmed infringements related to the fee for the use of infrastructure.

KEYWORDS: Railway transport. Comité de Regulación Ferroviaria, fee for the use of infrastructure.

Recibido: 20 de abril de 2013

Evaluado: 8 de mayo de 2013

Aceptado: 10 de mayo de 2013

UNA PROPUESTA DE LICITACIONES DE LÍNEAS MÚLTIPLES EN BASE AL CUARTO PAQUETE FERROVIARIO

A PROPOSAL OF MULTILINE BIDDING BASED ON THE FOURTH RAILWAY PACKAGE

KASPER ROLDSGAAR

Investigador. Facultad de Administración y Dirección de Empresas
Universidad Politécnica de Valencia

MARÍA DE MIGUEL MOLINA

Profesora Titular Departamento de Organización de Empresas
Universidad Politécnica de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SITUACIÓN ACTUAL: PROBLEMAS QUE RESOLVER. III. EL CUARTO PAQUETE FERROVIARIO: LA NORMATIVA DEL FUTURO. IV. LA PROPUESTA: ACCESO A REDES DE LÍNEAS FERROVIARIAS. V. REVISIÓN DE LOS MODELOS MÁS CONOCIDOS: 1. Licitaciones de derechos exclusivos («competencia por el mercado»). 2. Servicios competitivos («competencia en el mercado»). VI. ESTUDIO: EVIDENCIA EMPÍRICA DEL FERROCARRIL HISTÓRICO DANÉS. VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de la liberalización del sector ferroviario europeo comenzó en 1991, pero la Directiva 91/440 sólo se aplicó a las operaciones transfronterizas y no incluyó el cabotaje (IVALDI y VIBES, 2005). La liberalización se ha desarrollado a través del primer paquete en el año 2001, el segundo paquete en el año 2004, el tercer paquete en el año 2007, y la refundición en el año 2012 que consolida los paquetes anteriores con el fin de mejorar la transparencia en los contratos y operaciones ferroviarios. El cuarto paquete ferroviario está destinado a jugar un papel clave con el estancamiento o el declive al que muchos mercados ferroviarios europeos se enfrentan en estos momentos (Comisión Europea, 2013a).

La competencia se define como «el esfuerzo de dos o más partes, actuando independientemente para asegurar el negocio de un tercero, ofreciendo las condiciones más favorables» (MERRIAM-WEBSTER, 2013). La competencia vendría a ser un concurso entre dos o más empresas para ganar o defender cuotas del mercado con el fin de obtener, en última instancia, beneficios económicos. Sin embargo, la liberalización del mercado a través de licitaciones otorgando *derechos exclusivos* de la explotación no produce una competencia real en el mercado.

La liberalización de distintos sectores en la Unión Europea, como el caso del sector ferroviario, ha tenido como objetivo aumentar la eficiencia de éstos. Las reformas por etapas se muestran como más eficientes porque se va aprendiendo poco a poco de los errores, si bien puede diferir de unos sectores a otros (FRIEBEL, IVALDI y VIBES, 2010). Esto es necesario porque las experiencias sobre la competencia en el sector ferroviario europeo aún son limitadas. Las ofertas experimentales en Italia sugieren que el temor a la competencia no es un buen inicio para organizar rondas de licitaciones. Por el contrario, los mejores resultados se han obtenido mediante la definición de ofertas que lograron atraer a nuevos entrantes (STANTA y GALLI, 2006). Por otro lado, Italia representa el grado más alto de «descontento» con el servicio ferroviario de todos los países de Europa y por lo tanto es la población europea que más está a favor de una competencia «en» el mercado (Comisión Europea, 2012, p. 36). Además sólo podemos observar algunas experiencias de competencia «por» el mercado, como por ejemplo en Reino Unido y Suecia, y podemos concluir que este modelo es razonable y lógico, pero no es óptimo ni un modelo a seguir. Es más, no tiene sentido convertir un modelo de monopolio en un modelo de pequeños monopolios. El objetivo final no puede ser dividir el mercado en fracciones aisladas, sino todo lo contrario, se busca crear operaciones coherentes y conectadas.

SOPRANO (2012) sugiere que la competencia tiene «un factor positivo», pero también subraya que la seguridad, la alta frecuencia de viajes y los «precios asequibles» no deben ser subestimados. Es más, el mercado abierto debe considerar una competencia intermodal, no sólo una competencia intramodal (IVALDI y VIBES, 2005). Es esencial considerar el pluralismo en el mercado, cuando se toman decisiones sobre el diseño de un modelo de transición hacia un servicio competitivo del ferrocarril en una perspectiva de transporte global. Por lo que ya sabemos el mercado abierto depende de la competencia del sector del transporte. Más tráfico sería necesario para reducir la estructura de costes. También sabemos que el precio no sólo debería basarse en cálculos de la estructura de costes actual, sino que el precio debería establecerse por el valor ofrecido (LESZINSKI y MARN, 1997), sobre todo en un mercado competitivo. Asimismo, la intervención pública, tanto a partir de la normativa de Derecho de la competencia como de la regulación sectorial, se considera indispensable para la liberalización del sector ferroviario (MONTERO, 2013).

El objetivo es lograr un nivel más elevado de mercado interior de servicios ferroviarios a través de estándares técnicos y de seguridad para toda Europa, lo cual

está previsto que refuerce el papel de la Agencia Ferroviaria Europea (ERA) y así garantizar la plena interoperabilidad entre los trenes de la UE (Euractiv, 2013). La propuesta del cuarto paquete ferroviario es ampliar los anteriores paquetes ferroviarios mediante la plena apertura de los mercados ferroviarios nacionales para el tráfico de pasajeros a finales del año 2019.

La liberalización del sector ferroviario es un proceso a largo plazo que requiere respuestas a varias preguntas como, por ejemplo: ¿De dónde venimos? ¿Dónde estamos y dónde queremos ir? ¿Qué resultados vamos a conseguir?

II. LA SITUACIÓN ACTUAL: PROBLEMAS QUE RESOLVER

Existen dos problemas esenciales. El primero continúa siendo la incompatibilidad de los sistemas de infraestructura y la existencia de normas heterogéneas de las empresas históricas ferroviarias en cada país, mientras que el segundo problema sigue siendo el derecho exclusivo para explotar el servicio ferroviario. Esto ha provocado falta de eficiencia y fiabilidad, asimismo las normas técnicas heterogéneas están contribuyendo a un alto nivel de gastos de explotación lo cuál impiden que los servicios ferroviarios sean capaces de competir con otros medios de transporte (Comisión Europea, 2012).

El sector ferroviario europeo se está aproximando a una importante encrucijada, pero debe tomar una decisión simple: reestructurar el ferrocarril para que pueda crecer de nuevo y beneficiar a los ciudadanos, las empresas y el medio ambiente. O podemos elegir otro camino, pero el ferrocarril seguirá siendo un juguete de lujo para unos pocos países ricos (Comisión Europea, 2013a).

Los mercados de servicios de pasajeros podían abrirse a través del tercer paquete ferroviario desde enero de 2010, pero en la práctica los mercados nacionales de pasajeros siguen siendo en gran parte cerrados, lo que es contrario a abrir la competencia dado que los servicios nacionales representan casi el 95% del mercado en la UE por ferrocarril (EU Business, 2013). Además las empresas históricas de ferrocarril tienen una cuota del mercado doméstico superior al 90% en dieciséis de los veinticinco países de la EU (Comisión Europea, 2013b). Aunque la apertura de los servicios de mercancías a través del segundo paquete ferroviario a partir de enero 2007 ha tenido un impacto positivo produciendo un crecimiento de mercancías por ferrocarril, solo unos pocos países han optado por permitir la competencia de servicios de pasajeros (EU Business, 2013).

De este modo el sector ferroviario europeo ha creado gradualmente, durante más de 20 años, una fragmentación estructural de la infraestructura y también ha producido una «fragmentación» de la comercialización del servicio a través de derechos exclusivos. La competencia en servicios de pasajeros se ha realizado por líneas, a través de licitaciones exclusivas, y por eso la competencia sigue siendo «por» el mercado y no «en» el mercado (EU Business, 2013).

III. EL CUARTO PAQUETE FERROVIARIO: LA NORMATIVA DEL FUTURO

El cuarto paquete ferroviario aspira a transformar una estructura técnica diversa con el fin de mejorar las condiciones generales para la explotación comercial de los trenes. Según la UE, el cuarto paquete ferroviario está previsto que produzca un cambio radical a finales del año 2019 (Euractiv, 2013). En cuanto al mayor acceso a la red ferroviaria, la Comisión propone abrir a nuevas empresas las redes ferroviarias nacionales de transporte de pasajeros y potenciar la eficiencia de los servicios (Comisión Europea, 2013b). El cuarto paquete se centra en cuatro áreas clave.

1. Normas técnicas y autorizaciones de seguridad para toda Europa.
2. Mejor calidad y más variedad.
3. Separación entre la infraestructura y las operaciones.
4. Una mano de obra calificada.

En primer lugar, el cuarto paquete ferroviario promueve la interoperabilidad para permitir que normas técnicas comunes hagan la producción de trenes más simple y rentable. En segundo lugar, pretende lograr una mejor calidad y ampliar las posibilidades de elección de los viajeros de ferrocarril para satisfacer sus necesidades. En tercer lugar, tiene como objetivo separar a los gestores de la infraestructura y del servicio para desarrollar una estructura que permita una mayor calidad y oferta para los viajeros. En cuarto lugar, si bien potenciar una mano de obra cualificada se incluye en la agenda del cuarto paquete ferroviario, también se establece la necesidad de que nuevos jugadores unan sus fuerzas con los jugadores establecidos para lograr una mayor calidad y oferta para los viajeros.

La Comisión propone otorgar mayor acceso a la red ferroviaria a nuevas empresas ferroviarias de transporte para crear y explotar una demanda latente (Comisión Europea, 2013b). El cuarto paquete ferroviario pretende expandir las operaciones en general, pero el diseño específico del mercado ferroviario nacional sigue siendo una responsabilidad fundamental del gobierno doméstico. Esta decisión sobre el diseño más adecuado en cada país es muy importante puesto que establece los límites externos para el desarrollo y la innovación.

La Comisión europea busca potenciar la interoperabilidad para que sea posible operar los trenes en cualquier parte de Europa (Comisión Europea, 2013c). Pero los gobiernos no deberían tomar solo decisiones sobre los estándares técnicos, sino también centrarse en el diseño de las redes para establecer las mejores condiciones posibles y crear valor para los pasajeros, así como para el operador ferroviario y el propio estado (Figura 1).

La figura 1 describe la necesidad de clasificar esta separación vertical en una perspectiva simple (a, izquierda) y una perspectiva más compleja (b, derecha). Hasta ahora, la atención se ha centrado en la separación de las operaciones y la infraestructura más que en la creación de valor a través de una interacción dinámica mediante redes de líneas explotadas por los operadores ferroviarios bajo la dependencia esencial de redes de administradores de infraestructuras.

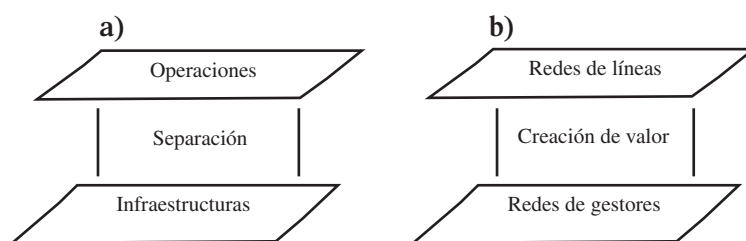


Figura 1. Una propuesta para crear valor mediante redes. Elaboración propia.

IV. LA PROPUESTA: ACCESO A REDES DE LÍNEAS FERROVIARIAS

Como mostramos en la figura 1 nuestra propuesta sería otorgar licitaciones conjuntas de líneas para dos o más operadores que facilitasen operaciones paralelas y así obtener una competencia real en el mercado, manteniendo una eficiencia bajo restricciones con el objetivo de superar la dicotomía entre la competencia «por» el mercado y la competencia «en» el mercado.

Tener operaciones paralelas significa otorgar licitaciones para que dos o más empresas den servicios en las mismas líneas. Las licitaciones deberían así basarse en un derecho «no exclusivo» sino otorgando permiso a dos o más empresas para operar servicios en las mismas rutas, como sucede en el sector aéreo. El objetivo sería obtener mayor competencia en el mercado, logrando más variedad para los pasajeros a precios más competitivos. En vez de dividir y separar, como en Reino Unido y Suecia, el enfoque debería ser alinear y conectar redes de líneas. En vez de otorgar derechos exclusivos para operar una, dos o tres *líneas*, el enfoque debería ser elegir a dos o más *operadores* para darles derecho a operar un conjunto de líneas, por ejemplo toda la red ferroviaria de largo recorrido, ejecutando así un plan de liberalización del ferrocarril.

De esta forma la competencia sería más constante, en lugar de un solo concurso una vez cada década, para otorgar licencias exclusivas para explotar líneas simples de ferrocarril. Es un riesgo innecesario no definir un conjunto de requisitos y condiciones mínimos que los operadores deberían cumplir para mantener esa licencia para operar. Al mismo tiempo es esencial crear un espacio comercial con un cierto grado de flexibilidad que permita la innovación y el desarrollo de las mejores prácticas.

El modelo propuesto presupone que un conjunto de líneas sea atractivo y requiere especificar las condiciones y atributos mínimos para mantener la licencia. Por ejemplo, mantener una responsabilidad fiduciaria es uno de los desafíos críticos de la apertura de nuevos mercados, sobre todo cuando se basa en una información de mercado muy limitada (THOMPSON y MACMILLAN, 2010), como sucede precisamente en el mercado de pasajeros por ferrocarril.

V. REVISIÓN DE LOS MODELOS MÁS CONOCIDOS

Es conocido que Alemania y Francia favorecen el modelo de interdependencia vertical donde la gestión en la infraestructura y las operaciones ferroviarias se mantienen unidas, pero este modelo contradice los objetivos declarados del cuarto paquete ferroviario porque discrimina a los nuevos entrantes y favorece al operador histórico verticalmente integrado. La integración vertical distorsiona una forma de competencia que favorece al titular histórico y así se proporciona un acceso al mercado injusto. La Comisión ha declarado que las dos funciones deberían ser gestionadas por separado (Comisión Europea, 2013a). En esta línea, existen dos maneras de ofrecer servicios de transporte ferroviario de pasajeros en un mercado liberalizado (EU Business, 2013):

1. Licitaciones de derechos exclusivos («competencia por el mercado»)

El primer modelo de licitaciones de derechos consistente en licitar una concesión con una duración determinada para la explotación de un servicio. Es habitual utilizar este modelo para la explotación de operaciones sujetas a obligaciones de servicio público.

2. Servicios competitivos («competencia en el mercado»)

El segundo modelo corresponde a la competencia en el mercado mediante la asignación de un número definido de títulos para la prestación de servicios ferroviarios de pasajeros. Este es el modelo a seguir, pero no de un día para otro sino ejecutado en un proceso a largo plazo. Es más, ya sabemos que en la práctica hay limitaciones físicas que no permiten que participen, por ejemplo, 20 operadores con diferentes servicios en la misma línea entre dos ciudades. En este modelo las empresas prestadoras de servicios de transporte compiten fijando las rutas, horarios y precios que les parecen más convenientes como se hace, por ejemplo, en el transporte aéreo.

En la práctica, otros países han optado por un tercer modelo híbrido, en el que se establece la competencia «por» el mercado para la prestación de los servicios deficitarios que se consideran socialmente necesarios mientras que en resto de los servicios interurbanos hay competencia «en» el mercado (RAMOS, GARCÍA y CILLERO, 2011). En el debate internacional se mencionan con frecuencia Reino Unido y Suecia debido a su apertura al mercado y la separación de la administración de la infraestructura y la del servicio, pero el problema sigue siendo que las licitaciones de derechos exclusivos en la práctica divide la red en fragmentos. No tiene sentido convertir un monopolio en un mercado basado en sub-monopolios, como en el Reino Unido, Alemania, Dinamarca y Suecia. El concurso donde el ganador gana un derecho exclusivo para explotar servicios de líneas simples se considera inadecuado y con alta probabilidad resultaría ser un mercado ineficiente, y es más, no permitiría a los operadores beneficiarse de economías de escala, ni de economías de gama.

El modelo británico con múltiples operadores está muy diversificado, lo que limita la obtención de economías de escala. Por lo contrario, al asumir cada operador costos unitarios elevados, los precios son altos y como consecuencia hace menos atractivo viajar en tren. Debido a estas razones, el modelo de franquicia británico no es eficiente y sigue haciendo que viajar en tren sea caro para los individuos. El problema sigue siendo que el desarrollo y la innovación no pueden tener una dirección común, siendo probable que sea el resultado de un proceso aleatorio en función de los intereses, «velocidades» y las ambiciones de múltiples agendas corporativas. La elaboración de una agenda común es más difícil cuando hay más jugadores (unidades políticas) que tienen que colaborar. Es más, el diseño fragmentado indirectamente va en contra de los objetivos del cuarto paquete ferroviario, pues su objetivo es unir y alinear los diversos estándares en un cuerpo legislativo coherente.

El modelo sueco de licitación es más simple que el de Reino Unido, dado que tiene menos líneas y menos operadores, lo cual resulta en un grado más alto de transparencia del mercado del transporte ferroviario de pasajeros. Este modelo se ha destacado como un éxito en términos de ahorrar dinero al gobierno sueco, pero no ha mejorado radicalmente la calidad del servicio ferroviario y tampoco ha resultado dar más variedad a los pasajeros. Es más, la política sueca de licitación de líneas simples también ha mostrado vulnerabilidad cuando el consorcio danés-escocés DSBFirst se descapitalizó en 2011 y DSBVäst en 2012. Estos fracasos son demasiado importantes para ignorarlos, especialmente porque el fracaso de la empresa conjunta afectó a los pasajeros. El suceso atrajo una considerable cobertura mediática negativa y resultó en una pérdida estimada de 100 millones de euros para el operador danés DSB en el año 2010. La franquicia del litoral norte de Copenhague (Dinamarca) y Suecia fracasó cuando DSBFirst tuvo que renunciar a las actividades de operación transnacional de 2009 a 2011.

En otros países nórdicos, como Dinamarca, donde han otorgado la licencia a una empresa internacional para explotar un sub-monopolio más integral, el resultado ha sido positivo. La empresa Arriva Dinamarca, por ejemplo, ha demostrado una mejora en la calidad del servicio gradualmente durante sus 10 años de operación en Dinamarca y ha ahorrado dinero al estado danés. La Oficina Nacional de Auditoría Danesa concluyó que había ahorrado al Estado más de 300 millones de coronas danesas (DKK) durante el período 2003-2010, lo cuál corresponde a 5 millones de euros al año.

Se ha celebrado este ahorro como un éxito en la prensa danesa pero en realidad se trata de una cantidad bastante humilde en comparación con los 100 millones de euros para el cierre de las operaciones en el sector ferroviario sueco en una sola de sus seis licencias. En resumen, el riesgo es muy grande en relación a la ganancia potencial. Como alternativa se podría, en lugar de centrarse en facilitar las operaciones en paralelo para aumentar la frecuencia, bajar el precio, así como ofrecer a los pasajeros otros modos de transporte. El desarrollo en los mercados nórdicos muestra cómo los operadores ferroviarios han ampliado gradualmente sus servicios durante los últimos años para crear redes de líneas de operación (ferrocarril y autobús).

VI. ESTUDIO: EVIDENCIA EMPÍRICA DEL FERROCARRIL HISTÓRICO DANÉS

Un estudio reciente realizado en Dinamarca, con la participación de 368 gerentes, brinda algunas evidencias sobre las mejores condiciones para optimizar el modelo de negocio en el sector ferroviario (Roldsgaard, 2013). Los resultados del estudio son representativos de 80% de los gerentes del ferrocarril y son pertinentes para responder a la pregunta: ¿Cuáles son las principales amenazas y oportunidades para desarrollar el modelo de negocio del operador ferroviario en una perspectiva de futuro?

Los resultados de dicho estudio revelan que la gestión de la integración y, sobre todo, la capacidad de alinear son mucho más importantes que una gestión modular para separar productos y servicios. La capacidad de disociar, entendida como la capacidad de separar el uso y la propiedad de los recursos y luego negociar la ubicación y el acceso a los recursos (para poder alinear), se considera muy importante para desarrollar el modelo de negocio del operador ferroviario.

El estudio, además, revela que el impacto político y los sindicatos son las amenazas más importantes para el desarrollo del modelo de negocio actual del ferrocarril (tabla 1). Como contrario, el estudio revela que la estrategia a largo plazo y el servicio ferroviario doméstico actual se han identificado como las oportunidades más importantes en una perspectiva de futuro (tabla 2).

Tabla 1. Amenazas para el desarrollo del modelo de negocio de los operadores ferroviarios en Dinamarca.

Amenazas de desarrollar del modelo de negocio para el operador ferroviario										
	Una respuesta (principal)				Respuestas múltiples (complementario)				Total	
	Número	Porcentaje	Margen	Índice	Número	Porcentaje	Margen	Índice	Número	Porcentaje
Impacto político	118	32%	45%	100.00	147	16%	55%	124.58	265	21%
Sindicatos	65	18%	32%	100.00	135	15%	68%	207.69	200	16%
Estrategia de largo plazo	47	13%	32%	100.00	101	11%	68%	214.89	148	12%
Gestión de costes	52	14%	38%	100.00	84	9%	62%	161.54	136	11%
Gestión del cambio	22	6%	19%	100.00	91	10%	81%	413.64	113	9%
Servicio ferroviario	20	5%	20%	100.00	80	9%	80%	400.00	100	8%
Medida de eficiencia	17	5%	18%	100.00	75	8%	82%	441.18	92	7%
Cultura	9	2%	13%	100.00	60	7%	87%	666.67	69	5%
Gestión de contratos	7	2%	11%	100.00	57	6%	89%	814.29	64	5%
Operadores ferroviarios	1	0%	5%	100.00	20	2%	95%	2000.00	21	2%
Otros transportes	3	1%	19%	100.00	13	1%	81%	433.33	16	1%
Alianzas	1	0%	7%	100.00	13	1%	93%	1300.00	14	1%
Internacionalización	0	0%	0%	100.00	13	1%	100%	1300.00	13	1%
Otros	6	2%	50%	100.00	6	1%	50%	100.00	12	1%
	368		100%		895	100%			1263	100%

Fuente: Roldsgaard, 2013.

Aunque el estudio sea único para Dinamarca, se puede considerar que los resultados son representativos para el desarrollo del sector ferroviario europeo. En el debate público se está profundizando en la cooperación con otros operadores ferroviarios y en las alianzas internacionales que, sin embargo, se consideran como las oportunidades menos importantes. Por el contrario, el debate público se debería centralizar alrededor de la estrategia a largo plazo del servicio ferroviario en el mercado doméstico. Esta es la razón por la que es tan importante seleccionar la mejor estrategia para acelerar la distribución de productos y servicios. Obtener una licencia para explotar un conjunto de líneas requiere la definición de unas normas mínimas que se deben cumplir para mantenerla. Es necesario especificar las condiciones mínimas y definir los atributos básicos de las operaciones de la licencia. Además, deberíamos centrarnos en mejorar el servicio actual para aprovechar la ventaja competitiva de una tecnología más eficiente que otros tipos de transporte. A ello, en una perspectiva de transporte global y de largo plazo, podría ayudar el otorgar licitaciones de líneas múltiples con acceso pleno a redes de infraestructura o, por lo menos, líneas conectadas.

Tabla 2. Oportunidades para el desarrollo del modelo de negocio de los operadores ferroviarios en Dinamarca.

Oportunidades de desarrollar del modelo de negocio para el operador ferroviario										
	Una respuesta (principal)				Respuestas múltiples (complementario)				Total	
	Número	Porcentaje	Margen	Índice	Número	Porcentaje	Margen	Índice	Número	Porcentaje
Servicio ferroviario	73	20%	35%	100.00	137	13%	65%	187.67	210	15%
Estrategia de largo plazo	80	22%	41%	100.00	115	11%	59%	143.75	195	14%
Gestión del cambio	43	12%	24%	100.00	137	13%	76%	318.60	180	13%
Cultura	51	14%	30%	100.00	117	11%	70%	229.41	168	12%
Gestión de costes	40	11%	25%	100.00	121	11%	75%	302.50	161	11%
Medida de eficiencia	24	7%	20%	100.00	98	9%	80%	408.33	122	9%
Sindicatos	18	5%	15%	100.00	102	10%	85%	566.67	120	8%
Impacto político	16	4%	18%	100.00	73	7%	82%	456.25	89	6%
Gestión de contratos	9	2%	13%	100.00	62	6%	87%	688.89	71	5%
Otros transportes	4	1%	10%	100.00	38	4%	90%	950.00	42	3%
Internacionalización	5	1%	14%	100.00	31	3%	86%	620.00	36	3%
Operadores ferroviarios	3	1%	11%	100.00	25	2%	89%	833.33	28	2%
Alianzas	0	0%	0%	100.00	7	1%	100%	1300.00	7	0%
Otros	2	1%	50%	100.00	2	0%	50%	100.00	4	0%
	368		100%		1065	100%			1433	100%

Fuente: Roldsgaard, 2013.

Basado en la evidencia del estudio, sería necesario dar un paso atrás para comprender dónde se encuentra el sector ferroviario para ser capaz de competir con otros medios de transporte. Dar este paso atrás podría resultar difícil, ya que podría generar una lucha interna (por ejemplo, con el sector de autobuses). No obstante, el

sector debería beneficiarse de la ventaja competitiva de la tecnología ferroviaria (por ejemplo, con el sector de autobuses) antes que entren nuevas empresas ferroviarias. En una perspectiva general del transporte, básicamente sabemos que el objetivo es transportar a las personas de un lugar (salida) a otro lugar (destino) de una forma rápida y a un buen precio. Por eso no sólo se trata del tráfico por ferrocarril, sino también de transportar a la gente desde el punto A al punto B de una manera más rápida que otros modos de transporte a un precio competitivo.

VII. CONCLUSIÓN

En nuestro análisis hemos identificado dos problemas básicos. En primer lugar, la infraestructura actual no permite la interoperación entre los Estados miembros de la Unión Europea y, en segundo lugar, las operaciones comerciales no son suficientemente competitivas en una perspectiva global de transporte. La intervención pública en el mercado es importante ya que puede incentivar o desincentivar a las empresas a lograr un valor compartido.

Para conseguir la apertura de este mercado se considera necesario separar la gestión de la infraestructura de la del servicio, lo cual incluye la entrada de nuevos operadores. La Comisión quiere facilitar la entrada de nuevos operadores para obtener una competencia «en» el mercado y un pequeño número de competidores sería suficiente para crear un alto grado de competencia.

Nuestra propuesta sería habilitar a dos o más operadores para controlar líneas múltiples con el fin de permitir operaciones simultáneas en el mercado. Dado que el reto del operador ferroviario es, en última instancia, ser capaz de crear ingresos a un costo razonable, el diseño óptimo de la liberalización sería organizar líneas múltiples que reflejasen explícitamente los ingresos y costos para los operadores ferroviarios.

Las licitaciones de líneas múltiples combinarían varias líneas en las redes de ferrocarril en vez de fragmentar el mercado. Esto es una alternativa a la licitación de líneas individuales aisladas. Las licencias de líneas múltiples permiten una mayor flexibilidad a los operadores ferroviarios y, por lo tanto, una mayor variedad en línea con el objetivo del cuarto paquete ferroviario. Por el contrario, la licitación de líneas múltiples aisladas debería ser evitada ya que se ha comprobado, por ejemplo, cómo en el Reino Unido ha conducido a un sistema caótico.

El modelo propuesto es más integral que el modelo británico con operadores múltiples y brinda mejores condiciones para ser rentable que el modelo sueco con líneas individuales. Un modelo horizontalmente integrado proporcionaría a los operadores ferroviarios un mayor grado de libertad y flexibilidad. La descapitalización de la alianza internacional de DSBFirst en Suecia ha revelado un riesgo latente del modelo de las licitaciones con derechos exclusivos que sigue siendo absolutamente olvidado en el debate de la liberalización del sector ferroviario europeo. Este riesgo

no es solo económico, sino también para los pasajeros. Una solución para disminuir este riesgo sería, por ejemplo, tener más operadores en la misma línea.

La concesión de licencias para operar en un conjunto de líneas, bajo unos criterios mínimos operativos explícitamente definidos, es una propuesta para mantener la calidad alta y, progresivamente, construir una base para llevar más pasajeros por ferrocarril y reducir los costes totales de las operaciones. El modelo propuesto supone que sería posible atraer a más pasajeros de otros medios de transporte debido a que habría una mayor oferta, lo cuál supondría una frecuencia más alta y precios más bajos. En última instancia, una frecuencia más alta y menores precios resultarían en servicios ferroviarios más competitivos en una perspectiva global de transporte.

Las ventajas del modelo propuesto se resumen en:

- Alto grado de control por el gobierno ya que las licitaciones pueden ser administradas como una red de líneas.
- Menos costes para organizar rondas de licitaciones de líneas conjuntas, en vez de líneas simples.
- Mantener redes ferroviarias integrales.
- Construir una base con dos o más operadores para ofrecer servicios competitivos con salidas más frecuentes y precios más bajos, obteniendo así servicios ferroviarios competitivos en comparación con otros medios de transporte.
- Evitar que las líneas menos rentables se queden «fuera del juego» definiendo condiciones mínimas.
- Reducir problemas de la interdependencia entre varios operadores cuando tienen que colaborar.
- Flexibilidad para el operador para ser capaz de alinear e explotar los servicios, además de beneficiar economías de escala.

En definitiva, los reguladores son los que determinan cuáles deben ser las condiciones generales de las operaciones ferroviarias para generar valor a los pasajeros, a los operadores y a la sociedad. Esta es la razón por la que es tan importante seleccionar la mejor estrategia para acelerar la distribución de productos y servicios. Obtener una licencia para explotar una red con líneas múltiples requiere la definición de unas normas mínimas que se deben cumplir para mantenerla. Es necesario especificar las condiciones mínimas y definir los atributos básicos de las operaciones de la licencia.

De esta manera la competencia sería constante. Es un riesgo innecesario no definir un conjunto de requisitos y condiciones mínimos que los operadores deben cumplir para mantener la licencia para operar. Al mismo tiempo es esencial crear un espacio comercial con un cierto grado de flexibilidad para permitir la innovación y el desarrollo de las mejores prácticas.

En conclusión es relevante destacar que, si bien el debate público actual profundiza en la cooperación con otros operadores ferroviarios y en las alianzas in-

ternacionales, en un estudio empírico realizado con gerentes del sector éstos consideran que esas son las oportunidades menos importantes y, por el contrario, la liberalización del sector debería centrarse en la estrategia a largo plazo del desarrollo del servicio ferroviario en el mercado doméstico. Conceder acceso pleno a un conjunto de líneas, por ejemplo la totalidad de la red ferroviaria larga distancia, es importante para proporcionar una mayor flexibilidad comercial a los operadores ferroviarios y también para permitir que el gobierno pueda controlar el desarrollo del mercado común del transporte ferroviario a través de una serie controlada de expansiones para conseguir servicios competitivos en el mercado. En esa línea, la tarea más importante es elegir a un número determinado de operadores para darles un derecho global a operar un conjunto de líneas, en lugar de conceder derechos exclusivos. En resumen, proponemos conceder un derecho global para operar todas las líneas de larga distancia (por países) a través de un plan integral de liberalización del ferrocarril en el periodo 2013-2019.

REFERENCIAS

- Comisión Europea (2012). «*Rail Competition*», Bruselas, septiembre de 2012. Referencia: Eurobarometer Special 388. Accesible en: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_388_en.pdf (consulta marzo de 2013).
- Comisión Europea (2013a). «*European Railways at a junction: the Commission adopts proposals for a Fourth Railway Package*», Bruselas, 30 enero 2013. Referencia: IP/13/65. Accesible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-65_es.htm (consulta marzo de 2013).
- Comisión Europea (2013b). «*European Rail: Challenges Ahead*», Bruselas, 30 enero 2013. Referencia: MEMO/13/45. Accesible en: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-45_en.htm (consulta marzo 2013).
- Comisión Europea (2013c). «*Communication from The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions on "The Fourth Railway Package", Completing The Single European Railway Area to Foster European Competitiveness and Growth*». Bruselas, 30.1.2013, COM(2013) 25 final.
- EU Business (2013). «*Fourth Railway Package*», Bruselas, enero de 2013, Accesible en: <http://www.eubusiness.com/topics/transport/rail-package-4/?searchterm=None> (consulta marzo 2013).
- Euractiv (2013). «*Kallas rolls back EU bid to break up state rail monopolies*», EU News & Policy Debates, Bruselas, 30 de enero de 2013. Accesible en: <http://www.euractiv.com/transport/kallas-presents-radical-balanced-news-517459> (consulta marzo 2013).
- FRIEBEL, G., IVALDI, M., y VIBES, C. (2010). «Railway (De)Regulation: A European Efficiency Comparison». *Economica*, 77, pp. 77-91.

- IVALDI, M. y VIBES, C., (2005). *Intermodal and intramodal competition in passenger rail transport*, Universidad de Toulouse.
- LESZINSKI, R. y MARN, M. V. (1997). *Setting value, not price*, *McKinsey Quarterly*, 1, pp. 98-115.
- MERRIAM-WEBSTER (2013). *Encyclopedia Britannica*, Accesible en: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/competition> (consulta marzo 2013).
- MONTERO PASCUAL, J. J. (2013). «Regulación económica y Derecho de la competencia». En: RUIZ OJEDA, A. (editor), *Fundamentos de regulación y competencia*, pp. 81-111. Iustel: Madrid.
- THOMPSON, J. D. y MACMILLAN, I. C. (2010). «Business Models: Creating New Markets and Societal Wealth», *Long Range Planning*, 43(2-3), pp. 291-307.
- RAMOS, R., GARCÍA, A. y CILLERO, A. (2011). «Principales aspectos a considerar para el desarrollo del marco regulador para la apertura a la competencia del transporte interurbano de viajeros por ferrocarril en España». En, *Investigación FFE Memoria de artículos, publicaciones y conferencias 2009-2010*, pp. 71-82, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, España.
- SOPRANO, V. (2012). «Building on success: the liberalised and competitive Italian railway market», *European Railway Review*, 4.
- ROLDGAARD, K. V. (2013). «An Empirical Study to Review Business Model Theory in the Danish Railway Sector». *European Doctorate Thesis, Universitat Politècnica de Valencia*, España (forthcoming).
- STANTA, F. y GALLI, M. (2006). «Local Railway Tenders in Italy: The Impossible Competition». 9th International Conference on Competition and Ownership in Land Passenger Transport. Lisboa, Portugal, Septiembre 2005. Accesible en: http://www.thredbo-conference-series.org/downloads/thredbo9_papers/thredbo9-workshopD-Stanta-Galli.pdf (consulta marzo 2013).

RESUMEN: La Comisión Europea ha tomado la decisión de crear una zona unificada para el tráfico ferroviario a finales de 2019. De este modo, el cuarto paquete ferroviario está diseñado para lograr un mayor grado de mercado único en todos los servicios ferroviarios a través de la aprobación de estándares técnicos y de seguridad comunes para toda la Unión Europea. Se concibe como un instrumento para crear un mercado interior de los servicios ferroviarios con el fin de incrementar el número de pasajeros y el volumen de mercancías por ferrocarril en toda Europa frente a otros medios de transporte. En esta línea, proponemos otorgar licitaciones de líneas múltiples para dos o más operadores y permitir operaciones paralelas, bajo ciertas restricciones, que mantengan la eficiencia actual y así obtener competencia en el mercado. El pleno acceso a un conjunto de líneas, por ejemplo todas las líneas de larga distancia, proporcionaría una mayor flexibilidad comercial a los operadores ferroviarios y también permitiría al gobierno el control del desarrollo del mercado a través de un plan integral ejecutado en una serie de expansiones controladas, en última instancia, para conseguir servicios competitivos en el mercado.

PALABRAS CLAVE: Sector ferroviario, Liberalización, Licitaciones, Derecho de la competencia.

ABSTRACT: The European Commission has taken the decision to create a single market for railway traffic by the end of 2019. The fourth railway package aims to create a single market for railway services through technical standards and adoption of security certificates for the entire European Union. The objective is to create a single market for railway services in order to increase the number of passengers and volume of freight in Europe compared to other modes of transport. Following this line, we propose to grant licenses to two or more operators with the goal to obtain competition in the market. Granting full access to a network of lines, such as all long-distance lines, would provide greater commercial flexibility to the railway operators and allow the government to control the development of the market through an integral plan executed in a controlled series of expansions, ultimately to achieve competitive services in the market.

KEYWORDS: Railway sector, Liberalization, Bidding, Competition law.

Recibido: 20 de abril de 2013
Evaluado: 11 de mayo de 2013
Aceptado: 15 de mayo de 2013

BASES ECONÓMICAS PARA LA REGULACIÓN DEL CANON POR USO DE LA INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA

ECONOMIC BASIS FOR THE REGULATION OF CHARGES FOR THE USE OF RAILWAY INFRASTRUCTURE

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ARÉVALO
Director de Gestión Estratégica ADIF

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. UN CONTEXTO PARA EL CANON: 1. Estructura del sector ferroviario. 2. La importancia del canon en la estructura del sector. II. EL CANON POR USO DE LA INFRAESTRUCTURA EN LA DIRECTIVA 2012/34/UE POR LA QUE SE ESTABLECE UN ESPACIO FERROVIARIO EUROPEO ÚNICO: 1. Objetivos. 2. Contenido normativo. III. REVISIÓN DE LA TEORÍA ECONÓMICA APLICABLE: 1. Algunas características de los costes de la infraestructura. 2. Eficiencia en la asignación y coste marginal. 3. Valoración eficiente con objetivo de recuperación de costes. 4. Necesidades adicionales en la regulación del sistema. IV. OTRAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS TARIFAS POR USAR LA INFRAESTRUCTURA: 1. Tarifas al coste medio o al coste medio ajustado. 2. Tarifas aplicables a servicios financiados con recursos presupuestarios por asumir obligaciones de servicio público. V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN. UN CONTEXTO PARA EL CANON

1. Estructura del sector ferroviario

El ferrocarril ha tenido un desarrollo similar al de otros «sectores de red». Después de la II Guerra Mundial, estos sectores (ferrocarril, energía, telecomunicaciones, agua ...) se operaron en Europa en régimen de monopolio por grandes empresas de titularidad estatal, protegidos de la competencia y dentro de sus respectivas fronteras nacionales.

En todos los países europeos sus «administraciones ferroviarias» gestionaban en régimen de monopolio un servicio integrado verticalmente (que incorpora bajo

la misma responsabilidad la explotación de la infraestructura y la operación de los servicios de transporte), deficitario en su explotación y cuyas pérdidas eran sistemáticamente cubiertas a cargo de los presupuestos del estado, mediante la autorización a la emisión de deuda por parte de las administraciones ferroviarias.

Desde mediados de los ochenta, se revisa el ámbito del negocio ferroviario que debe ser considerado como un monopolio. La nueva visión llega a la conclusión de que mientras que la infraestructura es un «monopolio natural», la operación de los servicios de transporte no tiene las características de estos monopolios (fuertes costes hundidos¹ ligados a una inversión indivisible y muy voluminosa, con un largo ciclo de vida, y un valor residual prácticamente nulo).

De la distinta naturaleza económica de la infraestructura y la operación de los servicios deriva una de las principales recomendaciones que impone la política comunitaria: la separación entre la gestión de infraestructura y la operación de los servicios de transporte. Es necesario mantener el monopolio en la explotación de aquella parte del sector donde éste forma parte intrínseca de su naturaleza –la infraestructura– y romperlo en la operación, donde el monopolio es una opción regulatoria que la Unión considera ineficiente.

Así pues, la Unión elige un camino de reforma para el ferrocarril similar al que se tomó para otros sectores de red: «desintegración vertical» del sector, ruptura de monopolios e integración del mercado en el ámbito de la Unión. Esta ha sido la fórmula empleada cuando el objetivo era revitalizar sectores enteros de la economía europea y de mejorar radicalmente su comportamiento económico. El papel de la liberalización en el modelo es servir como fuerza impulsora para la creación de nuevos mercados, forzar la innovación en estructuras industriales y modelos de negocio; y facilitar la ruptura de las fronteras nacionales, rompiendo la lógica de negocios basados en dimensiones nacionales. Muchos autores coinciden en que este proceso debía haberse realizado hace ya mucho tiempo, sobre todo teniendo en cuenta que el transporte es un elemento crítico para el adecuado funcionamiento del mercado interior, en el que el tráfico ferroviario internacional (especialmente de mercancías) debe funcionar de forma eficiente, económica y fiable.

2. La importancia del canon en la estructura del sector

Con la separación de las dos principales actividades de la cadena de valor que satisface las necesidades del viajero, el canon surge como el punto de contacto entre ellas.

El canon, como precio, toma un papel clave como incentivo del comportamiento de los agentes del sistema ferroviario. La decisión única de las antiguas adminis-

¹ Costes en los que la empresa incurrió para realizar su actividad pero que cuando esta cesa, aunque sea definitivamente, no pueden ser recuperados ni por su venta ni reasignándolos a otras actividades productivas. También se denominan irrecuperables y *sunk costs*.

tracciones ferroviarias se sustituye por transacciones voluntarias entre operadores y administrador de la infraestructura, que en el nuevo escenario son independientes. Las señales derivadas del sistema de precios deben conseguir que el uso de los recursos actuales y las decisiones sobre inversión (desinversión) futura se ajusten al máximo a las preferencias de la sociedad.

El canon es la fuente principal de ingresos del administrador de la infraestructura. Tiene que retribuir la planificación y operación del tráfico, el mantenimiento de la infraestructura –que puede suponer el doble del coste del mantenimiento del material móvil necesario para operarla– y, en su caso, la inversión que se haya acometido en su construcción –que puede situarse en una relación de 20 a 1 si se la compara con la inversión del operador de transporte–.

Por lo tanto, el canon es una parte muy relevante del coste de la cadena del valor que recibirá el cliente final, que tiene un impacto significativo en la formación del precio final y en la cantidad de demanda de transporte.

En esta nueva configuración del sector ferroviario la *cuantía del canon* es relevante desde dos puntos de vista. Primero, como determinante de la competitividad del transporte ferroviario, por su impacto en el precio final que pueden ofertar los operadores ferroviarios; en segundo lugar, por la exigencia a los presupuestos públicos que supone un canon que, eventualmente, no cubra el 100% de los costes de la infraestructura.

La cuantía del canon se convierte en una variable de la política de transporte que afecta a la demanda del ferrocarril y al equilibrio entre modos de transporte. También, en una variable de política económica relacionada con objetivos de equidad y eficiencia asignativa ya que el precio de la infraestructura puede conducir a déficits que tendrán que financiarse incrementando el esfuerzo impositivo general de la sociedad.

Por lo tanto, hay que empezar decidiendo qué costes de la infraestructura debe cubrir el canon: ¿los costes variables?, ¿todos los costes de explotación?, ¿debe alcanzar también a los costes de capital?

Menos evidente que lo anterior, pero no menos relevante, es el problema de la *modulación y estructura del canon*. Es decir, la elección y peso de las variables a utilizar para determinar el precio que pagarán los operadores por el uso de la infraestructura. La estructura de precios es básica para orientar los incentivos del sistema, para que las decisiones de los distintos actores del mismo se alineen y logren un funcionamiento eficaz y eficiente del sistema ferroviario.

Así, dentro de este apartado se discutirían cuestiones como: ¿la tarifa debe ser fija, variable o mixta?, ¿debe tener una única tarifa o componerse de varias fórmulas tarifarias?, ¿en qué variables deben basarse la tarifa: trenes.km, ejes.km, toneladas o viajeros.km...?

También deben cuestionarse otros temas como: ¿deben pagar todos los operadores por igual?; y si no es así, fijar el criterio sobre el que debe repercutirse el canon entre los distintos operadores: ¿según su volumen de tráfico?, ¿según la ca-

pacidad utilizada?, ¿según su volumen de negocio?, ¿o una combinación de varias de ellas?

Por ello es habitual que las estructuras de canon existentes no sean simples. Normalmente no se encuentra una única tarifa publicada, sino que el canon suele ser un sistema de tarifas que, en su conjunto, busca un equilibrio de señales con el que alcanzar los objetivos fijados.

II. EL CANON POR USO DE LA INFRAESTRUCTURA EN LA DIRECTIVA 2012/34/UE POR LA QUE SE ESTABLECE UN ESPACIO FERROVIARIO EUROPEO ÚNICO

1. Objetivos

La Directiva ha elegido o se ha tenido que conformar con fijar un marco general de referencia para el canon, sin hacer una regulación detallada del mismo. Por ello, para el análisis que se realiza en este artículo, sus considerandos tienen, quizá, más relevancia que el cuerpo dispositivo de la norma.

Los considerandos de la Directiva son una buena guía para identificar los objetivos de la política tarifaria.

- Los sistemas de cánones deben permitir *igualdad de acceso* sin discriminación a todas las empresas y deben procurar, en la medida de lo posible, atender las necesidades de todos los usuarios y tipos de tráfico de manera *justa y no discriminatoria*.

- Los sistemas de cánones deben emitir *señales económicas claras* y coherentes que lleven a tomar decisiones racionales. Es importante tomar en consideración tanto las necesidades empresariales de los candidatos autorizados, como las del administrador de la infraestructura.

- Deben estimular a los administradores de infraestructura a *optimizar la utilización de la infraestructura*.

- Es importante garantizar que los cánones no impidan al ferrocarril satisfacer las necesidades del mercado. Por ello, conviene que todo sistema de cánones por la utilización de infraestructuras *permita el uso de la red ferroviaria a un tráfico que pueda pagar, al menos, el coste marginal que impone*. Este principio, que garantiza un alto nivel de utilización de la infraestructura, deriva en un bajo nivel de recuperación de costes vía canon. Dado que esta circunstancia repercute en las necesidades de financiación pública, los Estados puedan exigir niveles más altos de recuperación de costes, aunque deberán encontrar la fórmula para que este principio se mantenga en convivencia con las limitaciones de financiación pública.

- En relación con lo anterior, cuando sea necesario fijar *recargos* por encima de las cuantías determinadas conforme al coste marginal, es conveniente que el administrador de infraestructuras defina distintos *segmentos del mercado*. Igualmente,

ha de tenerse en cuenta que la inversión en infraestructura ferroviaria es necesaria y los sistemas de cánones por la utilización de infraestructuras deben *incentivar a los administradores de infraestructuras para que realicen las inversiones adecuadas* desde el punto de vista económico.

- Deben *tener en cuenta la congestión* y, en último término, *la escasez* de la capacidad de infraestructura.
- Deben *incentivar* a las empresas ferroviarias y administradores de infraestructura a *reducir al máximo las perturbaciones* y mejorar el rendimiento de la red.
- Deben *dar como resultado un equilibrio óptimo entre los diferentes modos de transporte sobre una base sostenible*. Por ello, tendrá en cuenta las externalidades, de manera que los cánones puedan contribuir a la *internalización de los costes externos* de forma coherente y equilibrada en todos los modos de transporte
- Adicionalmente, y en relación con la política tarifaria, hay que tener en cuenta que la infraestructura es un monopolio natural. Por tanto, es preciso *incentivar a los administradores*, por ejemplo, con primas a sus directivos, para que apliquen una gestión eficaz, *reduzcan los costes* de puesta a disposición de la infraestructura y *los cánones por uso*.

Estos objetivos puede agruparse en tres aspectos principales: potenciar un *uso eficaz de la red* –en su volumen total y su reparto entre distintos operadores–, potenciar la *gestión eficaz de la oferta* por parte de los administradores –alcanzar la eficiencia en costes, reducir las perturbaciones de servicio y optimizar las inversiones en la red–, y *potenciar la productividad de los operadores*. Aún así, la lista de objetivos es tan completa y ambiciosa que se tendría que compartir la observación de NERA cuando afirma que: «Ningún sistema de cánones puede cumplir todos estos objetivos. Existen conflictos potenciales, por ejemplo, entre fomentar la utilización eficaz de la red y cumplir con el objetivo gubernamental de recuperar costes, pero también entre los demás objetivos». «Creemos que los cánones por utilización de la infraestructura ferroviaria se deben considerar como el instrumento primario para garantizar la utilización eficaz de la red ferroviaria. Sin embargo, también es importante reconocer los límites de lo que se puede lograr solo a través del sistema de cánones».

2. Contenido normativo

Como respuesta a estos objetivos, la Directiva 2012/34 comienza atendiendo al objetivo de maximización del uso de la red, al establecer en su artículo 34.3 que «el canon de acceso mínimo y de acceso a infraestructuras que conectan con instalaciones de servicio será equivalente al coste directamente imputable a la explotación del servicio ferroviario». Igualmente, el artículo 32.1, al fijar los recargos que pueden establecerse como excepción a la norma general, determina que «los Estados miembros podrán, siempre que el mercado pueda aceptarlo, cobrar recargos basados en principios eficientes, transparentes y no discriminatorios, sin dejar de

garantizar una competitividad óptima de los segmentos de mercado ferroviario». La norma recalca, además, que «la cuantía de los cánones no debe excluir la utilización de las infraestructuras por parte de segmentos del mercado que puedan pagar al menos el coste directamente imputable a la explotación del servicio ferroviario, más un índice de rentabilidad que pueda asumir el mercado».

El primer objetivo de la Unión Europea, al regular el canon por uso de la infraestructura ferroviaria, es impulsar el uso del ferrocarril.

Para cerrar la revisión de los principios generales que determinan la configuración del canon, el artículo 31, en su punto 4, establece que «podrán incluir un canon que refleje la escasez de capacidad de un determinado tramo identificable de la infraestructura durante períodos de congestión»; y en el 5 que «podrán ser modificados de manera que tengan en cuenta el coste de efectos ambientales causados por la explotación del tren». «Sin embargo, un canon por costes medioambientales [...] sólo estará autorizado si dicho canon se aplica al transporte de mercancías por carretera, de conformidad con el Derecho de la Unión». Añadiendo como última consideración que «si el canon por costes medioambientales generara ingresos adicionales corresponderá a los Estados miembros decidir el destino de los mismos».

Este planteamiento, como se verá al repasar los elementos de teoría económica que subyacen en esta regulación, garantiza la máxima utilización de la infraestructura construida, pero deja un gran problema de déficit de financiación que debería ser cubierto con presupuestos públicos. Tampoco resuelve el objetivo de incentivar a los administradores de infraestructuras para que realicen las inversiones adecuadas. La propia Directiva lo reconoce en su artículo 32.3 al admitir como excepción que «para proyectos de inversión específicos en el futuro, o que hayan concluido después de 1988, el administrador de infraestructuras podrá establecer o mantener cánones más elevados basados en los costes a largo plazo de dichos proyectos si aumentan la eficiencia o la relación coste/eficacia o ambas, y que de otro modo no se hubieran podido acometer».

III. REVISIÓN DE LA TEORÍA ECONÓMICA APLICABLE

1. Algunas características de los costes de la infraestructura

En el momento de fijar las tarifas hay tres características de los costes de proveer infraestructuras ferroviarias que son especialmente relevantes.

Los costes de la infraestructura tienen un alto componente de *costes hundidos* ligados a la inversión. Decisiones que se tomaron en el pasado (hacer la infraestructura, dimensionarla de una determinada manera en términos de capacidad o velocidad máxima, dotarla de un nivel de equipamiento concreto...) tienen un gran impacto en los costes actuales. Sin embargo, una vez ejecutada la inversión, los costes ligados a esas decisiones de diseño carecen de utilidad directa en la fijación de precios que generen incentivos de manera eficiente. La infraestructura ferroviaria carece de usos

alternativos (tiene un coste de oportunidad próximo a cero) y, por ello, una vez construida los precios deben utilizarse para conseguir su máxima utilización.

Por otra parte, los costes de la infraestructura tienen un alto porcentaje de *costes fijos*² y *conjuntos*³ en su producción. Con los costes de infraestructura incurridos, se da servicio normalmente a gran variedad de trenes (mercancías y viajeros, rápidos y lentos, de alta y baja densidad de circulación) sin que sea posible identificar de manera directa parte de costes de la que debe responsabilizarse a cada tren. Los trenes rápidos exigen una construcción más costosa de la infraestructura para conseguir radios de curva muy amplios y estándares de terminación muy exigentes. Los trenes de circulación más densa necesitan un esquema de vías con gran flexibilidad de explotación y sistemas de señalización más complejos. Los trenes de mercancías requieren menores pendientes y, por tanto, más túneles y viaductos. Todo ello genera un nivel de coste de construcción y mantenimiento que hace posible un *mix* de producción, sin que sea posible tener una trazabilidad hacia el coste directo de cada elemento del *output* producido.

Por último, los *costes marginales*⁴ son muy bajos y no son crecientes hasta que no aparezcan perturbaciones derivadas de congestión y, en última instancia, costes de oportunidad cuando la demanda supera la capacidad. En situaciones de capacidad disponible los costes adicionales de infraestructura⁵ por la circulación de un tren incluirían elementos como: el desgaste de carril, la deformación de la geometría de la vía o el desgaste del hilo de contacto de la catenaria; además de, en su caso, cualquier coste adicional para el grafiado de esa circulación adicional, gestión o administración.

2. Eficiencia en la asignación y coste marginal

Los economistas sostienen que idealmente los precios que pagan los consumidores por los bienes o servicios deberían reflejar los costes marginales de producirlos, siempre que no haya restricciones presupuestarias.

En el mismo sentido NERA, al definir la valoración eficiente teórica para los precios por el uso de la infraestructura, apunta que «la teoría económica sostiene

² Costes que no varían con la cantidad de *output* producida. La caracterización de un coste como fijo o variable debe expresarse con referencia a un plazo de tiempo determinado y a una escala en el cambio de cantidad de *output* acotada. A diferencia de los costes hundidos o irrecuperables, un coste fijo desaparece cuando cesa definitivamente la producción.

³ Costes incurridos como resultado de la producción de más de un *output* y que solo pueden ser evitados si todo el *output* relacionado con él se abandona.

⁴ Coste adicional impuesto por la producción de una unidad adicional de un bien o servicio (ej. Los costes marginales son los costes que se generan por la circulación de un tren adicional; en la práctica estos costes se aproximan al coste adicional medio de un pequeño incremento de *output*).

⁵ Evidentemente los costes externos tales como, contaminación, ruidos, accidentes... se sumarían igualmente al cuantificar el coste marginal social a corto plazo, sin embargo no se citan por quedar su análisis fuera del alcance de este artículo.

que fijar los cánones iguales al coste marginal a corto plazo potenciará la utilización eficaz de la infraestructura ferroviaria». Y que «en ausencia de un objetivo de recuperación de costes, no existe una buena razón para no basar los cánones de infraestructura en el coste marginal a corto plazo».

La aplicación de este principio en la fijación de precios garantiza que cada tren cuya disposición a pagar cubre o excede sus costos marginales pueda circular, y que cada surco asignado genere un beneficio neto para la sociedad. La tarifa basada en el coste marginal a corto plazo garantiza un nivel apropiado en el uso de la infraestructura y, al incluir entre los costes considerados el coste de oportunidad⁶, asegura la asignación eficiente de capacidades escasas entre empresas ferroviarias en competencia.

Sin embargo, como se ha venido apuntando, la infraestructura ferroviaria se caracteriza por unos costes marginales muy bajos. En esta industria la curva del coste marginal se sitúa sistemáticamente por debajo de la curva de costes medios a largo plazo. Por lo tanto, los precios basados en los costes marginales a corto plazo no conseguirán recuperar los costes totales de construir y utilizar la infraestructura. En este sentido, los estudios disponibles apuntan que la tasa de recuperación de costes cuando se fijan los precios en el nivel del coste marginal se sitúa en torno al 10-20% de los costes totales de la red.

Esto implica que será necesario financiar una parte relevante de los costes de la infraestructura con impuestos. La subvención traspasa el coste fijo de la infraestructura a los contribuyentes, trasladando costes y problemas de eficiencia desde el ferrocarril al resto de la economía.

Esta aproximación a la fijación del precio tiene otras limitaciones en el caso de la infraestructura. La tarifa basada en el coste marginal a corto plazo solo asegura la asignación eficiente de la capacidad instalada, y no incluye incentivos adecuados para la inversión.

En un caso típico, el administrador de una infraestructura congestionada debería tener incentivos a invertir para satisfacer la nueva demanda. Pero en esa situación de saturación el administrador de la infraestructura estaría teniendo, de manera excepcional, ingresos superiores a sus costes (al incluir en la tarifa costes de perturbación y oportunidad). Tampoco tendría recursos para afrontar la inversión, ya que en el pasado sus ingresos nunca habrían cubierto sus costes. Además, desde su punto de vista, no existe un incentivo a invertir, puesto que la nueva capacidad sólo aumentará su déficit ya que sus costes se incrementarían, mientras que sus ingresos caerían al desaparecer el impacto de la congestión en la cuantificación del precio.

Tampoco está claro que invertir para crear nueva capacidad sea una buena opción desde el punto de vista de la sociedad. Los usuarios están manifestando una alta demanda de la infraestructura existente debido a los bajos precios, pero no se dispone de información sobre si estarían dispuestos a pagar los costes totales de la

⁶ En este caso los ingresos perdidos al no haber adjudicado la capacidad a la mejor circulación alternativa disponible.

infraestructura. Y solo si esto ocurriese, la inversión en el incremento de capacidad sería deseable para la sociedad.

3. Valoración eficiente con objetivo de recuperación de costes

Como se ha visto en el apartado anterior, la determinación del canon conforme al coste marginal a corto plazo tiene, entre otras debilidades, una que es fundamental para los gobiernos: su incapacidad para generar un volumen de ingresos que pueda cubrir los costes del administrador de la infraestructura.

Cuando el recurso al presupuesto público no es posible, el diseño de la política tarifaria debe asumir como objetivo cubrir los costes fijos del administrador de la infraestructura o, al menos, mejorar el nivel de cobertura de estos costes. Además, este objetivo deberá alcanzarse generando el menor impacto posible en el bienestar de la sociedad. Al plantear este objetivo y con su limitación, estaríamos ante un óptimo de segunda preferencia, una solución de *second best*.

Llegados a este punto, la forma en la que se haya estructurado la competencia de los operadores en el mercado ferroviario es clave para elegir la estructura del canon más eficiente desde el punto de vista económico.

En un *sistema ferroviario explotado en régimen de monopolio o de competencia por el mercado* en el que la regulación limita el acceso al mercado, la solución que aporta la teoría económica pasa por la aplicación de una *tarifa en dos partes: una fija y otra variable en función del tráfico*⁷. En esta tarifa, un cargo fijo, si es suficientemente elevado, permite alcanzar el objetivo de recuperación de costes. Al tiempo, los cargos variables, si se igualan al coste marginal a corto plazo, generan decisiones eficientes de consumo en el margen. Ningún tren que cubra los costes marginales dejaría de circular y los operadores tendrían un incentivo a incrementar el uso de la infraestructura para diluir así el impacto de sus costes fijos (canon fijo a tanto alzado), buscando un coste total unitario de la infraestructura menor.

El administrador de la infraestructura, por su parte, equilibra la estructura fijo-variable en costes e ingresos. También elimina el incentivo del operador en monopolio a reducir la oferta para conseguir precios unitarios más altos, lo que supone minar las posibilidades de rentabilizar mínimamente la explotación de la infraestructura.

Sin embargo, cuando el mercado de los operadores es abierto, un esquema de cánones basado en una tarifa en dos partes –con una de ellas fija– se constituye en una barrera de acceso para pequeños operadores que puede llegar a ser insalvable si el importe fijo es muy alto. Por ello, las tarifas en dos partes deben evitarse por su fuerte

⁷ Este modelo es utilizado en el Reino Unido. Los ingresos en el ejercicio fiscal 2011/12 por cada parte han sido 887 Mill.£ por canon fijo, 150 Mill.£ por canon variable por uso y 556 Mill.£ por otros cánones variables. Los ingresos de Network Rail procedentes directamente del presupuesto público ascendieron a 3.989 Mill.£.

efecto de distorsión sobre la competencia⁸. Las tarifas en dos partes ajustadas o auto-selectivas⁹ reducen el impacto en operadores pequeños, pero no llegan a eliminarlo.

Cuando el *mercado ferroviario está abierto a la competencia* el mejor enfoque consiste en la utilización de una *tarifa publicada diferente para distintos segmentos de mercado basada en principios de valoración de Ramsey*. Esta tarifa tiene como objetivo maximizar el beneficio social bajo restricciones presupuestarias, y se obtiene desviándose del coste marginal para cada segmento de mercado en una proporción inversa a la elasticidad de la demanda en el mismo.

De esta manera, al cargar precios más altos a los segmentos de mercado menos sensibles al precio (demandas más inelásticas) es posible para el administrador de la infraestructura obtener mayores ingresos con el mínimo impacto sobre la cantidad demandada y, por tanto, sobre la situación de equilibrio de primer óptimo.

Lo mismo que es difícil técnicamente cuantificar el coste marginal de una circulación o determinar el importe a tanto alzado que no llega a distorsionar la competencia intermodal en una tarifa en dos partes, en una tarifa basada en el principio de valoración de Ramsey tampoco es fácil determinar la elasticidad de la demanda de cada grupo de clientes.

Aunque distintos segmentos de mercado paguen precios distintos, la equidad de este sistema tarifario quedaría garantizada siempre y cuando operadores que ofrecen servicios equivalentes en el mercado soporten costes de infraestructura equivalentes.

En este caso es usual utilizar como factores de modulación elementos observables que evidencien la sensibilidad al precio de distintos segmentos de mercado. Podemos presumir que los trenes de mercancías o los trenes de viajeros más lentos y de recorrido más corto tendrían más competencia en la carretera, una capacidad de pago baja y solo soportaría un recargo bajo. Por el contrario, un tren de alta velocidad que cubra una distancia entre los 400 y 600 km puede explotar muchas ventajas económicas y puede competir con el avión, podrá pagar un recargo más alto.

Como apunta BENEDIKT, el canon diseñado por el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF) para la explotación de la Línea Madrid-Lleida en 2003 fue pionero al utilizar esta regla de valoración al definir el canon por tráfico.

4. Necesidades adicionales en la regulación del sistema

Ninguna de las tres alternativas planteadas como soluciones para la fijación del canon (coste marginal, tarifa en dos partes y principio de valoración de Ramsey)

⁸ Tarifas de este tipo en mercados abiertos han sido rechazadas por las autoridades de competencia en Alemania. En España el Comité de Regulación Ferroviaria criticó igualmente el impacto del «canon de acceso» como barrera de entrada en su Resolución de 6 de febrero de 2012, sobre los cánones ferroviarios en España y sus posibles efectos discriminatorios sobre la oferta ferroviaria.

⁹ El operador puede elegir entre dos modalidades de tarifa: una con cuantía fija y un variable unitario por circulación muy bajo, y otra sin carga fija en la que el variable unitario es mayor.

incluye incentivos adecuados en dos asuntos clave: la eficiencia en costes del administrador de la infraestructura; y la eficiencia dinámica, la utilidad del canon para conducir hacia un dimensionamiento óptimo de la capacidad de infraestructura.

Esta limitación respecto de la capacidad regulatoria del canon ya era advertida por NERA. Por tanto, las autoridades responsables de la regulación del sistema ferroviario deberán complementar los incentivos generados por el canon elegido, buscando soluciones que resuelvan o palíen los déficits de incentivos que traiga consigo el sistema de tarifas seleccionado¹⁰.

En este sentido, los «contratos plurianuales» entre la autoridad competente y el administrador de la infraestructura, previstos en el artículo 30.2. de la Directiva, deben alcanzar un papel realmente relevante. Deben ser contratos con un verdadero poder de obligar a las partes implicadas, en el que el administrador de la infraestructura adquiera obligaciones en materia de eficiencia en costes y mejora de la calidad. Y el Gobierno debe garantizar un marco financiero estable que se construye sobre una base razonable de previsiones de tráfico, ingresos por canon, tamaño de la red, estado de la infraestructura, costes del administrador y aportaciones públicas. Es importante que los periodos contractuales tengan una duración suficiente (la Directiva propone un periodo no inferior a cinco años) para que el contrato sea una fuente poderosa de incentivos. Y además los compromisos adquiridos por las partes no deben alterarse durante el plazo del contrato, salvo que se produzcan cambios importantes que escapen al control del administrador de la infraestructura, o existan ingresos o gastos específicos que hubiese sido muy difícil prever.

En cuanto a las inversiones es importante que el contrato distinga entre las destinadas a la reposición de la infraestructura que llega a su vida útil y la ampliación de las líneas. El Gobierno, al que la Ley española otorga la competencia de planificación, debería aprobar las inversiones de ampliación de la infraestructura junto con el compromiso presupuestario necesario para su construcción y explotación a largo plazo, para garantizar que estas decisiones no cuestionan la viabilidad económico-financiera del administrador de la infraestructura protegida por el artículo 8 de la Directiva.

En el estudio citado, NERA plantea que la revisión de los cánones y subvenciones al administrador de la infraestructura, determinadas en este marco contractual, se podrán revisar por el propio gobierno o por una autoridad reguladora independiente; si bien, esta segunda alternativa plantea la ventaja de que «estará menos expuesta a la influencia de cuestiones políticas, como la presión de cortar el gasto público siempre que sea posible, o fijar los cánones a niveles no remunerativos». En este sentido, queda una cierta sensación de oportunidad perdida al comprobar que el papel del regulador en relación con los contratos plurianuales es menor en el

¹⁰ En relación con los incentivos a la productividad del operador de la infraestructura LITTLE-CHILD propuso, en la década de los 80, el *price-cap regulation* en la regulación de las industrias de red británicas privatizadas como una mejora frente a las fórmulas existentes (*rate of return regulation* o *revenue-cap regulation*).

texto aprobado de la Directiva 2012/34/UE, que el que planteaba la Comisión en su propuesta inicial.

IV. OTRAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS TARIFAS POR USAR LA INFRAESTRUCTURA

1. Tarifas al coste medio o al coste medio ajustado

Las tarifas determinadas conforme al coste medio se construyen generalmente alrededor de la tarifa necesaria para alcanzar un determinado nivel de recuperación de costes. Se basan en el concepto de los costes completos de la contabilidad de gestión, en el que los costes de producción son repartidos entre las unidades de *output* fabricadas, asignando los costes indirectos conforme a claves de reparto.

Desde el momento en el que se fijan tarifas orientadas por coste por encima del coste marginal, el riesgo de expulsión de tráficos que podrían cubrir los costes evitables y la pérdida de bienestar social están sobre la mesa.

Esta tarifa puede modularse entre diversos tipos de líneas o servicios para incorporar las bases de coste de aquellas y, en su caso, factores de mercado de estos. De esta manera, conseguiría corregir la principal deficiencia del planteamiento original. No obstante, no parece que pueda conseguir resultados más eficientes que una tarifa tipo Ramsey para igual nivel de recaudación. Cabe esperar que el enfoque de valoración de Ramsey facilite precios más bajos a los tráficos con demandas más elásticas y expulse así menos tráfico del mercado.

2. Tarifas aplicables a servicios financiados con recursos presupuestarios por asumir obligaciones de servicio público

Cuando se fijan tarifas por encima del coste marginal mediante una tarifa en dos partes o apoyándose en una valoración de Ramsey se discrimina utilizando la capacidad de pago del operador que viene determinada por su posición en el mercado. Si el operador se dirige a un mercado en el que su oferta es mejor que la de la competencia intermodal, su rentabilidad podrá ser más alta y es posible un mayor ingreso para el administrador de la infraestructura, sin poner en cuestión la viabilidad económica de la empresa ferroviaria. Pero ¿qué ocurre cuando una parte relevante de los ingresos del operador no derivan de su posición en el mercado sino del reembolso de costes impuestos por una autoridad pública?

En este caso, un canon superior al coste marginal a corto plazo implicará que el coste de la obligación de servicio público es mayor. Si el mismo presupuesto financia el déficit del administrador de la infraestructura y el coste de la obligación de servicio público, las implicaciones pueden no ser muy importantes; pero si esto

no es así, podemos estar ante dos situaciones poco deseables. Podría ocurrir que la administración que financia la obligación de servicio público no estaría asumiendo el coste total de las obligaciones que impone, bien porque otra administración distinta está cubriendo el coste correspondiente a la infraestructura; o bien (y esta alternativa sería peor) porque el administrador de la infraestructura está cubriendo con su déficit este coste.

Por ello, se debería establecer como práctica general que, en el caso de los servicios financiados con obligaciones de servicio público, se incluya en la cuantificación de la obligación una cuantía equivalente al coste total medio de infraestructura imputable a estos trenes.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Al referirse a la determinación del canon es habitual que la argumentación se centre en su cuantía. Menos veces su estructura aparece en el planteamiento. Sin embargo, la determinación del canon es un ejercicio que debe tener en cuenta estas dos variables, así como la estructura del mercado ferroviario –monopolio, competencia por el mercado o libre acceso– en el que operará la tarifa que se va a construir.

Igualmente, es imprescindible que el gobierno, que fija el marco en el que el administrador de la infraestructura determina el canon, incorpore en este ejercicio una visión sobre el sistema de transporte que persigue con su política y, en especial, de la financiación presupuestaria que requerirá su opción para ser sostenible en el tiempo.

La regulación, con base económica, debe ganar peso en este campo de juego y un regulador independiente debe adquirir el papel que le corresponda, porque una estructura institucional desarrollada y sólida es básica para el adecuado funcionamiento del sistema ferroviario.

Por su parte, el administrador de infraestructura debe comprender la necesidad de adoptar una aproximación más centrada en el negocio al determinar sus tarifas.

Cuando el canon debe exceder del coste marginal a corto plazo para cubrir costes es el valor de mercado, y no el coste de la infraestructura, el que debe servir de base para la fijación de los precios.

Deben tomar nota de la lección sobre precios que aprendió SJ al transformarse de autoridad pública en empresa¹¹. Con ese cambio jurídico SJ cambió también su mentalidad y decidió que el precio de los billetes se rigiese por condiciones de mercado. Su modelo de tarifas admitió que los viajeros de negocios –que pagaban el precio completo de sus billetes– ayudaban a otros viajeros que pagaban tarifas más bajas. Pero también comprendió que sin la aportación de estos últimos, los viajeros

¹¹ LINDGREN, Elisabeth. (2010) *SJ from public authority to limited liability company*. European Railway Review. Issue 5.

de negocios deberían pagar aún más y no dispondrían de un número tan alto de oportunidades de viaje. Así pues, no hay una subvención a los viajeros que pueden pagar menos, sino que todos los viajeros contribuyen para que los billetes no cuesten más y los trenes se llenen. El nuevo modelo de precios de SJ permitió ofrecer billetes para todas las necesidades a todos los presupuestos y, de esa manera, contribuir decisivamente a llenar sus trenes.

De la misma manera, cobrar un canon distinto a trenes con distinta capacidad de pago no implica que se subvencione a los trenes que pagan menos. Los administradores de infraestructura deben asumir que todos los trenes contribuyen a mejorar su cuenta de resultados. El mercado determina la capacidad de pago de cada tipo de servicio. Determina el valor que aporta la infraestructura en cada caso y que el canon debe captar. Así pues, de los costes de infraestructura, solo el coste marginal es directamente relevante en la fijación de precios.

Para mejorar su base de ingresos, en ocasiones, el administrador de la infraestructura debe girar recargos sobre un precio basado en el coste marginal, pero no tiene que olvidar que cualquier recargo basado en un reparto de costes fijos reporta ineficiencias y expulsa tráfico de la red. Además, los recargos basados en costes fijos y conjuntos se basan en un artificio contable y no en un coste real. Los costes fijos y conjuntos pueden asignarse contablemente pero el «coste completo del surco» que se obtiene no es un coste real, sólo es un cálculo. Utilizar directamente costes fijos y conjuntos repartidos para determinar precios expulsará trenes del mercado. En cuanto el precio promedio se sitúe por encima de lo que el mercado de algún tipo de servicio pueda aceptar se perderán trenes. Se perdería mercado por cometer un error básico: los costes asignados no están causados por ese tren (que solo induce el coste marginal evitable). El administrador de la infraestructura perdería ingresos del tren expulsado, pero debería seguir soportando todos los costes fijos, aunque el tren no haya circulado.

Solo tiene sentido económico trasladar directamente a precios el coste de la capacidad instalada cuando hay costes de oportunidad. No lo tiene cuando no existe un uso alternativo para el surco que no consumiese el tren expulsado.

Evidentemente el objetivo de una empresa debe ser cubrir todos sus costes –incluyendo los fijos y los hundidos–, pero estos costes no son relevantes al decidir qué fórmula de precios generará más ingresos para lograrlo.

El sistema de precios sólo puede ser eficiente si se apoya en el valor de mercado de la infraestructura que se oferta a los operadores, porque éste es su único valor real. El valor contable de un surco resultante de una asignación sólo es una criatura matemática.

La tarifa debe dirigirse hacia la rentabilidad financiera de la infraestructura, sin sacrificar la rentabilidad socioeconómica. Es imprescindible incrementar los ingresos del administrador de la infraestructura, pero este incremento debe proceder de más tráfico multiplicado por una tarifa de estructura y cuantías razonables, no de poco tráfico multiplicado por un canon unitario muy alto.

En el caso de las nuevas líneas de alta velocidad, aún en el caso de que fuera posible obtener los ingresos necesarios por esta segunda vía –cosa nada fácil– se estaría desbaratando en el último momento todo el proceso por el que se decidió construir estas infraestructuras. En esta decisión jugó un papel fundamental la valoración *ex-ante* de los beneficios sociales derivados del ahorro energético, la mejora ambiental, la reducción de la congestión, los ahorros de tiempo, o la disminución de los accidentes. Estos beneficios justificaron en gran medida dedicar recursos públicos a un proyecto de alta velocidad y no a otro fin público.

Hoy se debe ser consciente de que la cuantía de estos beneficios y, por tanto, la aceptabilidad del proyecto depende de una variable fundamental: la demanda. Y esa demanda tiene una relación fundamental con el precio. Los elementos que contribuyeron a justificar *ex-ante* la decisión de invertir serán ignorados *ex-post*, y buena parte de los beneficios prometidos no se materializarán si el administrador de la infraestructura y los operadores no interiorizan el volumen de tráfico como una variable fundamental en su política de fijación de precios.

En general, la red ferroviaria en España tiene mucha capacidad disponible, tanto en el ferrocarril convencional como en la nueva red de alta velocidad que tanto ha costado construir y tanto cuesta mantener. Por ello, cuando se determine la cuantía y estructura de los cánones, deberá prestarse una especial atención para orientarse por el mercado, por la capacidad de pago; asegurándose de que el mercado puede aceptar las tarifas propuestas y garantizando que la expulsión de tráfico cuando se fijen recargos será mínima.

Solo si se fijan los precios mirando al mercado, se podrán cubrir razonablemente los costes de la infraestructura ferroviaria.

BIBLIOGRAFÍA

- BENEDIKT, Peter (2003): *Rail infrastructure charging in the European Union*.
- BUSTINDUY, Javier (2008): *La velocidad y las tarifas. Ingeniería para Alta Velocidad*. Fundación Caminos de Hierro.
- CENIT. Centre for Innovations in Transport (2008): *RailCalc. Calculation of charges for the use of rail infrastructure*. Prepared for European Commission. DGTREN.
- GOLDRATT, E. (1994): *El síndrome del pajar*. Díaz de Santos.
- Instituto Superior Técnico. ITS (2012): *Infracharges. UIC study on railway infrastructure charges in Europe*.
- NAGLE, Thomas T. y HOLDEN, REED K. (2002): *Estrategia y tácticas de precios. Una guía para tomar decisiones*. Prentice Hall.
- National Economic Research Associates. NERA (1998): *An examination of rail infrastructure charges*. Final Report for the European Commission, DG VII.

DE RUS, Ginés; CAMPOS, Javier y NOMBELA, Gustavo (2003): *Economía del transporte*. Antoni Bosch Editor.

RESUMEN: Este artículo está orientado a hacer un repaso de la regulación del canon en la nueva Directiva 2012/34/UE, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único. El análisis se centra en los elementos de la tarifa orientados a cubrir los costes de la infraestructura y no aborda el tratamiento de las externalidades y del régimen de incentivos.

Para ello, tras poner en contexto la relevancia del canon como fuente de señales para el comportamiento del administrador de la infraestructura y los operadores, se presenta un resumen de los objetivos que marca la Directiva para la fijación de un sistema tarifario por el uso de la infraestructura y se recogen también los elementos esenciales del contenido dispositivo de la norma. La parte central del artículo repasa las bases de teoría económica que deben tenerse en cuenta en la determinación de una tarifa eficiente –y sus limitaciones–, poniéndolas en relación con el contenido de la Directiva. Por último, se aportan unas conclusiones que recogen sistémicamente la aportación de los dos elementos analizados: Directiva y base económica, que podrían utilizarse como criterios básicos en la construcción de una tarifa por el uso de la infraestructura ferroviaria en España.

PALABRAS CLAVE: Canon por uso de la infraestructura, regulación del ferrocarril.

ABSTRACT: The article reviews the regulation of the charges in the new Directive 2012/34/EU, establishing a single European railway area. The analysis focuses on the elements of the charging framework targeted to cover infrastructure costs, and it does not deal with the treatment of externalities and incentives scheme.

Therefore, after setting in context the relevance of the charging system as a source of signals for the behaviour of the infrastructure manager and operators, is presented a summary of the Directive's objectives for the levying of a charging scheme for the use of infrastructure and reflects the content of the essential elements of the Directive. The central part of the article reviews the foundation of economic theory to be taken into account in determining an efficient charging system -and its limitations- relating them to the content of the Directive. Finally, it is provided some conclusions which systematically collect input from the two items revised: Directive and economic base, which could be used as basic criteria in the construction of a charging scheme for the use of the railway infrastructure in Spain.

KEYWORDS: Railway access charging systems, rail regulation.

Recibido: 20 de abril de 2013
Evaluado: 11 de mayo de 2013
Aceptado: 15 de mayo de 2013

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

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

JOSÉ AYLLÓN

Abogado. Duthil abogados

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

Veamos algunos ejemplos de este tipo de alianzas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ DO L 237 de 24-8-1991.

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

³ DOCE L 1, de 4-1-2003.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. El asunto Eurostar

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. El asunto SNCF/KEOLIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Veamos algunos ejemplos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PALABRAS CLAVE: Liberalización, transporte, ferrocarril.

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

KEYWORDS: Liberalization, transport, railways.

Recibido: 20 de abril de 2013

Evaluado: 8 de mayo de 2013

Aceptado: 10 de mayo de 2013

CURRICULA VITAE

JOSÉ AYLLÓN. Abogado especialista en Derecho de la competencia y Derecho de la Unión Europea. Actualmente es socio en Dutilh Abogados y es director ejecutivo de la revista jurídica *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. Ha sido profesor honorario en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y profesor en el Centro de Estudios Garrigues.

ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ. Doctor en Derecho y Profesor Titular de Derecho administrativo de la Universidad de Valladolid. La organización territorial del estado, el régimen local, el Derecho comunitario o el Derecho deportivo son algunas de las líneas de investigación sobre las que ha publicado diez monografías, más de cuarenta capítulos de libros y casi una cincuentena de artículos en revistas científicas, además de distintas ponencias y comunicaciones a congresos nacionales e internacionales. Ha desempeñado diversos cargos académicos como la secretaría y subdirección del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid o la secretaría general de dicha Universidad.

JOSÉ MARÍA COLLADO GONZÁLEZ. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado desde 1977; es, en la actualidad, vocal del Comité de Regulación Ferroviaria. Ha sido profesor de Derecho autonómico en la Escuela de Formación Administrativa del Instituto Nacional de Administración pública, profesor del área de Derecho administrativo en el Centro de Estudios Judiciales de la Administración de Justicia y profesor del Programa Superior de Derecho de las telecomunicaciones, servicios audiovisuales y nuevas tecnologías del Instituto de Empresa-CSJE.

FRANCISCO JAVIER FERNÁNDEZ ARÉVALO. Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales. Es profesor de Economía y regulación del sector ferroviario en el Máster de sistemas ferroviarios de la Universidad Pontificia de Comillas y ha sido profesor asociado de organización de empresas en la Universidad Complutense de Madrid. Desde al año 2000 desarrolla su labor profesional en el sector ferroviario, primero en las direcciones de explotación y de finanzas; después como

director del gabinete de presidencia y director de gestión estratégica de Adif. Previamente trabajó como auditor de cuentas y consultor en diversos sectores, incluyendo infraestructuras y sector público. Es colaborador del proyecto Optired.

ENRIQUE LINDE PANIAGUA. Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia (1970) es Doctor en Derecho por las Universidades de Valencia (1973) y Bolonia (1975). Profesor de Derecho administrativo de la UNED desde 1977, en la actualidad Acreditado Catedrático de Derecho administrativo. Es coordinador del Programa de Doctorado del Departamento de Derecho administrativo de la UNED, director de la *Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE)* y coordinador del Máster oficial «Intervención de la Administración en la sociedad». Es autor de más de trescientas publicaciones científicas (monografías, libros colectivos, artículos de revista, etc.), pudiendo citarse entre sus últimos libros: *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad* (edc. 2007 y 2012), *Fundamentos de Derecho administrativo* (4ª edc. 2012) y *Procedimientos, actos y recursos administrativos: cuestiones prácticas* (6ª edc. 2011).

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN. Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Es miembro de la Comisión Arbitral del País Vasco, así como del Consejo Asesor del Euskera de la Comunidad Autónoma del País Vasco y del Comité de Expertos de la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias del Consejo de Europa. Es autor de numerosas publicaciones sobre sistema autonómico español, derecho de las lenguas y experiencias federales comparadas. En la actualidad trabaja especialmente en las cuestiones relativas a las formas en que los sistemas constitucionales democráticos afrontan las reclamaciones soberanistas –o secesionistas– de territorios que forman parte del Estado, para lo que está analizando los procesos seguidos en Canadá y en Reino Unido en relación, respectivamente, con las reclamaciones secesionistas de Québec y Escocia, y la forma de afrontar desde la Constitución española las reclamaciones soberanistas del País Vasco y Cataluña.

ARACELI MANGAS MARTÍN. Catedrática de Derecho internacional público en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Durante 25 años fue catedrática en la Universidad de Salamanca (1986 a 2011). Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE (primera promoción, 1991). Doctora *Honoris Causa* por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (2004). Fue miembro del Comité de siete Personalidades («Comité de Sabios») para asesorar a la Comisión Europea en relación con la Conferencia Intergubernamental de 1996 para la reforma del Tratado de Maastricht. Autora de varios libros y de unos ciento cincuenta artículos en revistas especializadas y libros colectivos de Derecho internacional y de Derecho de la Unión Europea; cabe destacar *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, 1986, 2ª ed. 1987; *La Constitución Europea*, Madrid, 2005; *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (coautora), Madrid, 7ª ed., 2012; *Carta de los derechos fundamentales de Niza. Comentario artículo por artículo*. Madrid, 2008 (directora y coautora).

MANUEL MEDINA ORTEGA. Licenciado en Derecho por la Universidad de La Laguna (Islas Canarias), 1957. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, 1961. Master of Comparative Law, Columbia University, New York, 1961. Profesor de Derecho internacional, organización internacional y relaciones internacionales de la Universidad Complutense de Madrid y de la Universidad de Redlands en California, entre 1959 y 1975. Decano de la Facultad de Ciencias políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid, 1975. Catedrático de Derecho internacional público y privado de la Universidad de La Laguna (1975-1978). Vicerrector de la Universidad de La Laguna (1976-1978). Catedrático de Relaciones internacionales de la Universidad Complutense de Madrid (1976-2005). Diputado a Cortes (1982-1987). Presidente de la Comisión de Asuntos exteriores (1982-1986). Diputado al Parlamento Europeo (1986-2009). Vicepresidente del Parlamento Europeo (1986). Profesor honorífico de Derecho y relaciones internacionales de la Universidad Complutense de Madrid desde 2009.

MARÍA DE MIGUEL DE MOLINA. Profesora titular en la Universitat Politècnica de Valencia. Licenciada en Derecho por la Universitat de Valencia y Doctora en Administración y Dirección de empresas por la Universitat Politècnica de Valencia. Es Directora del Máster universitario en Gestión de empresas, productos y servicios de la Facultad de Administración y Dirección de empresas. Parte de su especialidad se centra en la dirección estratégica de organizaciones públicas. Participa en diversos proyectos nacionales e internacionales.

JUAN MANUEL MIGUÉLEZ MEDINA. Abogado. Diplomado en Derecho y Economía de la Unión Europea por la Universidad de Valladolid. Máster en Dirección de empresas y recursos humanos por la Universidad Complutense de Madrid. Especializado en Asesoría fiscal. Vinculado a RENFE desde 1979. Letrado de su Asesoría jurídica desde 2003. En la actualidad gerente de consultivo y estudios de la Asesoría jurídica de RENFE-Operadora.

JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL. Doctor en Derecho europeo por el European University Institute (Florencia) y Profesor contratado doctor en el Departamento de Derecho administrativo de la UNED. Su labor investigadora se centra en los procesos de liberalización y posterior regulación de servicios de interés económico general, en especial el transporte ferroviario, las telecomunicaciones, la televisión y los servicios postales.

KASPER V. ROLDSGAARD. Investigador en la Universitat Politècnica de Valencia. Su investigación se centra en la Dirección estratégica de empresas con especialización en el desarrollo de modelos de negocio en el sector ferroviario. Ha sido profesor externo en la Copenhagen Business School del Máster en Dirección de la innovación y desarrollo de negocio. Participó en el Consejo Nacional de Investigación e Innovación en Dinamarca como experto en la dirección de empresas en tiempos de crisis y ha sido colaborador en el proyecto Optired como experto en el desarrollo de negocio de los ferrocarriles daneses.

