

LA REFORMA DEL SECTOR FERROVIARIO

La reforma del sector ferroviario

La Ley [...] / 2015, de [...], del Sector Ferroviario, sustituye a la norma anterior del año 2003. El objetivo de la ley es profundizar en la liberalización del mercado del transporte ferroviario y contiene medidas dirigidas a mejorar la sostenibilidad de las infraestructuras ferroviarias y la transparencia en la financiación de los administradores. El presente artículo describe el contenido de esta reforma y analiza brevemente en qué medida se han logrado los objetivos pretendidos por el legislador.

PALABRAS CLAVE

Sector ferroviario, Transporte terrestre, Liberalización, Derecho de la Unión Europea.

The Reform of the Railway System

Law [...] / 2015, of [...], on the Railway System replaces the previous law of 2003. The purpose of the law is to further the liberalisation of the market of transport services by rail. The law contains measures aimed at increasing the sustainability of rail infrastructure and the transparency in the finances of the administrators. This article describes the content of the reform and briefly analyses to what extent this legislative goals have been achieved.

KEY WORDS

Railway system, Inland transport, Liberalisation, European Union law.

Fecha de recepción: 15-9-2015

Fecha de aceptación: 18-10-2015

INTRODUCCIÓN

El pasado día 30 de septiembre se publicó en el BOE la nueva Ley 38/2015, del Sector Ferroviario («LSF»). Esta norma, que deroga la anterior Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (la «Ley de 2003»), mantiene en buena medida la estructura y muchas de las disposiciones de la ley anterior e introduce algunas reformas encaminadas a avanzar en la liberalización de los servicios de transporte por ferrocarril.

Según su exposición de motivos, la nueva LSF se aprueba como un texto nuevo, en vez de como una reforma de la Ley de 2003, con la finalidad de asegurar la necesaria homogeneidad de la legislación ferroviaria española, después de que esta haya sido objeto desde el año 2003 de numerosas reformas legislativas para irse adaptando a las sucesivas normas europeas. Asimismo, la LSF incorpora al ordenamiento español el contenido de la 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, y adapta los preceptos relativos a los derechos de los usuarios a lo previsto en el Reglamento (CE) 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril.

CONTEXTO

El sistema ferroviario español ha venido marcado por las reformas que se han introducido en el Dere-

cho de la Unión Europea en los últimos años. Así, en 2001 se aprobó el denominado «Primer paquete ferroviario», constituido por cuatro directivas por las que, entre otras cuestiones, se abría el mercado de transporte de mercancías y se regulaba la concesión de licencias a las empresas ferroviarias y la adjudicación de capacidad de la infraestructura.

En 2004, el «Segundo paquete ferroviario» creó la Agencia Ferroviaria Europea y estableció reglas de seguridad e interoperabilidad. El «Tercer paquete», en 2007, determinó la liberalización del tráfico internacional de viajeros para el año 2010, reguló los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, y reguló los derechos y obligaciones de los viajeros. A este elenco normativo hay que añadir la Directiva 2012/34/UE, que, refundiendo buena parte de este marco regulatorio, pretende establecer un «espacio ferroviario europeo único». En la actualidad se está negociando el «Cuarto paquete», con el que se pretende alcanzar la liberalización de los mercados nacionales de transporte ferroviario de viajeros para el año 2019.

El modelo español vigente en el momento de la entrada en vigor de la nueva LSF parte de la distinción entre la gestión de las infraestructuras ferroviarias y la prestación del servicio de transporte. El primero continúa siendo un monopolio público gestionado por dos entidades públicas empresariales, ADIF y ADIF Alta Velocidad.

Por su parte, el servicio de transporte ferroviario de viajeros lo presta otra entidad pública empresarial, Renfe-Operadora. Por el momento, se ha liberalizado el transporte de mercancías (en 2005), el trans-

porte internacional de viajeros (en 2010) y el transporte de viajeros con finalidad turística (en 2013).

EL ESQUEMA DEL SISTEMA FERROVIARIO ESPAÑOL EN LA LEY 38/2015

La LSF regula las infraestructuras ferroviarias, la seguridad en la circulación ferroviaria y la prestación de servicios de transporte ferroviario de viajeros y de mercancías en el ámbito la Red Ferroviaria de Interés General, de competencia estatal.

La administración de infraestructuras se atribuye (i) con carácter general, a entidades públicas empresariales (según la disposición adicional primera, ADIF y ADIF Alta Velocidad); (ii) respecto de las infraestructuras ferroviarias situadas en puertos de interés general conectados a la Red Ferroviaria de Interés General en el puerto, a los organismos públicos que los administren (es decir, las Autoridades Portuarias) y, (iii) en su caso, a las entidades públicas o privadas a las que el Ministerio de Fomento otorgue esta función en virtud de un contrato (art. 19.3 y 4 LSF).

En cuanto al servicio de transporte ferroviario de viajeros, debe tenerse en cuenta que el articulado de la LSF se encuentra matizado por la normativa transitoria. Así, la ley prevé que el servicio de transporte se prestará por empresas ferroviarias, que habrán de obtener una previa licencia, única para toda la Red Ferroviaria de Interés General, otorgada por la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (art. 48 y ss. LSF). Estas empresas pueden participar en procedimientos de adjudicación de «capacidad de infraestructura», es decir, de franjas horarias que autorizan que *«un tren o un vehículo ferroviario puedan circular, entre dos puntos, durante un período de tiempo determinado»* (art. 33 LSF). Las adjudicaciones de las franjas horarias (también conocidas como «surcos») se realizarán de conformidad con los principios de transparencia, objetividad y no discriminación, en los términos que se determine en el desarrollo reglamentario (art. 36).

La disposición transitoria primera de la LSF, sin embargo, dibuja un panorama algo distinto. A este respecto, esta disposición señala que el proceso de liberalización de los servicios de transporte interior de viajeros se realizará de manera paulatina, *«con el fin de garantizar la prestación de los servicios, la seguridad y la ordenación del sector»*.

Durante este régimen transitorio, los servicios de transporte interior de viajeros serán prestados por

aquellas empresas ferroviarias establecidas en España que obtengan el título habilitante. El número de títulos será determinado por el Consejo de Ministros y su otorgamiento se efectuará por el Ministerio de Fomento mediante un procedimiento de licitación. En todo caso, Renfe Operadora dispone *ex lege* del título habilitante sin necesidad de participar en la licitación.

Estas normas transitorias estarán vigentes hasta que, de conformidad con la legislación de la Unión Europea, se acuerde la plena apertura al mercado del transporte ferroviario de viajeros. Con todo, estas normas transitorias no se aplican al transporte de viajeros con finalidad turística ni al transporte internacional de viajeros, que ya se encontraban liberalizados, ni a los servicios de transporte sujetos a obligaciones de servicio público. En relación con este último aspecto, una de las novedades de la LSF consiste en la apertura definitiva de los servicios prestados en régimen de obligación de servicio público a la competencia por el mercado.

Con la finalidad de facilitar el acceso de los operadores al alquiler de material y a los servicios de mantenimiento, y reducir así la posición de ventaja de la que parte Renfe Operadora como prestador histórico, la disposición adicional decimosexta de la LSF prevé que Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A. y Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.A. ofrecerán sus servicios a las empresas ferroviarias interesadas de forma transparente, objetiva y no discriminatoria. La LSF, sin embargo, no ha acogido la recomendación del Informe de 29 de abril de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC») (IPN/DTSP/001/15), en la que se proponía la privatización de estas dos empresas.

PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY 38/2015

Mejoras en la planificación de las infraestructuras ferroviarias

La LSF trata de mejorar la planificación de las infraestructuras ferroviarias mediante la previsión de que el Ministerio de Fomento elaborará con carácter quinquenal una estrategia indicativa de desarrollo, mantenimiento y renovación de las infraestructuras de la Red Ferroviaria de Interés General (art. 5 LSF). Esta estrategia, que contendrá un *«marco general de prioridades y financiero»*, se basará en los criterios de eficiencia económica y social y en la financiación sostenible del sistema, y

tendrá en cuenta las necesidades globales de la Unión Europea. Por este motivo, el artículo 5.1 LSF *in fine* establece que la estrategia se realizará «desde una perspectiva intermodal para garantizar la optimización de los recursos invertidos y su asignación eficiente entre modos de transporte».

En la tramitación de la estrategia se dará audiencia a las Administraciones autonómicas y locales afectadas y los demás interesados. Esta participación de terceros —entre los que, presumiblemente, se encontrarán las empresas ferroviarias— debería permitir tener en cuenta en mayor medida la rentabilidad en los proyectos de infraestructura.

La entrada como administradores de infraestructuras ferroviarias de las Autoridades Portuarias y de entidades privadas

Hasta el momento actual, la gestión de las infraestructuras recaía en una o varias entidades públicas empresariales adscritas al Ministerio de Fomento. Con la LSF, se introduce también la posibilidad de que sean administradores de las infraestructuras ferroviarias las Autoridades Portuarias —respecto de las instalaciones en el interior de los puertos de interés general— y otras entidades públicas o privadas en virtud de contrato.

En cuanto a las Autoridades Portuarias, cabe destacar que estas ejercerán como administradores de las infraestructuras ferroviarias de su titularidad situadas en las zonas de servicio de los puertos de interés general. Sin embargo, el artículo 39.2 LSF no recoge entre las competencias que se les atribuyen la de adjudicar la capacidad de infraestructura, que, en consecuencia, será ejercitada por el administrador general de infraestructuras ferroviarias. Cuando las infraestructuras situadas en puertos estatales estén conectadas a la Red Ferroviaria de Interés General, el régimen de la conexión vendrá regulado por un convenio suscrito por la Autoridad Portuaria, el administrador general y Puertos del Estado, previa autorización del Ministerio de Fomento.

Respecto a la entrada de entidades privadas, la LSF prevé que la contratación podrá incluir la construcción y la administración, o solo la administración, de infraestructuras que formen o vayan a formar parte de la Red Ferroviaria de Interés General. La selección del contratista deberá efectuarse a la legislación de contratos del sector público, presumiblemente a través de contratos de servicio, de concesión de obra pública o de gestión de servicios

públicos. La competencia para celebrar el contrato corresponde al Ministerio de Fomento.

Transparencia financiera y contable de los administradores de infraestructuras

El artículo 25 del LSF establece que los administradores generales de infraestructuras ferroviarias deberán suscribir con el Ministerio de Fomento convenios vinculantes dirigidos a regular las aportaciones del Estado. La finalidad de la normativa es conseguir equilibrar los ingresos y los gastos y asegurar la sostenibilidad de las infraestructuras. La duración mínima de estos convenios es de cinco años. De manera previa a su adopción, el Ministerio someterá su contenido al examen de las empresas ferroviarias y candidatas, para que, durante un mes, presenten sus observaciones. Una vez firmado, el convenio será publicado en el BOE.

Posteriormente, la Intervención General de la Administración del Estado emitirá un informe de control financiero sobre el grado de ejecución del convenio.

También se prevé que el Gobierno pueda adoptar medidas necesarias para que los administradores generales de infraestructuras tengan, en «*circunstancias empresariales normales y a lo largo de un periodo no superior a cinco años*», una contabilidad que refleje al menos un equilibrio entre determinados ingresos y los gastos de la infraestructura. Asimismo, se habilita al Gobierno a exigir a los administradores que equilibren sus cuentas sin financiación estatal (art. 25.3 LSF).

Apertura de los servicios sometidos a obligaciones de servicio público a la competencia por el mercado

El artículo 59 LSF regula las obligaciones de servicio público. Al hacerlo, establece un sistema de competencia por el mercado, en el que las empresas ferroviarias candidatas participan en una licitación basada en los principios de publicidad, transparencia y no discriminación que culmina con el otorgamiento de una autorización.

Para que una línea o tramo de la Red Ferroviaria de Interés General quede sujeta a obligaciones de servicio público, resulta necesario que así lo declare el Consejo de Ministros, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Econó-

nicos. Para efectuar tal declaración, deberá partirse de los principios de eficiencia global y sostenibilidad, y tenerse en cuenta la existencia de modos de transporte alternativos. De este modo, procederá someter líneas o tramos a obligaciones de servicio público cuando se entienda que, si los operadores considerasen únicamente su interés comercial, en ellas no habría una oferta suficiente, o que no tendría unas condiciones de frecuencia, calidad o precio necesarias para garantizar la comunicación entre localidades. En principio, estos servicios se prestarán en régimen de exclusividad, salvo que el Consejo de Ministros acuerde otro.

La ley excepciona el régimen de concurrencia competitiva, y permite la adjudicación directa, cuando el coste anual de prestación del servicio no exceda de un millón de euros. Originalmente, el texto del Anteproyecto de ley incluía otros dos supuestos en los que cabría acudir a la adjudicación directa. Esta era posible también cuando no existiese una pluralidad de oferta de servicios en el mercado ferroviario como para acudir a una licitación y cuando la obligación de servicio público se refiriese a servicios de alta densidad y elevado volumen de tráfico en áreas metropolitanas de gran población. Sin embargo, estas dos causas fueron suprimidas tras la emisión del Informe de 29 de abril de 2015 de la CNMC y no se incluyeron en el Proyecto de ley remitido a las Cortes.

Cabe destacar que la Ley de 2003 ya preveía en su articulado la apertura de las obligaciones de servicio público a la competencia por el mercado. No obstante, la disposición transitoria tercera de la Ley de 2003 dejaba sin aplicación transitoriamente esos preceptos y otorgaba la prestación del servicio a Renfe Operadora. La LSF, sin embargo, no prevé tal reserva en su normativa transitoria, puesto que, como ya hemos visto, la disposición transitoria primera no resulta de aplicación a las obligaciones de servicio público reguladas en el artículo 59 LSF.

La LSF prevé la posibilidad de que se suspenda la adjudicación de capacidad de infraestructura respecto de itinerarios que coincidan total o parcialmente con servicios sujetos a obligaciones de servicio público cuando comprometa su rentabilidad o repercuta sensiblemente en la compensación con cargo a fondos públicos (art. 59.7). En tales casos, y cuando se trate de servicios interiores, la competencia para suspender la adjudicación corresponde al Ministerio de Fomento, previo informe de la CNMC. Cuando se trate de tráficos internacionales, corresponde la decisión a la CNMC.

Se reestructuran los cánones por utilización de las infraestructuras ferroviarias

La LSF mantiene, en general, las tasas ferroviarias ya recogidas en la Ley de 2003. La norma, sin embargo, reestructura los cánones por utilización de las infraestructuras ferroviarias. A los efectos de la nueva estructura, la LSF establece una nueva clasificación de los tipos de línea y de servicio. Así, las líneas se clasifican en Tipo A, cuando permiten una velocidad máxima superior a 200 km/h en al menos dos tercios de su longitud; Tipo B, que comprende los trayectos interciudades en los que la velocidad sea de entre 160 y 200 km/h en al menos dos tercios de su longitud (en cuyo caso serán Tipo B1) o cuando se den una serie de circunstancias previstas en la ley (en cuyo caso serán Tipo B2); y Tipo C, que comprende las líneas de cercanías. Se crean dos tipos nuevos de líneas, D y E, que no estaban previstas en la Ley de 2003.

En cuanto a la estructura de los cánones, la LSF suprime en primer lugar el «canon de acceso», que gravaba el derecho de utilización con carácter general de la Red Ferroviaria de Interés General. La finalidad declarada de esta modificación es, según la exposición de motivos de la LSF, la de eliminar una barrera a la entrada de nuevos operadores en el mercado ferroviario.

El antiguo «canon por reserva de capacidad» pasa a denominarse «canon por adjudicación de capacidad». La cuota íntegra de este canon se fija en función de cada «tren kilómetro adjudicado» por tipo de línea y de servicio (art. 97.5.1.º.a de la LSF), frente a la unidad anterior, que eran «los kilómetros de longitud del tramo de red reservado» (art. 74.4.b de la Ley de 2003). De este modo, como explica la CNMC en su Informe de 29 de abril de 2015, se asegura que este canon dependa del tráfico realmente gestionado.

El nuevo «canon por utilización de las líneas ferroviarias» sustituye a los anteriores cánones «de circulación» y «por tráfico». Su cuota íntegra se determinará también de los «trenes kilómetro circulados», de nuevo por tipo de línea y de servicio (art. 97.5.1.º.b de la LSF).

Finalmente, se crea un nuevo «canon por utilización de las instalaciones de transformación y distribución de energía eléctrica de tracción», que grava la utilización de estas infraestructuras, que son un servicio básico mínimo que deben prestar los administradores (art. 20.e LSF). Su cuota íntegra se determina en función de los «trenes kilómetro circulados por

líneas ferroviarias electrificadas», distinguiendo por tipo de línea, de servicio y de tracción.

Finalmente, también se altera la estructura del «canon por utilización de las estaciones y otras instalaciones ferroviarias», que pasa a denominarse «canon por utilización de las instalaciones de servicio de titularidad de los administradores generales de infraestructura ferroviaria». Así, entre otras cuestiones, cabe resaltar que la aplicación de este canon en su modalidad de «canon por la utilización de estaciones de transporte de viajeros» se ve modificada en cuanto a la unidad de tarificación de la cuota tributaria, que pasa de fijarse en función de la duración del recorrido y la categoría de la estación a calcularse en función de la categoría de estación, el tipo de parada y el tipo de tren.

CONSIDERACIÓN FINAL

La LSF es, en general, continuista de la Ley de 2003. El avance en la liberalización es sutil y, por el

momento, se limita a los servicios sujetos a obligaciones de servicio público, al menos hasta que el Derecho de la Unión Europea determine la apertura al mercado de los servicios de transporte de viajeros interiores a los Estados miembros.

De este modo, el legislador no ha acogido la propuesta de la CNMC de que se acompañase la disposición transitoria primera de la norma de un plan de actuación para la liberalización progresiva de líneas y corredores, que incluyese criterios, hitos, fechas y ámbitos geográficos concretos, de carácter orientativo y flexible. De este modo, la completa apertura a la competencia no llegará hasta que así se prevea en el Derecho de la Unión, algo que no se espera hasta antes del año 2019. Entre tanto, la prestación del servicio de transporte ferroviario interior de viajeros se prestará en virtud de títulos habilitantes, cuyo número, período de vigencia y condiciones será determinado por el Consejo de Ministros.

MARIO GARCÍA GARCÍA*

* Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).