



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN FERROVIARIA EN ESPAÑA

Juan Fullana Martínez

5º E5

Derecho Administrativo

Tutor: Antonio Jesús Alonso Timón

Madrid

Abril 2022

Resumen

Desde su nacionalización en 1941, el sector ferroviario español ha venido prestando sus servicios de transporte de mercancías y de viajeros en régimen de monopolio hasta su reciente liberalización a comienzos del siglo XXI. Con la entrada de España en las Comunidades Europeas y la incorporación del acervo comunitario al ordenamiento jurídico nacional, se inició un proceso que ha puesto fin a la reserva de titularidad estatal de la explotación de los servicios. Mediante la aprobación de los Paquetes Ferroviarios y su correspondiente transposición, el sector de las mercancías en primer lugar, y posteriormente el de transporte de personas han hecho efectiva su apertura a la competencia permitiendo así la entrada de nuevos operadores. Tras la culminación de esta nueva fase es pertinente realizar un examen detallado de los grandes retos que se han afrontado, así como de las soluciones que se han puesto en práctica.

Palabras clave

liberalización, CNMC, administrador de infraestructuras, alta velocidad, obligaciones de servicio público, interoperabilidad, operador ferroviario, competencia

Abstract

Since its nationalisation in 1941, the Spanish railway sector has been providing its freight and passenger transport services under a monopoly until its recent liberalisation at the beginning of the 21st century. With the entry of Spain into the European Communities and the incorporation of the European Law into the national legal order, a process was initiated which has put an end to the reservation of State ownership of the operation of services. By approving the Railway Packages and their corresponding transposition, the freight sector first and then the passenger transport sector have made their opening up to competition, thus allowing new operators to enter. Following the completion of this new phase, it is appropriate to conduct a detailed examination of the major challenges that have been faced as well as the solutions that have been put in place.

Keywords

liberalisation, CNMC, infrastructure manager, high-speed, public service obligations, interoperability, rail operator, competition

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	5
1. INTRODUCCIÓN	6
1.1 La intervención del Estado en la Economía. La actividad de servicio público.	6
1.2 Historia reciente del sector ferroviario en España: RENFE y su evolución desde mediados del siglo XX hasta hoy.....	8
1.2.1 De la autarquía al desarrollismo (1941-1975)	8
1.2.2 De la llegada de la democracia hasta la política europea (1976-2020).....	9
2. LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR FERROVIARIO DE MERCANCÍAS	12
2.1 Características del sector	12
2.2 Objetivos de la liberalización: el aumento de la cuota de mercado para alcanzar los niveles europeos y el respeto a la cuestión medioambiental.....	16
2.3 El desarrollo del proceso de liberalización: la legislación comunitaria y su transposición al ordenamiento jurídico patrio	20
2.4 Horizonte 2030 del sector ferroviario de mercancías	25
3. LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR FERROVIARIO DE VIAJEROS	26
3.1 El Tercer Paquete Ferroviario y la Directiva 2012/34/UE	26
3.2 La transposición definitiva en la Ley 38/2015 del Sector Ferroviario.....	27
3.3 El Cuarto Paquete Ferroviario como culminación normativa del proceso.....	29
3.3.1 El Pilar de Gobernanza.....	30
3.3.2 El Pilar Técnico	32
3.4 La adjudicación de las líneas de Alta Velocidad	33
3.5 La liberalización de los servicios sujetos a OSP.....	36
4. LOS EFECTOS DE LA LIBERALIZACIÓN	38
4.1 ¿Qué hemos obtenido de todo este proceso?.....	38
4.1.1 En el sector del transporte ferroviario de mercancías	38
4.1.2 En el sector del transporte ferroviario de viajeros.....	39
4.2 ¿Qué debemos esperar?.....	40
4.2.1 En el sector del transporte de mercancías	40
4.2.2 En el sector del transporte de viajeros	41

5. CONCLUSIONES	42
6. BIBLIOGRAFÍA	44

LISTADO DE ABREVIATURAS

ADIF	Administrador de Infraestructuras Ferroviarias
ADIF AV	Administrador de Infraestructuras Ferroviarias Alta Velocidad
AFE	Agencia Ferroviaria Europea
AGE	Administración General del Estado
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
EPE	Entidad Pública Empresarial
EM	Estados Miembros
GIF	Gestor de Infraestructuras Ferroviarias
LOTT	Ley de Ordenación del Transporte Terrestre
MITMA	Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana
ODS	Objetivos del Desarrollo Sostenible
OSP	Obligaciones de Servicio Público
PTF	Plan de Transporte Ferroviario
RENFE	Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles
RFIG	Red Ferroviaria de Interés General
RTTFM	Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UIC	Ancho Internacional

1. INTRODUCCIÓN

1.1 La intervención del Estado en la Economía. La actividad de servicio público.

Las últimas dos décadas del siglo XX en Europa se caracterizaron por el desarrollo económico y social que la mayoría de los países del continente experimentaron. Las decisiones que se adoptaron en el Acta Única Europea (1986) y en el Tratado de Maastricht (1992), dieron nuevo nombre y un fuerte impulso competencial al proyecto europeo. Durante los años 80, las entonces Comunidades Europeas estuvieron fuertemente influidas por la victoria cultural de los valores liberales, que trajeron consigo principios como la defensa de la iniciativa privada o la libre competencia¹ y fenómenos como la globalización, que condicionaron gran parte de las políticas nacionales o supranacionales venideras en todo el viejo continente.

El origen de estas ideas se remonta a épocas anteriores a pesar de su reciente aplicación. Uno de sus grandes exponentes fue el filósofo, economista y padre de la Escuela Austríaca, Friedrich Hayek, quien se erigió como uno de los grandes defensores de las teorías económicas liberales. Así lo reflejó en los años en los que las grandes economías europeas apostaban por fórmulas de planificación estatal. En 1944 publicó su célebre obra *Camino de Servidumbre* en la que advertía de las deficiencias técnicas, democráticas y sociales que el sistema de economía planificada planteaba, frente a las virtudes que ofrecía un enfoque liberal-pragmático.

Especial análisis merece su reflexión sobre la incompatibilidad entre el sistema de economía planificada y la existencia del Estado de Derecho cuando afirmó que sería imposible para la autoridad planificadora “confinarse a suministrar oportunidades a personas desconocidas para que éstas hagan de ellas el uso que les parezca”². Así Hayek sostenía que la razón de ser del Estado de Derecho no podía estar en la previsión de todas las circunstancias o consecuencias de las leyes que se pudieran aprobar, sino en la existencia de unas directrices sobre las que la ciudadanía pudiera conformar y planificar su vida de acuerdo con sus proyectos e ideas. Paralelamente, se establecía que un Estado de economía planificada no podía asegurar ni libertad ni desarrollo individual al ciudadano, ya que se limitaría a aplicar los criterios que sus propias necesidades le indicasen.

¹ Pérez de Villareal González de Arrilucea, J. M., “La economía mundial en los años ochenta y la política económica de los noventa”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, n. 20, 1991, p. 209.

² Hayek, F.A., *Camino de Servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid, 2011 p. 134.

El mayor apogeo de esta corriente económica y de pensamiento tuvo lugar en la época de la incorporación de España como miembro de pleno derecho al proyecto europeo. Junto a las nuevas oportunidades que la membresía europea otorgaba a nuestro país, se encontraba la obligación de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico el acervo comunitario. Desde entonces la Unión Europea (en adelante UE) ha apostado por la apertura a la competencia de ciertos sectores estratégicos en los que empresas de los Estados Miembros (en adelante EM) han ocupado una histórica posición dominante, e incluso monopolística.

La presencia del Estado en ciertos servicios tiene su razón de ser en la clasificación que Jordana de Pozas hace de los tres modos de acción administrativa que “pasa por la policía y el fomento hasta llegar al servicio público monopolizado”³. Este último método de intervención pública, también llamada actividad de servicio público o prestacional de la Administración tiene un fuerte arraigo y desarrollo en el ordenamiento jurídico nacional contemporáneo.

En primer lugar, en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico coexisten dos artículos que habilitan la intervención administrativa en la economía, si bien se exige el desarrollo de un modelo de corte liberal. El propio artículo 1.1 de nuestra Constitución define a España como un Estado social y democrático de Derecho mientras que el artículo 38 ampara la libertad empresarial “en el marco de la economía de mercado”⁴. A esta compleja relación se suma el artículo 128.2 como base de la mencionada actividad prestacional de la administración, dentro del Derecho Administrativo-Económico. En el artículo se les reconoce a las Administraciones Públicas la posibilidad de participar en la actividad económica, al tiempo que se les asegura la potestad de intervención sobre “recursos o servicios esenciales”⁵ cuando así lo solicite el interés general mediante reserva formal de ley, poniendo así en entredicho la libertad empresarial antes mencionada. El sentido de esta redacción se sitúa en la época de aprobación de la Constitución Española de 1978, en la que el Estado aún controlaba bien mediante técnicas de intervención administrativa de mayor grado como el monopolio u otras de menor incidencia pero igual relevancia como el régimen de concesiones, gran parte de los sectores estratégicos nacionales. Por tanto, era preciso articular mecanismos que asegurasen la continuidad de estos sectores al tiempo que se habilitaba una apertura a la competencia en el artículo 38.

³ Jordana de Pozas, L., “El problema de los fines de la actividad administrativa”, *Revista de administración pública*, n. 4, 1951, p. 27.

⁴ Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978 (BOE, 29 de diciembre de 1978).

⁵ *Ibid.*

Como resultado de este equilibrio, los gobiernos de las dos últimas décadas del pasado siglo pudieron desarrollar ambiciosos programas enfocados a la modernización de la economía española. No obstante, es evidente que dicho esfuerzo no se produjo de manera simultánea en todos los sectores en los que el Estado había alcanzado un cierto grado de protagonismo. En este sentido, el propio transporte ferroviario tanto de viajeros como de mercancías es un claro ejemplo de aquellos que han tenido que esperar para poder entrar en esta nueva etapa. Esta demora bien merece una breve contextualización histórica que permita entender del porqué de tal retraso.

1.2 Historia reciente del sector ferroviario en España: RENFE y su evolución desde mediados del siglo XX hasta hoy.

1.2.1 De la autarquía al desarrollismo (1941-1975)

En la primera etapa del sector ferroviario español iniciada a mediados del siglo XIX, una serie de compañías privadas operaban sobre la infraestructura ferroviaria española, caracterizada por el denominado ancho de vía ibérico, relativamente mayor que el internacional. Este panorama de aparente competitividad llegó a su fin tras la Guerra Civil española con la aprobación, a comienzos de 1941, de la Ley de Bases de Ordenación Ferroviaria y de los Transportes por Carretera⁶. El objetivo de la norma radicaba en la nacionalización de las compañías privadas existentes, para crear una gran empresa estatal de transporte ferroviario que explotase la red ferroviaria en régimen de monopolio, dando lugar a la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (en adelante RENFE).

Esta operación armonizó compañías con diferentes organigramas, culturas y tecnologías, ralentizando así el inicio de las operaciones de RENFE⁷. Por su parte, los efectos directos e indirectos de la Guerra Civil fueron evidentes, con un deterioro en las instalaciones y un empobrecimiento generalizado en la sociedad española. Sin embargo, a lo largo de este período se construyeron 32 nuevos tramos, se culminó la electrificación de algunas vías por razones estratégicas y se inició una paulatina renovación del parque de locomotoras, apostando fundamentalmente por modelos eléctricos y diésel.

⁶ Muñoz Rubio, M., *Renfe, 75 años de historia (1941-2016)*, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, Madrid, 2016, p. 5.

⁷ *Ibid*, p. 7.

A pesar de estos avances aislados, poco pudo hacer el transporte ferroviario español en estas primeras dos décadas frente al auge del sector automovilístico. Esta situación de mera subsistencia evidenciaba la necesidad de modernizar del sector, lo que llevó al Gobierno a la aprobación en 1964 del Plan Decenal de Modernización de RENFE. Este se tradujo en una transformación radical de la compañía con ajustes de plantilla, división de la red ferroviaria en tres niveles modificando así a las cifras de inversión estatal e impulsando la electrificación de las infraestructuras. Junto a estas medidas, destacaron ajustes como el cierre de las instalaciones menos rentables, la búsqueda del equilibrio presupuestario⁸ a través de un nuevo marco regulatorio laboral y la actualización de las tarifas, entre otras. Sin embargo, este programa no supo responder al aumento de la movilidad de viajeros y mercancías, de la que se benefició principalmente el automóvil frente a un sector ferroviario que únicamente pudo estabilizar su menguante cuota de mercado.

1.2.2 De la llegada de la democracia hasta la política europea (1976-2020)

Con la llegada de la democracia, RENFE afrontó un período en el que la influencia legislativa europea era innegable, y en cierta medida, esta circunstancia orientó la acción de los gobiernos que se sucedieron en los primeros años de la España democrática. Tanto es así, que las relaciones entre el Estado y RENFE pasaron a regularse mediante contratos programas que introducían una tímida separación entre el Estado y la compañía. Con estas decisiones el tren español hacía esfuerzos para aproximarse al espíritu de las políticas ferroviarias europeas.

Tras la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986, el panorama del sector ferroviario en nuestro país experimentó un cambio sin precedentes. En el plano de la financiación pública, el Gobierno de Felipe González, tras el cierre de algunas líneas no rentables, lanzó en 1987 el Plan de Transporte Ferroviario (en adelante PTF) y la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (en adelante LOTT). Sendos instrumentos garantizaron un modelo de financiación sostenido, apostando por el desarrollo de proyectos ambiciosos como la electrificación de las infraestructuras o las primeras inversiones en el nuevo modelo que representaba la Alta Velocidad⁹. No obstante, y a pesar de las inversiones citadas, era evidente que el transporte de viajeros por ferrocarril constituía el eje principal del PTF mientras que el transporte de mercancías se veía relegado a una posición secundaria.

⁸ Ley 83/1964, de 16 de diciembre, sobre el Plan Decenal de modernización de RENFE (BOE, 17 de diciembre de 1964).

⁹ Muñoz Rubio, M., op.cit., p. 20.

Con la firma del Tratado de Lisboa en 2007, la competencia de transportes fue definida como compartida entre la UE y los EM, si bien ya se habló de una política común de transportes¹⁰ en el Tratado de Roma de 1957. Por consiguiente, no es de extrañar que la UE haya desarrollado una extensa política legislativa ferroviaria que España ha tratado de seguir y adaptar desde hace más de 30 años. Una política caracterizada por la búsqueda de un espacio ferroviario europeo único en el que se respete la competitividad y se favorezca la interoperabilidad como factor de unidad.

El primer esfuerzo de homogeneización regulatoria fue la Directiva 91/440, que impuso la separación contable y fomentó la institucional entre el gestor de infraestructuras y las compañías ferroviarias que las explotasen. Tras la aprobación de la base sobre la que se ha cimentado todo el esfuerzo comunitario de liberalización, se sucedieron otras directivas de perfil más concreto como la 95/18 sobre la concesión, modificación y renovación de licencias de validez en todo el territorio comunitario otorgadas a las compañías ferroviarias, y la 95/19 sobre los procedimientos de adjudicación de las infraestructuras ferroviarias y el pago de cánones por su uso.

Posteriormente, la Comisión Europea presentó en 1996 y en 2001 los Libros Blancos del Transporte que inspiraron el contenido del primer Paquete Ferroviario. Este instrumento se ha empleado en cuatro ocasiones desde el 2001 hasta la aprobación del cuarto y último en 2016. De entre sus normas destaca la Directiva 2001/12/CE que modificaba la Directiva 91/440 para abrir a la competencia el mercado internacional del transporte ferroviario de mercancías otorgando a los EM la posibilidad de conceder licencias. La transposición de las directivas del Primer Paquete a nuestro ordenamiento jurídico se produjo mediante la aprobación de la Ley del Sector Ferroviario de 2003, en la que se establecía claramente en su artículo 42.2 que el transporte ferroviario de mercancías se prestaría “en régimen de libre competencia, con arreglo a lo previsto en esta ley”¹¹. Del mismo modo, se produjo la división de la RENFE en dos nuevas entidades públicas empresariales. Por un lado, Renfe-Operadora, encargada de la explotación del servicio del transporte ferroviario, y por otro, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (en adelante ADIF), con las atribuciones que el artículo 21.1 de la Ley 39/2003 le otorgaba.

¹⁰ Dirección General de Transportes por Carretera, “La política europea de transporte”, *Análisis, información y divulgación sobre la aportación del transporte por carretera a la intermodalidad*, Ministerio de Fomento, 2003, p. 46.

¹¹ Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario (BOE, 18 de noviembre 2003).

En los años 2004 y 2007 se sucedieron el Segundo y Tercer Paquete Ferroviario respectivamente. El primero puso especial énfasis en la liberalización del sector ferroviario de mercancías mediante avances en intermodalidad, con modificaciones en cuestiones de seguridad e infraestructuras, como la creación de la Agencia Ferroviaria Europea (en adelante AFE) y adelantando el inicio del proceso de liberalización. Por su parte, el Tercer Paquete Ferroviario buscó avanzar en la apertura a la competencia del sector del transporte de viajeros, si bien con resultados dispares. En este sentido destaca la Directiva 2007/58/CE que estableció una fecha límite para la liberalización de los servicios internacionales de transporte de viajeros. Le siguieron la 2007/59/CE que buscaba armonizar ciertas cuestiones en materia de maquinistas y trenes para que pudiesen incorporarse al sistema ferroviario europeo. Culminaban esta batería de normas los Reglamentos 1370/2007, que analizaba las posibilidades de intervención de los Estados en el mercado para salvaguardar los servicios que se considerasen de interés general, y el 1371/2007 que recogía los derechos y obligaciones de los usuarios.

En 2011, la Comisión Europea publicó su último Libro Blanco hasta la fecha, que se tradujo en la aprobación de la Directiva 2012/34/UE¹². La norma introdujo la creación del Espacio Ferroviario Europeo Único, aumentaba las posibilidades de acceso a las infraestructuras de las empresas ferroviarias que operasen en régimen de competencia, clarificaba el régimen interno y de competencias de los organismos reguladores nacionales, calificados como autoridades administrativas independientes en nuestro ordenamiento jurídico y analizaba las estrategias de inversión público-privadas en el sector.

La culminación del proceso se produjo en 2016 con la aprobación del Cuarto Paquete Ferroviario que será objeto de análisis en el punto tercero del presente trabajo. Compuesto por dos pilares, uno técnico y otro de gobernanza, habilitó la liberalización del transporte ferroviario nacional de viajeros.

Mediante estos instrumentos, la legislación comunitaria permitió la apertura completa del sector la competencia, relegando las técnicas de intervención administrativa que habían guiado su funcionamiento a un segundo plano y poniendo fin a la deficiencia y decadencia que lo habían caracterizado a lo largo de gran parte del siglo XX.

¹² Olmedo Gaya, A., “El proceso de liberalización gradual del transporte ferroviario en la Unión Europea”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 49-50, 2017, p. 473.

2. LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR FERROVIARIO DE MERCANCÍAS

2.1 Características del sector.

La realidad del sector del transporte ferroviario de mercancías es paradigmática. Por un lado, sabemos que se trata de un mercado abierto a la libre competencia efectiva desde 2007, en el que una serie de operadores privados han comenzado a explotar las instalaciones ferroviarias españolas. Asimismo, el administrador de infraestructuras ha continuado recibiendo solicitudes de otras tantas compañías para hacer lo propio. Por otra parte, los datos nos indican que la evolución del sector no es positiva, con una cuota de mercado muy menor y menguante frente a servicios similares como el transporte de mercancías por carretera. Según los datos, el nivel de toneladas por kilómetro transportadas por ferrocarril en 2008 era de 2.699 millones¹³. Tras más de 10 años de libre competencia, el nivel de toneladas por kilómetro transportadas por este medio ha conseguido alcanzar la raquítica cifra de 10.473 millones¹⁴, según ha acreditado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) en su *Informe Anual del Sector Ferroviario 2019*, publicado hace algo más de un año. Con esta pobre evolución en términos de material transportado, se puede calificar el desarrollo del proceso liberalizador de decepcionante.

Esta deficiente cuota de mercado del sector del transporte ferroviario de mercancías está íntimamente ligada a otras de sus principales particularidades. En primer lugar, es evidente que España no es un país por el que inevitablemente deban discurrir numerosas vías ferroviarias internacionales, dadas sus características geográficas. Su conexión más evidente y asumible en términos orográficos es la que mantiene con la vecina Portugal, con acuerdos como el firmado en marzo de 2009 entre ADIF y su equivalente lusa FEVER. El acuerdo, que estableció una nueva línea de transporte de mercancías entre Madrid y Lisboa, fue calificado como un ejemplo en materia de interoperabilidad¹⁵, al conseguir que se empelaran locomotoras homologadas por ambos países en dicho trayecto. Esta clase de proyectos fueron de gran ayuda al inicio del proceso de liberalización, pero su impacto a medio y largo plazo ha sido reducido.

¹³ Alonso Timón, A. J., “Medidas adoptadas en los últimos años para la introducción de la competencia en el transporte ferroviario de mercancías y efectos sobre el sector”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, n. 65, 2012, p. 124.

¹⁴ Informe anual de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 14 de enero de 2021, del sector ferroviario 2019, p. 13.

¹⁵ Alonso Timón, A. J., (2012), *op.cit.*, p. 125.

El siguiente gran problema que afronta nuestro sistema ferroviario de mercancías es el de la anchura de la red ferroviaria nacional. Como se ha avanzado, la gran mayoría de las líneas de las que disponemos presentan un ancho particular, superior al utilizado por la mayoría de miembros de la comunidad internacional. Frente a los 1435 mm que presenta el ancho internacional (en adelante UIC), el ibérico llamado así por su implantación tanto en España como en Portugal, lo supera en 233 mm hasta alcanzar los 1668 mm. Más allá de las ya comentadas posibilidades de colaboración que se dan entre ambos Estados, la diferencia de anchura es un asunto mayor advertido por la CNMC que recuerda el aislamiento que puede acarrear para nuestro país. Del mismo modo, la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) expuso la gravedad del asunto en su *Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España* de mayo de 2013, comparando el porcentaje de red construida con ancho UIC en nuestro país y el resto de los EM. El resultado establecía que solo la red ferroviaria de siete EM tenía un porcentaje construido con ancho UIC inferior al 90%¹⁶, entre los que se sigue encontrando España.

Otro problema ampliamente definido y tratado por la legislación comunitaria, es el de la cuestión de la intermodalidad, que no es sino “un indicador del nivel de integración entre diferentes modos de transporte”¹⁷. La categorización de la intermodalidad como problema endémico del sector responde a la habitual naturaleza política de las decisiones que pueden impulsar o no los proyectos sobre infraestructuras. Existe una clara falta de coordinación entre las administraciones que, en virtud de los artículos 148.1.5 y 149.1.21 de nuestra Constitución, pueden asumir competencias en materia ferroviaria. De un lado, el Estado puede ostentar y ejercer esas competencias siempre que el servicio ferroviario de que se trate atraviese más de una Comunidad Autónoma¹⁸ y de otro, las Comunidades Autónomas pueden hacer lo propio en aquellos servicios que transcurran únicamente por su propio territorio. Dos claros ejemplos de esta comunicación deficitaria los encontramos en las insuficientes dimensiones de los apartaderos o en la construcción de centros logísticos. Estas infraestructuras son foco de tensión entre administraciones y en ocasiones se hallan “desconectados entre sí y respecto a otros modos de transporte”¹⁹, afectando de manera clara al desarrollo de la intermodalidad²⁰.

¹⁶ Informe de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 8 mayo de 2013, sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España, pp. 91-92.

¹⁷ Dirección General de Transportes por Carretera, op.cit, p. 66.

¹⁸ Constitución Española, op.cit.

¹⁹ Alonso Timón, A. J. (2012), op. cit, p. 127.

²⁰ Id.

No obstante, la obra del Corredor Mediterráneo representa el mayor caso de desconexión entre intereses autonómicos y estatales en el sector ferroviario del transporte de mercancías. Esta infraestructura, perteneciente a la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías (en adelante RTTFM), combina vías de ancho UIC²¹ e ibérico, y servicios de transporte de mercancías y viajeros. Con su finalización, se aseguraría una entrada exitosa de nuestra red ferroviaria en Europa en ambos sectores, al tiempo que se respetaría la idiosincrasia de la mayor parte de la red ferroviaria nacional. Sin embargo, las reivindicaciones de los gobiernos autonómicos por los que transcurre el corredor no han sido atendidas siempre con el mayor de los intereses por el Gobierno central, relegando al 2025 la finalización del proyecto.

Por su parte, los centros logísticos deben ser instalaciones correctamente localizadas para que se aseguren altos niveles de conectividad con la red ferroviaria, y con un buen diseño y equipamiento que repercutan en su eficiencia. Los inadecuados niveles de intermodalidad de nuestra red ferroviaria de mercancías traen causa de las políticas que han venido favoreciendo al entonces operador único, RENFE. Así lo confirmó el Ministerio de Fomento en el *informe de la Comisión técnico-científica para el estudio de las mejoras en el sector ferroviario* de 2014 recordando la necesidad de “fomentar la competencia intermodal (carretera/ferrocarril, transporte marítimo nacional/ferrocarril) y no sólo intramodal”²².

La coincidencia temporal de su apertura a la competencia y el estallido y auge de la crisis financiera internacional de 2008 ha sido otro de los grandes retos que ha afrontado el sector. La propia CNMC advirtió de una caída en los niveles toneladas netas y de toneladas por kilómetro netas transportadas desde 2007 hasta 2009, si bien apuntando que esta tendencia empezó a revertir desde ese último año. Esta dinámica, que afectó tanto al sector internacional de transporte ferroviario de mercancías como al nacional, tuvo un mayor impacto en las posibilidades de crecimiento y recuperación de este último²³. A pesar de esta circunstancia recogida por la CNMC, los datos indican que la crisis no fue óbice para que el transporte ferroviario de mercancías iniciase el camino hacia la recuperación de sus niveles de actividad previos a la crisis en menos de dos años.

²¹ Saura Serrat, J., “Nueva red ferroviaria del corredor mediterráneo”, *Revista Vía Libre Técnica-investigación ferroviaria*, n. 6, 2013, p. 84.

²² Informe de la Comisión técnico-científica para el estudio de las mejoras en el sector ferroviario, *Centro Virtual de Publicaciones del Ministerio de Fomento*, 2014, p. 25.

²³ Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 21 de diciembre de 2016, sobre la supervisión del mercado de transporte ferroviario de mercancías, p. 15.

Esta pronta recuperación desvirtúa la relación entre la deficiencia crónica del sector y la tardía incorporación de España al proceso de industrialización que otros EM habían culminado años atrás. Las históricas reivindicaciones que ligaban la deficiente explotación del servicio con los bajos niveles de industrialización de nuestro país, eran incongruentes dada la rápida recuperación de su antigua cuota modal. Asumiendo como válida la teoría del bajo rendimiento industrial como problema clave, solo una suerte de proceso reindustrializador en España habría podido derivar en esa recuperación de cuota para el sector. No obstante, la realidad demostró que no fue la industria, entonces en franco declive, sino el cambio del modelo productivo liderado por el aumento de las exportaciones, lo que invirtió la tendencia negativa en el sector.

A la vista del evidente pero limitado impacto que la recesión económica de 2008 tuvo en el sector, podemos afirmar que una de sus grandes características y deficiencias es el papel desempeñado por Renfe-Operadora. El monopolio que mantuvo durante años sobre la explotación del servicio y la gestión de sus infraestructuras ha generado desequilibrios que han mermado las posibilidades de éxito del proceso. A la limitación física de infraestructuras derivada del ancho mayoritario del material rodante de la entidad, se debe añadir su política mercantil con la apertura del mercado, que condicionó el inicio de la liberalización del sector. Prueba de ello son los acuerdos firmados en 2005 por RENFE-Operadora, Acciona y el Puerto de Barcelona²⁴ para la creación y constitución de una sociedad de tráfico ferroviario de mercancías.

Esta misma estructura societaria se reprodujo en el acuerdo de 2007 entre Renfe-Operadora con Continental Rail, S.A., filial del grupo de construcciones ACS, para la creación de una sociedad participada por ambos, pero que explotaría un tramo de red diferente. Si bien en estos casos la mayoría del capital social de estas sociedades era de titularidad privada, lo cierto es que las grandes compañías españolas evitaron la competencia directa con el antiguo operador único en los primeros compases de la liberalización, y optaron por firmar acuerdos con este para explotar los servicios conjuntamente. Con todo, es justo mencionar que a finales de 2008 se produjo la llegada del operador británico EURO CARGO RAIL que optó por competir con Renfe-Operadora en el sector. Desde entonces, cerca de 30 empresas ferroviarias con licencia han quedado inscritas en el Registro Especial Ferroviario, según los datos de la Dirección General de Negocios y Operaciones Comerciales de ADIF hasta diciembre de 2021.

²⁴ Alonso Timón, A. J., (2012), op.cit, p. 121.

Este aumento de candidatos y su efectiva entrada al sector, trae consigo un dato esperanzador asociado a la cuota de estos nuevos operadores. El resultado hasta la fecha del proceso nos deja una cuota de mercado mayoritaria pero menguante por parte del antiguo operador único frente al resto de sociedades competidoras, con un 59%²⁵ de la misma el pasado ejercicio 2021, frente al 62% del anterior 2020.

Este último apunte refleja las grandes dificultades afrontadas y pendientes de afrontar por este sector y su proceso de liberalización, hasta que se alcance la efectiva competencia eliminando las trabas que benefician al operador nacional.

2.2 Objetivos de la liberalización: el aumento de la cuota de mercado para alcanzar los niveles europeos y el respeto a la cuestión medioambiental.

El sector ferroviario, al igual que las telecomunicaciones o el transporte aéreo, se considera un elemento estratégico en cualquier economía desarrollada. En vista de su relevancia, algunos Estados como España intervinieron el mercado para explotar el servicio en régimen de monopolio durante parte del siglo XX. Con el auge de las ideas neoliberales se favorecieron políticas de apertura a la competencia en estos servicios económicos, motivadas por la búsqueda de una mejor experiencia para el usuario. Mientras las entidades del sector público institucional del Estado entre las que se encuentran RENFE-Operadora como entidad pública empresarial (en adelante EPE) o Renfe-Mercancías como sociedad mercantil estatal, fían su viabilidad y supervivencia a las dotaciones contempladas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, las compañías privadas no gozan de tal anacrónico privilegio. Esta lógica en la financiación de las entidades públicas parece incompatible con la optimización de los recursos que propugna la libre competencia. Sin embargo, la exposición de motivos de la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario afirmó que su aprobación tenía como objetivo abrir “a la competencia la prestación del servicio de transporte de mercancías por ferrocarril”²⁶, sometiendo así a todos los operadores, públicos y privados, a sus preceptos.

Más allá de su aplicación general, la liberalización del transporte ferroviario de mercancías tiene un efecto indirecto en la dinamización de la economía. Sus usuarios, de toda clase y dimensiones, buscan un servicio eficaz y bien conectado que les permita agilizar sus

²⁵ ADIF: Dirección general de negocio y operaciones comerciales, (2021): Resumen licencias empresas ferroviarias y habilitaciones para adjudicación de capacidad. Obtenido el 11/02/2022 de <https://www.adif.es/productos-servicios/operadores/resumen-liberalizacion-del-sector-ferroviario> , p. 6.

²⁶ Ley 39/2003, del Sector Ferroviario, *op. cit.*

operaciones comerciales. No obstante, el tren ha perdido posiciones y cuota frente a los grandes medios alternativos de transporte de mercancías. Los datos más recientes, aportados en la octava edición del *Informe Anual de 2019 del Observatorio del transporte y la logística en España*, afirmaban que el transporte por carretera era el preferido por los usuarios con un 95%²⁷ de cuota modal por toneladas, relegando a sus competidores a posiciones claramente secundarias y residuales. Es más, el análisis del 5% restante sitúa al transporte marítimo en la segunda posición con un 3% de cuota modal por toneladas, completando el pódium el ferrocarril con un pírrico 1%.

En un escenario tan monopolizado por la carretera, cabe preguntarse si este esquema aplica en el resto de EM, o si únicamente afecta a España. La CNC defendía que el papel menor del ferrocarril como medio de transporte de mercancías “no es un fenómeno exclusivo de España, aunque sí su intensidad”²⁸. Tomando como referencia el año 2010, el informe de la CNC demuestra que entre los Estados líderes de la UE, solo Francia y España se mostraron incapaces de estabilizar o revertir la caída de la cuota. En Alemania, el peso del transporte ferroviario de mercancías aumentó incluso en época de crisis, e Italia pudo detener la caída del porcentaje de cuota de mercado. Al mismo tiempo, España y Francia sufrieron bajadas de medio punto y dos puntos y medio porcentuales en su cuota, respectivamente. Sin embargo, el valor de las mercancías transportadas en Francia en 2010 tras la reducción de cuota triplicaba el español, confirmando así la pérdida de importancia del sector en España.

En vista de esta situación, los avances legislativos comunitarios y nacionales han buscado recuperar parte de esa cuota pérdida, si bien es cierto que desde instituciones como la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (en adelante CEOE), se ha defendido que la relación entre servicios que compiten debe afrontarse desde la colaboración intermodal²⁹. Su propuesta reconoce la desventaja española frente a gran parte del resto de EM en la cuestión del ancho de vía, si bien no aboga por la puesta en marcha de un programa de modernización de la red ferroviaria nacional. Esta solución, que sin duda tendría efectos positivos sobre el sector no debe asumirse como la panacea que solventa las deficiencias y desequilibrios existentes.

²⁷ Informe anual del Observatorio del transporte y la logística en España de enero de 2020, del año 2019, p. 35.

²⁸ Informe de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 8 mayo de 2013, *op. cit.*, p. 94.

²⁹ Informe de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) de junio de 2014, sobre la liberalización del sector ferroviario, p. 3.

Por un lado, inversiones de la magnitud que este proyecto requeriría podrían generar amplio rechazo en parte de la sociedad, lo que cronificaría el problema de la falta de voluntad política para enfrentar los desafíos del sector. Por otra parte, la construcción de nuevas vías de ancho métrico internacional retrasaría las inversiones en materia de intermodalidad que podrían resultar más interesantes desde el punto de vista comercial para nuestro país a corto plazo. Como bien recoge la CEOE, enfocar la estrategia para la recuperación de la cuota modal del ferrocarril desde la confrontación con el transporte por carretera resultaría del todo inoperante dada la situación de dominio que presenta este último. En un escenario de competición directa por la recuperación de la cuota, se abandonarían la búsqueda de nuevos segmentos en los que las características del tren pudieran resultar más atractivas para el usuario que otros medios alternativos.

En esta línea de búsqueda de nuevas oportunidades para el sector, la cuestión medioambiental se ha convertido en un eje fundamental para su desarrollo. Las primeras referencias al medio ambiente las encontramos en las directivas 2001/14/CE y 2001/16/CE, pertenecientes al Primer Paquete Ferroviario. Si bien ambas introdujeron el medio ambiente como parámetro al que atender en el desarrollo de la legislación para la liberalización ferroviaria, la noción de la primera se aleja bastante de la idea propugnada a nivel social y técnico-legislativo. Como primera novedad, la Directiva 2001/14/CE introdujo en su artículo décimo un procedimiento para la compensación por los costes medioambientales derivados de accidentes. Este mecanismo otorgaba a los EM la posibilidad de implantar un sistema transitorio que repercutiera en los operadores “los costes medioambientales, de accidentes y de infraestructura que no paguen los modos de transporte competidores”³⁰. Mediante esta consideración se introduce un nuevo elemento para el cálculo de los cánones que los nuevos operadores habrían de afrontar con su entrada al mercado en cualquier EM.

En un sentido completamente distinto, la Directiva 2001/16/CE recogía en su Anexo III como requisito esencial para la constitución del sistema ferroviario transeuropeo convencional europeo la protección del medio ambiente³¹. Esta segunda mención ampliaba el margen por responsabilidades, trasladando la carga de respeto tanto a los operadores, como al administrador de infraestructuras. Se impusieron obligaciones en materia acústica, de cuidado del suelo,

³⁰ 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 (DOUE de 15 de marzo de 2001).

³¹ Directiva 2001/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario europeo convencional (DOUE de 20 de abril de 2001).

gestión de incendios, o control de gases y humos. Como se ha comentado, esta redacción hacía descansar la responsabilidad ambiental no solo en los operadores sino en la figura del administrador y presentaba por primera vez al ferrocarril como un medio más respetuoso con el medio ambiente que sus competidores directos.

Estas obligaciones tuvieron su acogida en el procedimiento reglado del artículo 5 de la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario para la planificación de las infraestructuras ferroviarias integrantes de la Red Ferroviaria de Interés General (en adelante RFIG). En el texto quedaban comprendidas tanto la planificación de infraestructuras, como el establecimiento y modificación de cualquiera de las líneas de la RFIG. Para cualquiera de estos supuestos, era obligatoria la presentación de un estudio informativo aprobado de forma individualizada por los Ministerios de Fomento y Medio Ambiente. El estudio era enviado a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectadas por el proyecto, con el fin de que manifestaran su posición en un plazo de un mes, estableciéndose un silencio positivo en caso de no pronunciamiento en el plazo indicado. El contenido del texto había de recoger el “impacto ambiental de las opciones planteadas”³² y constituía “el documento básico a efectos de la correspondiente evaluación ambiental prevista en la legislación ambiental”³³.

Este enfoque ambiental tradicional que condicionaba el desarrollo del sector está siendo sobrepasado por planteamientos más actuales, que pueden situarlo en una posición ventajosa. Los Objetivos del Desarrollo Sostenible (en adelante ODS) aprobados en septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas constituyen el mayor compromiso político jamás adoptado para luchar contra los problemas medioambientales.

Entre ellos encontramos los objetivos séptimo y decimotercero, que hacen hincapié en las cuestiones climáticas y en la reducción de los gases nocivos para el entorno. Ante este nuevo escenario, el ferrocarril se postula como un medio de transporte con una menor capacidad de emisión de CO₂ en comparación con el transporte vía carretera y aérea³⁴, por lo que debe adquirir un papel protagonista en esta etapa de transición energética y lucha contra la emergencia climática. En vista de esta ventaja, ADIF y su homólogo sobre las infraestructuras de alta velocidad, ADIF Alta Velocidad (en adelante ADIF AV) aprobaron el *Plan director de lucha contra el Cambio Climático 2018-2030*.

³² Ley 39/2003, del Sector Ferroviario, *op. cit.*

³³ *Ibid.*

³⁴ Ministerio de Fomento, “Hacia un tren más sostenible”, *Revista del Ministerio de Fomento*, n. 687, 2018, p. 48.

El hecho de que este el plan fuera consensuado únicamente con el antiguo operador nacional evidencia otra anomalía de un sector que se presupone abierto a la competencia, y que debe operar sin sesgo alguno. Más allá de la justa crítica que esta decisión merece, no debe minusvalorarse la oportunidad que la aprobación del plan puede representar para el sector. Junto a estas medidas, se ha de ponderar el impacto que los fondos europeos *Next Generation* puedan tener en el desarrollo del servicio. En el caso español, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (en adelante MITMA) ha anunciado la puesta en marcha del llamado plan *Mercancías 30*, que será objeto de análisis en punto 2.4. Su objetivo, en pocas palabras, pasa por elevar la cuota modal del servicio al 10% a través de inversiones en aquellos elementos que han lastrado históricamente el desarrollo del transporte ferroviario de mercancías.

En conclusión, y obviando que la apertura al mercado del servicio tiene como objetivo la mejora de la experiencia para el usuario³⁵, es evidente que persisten obstáculos para el desarrollo del proceso. De un lado, la lucha por la recuperación de una cuota modal aceptable que amortigüe el impacto que el auge del transporte de mercancías por carretera está teniendo sobre el ferroviario. Y de otro, la aplicación de políticas públicas de reducción de las emisiones de CO2 para cumplir con los compromisos nacionales e internacionales adquiridos, que permitan presentar al tren como el nuevo medio comercial de referencia.

2.3 El desarrollo del proceso de liberalización: la legislación comunitaria y su transposición al ordenamiento jurídico patrio.

Como se ha avanzado, el Tratado de Lisboa definió en su apartado *Categorías y ámbitos de competencia de la Unión* la competencia en materia de transportes entre la UE y los EM como compartida³⁶. Esta definición refleja una configuración en apariencia equitativa, que otorga la competencia regulatoria al legislador nacional siempre que la UE no la hubiera ejercido previamente, como ha venido sucediendo. Tanto es así, que las primeras normas aprobadas en materia de liberalización ferroviaria fueron las directivas 91/440/CE, 95/18/CE y 95/19/CE, que marcaron las líneas rectoras de todo el proceso de liberalización y el diseño del primer y segundo Paquete Ferroviario.

³⁵ Acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 25 de junio de 2019, por el que se emite informe relativo a las propuestas de ADIF y ADIF Alta Velocidad sobre la modificación de la Declaración sobre la Red de 2019, p. 15.

³⁶ Tratado de Lisboa por el que se modifica el tratado de la Unión Europea y el tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE de 17 de diciembre de 2007).

El primero, compuesto por las Directivas 2001/12/CE, 2001/13/CE, 2001/14/CE y 2001/16/CE tuvo un fuerte impacto en el sector de las mercancías. La Directiva 2001/12/CE modificó la Directiva 91/440/CE, si bien siguió apostando por la separación orgánica entre gestión, construcción y mantenimiento de las infraestructuras, por un lado, y su explotación por otro. Asimismo, potenció la liberalización del sector ferroviario de transporte internacional de mercancías, a través de la incorporación de dos fechas límite para la apertura al mercado de la RTTFM y para la Red Ferroviaria Europea³⁷. En esta última puntualización se aprecia el esfuerzo del legislador europeo por agilizar el proceso liberalizador, si bien sendas fechas sufrieron modificaciones. La Directiva 2001/13/CE por su parte, partió de lo dispuesto en la 95/18/CE y actualizó el procedimiento para la concesión de licencias al tiempo que elevó los estándares de seguridad requeridos, con el objetivo de que el usuario³⁸ pudiera beneficiarse de la entrada de nuevos operadores. Del mismo modo la Directiva 2001/14/CE otorgó nuevas competencias a la figura del administrador de infraestructuras que la Directiva 95/19/CE contemplaba. Con esta modificación, el administrador sería competente para la fijación de los cánones ferroviarios y la adjudicación de capacidad de infraestructura, si bien se le exigiría que actuara con independencia respecto de los operadores ferroviarios. Por último, la Directiva 2001/16/CE trató aquellas cuestiones que mermaban la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo, y calificó a la seguridad ferroviaria como elemento imprescindible para la culminación del proceso.

Previa a la aprobación del Segundo Paquete Ferroviario, el legislador español optó por la transposición de las directivas del Primer Paquete mediante la aprobación de la Ley 39/2003 del sector ferroviario. No obstante, es preciso hacer un repaso del resto de normas domésticas de interés sobre la materia, antes de proceder al análisis detallado de la ley.

Desde la LOTT de 1987, las normas que regularon el sistema ferroviario español y el sector de las mercancías fueron escasas y limitadas en su alcance. Mencionaré sucintamente la Ley 66/1997 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social y el Real Decreto Ley 2111/1998, por el que se regula el acceso a las infraestructuras ferroviarias. El variopinto contenido de la primera de estas normas nos interesa en tanto que en ella se introdujo una regulación breve, pero de contenido legal del canon ferroviario, al tiempo que “se dejaba la puerta abierta a la ordenación de las directrices necesarias para adecuar, por vía reglamentaria,

³⁷ 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 comunitarios (DOUE de 15 de marzo de 2001).

³⁸ Olmedo Gaya, A., op. cit, p. 465.

nuestro sistema ferroviario al Derecho comunitario”³⁹. El resultado de esta habilitación fue el Real Decreto Ley 2111/1998 que reguló expresamente algunas de las cuestiones recogidas en las tres directivas previas a los paquetes. En este se estableció la indisolubilidad entre el acceso a la red ferroviaria y la apertura efectiva del mercado a la competencia, reconociendo la necesidad de “diseñar previamente mecanismos estables que permitiesen, en condiciones de igualdad, objetividad y transparencia, acceder al elemento físico, que sirve de sustento material para la realización de estas actividades”⁴⁰. Del mismo modo, el Real Decreto Ley 2111/1998 profundizó en la figura de la licencia como título otorgado por la administración competente por el que se reconoce a una empresa como operador ferroviario al tiempo que le autoriza para prestar sus servicios en el sector. Además, en su Capítulo III⁴¹ se diseñó el primer procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura a los operadores, previa obtención de la licencia, recogiendo aquellos servicios que se podrían considerar como preferentes al momento de adjudicar la infraestructura. Por último, el Capítulo IV del Real Decreto dedicaba dos artículos a la figura del canon, cuyo análisis se realizará posteriormente.

Más allá de estas normas domésticas de carácter menor, fue la primera ley del sector aprobada a finales de 2003, la que recogió todo el esfuerzo legislativo realizado hasta la fecha. Con ella se diseñaba un sector acorde con las exigencias comunitarias y que defendía sin ambages la necesidad de un transporte ferroviario que operase en régimen de libre competencia. La Ley 39/2003 a través de la consagración del derecho de acceso a la red ferroviaria a los distintos operadores en su artículo 2 h), sirvió de base para la progresiva apertura del sector al mercado. Asimismo, la norma mantenía el espíritu encarnado por resoluciones administrativas anteriores como el informe de 1993 del entonces Tribunal de Defensa de la Competencia, titulado *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*. En el texto, la autoridad defendía que “la tesis del monopolio natural, que puede ser válida en materia de infraestructuras ferroviarias, no tiene por qué extenderse a la explotación o tráfico ferroviario”⁴², y así lo dispuso la ley con la novedosa reestructuración del sector. La gran modificación se recogió en la disposición adicional primera, en la que mediante aplicación de la sucesión de empresas contemplada en el artículo 44 del

³⁹ Rivas Castillo, M.I., “Regulación y régimen del sector ferroviario”, coordinador Ruiz Ojeda, A., *Derecho de la regulación económica: Transportes*, Iustel, Madrid, 2010, p. 440.

⁴⁰ *Ibid*, p. 441.

⁴¹ Real Decreto Ley 2111/1998, de 2 de octubre por el que se regula el acceso a las infraestructuras ferroviarias (BOE, 19 de octubre de 1998).

⁴² Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 1 de octubre de 1993, sobre remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios, p. 117.

Estatuto de los Trabajadores, el nuevo administrador ADIF se subrogaba en la posición del anterior Gestor de Infraestructura Ferroviarias (en adelante GIF). Como se ha adelantado, la figura del administrador que nació en nuestro ordenamiento a través del Real Decreto Ley 613/1997, de 25 de abril, por el que se aprueba el Estatuto del ente público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias, tiene su origen en el Derecho Comunitario. Por tanto, lo que se articula en esa disposición es el surgimiento de una nueva EPE con competencias reforzadas provenientes del derecho de la UE, frente a las ostentadas por el GIF, que quedaba suprimido.

La principal particularidad de ADIF era su potestad adjudicataria de las infraestructuras ferroviarias, evidenciando la necesidad de profundizar en la senda de la separación entre su gestión y explotación. Con este refuerzo competencial, y en aras de cumplir con la normativa comunitaria consagrada desde la Directiva 91/440 y con las conclusiones de las autoridades administrativas independientes nacionales, se produjo la segunda y definitiva reordenación del sector. La disposición adicional tercera creó una nueva EPE dentro del sector institucional del Estado encargada de la explotación de la red ferroviaria en régimen de competencia denominada RENFE-Operadora. Posteriormente, el Real Decreto Ley 22/2012, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios, abogó por la especialización del negocio mediante la previsión de una sociedad mercantil estatal dependiente de Renfe-Operadora que operara en el sector del transporte ferroviario de mercancías.

Los últimos aspectos reseñables de la Ley 39/2003 los encontramos en la fijación del calendario de apertura del mercado para el transporte internacional de mercancías y en la sustitución de la Red Nacional Integrada por la RFIG. Sobre sus infraestructuras, los artículos 53 y 54 de la ley otorgaban al Consejo de Ministros una serie de competencias sobre aquellos tramos comercialmente deficitarios. En estos supuestos, el Consejo podía declarar de interés público el tramo en cuestión, supeditando su explotación por un operador a la obtención previa de una autorización otorgada por el Ministerio de Fomento mediante concurso público. En caso de que ninguna empresa concurriera a la licitación del servicio, el propio Ministerio podría adjudicar su explotación como obligación de servicio público (en adelante OSP) a una empresa ferroviaria con medios suficientes y con servicios análogos en la misma zona geográfica. Por tanto, el legislador avanzaba en la liberalización del sector, al tiempo que retenía importantes competencias que aseguraban un servicio equitativo. Respecto al calendario de apertura, la disposición transitoria primera de la norma estableció que la prestación en régimen de libre competencia del servicio prestado en la RTTFM sería efectiva desde la entrada en vigor de la

norma. La propia ley situaría este hecho a los seis meses de su publicación en el BOE, si bien el Real Decreto-Ley 1/2004, por el que se aplaza la entrada en vigor de la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario, hizo lo propio determinando el 31 de diciembre de 2004 como fecha definitiva. Por su parte, los servicios que se prestasen en la RFIG se regirían conforme a la Ley 39/2003 antes del 1 de enero de 2006, si bien la fecha concreta de apertura del mercado sería determinada por el Gobierno. Este calendario, lejos de afectar exclusivamente al transporte internacional de mercancías, podría ser de aplicación al sector del transporte nacional tal y como dispuso la propia disposición.

A lo largo de este esfuerzo de transposición, la Comisión Europea presentó el Libro Blanco del Transporte, que condicionó la aprobación de tres nuevas directivas y un reglamento que conformaron el segundo de los Paquetes Ferroviarios. Las dos primeras directivas, 2004/49/CE y 2004/50/CE desarrollaron normas sobre interoperabilidad ferroviaria que afectaron tanto a la red ferroviaria convencional como de alta velocidad⁴³. La primera abogó por la homologación en materia de seguridad a través del reconocimiento de los certificados otorgados por cualquier Estado parte de la UE ante el resto de EM. Del mismo modo, en su artículo 16 se obligaba a los EM a la creación de una autoridad responsable en materia de seguridad, o bien a la integración de sus competencias en el Ministerio de Transportes⁴⁴. La Directiva 2004/50/CE modificaba la Directiva 96/48/CE que, si bien no se incluye en las grandes directivas iniciales fue clave para introducir una incipiente regulación sobre la interoperabilidad. La última directiva del Segundo Paquete, la 2004/51/CE, modificaba los plazos de apertura del mercado, determinando el inicio de 2006 como la fecha límite para la apertura de la RTTFM y el mismo día del año siguiente para la apertura del resto de la red⁴⁵. Culminaba este paquete el Reglamento 881/2004, por el que se creaba la AFE, que gozaba de una limitada capacidad de propuesta ante la Comisión Europea mientras se la consideraba una institución de peso en materia de seguridad. La falta de relevancia efectiva de la AFE ha sido una de las grandes reclamaciones de la liberalización, recientemente satisfecha con la aprobación del Reglamento 2016/796, que será analizado posteriormente.

⁴³ Olmedo Gaya, A., *op. cit.*, p. 468.

⁴⁴ Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios y por la que se modifican la Directiva 95/18/CE del Consejo sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias y la Directiva 2001/14/CE relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad (DOUE de 21 de junio de 2004).

⁴⁵ Directiva 2004/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitario (DOUE de 21 de junio de 2004).

2.4 Horizonte 2030 del sector ferroviario de mercancías.

La respuesta de las instituciones europeas a la crisis económica derivada de la emergencia sanitaria causada por el Covid19 se ha canalizado mediante la aprobación y puesta en funcionamiento de los llamados fondos europeos. Mediante estos instrumentos, la UE ha acelerado su esfuerzo de modernización de la economía de sus EM a través de inversiones en múltiples sectores que se han podido ver afectados por la crisis sanitaria. En lo que respecta al sector ferroviario de mercancías, y como se ha avanzado, el MITMA ha podido presupuestar el Plan Mercancías 30 tras la recepción de parte de estos fondos. Si bien este se compone de múltiples programas con propósitos y horizontes temporales independientes, su objetivo final no es otro que elevar la cuota modal del sector hasta el 10%⁴⁶. El ambicioso plan del Gobierno se basa en la digitalización del sector y en la inversión decidida para solventar los grandes desequilibrios del sector, expuestos en el apartado 2.1. De entre las medidas más relevantes destacan el aumento en las dimensiones de los apartaderos para que puedan ser utilizados por trenes de hasta 740 metros, la mejora de la conexión de las instalaciones portuarias con la RFIG, o la construcción y/o adaptación de las conexiones entre la red ferroviaria y los terminales privados. Mediante estos tres ejes, se busca incentivar la participación empresarial en el sector al tiempo que se apuesta por la intermodalidad marítimo-ferroviaria. En el segmento de ayudas estatales, el plan pone el foco en la compra de material rodante que representa una evidente barrera de entrada en el sector, así como en el pago del canon para explotar la RFIG. Como novedad y cumpliendo así con los ODS y el *Plan director de lucha contra el Cambio Climático 2018-2030*, se introducen los denominados eco-incentivos mediante los que se premia el mérito medioambiental de la actividad de los operadores⁴⁷.

La mayor dificultad que acompaña a este ambicioso programa es su ejecución efectiva. Si bien la adjudicación de inversiones es una realidad y así consta en el punto quinto del informe preparado por el MITMA, parece complejo que un programa de tal magnitud pueda ser acometido en los plazos que se detallan, que en ningún caso superan el año 2030. Es posible que las inversiones comiencen en los períodos delimitados, pero parece improbable que los resultados de muchos de los objetivos definidos sean tangibles en el corto y medio plazo. Sin embargo, y más allá de esta contingencia, es evidente que una buena ejecución del Plan Mercancías 30 supondría el mayor impulso experimentado en décadas por el sector.

⁴⁶ Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, “Mercancías 30: Documento de Trabajo”, 2021, p. 6.

⁴⁷ Ibid, p. 71.

3. LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR FERROVIARIO DE VIAJEROS

3.1 El Tercer Paquete Ferroviario y la Directiva 2012/34/UE.

Tras la efectiva apertura del servicio de transporte ferroviario de mercancías en 2007, el legislador europeo centró sus esfuerzos en la liberalización del sector ferroviario de transporte de viajeros. El resultado de esta nueva ola aperturista fueron las directivas 2007/58/CE y 2007/59/CE y el reglamento 1370/2007 que compusieron el Tercer Paquete Ferroviario. Como se indicó previamente, la primera de las directivas modificó las anteriores 91/440/CE y 2001/14/CE estableciendo el 1 de enero de 2010 como fecha límite para la liberalización del sector internacional de transporte de viajeros. De este modo, se habilitaba la apertura indirecta de los servicios nacionales de transporte de viajeros que “representan la práctica totalidad del mercado ferroviario de pasajeros (95%)”⁴⁸. Por su parte la 2007/59/CE avanzó en la búsqueda de la interoperabilidad del sistema ferroviario europeo mediante la regulación de la certificación del material rodante, así como de los maquinistas⁴⁹, exigiendo una licencia habilitante en todos los EM. Por último, el Reglamento 1370/2007 desarrolló una materia de extraordinaria sensibilidad como los derechos y obligaciones de los usuarios. La relevancia de la cuestión justificó el uso del reglamento frente a la directiva, evitando así una hipotética disparidad en la interpretación del texto en cada uno de los EM que pudiera desvirtuar su sentido. Tras la puesta en marcha de estas directivas y reglamento y hasta la aparición del Cuarto Paquete, las normas aprobadas en materia ferroviaria fueron escasas y de poco calado para el desarrollo del sector.

A lo largo de este período, que podría calificarse de baja actividad legislativa, la Directiva 2012/34/UE se consolidó como una importante excepción. Su mayor logro fue recalcar que el objetivo final del legislador comunitario no era otro que la creación de un espacio ferroviario europeo único en el sector. La directiva no solo enfatizó el papel del administrador, sino que apremió a los EM para que dotaran de auténtica independencia económica y política a la autoridad regulatoria nacional⁵⁰. Esta demanda surtió efecto en nuestro ordenamiento jurídico en la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Esta autoridad obtuvo finalmente las competencias de supervisión y control sobre el sector ferroviario tras la aprobación de la nueva ley sectorial en el año 2015.

⁴⁸ Olmedo Gaya, A., *op. cit.*, p. 471.

⁴⁹ Directiva 2007/59/CE, de 23 de octubre de 2007, sobre la certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes en el sistema ferroviario de la Comunidad (DOUE de 3 de diciembre de 2007).

⁵⁰ Memoria e Informe del Comité de Regulación Ferroviaria (CRF) de 14 de mayo de 2013, del sector ferroviario, p. 17.

3.2 La transposición definitiva en la Ley 38/2015 del Sector Ferroviario.

Tras la aprobación del Segundo y Tercer Paquete Ferroviario, y asumiendo las novedades introducidas en nuestro ordenamiento por la Directiva 2012/34/UE, el legislador español optó por blindar su contenido actualizado en la Ley 38/2015 del Sector Ferroviario. Esta norma que conllevó la derogación de la ley anterior del 2003 tenía como gran objetivo la “incorporación de los paquetes ferroviarios a la legislación española”⁵¹.

Si bien gran parte de los elementos fundamentales de esta ley estaban contenidos en su predecesora, es innegable que su aprobación puso el foco en la necesidad de que se acelerase y completase el proceso de liberalización del sector ferroviario mediante la apertura al mercado del servicio a los viajeros. Sin ánimo de ser exhaustivo, conviene analizar los aspectos más relevantes que se introdujeron con la aprobación de dicha ley.

En primer lugar, merece una valoración positiva que el legislador decidiera mantener en el punto sexto del artículo 4 de la Ley 38/2015, la obligación de colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de conexión de infraestructuras. De este modo se incidía en la importancia de la interoperabilidad como el segundo de los grandes elementos sobre los que se debe organizar el proceso europeo de liberalización, junto a la intermodalidad. Sin embargo, en la cuestión de la planificación, proyecto y construcción de infraestructuras ferroviarias de la RFIG se insiste en un modelo de excesiva burocratización. Si bien las inversiones en materia ferroviaria no son tan habituales, la abultada presencia de entes territoriales e institucionales en la toma de decisiones del proceso podría resultar contraproducente en momentos de auge industrial y/o turístico.

Por otra parte, la ley recoge la apuesta por el refuerzo competencial de la figura del administrador, blindando así su posición en el sector. En primer lugar, el artículo 20 señala la “tramitación de las solicitudes de capacidad de infraestructura ferroviaria”⁵² como el primero de los servicios que estas EPEs deben prestar a los operadores, reforzando su tan propugnada independencia. Del mismo modo, el legislador mantuvo en el artículo 23.1 g) su competencia para la elaboración, aprobación y publicación sobre la Declaración sobre la Red, como documento expositivo de la red abierta a explotación y de su capacidad y características.

⁵¹ Alonso Timón, A. J., “La liberalización del transporte ferroviario de personas”, *Revista de Administración Pública*, n. 210, 2019, p. 357.

⁵² Ley 38/2015 de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (BOE, 30 de septiembre de 2015).

Otro aspecto relevante de la norma es la redacción de su artículo 59, heredero de los 53 y 54 de la Ley 39/2003. La gran modificación atiende a la terminología empleada por el legislador español. Mientras que en 2003 se hablaba del interés público que algunos tramos de la RFIG podrían adquirir en base a una explotación deficitaria del servicio, en el 2015 se asume plenamente la terminología jurídica europea de las OSP. El origen del concepto se sitúa en el primer apartado del artículo 2 del Reglamento 1191/69 del Consejo en el que fueron definidas como "las obligaciones que, la empresa de transporte no asumiría o no lo haría en la misma medida ni en las mismas condiciones, si considerara su propio interés comercial"⁵³. Su incorporación al ordenamiento jurídico español no fue pacífica en tanto que esta figura fue creada al albor del concepto comunitario de los servicios económicos de interés general que, a su vez, confrontaban con la enraizada noción de los servicios públicos que existe en España.

La dificultad de encaje del término quedó reflejada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE) del 19 de diciembre de 2019 en el Asunto C-523/18 (Engie Cartagena). La discrepancia se basaba en la interpretación de las OSP del Ministerio para la Transición Ecológica y de algunas empresas del sector energético, obligadas al pago de unas cantidades en base a una supuesta OSP. El TJUE entendió que estas contribuciones no eran OSP en tanto que no se correspondían con una medida pública de intervención en el mercado que las empresas no hubieran aplicado siguiendo únicamente su interés comercial⁵⁴.

Por tanto, la Ley 38/2015 opta por el mantenimiento del régimen desarrollado en la norma sectorial del 2003, si bien introduce las modificaciones derivadas de la actualización del término, como la obligación compensatoria para las sociedades que asuman estas OSP. Así quedó reflejado en el artículo 59.2 de la norma, en el que introduce "las compensaciones que tengan derecho a percibir por la explotación de los servicios en las condiciones establecidas por las obligaciones de servicio público"⁵⁵ entre los derechos y obligaciones que conforman las autorizaciones por las que se conceden las OSP. Esta figura resultará de extraordinaria relevancia cuando se analice la liberalización de algunos servicios ferroviarios de transporte de viajeros de gran calado como los de cercanías o de media distancia.

⁵³ Reglamento 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativa a la obligación de los Estados Miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretea y por vía navegable (DOCE de 28 de junio de 1969).

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Asunto C-523/18, 19 de diciembre de 2019 [versión electrónica- base de datos Curia. Ref. C-523/18 - Engie Cartagena]. Fecha de la última consulta: 9 de marzo de 2022.

⁵⁵ Ley 38/2015, del Sector Ferroviario, *op. cit.*

La regulación de la cuestión de la seguridad será analizada posteriormente junto con la Directiva 2016/798 del Cuarto Paquete Ferroviario dada las modificaciones introducidas en la ley a causa de la transposición de dicha norma. Cabe mencionar simplemente el papel de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (en adelante AESF). Este organismo autónomo, creado en la Ley 28/2006 de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, se ha consolidado como la máxima autoridad en materia de seguridad en la RFIG. En lo que se refiere al régimen económico y sancionador, la ley no ha sufrido grandes modificaciones ya que la normativa de 2003 pudo recoger gran parte de las exigencias derivadas del derecho comunitario.

Para finalizar este análisis procede mencionar dos esfuerzos del legislador nacional para acomodar el sector para su liberalización. El primero se plasmó en la Disposición Adicional decimosexta que obligaba a la sociedad mercantil estatal dependiente de Renfe-Operadora encargada del alquiler del material, Renfe Alquiler de Material Ferroviario, a que facilitara en condiciones de igualdad y transparencia el acceso de los operadores al material ferroviario que esta arrendase. El segundo esfuerzo, apuntado previamente en el punto 3.1, quedó recogido en la Disposición Adicional primera mediante modificación del artículo 11 la Ley 3/2013, reguladora de las competencias de la CNMC. La nueva redacción otorgó a la autoridad administrativa independiente, la potestad supervisora y de control del sector ferroviario⁵⁶, abogando así por una competencia justa y alejada del poder político, tan vinculado a Renfe-Operadora.

3.3 El Cuarto Paquete Ferroviario como culminación normativa del proceso.

Tras la aprobación de las normas analizadas, y a medida que el mercado del transporte ferroviario de pasajeros evolucionaba de manera desigual en los EM, el legislador comunitario optó por impulsarlo mediante la aprobación del Cuarto Paquete Ferroviario. El objetivo principal de este compendio de normas fue la culminación del proceso de liberalización mediante la apertura del transporte nacional de viajeros a la competencia⁵⁷. Para ello se apostó por la redacción de dos bloques normativos que abordasen en primer lugar, los aspectos más políticos como las cuestiones relativas al administrador de infraestructuras, y en segundo, las necesidades más técnicas⁵⁸ del sector.

⁵⁶ Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE, 5 de junio de 2013).

⁵⁷ Olmedo Gaya, A., *op. cit.*, p. 478.

⁵⁸ Alonso Timón, A. J., (2019), *op. cit.*, p. 356.

3.3.1 *El Pilar de Gobernanza*

Compuesto por un reglamento y una directiva, abordó la cuestión de la regulación institucional del sector y la apertura del servicio nacional de transporte de viajeros a la competencia. El único reglamento del pilar de gobernanza o mercado⁵⁹ fue el 2016/2338 de modificación del Reglamento 1370/2007 cuyo objetivo fue la regulación de los métodos de intervención de los poderes públicos en los servicios ferroviarios que se consideraran de interés general. Mediante esta nueva regulación se actualizaron los procedimientos y criterios de control del mercado de acuerdo con el contexto de la liberalización en el que, por circunstancias ajenas al interés comercial, existen servicios que deben estar sujetos a OSP. El régimen establecido por el Reglamento 2016/2338 no será objeto de análisis en este apartado en tanto que se verá su aplicación en el punto 3.5 del presente capítulo. No obstante, y a pesar de la relevancia de esta cuestión, conviene destacar el avance que se produjo en materia laboral con la aprobación del reglamento. Concretamente, su considerando decimotercero estipulaba, que a los trabajadores involucrados en servicios sujetos OSP se les había de respetar los derechos laborales y sociales reconocidos tanto en la legislación del Estado en el que se adjudicase la OSP, en las normas comunitarias, así como en los convenios laborales que les fueran aplicables⁶⁰.

Por otra parte, la Directiva 2016/2370/UE modificó los aspectos más relevantes que introdujo la Directiva 2012/34/UE. Se reformó su artículo séptimo situando la independencia del administrador de infraestructuras como una pieza clave para el buen funcionamiento del sistema. Para ello, el legislador europeo introdujo una serie de cautelas ante el hipotético surgimiento de empresas integradas verticalmente como modelo de negocio en el que coexisten el administrador de infraestructuras y la empresa ferroviaria nacional⁶¹, siendo habitual que esta última viniera actuando en régimen de monopolio hasta la entrada en vigor de las normas comunitarias de apertura. Se opta por una separación que salvaguarde la independencia en la toma de decisiones del administrador, cuyas competencias deben respetarse. Esta doble separación institucional y contable, queda teóricamente representada en nuestro sistema ferroviario con la existencia ADIF y ADIF AV por un lado, y de Renfe-Operadora por otro.

⁵⁹ Estudio de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 1 de julio de 2019, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁰ Reglamento 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, que modifica el Reglamento (CE) n. o 1370/2007 en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril (DOUE de 23 de diciembre de 2016).

⁶¹ Hernández, J., “El cuarto paquete ferroviario de la Unión Europea y su impacto en España”, *Iuris&Lex*, n. 154, 2017, p. 98.

Además, esta directiva blindó temporalmente los contratos de servicio público mediante la modificación del artículo 11 de la Directiva 2012/34/UE. Bajo esta nueva regulación se otorgaba a los EM la posibilidad de indicar cambios en servicios de transporte nacional de viajeros, cuando estos comprometieran el equilibrio económico de un servicio sujeto a OSP. No obstante, esta posibilidad se limitaba a los procedimientos de modificación que se iniciasen antes del 16 de diciembre de 2018. El artículo 11 bis, igualmente modificado, también preveía esta posibilidad en caso de que fueran servicios de alta velocidad los que comprometieran la viabilidad de los servicios con OSP. Finalmente, la nueva redacción del artículo 11.5 habilitaba la limitación de acceso a las infraestructuras de tramos concretos para la prestación del servicio nacional de transporte de viajeros cuando: 1. se hubiera concedido un derecho exclusivo de explotación del tramo en conflicto mediante contrato de servicio público antes del 16 de junio de 2015 o 2. se hubiera otorgado a un operador un derecho mediante concurso público para explotar ese tramo en competencia con otro operador antes del 25 de diciembre de 2018. En caso de que alguno de estos supuestos tuviera lugar, y siempre que el operador no percibiera la compensación por su explotación, los EM podrían limitar el acceso a las infraestructuras hasta el 25 de diciembre de 2026⁶².

La mayor novedad de esta directiva fueron los puntos 6,7,8, y 11 de su artículo 1, que modificaban los artículos 10, 11, 11bis y 38 apartado 4 de la Directiva 2012/34/UE, respectivamente. Sin perjuicio de las limitaciones transitorias ya analizadas introducidas por los artículos 11 y 11 bis, el artículo 10 otorgaba a las empresas ferroviarias “el derecho de acceso a las infraestructuras ferroviarias de todos los EM para la explotación de servicios de transporte de viajeros por ferrocarril”⁶³. Por último, el modificado apartado 4 del artículo 38 incluía el deber de información de las empresas que quisieran solicitar capacidad de infraestructura para explotar un servicio de transporte de viajeros con al menos 18 meses de antelación a los administradores y reguladores. Tras estas modificaciones que dotaban al proceso de liberalización de la cobertura necesaria, el artículo 3 de la Directiva 2016/2370 determinó el 14 de diciembre de 2020 como fecha para su entrada en vigor⁶⁴, y por ende, para la liberalización del sector ferroviario de transporte nacional de viajeros.

⁶² Directiva 2016/2370 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, que modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias (DOUE de 23 de diciembre de 2016).

⁶³ Directiva 2016/2370., *op. cit.*

⁶⁴ *Ibid.*

3.3.2 El Pilar Técnico

El pilar técnico del Cuarto Paquete lo componen dos directivas y un reglamento. La primera de las Directivas fue la 2016/797/UE que modificó la 2008/57/CE, actualizando la regulación de la interoperabilidad sobre la que se había producido un desarrollo legislativo muy dispar entre EM⁶⁵. No obstante, es cierto que la interoperabilidad en el sistema ferroviario español de transporte de viajeros no representa un desafío tan grande dada la red de alta velocidad de que dispone nuestro país⁶⁶.

La Directiva 2016/798/UE ha sustituido toda la normativa existente en materia de seguridad ferroviaria derivada de la Directiva 2004/49/CE. En primer lugar, apostó por el refuerzo de la cooperación entre la AFE y las agencias nacionales en materia de seguridad en tanto que la liberalización va a permitir que el número de empresas ferroviarias y de viajeros aumente, y se debe asegurar su seguridad⁶⁷. En esta misma línea, el artículo 10 de la directiva otorgaba a la AFE la potestad para otorgar el denominado certificado de seguridad único que tiene como propósito “dejar constancia de que la empresa ferroviaria ha creado un sistema propio de gestión de la seguridad y que está en condiciones de operar de manera segura”⁶⁸. Con la apertura a la competencia de mercados tan diversos con empresas ferroviarias tan particulares, el certificado único representa un avance innovador y necesario. Por otra parte, esta directiva reguló los certificados de seguridad que afectan a los operadores, y las autorizaciones de seguridad, exigibles a los administradores ferroviarios⁶⁹.

La incidencia de esta directiva en los artículos relativos a la seguridad de la Ley 38/2015 fue notable, en tanto que conllevó la aprobación del Real Decreto Ley 23/2018 de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados. Mediante este instrumento se modificaron los artículos 64 y 65 de la ley del 2015, relativos a las normas de seguridad ferroviaria aplicables en la RFIG y a las competencias de la AESF, que se consolida como entidad otorgante de las licencias ferroviarias al tiempo que se le exige una mayor cooperación con la AFE en el artículo 65.6 de la ley.

⁶⁵ Olmedo Gaya, A., *op. cit.*, p. 479.

⁶⁶ Alonso Timón, A. J., (2019), *op. cit.*, p. 382.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 370.

⁶⁸ Directiva 2016/798 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, sobre la seguridad ferroviaria (DOUE de 26 de mayo de 2016).

⁶⁹ García de Fuentes, N.N., Peláez García, L., “El cuarto paquete ferroviario: pasos hacia la liberalización del sector”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 45, 2017, p.103.

La última pieza del pilar técnico del Cuarto Paquete la configura el Reglamento 2016/796 relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento 881/2004. Esta norma recogía la petición de mayor protagonismo que se venía exigiendo para la entidad desde la aprobación del Segundo Paquete. La respuesta se tradujo en un aumento de sus competencias reflejado en dos aspectos. En primer lugar, en su artículo 4 se aumentó el tipo de actos que podía llevar a cabo la AFE, de entre los que destacaba la facultad de “elaborar directrices y otros documentos no vinculantes que faciliten la aplicación de la legislación en materia de seguridad e interoperabilidad ferroviarias”⁷⁰. El segundo de los avances fue la creación de un sistema único de ventanilla, mediante el que gestionar cuantos trámites fueran precisos para operar en el sector⁷¹.

3.4 La adjudicación de las líneas de Alta Velocidad.

Se ha concluido que la Directiva 2016/2370 culminó el proceso de liberalización ferroviaria con la efectiva apertura a la competencia del servicio el día 14 de diciembre de 2020. No obstante, lo cierto es que los artículos que habilitaron esa posibilidad eran aplicables “a partir del 1 de enero de 2019 a tiempo para el horario de servicio que se inicie el 14 de diciembre de 2020”⁷². Consecuentemente, todo el proceso de adjudicación de capacidad ferroviaria debía de cumplir con unos requisitos temporales que no demorasen la aplicación de la normativa comunitaria. El primer paso que se dio fue la redacción por parte de ADIF y ADIF AV de la Declaración sobre la Red para el año 2019, en la que estaban contenidas aquellas infraestructuras a cuya explotación podrían optar las empresas ferroviarias, así como sus condiciones y requisitos exigibles para cada supuesto⁷³.

Esta primera versión fue modificada y presentada ante la CNMC el día 8 de octubre de 2018, que terminó por requerir la presentación de una nueva declaración antes del 25 de marzo de 2019, si bien este plazo fue prorrogado hasta el 15 de abril. La autoridad terminó pronunciándose el 25 de junio de 2019 en el *Acuerdo por el que se emite informe relativo a las propuestas de ADIF y ADIF AV sobre la modificación de la Declaración sobre la Red de 2019*.

⁷⁰ Reglamento 2016/796 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (CE) n. o 881/2004 (DOUE de 26 de mayo de 2016).

⁷¹ García de Fuentes, N.N., Peláez García, L., *op. cit.*, p. 103.

⁷² Directiva 2016/2370., *op. cit.*

⁷³ ADIF (2020): Declaración sobre la Red 2020, Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, p. 13.

Las grandes novedades que la actualización de la Declaración introdujo fueron positivamente valoradas por la autoridad regulatoria, dado que los administradores apostaban por una entrada de, al menos dos nuevos operadores en el panorama ferroviario nacional con una cuota de mercado relevante⁷⁴. En el texto se optaba por la creación de tres paquetes ferroviarios diseñados por ADIF AV que serían adjudicados a tres operadores ferroviarios que suscribirían un acuerdo marco de explotación del servicio durante 10 años⁷⁵.

La duración de estos acuerdos parece contravenir lo dispuesto en el artículo 38.5 de la ley del sector del 2015 en el que se limitaba a cinco años la duración máxima de estos acuerdos. No obstante, el propio artículo en su párrafo siguiente contemplaba la posibilidad de que estos pudieran llegar a los 15 años de duración máxima “para servicios que utilicen una infraestructura especializada que requiera inversiones de gran magnitud y a largo plazo”⁷⁶, tal y como argumentó ADIF AV. La segunda justificación a esta anomalía temporal la encontramos en la cuestión de la seguridad jurídica que España y su sector ferroviario deben garantizar a los nuevos operadores que entren a competir por primera vez en un mercado históricamente monopolístico⁷⁷. La última precisión respecto de los acuerdos marco diseñados por ADIF AV es su carácter no vinculante para los solicitantes de capacidad ferroviaria. Así lo recuerda la CNMC al confirmar que la estructura de las solicitudes de capacidad no es más que un criterio para priorizar candidaturas en caso de que existieran incompatibilidades entre las mismas⁷⁸.

La propuesta de ADIF AV prueba que la liberalización no es un alto en el camino sino la nueva realidad del sector ferroviario nacional. Partiendo de la necesidad de asegurar una entrada de competidores en el sector, el administrador presentó tres paquetes que representan la mayoría del tráfico ferroviario de viajeros. El primero cubre el servicio Madrid-Barcelona-Frontera francesa y Valencia-Barcelona, constituyendo el lote más lucrativo con el 65% de la red ferroviaria nacional. El segundo lo compone el corredor Madrid-Levante, de alto interés turístico dadas sus conexiones con ciudades como Valencia o Alicante. El último corredor conecta Madrid con Toledo y las ciudades andaluzas de mayor atractivo comercial como son Sevilla y Málaga, representando una oferta interesante para compañías de menor tamaño⁷⁹.

⁷⁴ Acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 25 de junio de 2019, *op. cit.*, p. 38.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 9.

⁷⁶ Ley 38/2015, del Sector Ferroviario, *op. cit.*

⁷⁷ Acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 25 de junio de 2019, *op. cit.*, p.10.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 14.

La CNMC estimó que la liberalización de los tres corredores con servicios de alta velocidad conllevaría un aumento de su capacidad de explotación que oscilaría entre el 50 y 150%, en función de cada uno de los tramos señalados. No obstante, y a pesar del acierto que representa este modelo de adjudicación, existe un aspecto sobre el primer corredor que debe exponerse y del que se ha hecho eco la propia autoridad regulatoria.

Se trata de la existencia de algunos tramos de este corredor que pueden ser explotados mediante material rodante de ancho variable. Actualmente, solo Renfe-Viajeros dispone de estos materiales dificultando así la entrada de nuevos operadores para la explotación del paquete más interesante de la liberalización⁸⁰. Con este dato podría afirmarse que el diseño de la Declaración sobre la Red favorece deliberadamente la posición del operador histórico, lo que evidenciaría el fracaso de las normas encaminadas a asegurar la separación entre administrador y operador público. Sin embargo, es comprensible que su adjudicataria sea Renfe-Viajeros al cotar con el material y experiencia necesarios para asegurar el correcto funcionamiento del servicio en este primer impulso de liberalización del sector.

Finalmente, la Declaración fue aprobada y el administrador recibió varias candidaturas hasta noviembre de 2019, cuando ADIF AV emitió la resolución pertinente. El primero de los paquetes se adjudicó, no sin polémica a Renfe-Viajeros, el segundo a la sociedad italiana ILSA, participada en un 55 y 45% por Air Nostrum y Trenitalia⁸¹, y el tercero a la sociedad francesa RIELSFERA, que terminaría cambiando su razón social a Ouigo en septiembre de 2020. Esta última sociedad, al igual que su homóloga italiana están participadas en buena medida por entidades públicas de sus respectivos países en materia ferroviaria, por lo que la presencia actual de Renfe-Viajeros en el mercado no debe representar una anomalía.

La firma de los acuerdos marco entre las tres sociedades y ADIF AV se produjo el 11 de mayo de 2020, certificando así la realidad de la apertura a la competencia. Un claro ejemplo de esta nueva dinámica ha sido la presentación por parte de los nuevos operadores de sus servicios de alta velocidad low-cost, que han forzado la creación y puesta en marcha por parte de Renfe-Viajeros de su propio servicio de bajo coste, AVLO⁸².

⁸⁰ Acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 25 de junio de 2019, *op. cit.*, p. 17.

⁸¹ Alonso Timón, A. J., (2019), *op. cit.*, p. 368.

⁸² Alonso, F., “Avlo-Ouigo: trenes de bajo coste, similares y diferentes a la vez”, *Transporte y Movilidad*, n. 96, 2021, p. 7.

3.5 La liberalización de los servicios sujetos a OSP.

Como se avanzó en el apartado 3.3.1 del presente trabajo, el Reglamento 2016/2370 contiene toda la normativa aplicable al proceso liberalizador de los servicios sometidos a OSP. Los preceptos de mayor relevancia describen tanto el calendario como el procedimiento por el que se ha de guiar este proceso. En primer lugar, el legislador europeo señala en el artículo 5.3 la necesidad de que no exista diferencia en el método de adjudicación de estos servicios, sino que se mantenga el “procedimiento de licitación competitiva”⁸³. Por otra parte, el sistema de plazos por el que se ha guiar se describe en los artículos 8.2 y 8.2 bis del Reglamento. El primero indica que esta licitación será obligatoria para los EM antes del 25 de diciembre de 2023, señalando de facto la fecha en la que estos servicios deben abrirse a la competencia. No obstante, el apartado 8.2 bis excluye del ámbito de aplicación del precepto anterior a aquellos servicios sujetos a OSP otorgados “desde el 24 de diciembre de 2017 hasta el 2 de diciembre de 2019”⁸⁴, a los que se les debe respetar su contrato anterior hasta su finalización.

El caso español es un claro ejemplo de la particularidad recogida en el artículo 8.2 bis dada la existencia de un contrato suscrito el 18 de diciembre de 2018 para la prestación de los servicios ferroviarios sometidos a OSP en el período 2018-2027⁸⁵ entre Renfe-Operadora y la Administración General del Estado (en adelante AGE). La fecha de celebración de este contrato ha posibilitado que pueda acogerse al régimen descrito, permitiendo así que Renfe-Viajeros mantenga el monopolio de la prestación de estos servicios. La calificación de algunos servicios como actividades sujetas a OSP, se ha producido en una serie de acuerdos del Consejo de Ministros entre los años 2010 y 2013. El primero de ellos tuvo lugar el 30 de diciembre de 2010 y declaró a los servicios de cercanías y de media distancia como sujetos a OSP⁸⁶. Lo mismo ocurrió el 28 de diciembre de 2012 con aquellos servicios de media distancia prestados sobre la red convencional, y el 5 de julio de 2013 con los que se desarrollaban sobre la red de altas prestaciones, también denominados AVANT, y sobre la red de ancho métrico⁸⁷.

⁸³ Reglamento 2016/2338, *op. cit.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 21 de julio de 2021, sobre la verificación de la obligación de separación contable de los servicios sujetos a obligaciones de servicio público por Renfe Viajeros, S.M.E., S.A., p. 1.

⁸⁶ Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 6 de septiembre de 2018, de supervisión del mercado de transporte de viajeros por ferrocarril sujetos a obligaciones de servicio público, p. 3.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 4.

La ejecución de este contrato acarrea una evidente demora en la liberalización de estos servicios que representan más del 60% de los trenes por kilómetro que circulan por la red ferroviaria nacional⁸⁸. Sin embargo, la cláusula tercera del contrato otorga a la AGE la potestad unilateral para su rescisión anticipada el 31 de diciembre de 2023 si quedara acreditado un incumplimiento de los estándares de eficiencia. En caso contrario el contrato se cumpliría íntegramente hasta su finalización programada para 2027, sin perjuicio de que la AGE prorrogase la adjudicación directa y sin licitación que se produjo a finales de 2018 por un período de 5 años. De este modo, la demora de la liberalización de los servicios sometidos a OSP podría prolongarse hasta finales del año 2033⁸⁹. Ante estos escenarios de excesiva procrastinación, la CNMC pudo pronunciarse en su *Estudio sobre la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril* recomendando a la AGE que no prorrogara el contrato de adjudicación directa de OSP con Renfe-Operadora en 2027⁹⁰.

Sin embargo, el contrato de prestación de servicios OSP esconde una realidad que debe ser analizada con detalle. La primera cuestión parte del escenario actual en el que la gran mayoría de los servicios de alta velocidad de España se prestan en vías por las que circulan servicios de ancho de vía variable y sometidos a OSP⁹¹. Esto no representaría un problema en tanto que gran parte de las infraestructuras ferroviarias españolas han estado infrautilizadas hasta la llegada de la liberalización. A pesar de este dato, la realidad es que la práctica totalidad de esos servicios coincidentes se producen en el paquete adjudicado a Renfe-Viajeros en el procedimiento de licitación de alta velocidad. Esto indica que Renfe-Viajeros partiría con una posición ventajosa en el procedimiento de licitación para la prestación de estos servicios dado material rodante que posee. La autoridad reguladora no se ha mostrado indolente ante esta posibilidad y ha recordado al administrador los poderes que el Reglamento 2016/545 sobre los procedimientos y criterios relativos a los acuerdos marco de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria le confirió para afrontar estas situaciones. Concretamente, la CNMC recordó a ADIF AV que dispone de la capacidad para coordinar la situación, pudiendo llegar incluso a modificar la capacidad marco adjudicada en un primer momento al operador⁹².

⁸⁸ Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 6 de septiembre de 2018, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁹ Alonso Timón, A. J., (2019), *op. cit.*, p. 354.

⁹⁰ Estudio de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 1 de julio de 2019, *op. cit.*, p. 89.

⁹¹ Acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 25 de junio de 2019, *op. cit.*, p. 12.

⁹² Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 6 de mayo de 2020, sobre la duración del acuerdo marco para la reserva de capacidad entre la entidad pública empresarial Adif Alta Velocidad y Renfe Viajeros, S.M.E., S.A., p. 14.

4. LOS EFECTOS DE LA LIBERALIZACIÓN

4.1 ¿Qué hemos obtenido de todo este proceso?

Los procesos de liberalización se han convertido en una constante a lo largo de las últimas décadas, en los que la UE⁹³ ha impulsado el establecimiento de un mercado abierto a la competencia y con un alto grado de interacción entre sus EM. El paso previo a la consecución de este modelo de mercado ha sido la reforma del entramado ferroviario integrado en el sector público institucional. A través del establecimiento de un mercado abierto y competitivo, que no debe confundirse con un proceso de privatización⁹⁴, el legislador comunitario y nacional han buscado beneficiar al usuario mediante un aumento en la oferta que repercuta directamente en la calidad del servicio y en su experiencia. Este proyecto ha coincidido con el auge de la cuestión medioambiental y su constante presencia en el planteamiento de las políticas ferroviarias europeas. Esta nueva tendencia ha trastocado el diseño del modelo productivo del futuro en el que, tanto el transporte ferroviario de mercancías como de pasajeros se postulan como posibles beneficiarios de este cambio político⁹⁵. Sin embargo, los resultados obtenidos han sido un fiel reflejo de las diferencias existente entre el sector del transporte de las mercancías y el de los viajeros, que han caracterizado tradicionalmente el sector.

4.1.1 *En el sector del transporte ferroviario de mercancías*

El análisis de los datos que se han obtenido hasta la fecha nos indica que los resultados del proceso de liberalización del sector del transporte ferroviario de mercancías han sido desiguales. Por un lado, su apertura al mercado poco pudo hacer frente a un transporte de mercancías por carretera mucho más consolidado desde el punto de vista empresarial y más flexible y atractivo para el particular. Por otra parte, la posición dominante de RENFE al inicio de la liberalización evitó la confrontación mercantil con los nuevos operadores, retrasando así el inicio de la competencia. La influencia de la crisis, si bien disminuida con los datos aportados de recuperación de la cuota modal, fue importante en la medida en que coincidió con los primeros años de liberalización efectiva del servicio.

⁹³ Fernández Farreres, G., “Servicio público y mercado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 53, 1998, p. 347.

⁹⁴ Saura Fructuoso, C., “Análisis general de las técnicas de intervención del Estado en la economía”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 14, 2015, p. 33.

⁹⁵ Comisión Europea, “Libro Blanco del Transporte: Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible”, 2011, p. 4.

La situación geográfica española ha representado un inconveniente más hasta la fecha. Por un lado, imposibilita que España sea un punto de paso indispensable en las rutas habituales del tráfico ferroviario internacional. Sin embargo, también nos permite aprovechar su componente marítimo como puerto estratégico desde el que apostar por la intermodalidad entre sectores. Este cúmulo de detalles y su gestión ha llevado al servicio a una situación de estancamiento acreditada por los datos de evolución de cuota o el número efectivo de operadores que explotan la red ferroviaria. Sin embargo, el Registro Especial Ferroviario de ADIF demuestra que existe un interés nacional y extranjero por explotar el mercado español a través de su red ferroviaria. Del mismo modo, y dadas las ventajas que presenta el ferrocarril desde el plano medioambiental, es posible que los programas derivados de la aplicación de los fondos europeos *Next Generation*⁹⁶ y la finalización de los proyectos de infraestructuras, favorezcan el renacer de un servicio que debe ocupar un lugar relevante en la escena económica presente y futura.

4.1.2 *En el sector del transporte ferroviario de viajeros*

Un análisis definitivo de los resultados del proceso liberalizador del transporte de viajeros resultaría prematuro dada la reciente culminación de este proyecto. Los datos nos indican que los principales corredores del sistema ferroviario español⁹⁷ se han adjudicado a una serie de empresas que no están participadas ni controladas por el sector público español, como ILSA y Ouigo. No obstante, la adjudicación del principal paquete de capacidad marco a Renfe-Viajeros y la existencia del contrato de adjudicación directa de OSP a Renfe-Operadora hasta 2027 indican que la culminación del proceso desde el punto de vista material se antoja lejana.

La gran ventaja del transporte de viajeros frente al de mercancías se basa en la interoperabilidad. Las inversiones en alta velocidad acometidas desde 1992 han dotado a España de una red de ancho UIC creciente⁹⁸ y atractiva para la inversión extranjera. Sin embargo, el operador Renfe-Viajeros mantiene un papel protagonista en la configuración del sistema ferroviario español, arrojando serias dudas sobre la eficacia del proceso de liberalización, que deben ser corregidas para preservar la seguridad jurídica y el interés comercial de otros EM en España.

⁹⁶ Alfaro, J., “Fondos europeos para construir la movilidad del futuro”, *Cinco Días*, 4 de julio de 2021.

⁹⁷ Acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 25 de junio de 2019, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁸ Informe anual de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 14 de enero de 2021, *op. cit.*, p. 70.

El objetivo final de este proceso no es la marginalización de Renfe-Viajeros, ya que nada impide que una entidad pública participe en igualdad de condiciones en el juego del libre mercado. El objetivo final pasa porque sea la libre y justa competencia la que determine sin dádivas y subterfugios, cuál es su sitio que le corresponde al operador nacional es este nuevo escenario de competencia.

4.2 ¿Qué debemos esperar?

Al extenso desarrollo legislativo que ha caracterizado estos años y que tiene como resultado la apertura a la competencia de un mercado tradicionalmente monopolístico, se ha unido el impulso presupuestario de la política económica keynesiana puesta en práctica por la UE a causa de la pandemia. En un escenario de entrada de cambio de régimen legal y de entrada de fondos europeos, podemos esperar avances en ambos sectores.

4.2.1 En el sector del transporte ferroviario de mercancías

La incompatibilidad de la red ferroviaria nacional con las de ancho UIC y la obsolescencia de sus infraestructuras han limitado las posibilidades del ferrocarril de mercancías. En este contexto es improbable que se experimente en el corto plazo un aumento en el tráfico internacional o en la entrada de operadores extranjeros a la RFIG.

A diferencia de otros sectores en los que no existe la misma limitación física para la apertura a la competencia como el aéreo, o en los que se ha apostado por la liberalización de la gestión de la infraestructura como en las telecomunicaciones, el sector ferroviario no cuenta con esas ventajas. El servicio de transporte de las mercancías no puede progresar mientras no cuente con infraestructuras eficientes desde el punto de vista de la intermodalidad⁹⁹ y de la realidad del material rodante actual.

Sin embargo, existen dos proyectos que pueden revertir la tendencia y relanzar el sector esta misma década. En primer lugar, es innegable que la iniciativa del Plan Mercancías 30 financiada por fondos *Next Generation* es una oportunidad sin precedentes. Es urgente que se acondicionen los centros logísticos y apartaderos de la red para que se ajusten a la longitud de los trenes de mercancías actuales, y aumentar así el volumen de mercancías transportadas.

⁹⁹ De la Cruz Ferrer, J., *Principios de la regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, p. 19.

Si bien las inversiones contempladas en el plan están adjudicadas, es posible que el proyecto se demore por la lenta y habitual ejecución de los fondos presupuestados. En caso de que los plazos descritos en el apartado 2.4 se cumplieran, la red ferroviaria nacional de mercancías avanzaría en su homologación europea.

Por último, y complementando este avance nacional en infraestructuras, la conclusión de las obras del Corredor Mediterráneo en el año 2025 contribuiría a solventar parte la deficiencia de conexión europea de la que adolece el sector. Además, su construcción evidencia una clara vocación costera, lo que invita a avanzar en intermodalidad recogiendo así las pretensiones de la CEOE¹⁰⁰ en cuanto a las posibilidades de colaboración marítimo-ferroviarias de España.

4.2.2 *En el sector del transporte ferroviario de viajeros*

En 2022 está prevista la entrada del operador al que se le fue adjudicado el tercero de los corredores ferroviarios ofertados por ADIF AV. Con la llegada de ILSA se abre una nueva etapa en la que Renfe-Viajeros tendrá que hacer frente a políticas de precios y servicios competitivos que modificarán el transporte ferroviario, salvaguardando los estándares de calidad¹⁰¹ que lo caracterizan. A pesar de esta apertura del mercado a la competencia, se ha comprobado que el operador nacional cuenta con una serie de privilegios que se han tratado de corregir a lo largo de todo el esfuerzo normativo.

Si bien la liberalización comporta necesariamente la pérdida de parte o de la totalidad de esas prerrogativas, es posible que Renfe-Operadora pueda seguir ejerciendo un claro dominio en el sector ferroviario nacional de transporte de viajeros. Ante la aplicación de políticas del operador nacional que pudieran afectar al desarrollo de la competencia, el papel que debe jugar la CNMC no es en absoluto desdeñable. La autoridad reguladora debe seguir apostando por la finalización del contrato de OSP entre la AGE y Renfe-Operadora y por el control del hipotético surgimiento de conductas comerciales que escondan un abuso de posición dominante. La importancia de esta institución debe aumentar a medida que se produzcan nuevas adjudicaciones y que la competencia entre en estadios más avanzados.

¹⁰⁰ Informe de la CEOE de junio de 2014, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰¹ Acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 25 de junio de 2019, *op. cit.*, p. 28.

En segundo lugar, la cuestión de las OSP y su necesaria integración en servicios de interés general como el ferroviario merecen una especial atención y respeto¹⁰². En 2023, y en su caso en 2027, veremos la evaluación que realice el administrador sobre la prestación de estos servicios por parte de Renfe-Operadora. Es razonable que los estándares de exigencia sean rigurosos sabiendo que existen competidores que podrían ser los adjudicatarios de futuros contratos de servicios con OSP. Sin embargo, es igualmente posible Renfe-Operadora continúe prestando estos servicios de forma exclusiva dada su ventaja comparativa en caso de que su adjudicación se sometiera a procedimiento público de licitación.

El último de los grandes retos que afrontará el sector será la liberalización de las nuevas líneas de Alta Velocidad cuya construcción se ha venido desarrollando a lo largo de estos años. Buen ejemplo de ello son las nuevas líneas que han permitido conectar Madrid con Galicia, y las provincias de esta comunidad entre sí a través del Eje Atlántico¹⁰³, u otras zonas del norte peninsular. Con estas nuevas conexiones se combate la desigualdad territorial de la que había avisado la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en su *Estudio sobre las infraestructuras del transporte* de 2019¹⁰⁴.

5. CONCLUSIONES

Con la aprobación y puesta en marcha del Cuarto Paquete Ferroviario culmina un costoso proceso de más de 30 años en el que se ha ido desmontando parte importante del sector institucional del Estado. Tras numerosas directivas, reglamentos y dos leyes del sector ferroviario con sus respectivas modificaciones, se puede afirmar que España dispone de los instrumentos suficientes para que sean otros los que asuman parte de la explotación de su transporte ferroviario. La aprobación de la Directiva 91/440 introdujo principios de separación contable y de autonomía de gestión que se antojaban imposibles en España dada la relación entre la entonces RENFE y el Estado¹⁰⁵. Los resultados del proceso de liberalización han sido la prueba de la disparidad existente en el funcionamiento de los servicios de transporte de mercancías y viajeros.

¹⁰² Muñoz Machado, S., “La actividad regulatoria de la Administración” en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 108.

¹⁰³ Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, “Puesta en servicio del tramo Pedralba de la Pradería-Ourense”, 2021, p. 2.

¹⁰⁴ Estudio de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) de julio de 2020, de *Infraestructuras de Transporte*, p. 9.

¹⁰⁵ López Garrido, D., “La liberalización del Transporte Ferroviario”, *Revista de Administración Pública*, n. 132, 1993, p. 426.

El primero ha cosechado un pobre resultado tras 15 años de apertura a la competencia, en los que los déficits en intermodalidad y sobre todo en interoperabilidad, han allanado el camino al transporte de mercancías por carretera. Con la entrada de políticas más respetuosas con la cuestión medioambiental y con la nueva financiación de los fondos europeos, es probable que el sector experimente un despertar que repercuta en su cuota modal de mercado. La liberalización del segundo no ha comenzado con la inmediatez que se desearía dada la complejidad física de la puesta en funcionamiento del material rodante. Sin embargo, la entrada efectiva del primero de los nuevos operadores en 2021 está mostrando los efectos positivos de este proyecto. Con la llegada del tercer operador en 2022 se espera un aumento en la competencia con un efecto directo en el coste del servicio, del que se beneficiará el usuario en última instancia. Objetivamente, el desarrollo del proceso de liberalización del sector ferroviario en España invita al optimismo, y a que otros sectores de la economía nacional sigan su camino.

6. BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Reglamento 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativa a la obligación de los Estados Miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretea y por vía navegable (DOCE de 28 de junio de 1969).

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 comunitarios (DOUE de 15 de marzo de 2001).

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 (DOUE de 15 de marzo de 2001).

Directiva 2001/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario europeo convencional (DOUE de 20 de abril de 2001).

Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios y por la que se modifican la Directiva 95/18/CE del Consejo sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias y la Directiva 2001/14/CE relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad (DOUE de 21 de junio de 2004).

Directiva 2004/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitario (DOUE de 21 de junio de 2004).

Directiva 2007/59/CE, de 23 de octubre de 2007, sobre la certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes en el sistema ferroviario de la Comunidad (DOUE de 3 de diciembre de 2007).

Tratado de Lisboa por el que se modifica el tratado de la Unión Europea y el tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE de 17 de diciembre de 2007).

Reglamento 2016/796 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (CE) n. o 881/2004 (DOUE de 26 de mayo de 2016).

Directiva 2016/798 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, sobre la seguridad ferroviaria (DOUE de 26 de mayo de 2016).

Reglamento 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, que modifica el Reglamento (CE) n. o 1370/2007 en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril (DOUE de 23 de diciembre de 2016).

Directiva 2016/2370 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, que modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias (DOUE de 23 de diciembre de 2016).

Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 6 de mayo de 2020, sobre la duración del acuerdo marco para la reserva de capacidad entre la entidad pública empresarial Adif Alta Velocidad y Renfe Viajeros, S.M.E., S.A.

Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 21 de julio de 2021, sobre la verificación de la obligación de separación contable de los servicios sujetos a obligaciones de servicio público por Renfe Viajeros, S.M.E., S.A.

Ley 83/1964, de 16 de diciembre, sobre el Plan Decenal de modernización de RENFE (BOE, 17 de diciembre de 1964).

Real Decreto Ley 2111/1998, de 2 de octubre por el que se regula el acceso a las infraestructuras ferroviarias (BOE, 19 de octubre de 1998).

Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario (BOE, 18 de noviembre 2003).

Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE, 5 de junio de 2013).

Ley 38/2015 de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (BOE, 30 de septiembre de 2015).

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Asunto C-523/18, 19 de diciembre de 2019 [versión electrónica- base de datos Curia. Ref. C-523/18 - Engie Cartagena].
Fecha de la última consulta: 9 de marzo de 2022.

OBRAS DOCTRINALES

Alonso, F. (2021). “Avlo-Ouigo: trenes de bajo coste, similares y diferentes a la vez”, *Transporte y Movilidad*, n. 96, pp. 6-8.

Alonso Timón, A. J. (2019). “La liberalización del transporte ferroviario de personas”, *Revista de Administración Pública*, n. 210, pp. 351-392.

Alonso Timón, A. J. (2012). “Medidas adoptadas en los últimos años para la introducción de la competencia en el transporte ferroviario de mercancías y efectos sobre el sector”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n. 65, pp. 119-132.

De la Cruz Ferrer, J. (2002). *Principios de la regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid.

Fernández Farreres, G. (1998). “Servicio público y mercado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 53, pp. 347-358.

García de Fuentes, N.N., Peláez García, L. (2017). “El cuarto paquete ferroviario: pasos hacia la liberalización del sector”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 45, pp.102-107.

Hayek, F. A. (2011). *Camino de servidumbre*. Madrid: Alianza Editorial

- Hernández, J. (2017). “El cuarto paquete ferroviario de la Unión Europea y su impacto en España”, *Iuris&Lex*, n. 154, pp. 98-99.
- Jordana de Pozas, L. (1951). “El problema de los fines de la actividad administrativa”, *Revista de administración pública*, n. 4, pp. 11-28.
- López Garrido, D. (1993). “La liberalización del Transporte Ferroviario”, *Revista de Administración Pública*, n. 132, pp. 417-444.
- Ministerio de Fomento. (2018). “Hacia un tren más sostenible”, *Revista del Ministerio de Fomento*, n. 687, pp. 46-55.
- Muñoz Machado, S. (2015). “La actividad regulatoria de la Administración” en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- Muñoz Rubio, M. (2016). “Renfe, 75 años de historia (1941-2016)”. Madrid: Fundación de los Ferrocarriles Españoles.
- Olmedo Gaya, A. (2017). “El proceso de liberalización gradual del transporte ferroviario en la Unión Europea”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 49-50, pp. 454-499.
- Pérez de Villareal González de Arrilucea, J. M. (1991). “La economía mundial en los años ochenta y la política económica de los noventa”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, n. 20, pp. 200-217.
- Rivas Castillo, M.I. (2010). “Regulación y régimen del sector ferroviario”, coordinador Ruiz Ojeda, A., *Derecho de la regulación económica: Transportes*, Iustel, Madrid, pp. 409-530.
- Saura Fructuoso, C. (2015). “Análisis general de las técnicas de intervención del Estado en la economía”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 14, pp. 27-43. Obtenido el 09/01/2022 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5277375>.

Saura Serrat, J. (2013). “Nueva red ferroviaria del corredor mediterráneo”, *Revista Vía Libre Técnica-investigación ferroviaria*, n. 6, p. 77-92.

RECURSOS DE INTERNET

ADIF (2020): Declaración sobre la Red 2020, Administrador de Infraestructuras Ferroviarias. Obtenido el 13/03/2022 de https://www.adif.es/documents/20124/2269149/Libro_DR_ADIF_VO_2020_VF_24_092020.pdf/6e84dfef-d6bf-8b94-3ce7-e25271f9ba18?t=1611217109143.

ADIF: Dirección general de negocio y operaciones comerciales, (2021): Resumen licencias empresas ferroviarias y habilitaciones para adjudicación de capacidad. Obtenido el 11/02/2022 de <https://www.adif.es/productos-servicios/operadores/resumen-liberalizacion-del-sector-ferroviario>.

Acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 25 de junio de 2019, por el que se emite informe relativo a las propuestas de ADIF y ADIF Alta Velocidad sobre la modificación de la Declaración sobre la Red de 2019.

Alfaro, J., “Fondos europeos para construir la movilidad del futuro”, *Cinco Días*, 4 de julio de 2021. Obtenido el 15/03/2022 de https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/07/02/opinion/1625233663_673804.html

Comisión Europea, “Libro Blanco del Transporte: Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible”, 2011.

Dirección General de Transportes por Carretera, “La política europea de transporte”, *Análisis, información y divulgación sobre la aportación del transporte por carretera a la intermodalidad*, Ministerio de Fomento, 2003, pp. 46-69. Obtenido el 01/02/2022 de https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/02_politica_europea_transportes.pdf.

Estudio de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) de julio de 2020, de Infraestructuras de Transporte.

Informe anual del Observatorio del transporte y la logística en España de enero de 2020, del año 2019.

Informe de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 8 mayo de 2013, sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España.

Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 21 de diciembre de 2016, sobre la supervisión del mercado de transporte ferroviario de mercancías.

Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 6 de septiembre de 2018, de supervisión del mercado de transporte de viajeros por ferrocarril sujetos a obligaciones de servicio público.

Informe anual de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 14 de enero de 2021, del sector ferroviario 2019.

Informe de la Comisión técnico-científica para el estudio de las mejoras en el sector ferroviario, *Centro Virtual de Publicaciones del Ministerio de Fomento*, 2014. Obtenido el 02/02/2022 de <https://www.mitma.gob.es/ferrocarriles/informe-de-la-comision-tecnico-cientifica-para-el-estudio-de-mejoras-en-el-sector-ferroviario>.

Informe de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) de junio de 2014, sobre la liberalización del sector ferroviario.

Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 1 de octubre de 1993, sobre remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios.

Memoria e Informe del Comité de Regulación Ferroviaria (CRF) de 14 de mayo de 2013, del sector ferroviario.

Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, “Mercancías 30: Documento de Trabajo”, 2021.

Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, “Puesta en servicio del tramo Pedralba de la Pradería-Ourense”, 2021.