



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

La gobernanza del transporte en España después de la liberalización: ¿a la búsqueda de un modelo único?

Transport governance in Spain after the liberalization: the search for a unitary model?

Jorge Agudo González

Resumo: o artigo trata do regime jurídico dos transportes na Espanha com especial destaque às consequências do movimento de liberalização. Parte-se de uma análise das competências estatais sobre a matéria de transporte. Em seguida, abordam-se os efeitos da liberalização da governança dos transportes em diversos setores (incluindo aeroportos e ferrovias) e, ao final, discute-se a questão da titularidade das infraestruturas de transportes e o tema da “despublicização”.

Palavras-chave: Espanha; transporte; desestatização; regulação.

Abstract: this article aims at presenting the legal regime of transportation means and infrastructure in Spain, mainly after destatization. First, it analyses the state competence distribution in the field of transport services. Following that, it points out the effects of liberalization for the transport governance in different sectors (including airports and railways) and, at the end, it brings a debate on the property of transport infrastructure and the “depublicization” of its domain.

Keywords: Spain; transport; destatization; regulation.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3n1p1-41>

Artigo submetido em: outubro de 2015 **Aprovado em:** outubro de 2015

LA GOBERNANZA DEL TRANSPORTE EN ESPAÑA DESPUÉS DE LA LIBERALIZACIÓN: ¿A LA BÚSQUEDA DE UN MODELO ÚNICO?¹

Jorge Agudo GONZÁLEZ*

Sumário: 1. Introducción; 2. ¿Ha tenido alguna incidencia la apertura de los mercados en los distintos sectores del transporte en el sistema de distribución de competencias?; 2.1. Breve exposición general acerca del régimen jurídico constitucional y estatutario de reparto competencial estado versus Comunidades Autónomas en materia de obras públicas vinculadas al transporte; 2.2. Tendencias descentralizadoras y cooperativas no necesariamente imputables al proceso de liberalización; 3. Efectos de la liberalización en la gobernanza de los sectores del transporte; 3.1. Estado de la cuestión del proceso liberalizador; 3.2. Consecuencias estructurales u organizativo-institucionales en los sectores liberalizados; 4. Público versus privado: titularidad de las infraestructuras y proceso despublificador; 5. Conclusiones.

1. Introducción

La respuesta al interrogante formulado en el título de este trabajo debe ser revelada de forma preliminar y taxativa: no se puede afirmar que el proceso de liberalización en el sector del transporte en España haya confluído en un modelo único de gobernanza. Es probable que lo razonable sea decir lo contrario, es decir, que la liberalización del transporte acuse una sectorialización importante. Esta afirmación, no obstante, merece varias matizaciones:

1ª. En línea con el enfoque sectorial recién anunciado, las soluciones organizativo-institucionales están condicionadas por las características del mercado en cada sector.

2ª. A pesar de que no pueda hablarse en propiedad de un único modelo de gobernanza, sí que pueden detectarse algunos elementos comunes y criterios compartidos que, de alguna manera, otorgan cierta unidad relativa dentro de la heterogeneidad. Podría hablarse de una aplicación sectorial adaptada de criterios generales compartidos con mayor o menor intensidad.

3ª. Con independencia del modelo asumido en cada sector, un dato determinante es que las soluciones estructurales y organizativas finalmente adoptadas son determinantes para lograr la consecución efectiva de los objetivos establecidos por el Derecho Europeo en términos de apertura de los mercados. Esta afirmación permite adelantar una conclusión general: más allá de declaraciones generales orientadas a la apertura de los mercados, lo que realmente condiciona lograr ese resultado es cómo se organiza la apertura y acceso al mercado y cómo se estructura institucionalmente el sector público. Vamos a tener ocasión de mostrar cómo ambos elementos generan algunas distorsiones importantes en su balance con los objetivos liberalizadores.

El resultado de este proceso es un panorama bastante complejo en términos estructurales e institucionales. A las soluciones organizativas adaptadas a cada sector, se ha de unir, en el caso de España, la complejidad adicional que aporta la distribución de competencias a nivel territorial. Desde esta perspectiva, nuestras reflexiones no van a abordar la estructuración de la Administración autonómica tras el proceso liberalizador en el sector del transporte, pero sí que han de afrontar algunos

¹ Proyecto de investigación "Eguaglianza nei diritti fondamentali nella crisi dello Stato e delle finanze pubbliche: una proposta per il nuovo modello di coesione sociale con specifico riguardo alla liberalizzazione e regolazione dei trasporti" (PRIN 2011), Ministero dell'Università, dell'Istruzione e della Ricerca del Gobierno de la República de Italia.

*Professor Titular de Direito administrativo da Universidade Autônoma de Madrid (UAM).

cambios que han tenido lugar en el reparto de competencias, aunque no siempre como consecuencia del proceso liberalizador. Por esta razón, tras una exposición general sobre el sistema de reparto de competencias Estado/Comunidades Autónomas, abordaremos algunas de esas tendencias que modulan o matizan el estado de la cuestión. Hecho ese repaso, en la segunda parte de este trabajo, afrontaremos, ahora ya sí, los efectos del proceso liberalizador tanto en la configuración del propio mercado, como en la organización administrativa del sector público.

2. ¿Ha tenido alguna incidencia la apertura de los mercados en los distintos sectores del transporte en el sistema de distribución de competencias?

2.1. Breve exposición general acerca del régimen jurídico constitucional y estatutario de reparto competencial Estado versus Comunidades Autónomas en materia de obras públicas vinculadas al transporte.

El sistema de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas (CCAA, en adelante) se concreta de forma general en el art. 148 y 149 de la Constitución, así como en los distintos Estatutos de Autonomía. Como sea que nuestro análisis asume un enfoque general, se nos permitirá hacer un planteamiento genérico de esta cuestión, sin entrar en los matices que puedan introducir los diferentes Estatutos. El análisis, por tanto, debe comenzar con una exposición de las competencias exclusivas que el art. 149.1 de la Constitución Española confiere al Estado. En el sector del transporte los títulos competenciales concernidos serían los establecidos en los siguientes apartados del citado precepto constitucional: 20.^a (...) “puertos de interés general; aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves”; 21.^a “Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma”; y 24.^a “Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma”.

Este examen no sería completo si, en segundo lugar, no se determinara el marco constitucional de competencias que pueden ser asumidas por las CCAA. El art. 148.1 de la Constitución establece las siguientes competencias que las CCAA podrían haber asumido en sus respectivos Estatutos en materias relacionadas con el sector del transporte: 4.^a “Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio”; 5.^a “Los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable”; 6.^a “Los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales”.

En este punto de la exposición debemos llamar la atención sobre algo evidente, pero importante: nos encontramos en un ámbito de compartición competencial, lo que significa que Estado y CCAA gozan de competencias en las mismas materias aunque con un objeto jurídico distinto, siendo clave en la aplicación del sistema la formulación de criterios claros de delimitación competencial, en la medida en que la superación de esos límites y, por ello, la interferencia en competencias ajenas, conlleva la invalidez de la actuación correspondiente.

2.1.1. Primera puntualización: la distinción entre las competencias en materia de transporte y las competencias en materia de infraestructuras.

El sector transporte no constituye en la Constitución Española una materia competencial unitaria y homogénea, sino que incorpora distintos títulos competenciales con elementos diferenciales. Para una composición general del reparto competencial Estado/CCAA, una primera consideración clave es la

distinción entre las competencias referidas a infraestructuras de transporte y las concernientes al transporte como actividad económica y de prestación de servicios. En definitiva, el reparto competencial no se puede formular a partir de la unidad infraestructura-transporte. Esto significa que es implícita al sistema de distribución de competencias la separación entre titularidad y administración de la infraestructura y gestión de las actividades que sobre ellas se llevan a cabo, incluida la prestación de servicios de transporte.

En este sentido, un aspecto que la jurisprudencia constitucional se ha encargado de reiterar a efectos de establecerla distribución de competencias en materias compartidas y con trascendencia territorial, es la necesidad de diferenciar entre las competencias que se ejercen sobre la obra pública y otras que se ostentan en relación con esa misma infraestructura, ya sea porque la misma se integra en un territorio determinado (con afecciones ambientales y territoriales), ya porque sobre ella se realizan actividades económicas que *a priorino* quedan limitadas por las competencias que ostenta la misma Administración titular de la infraestructura.

Esta doctrina ha sido ha sido ratificadapor la jurisprudencia constitucional en relación con las infraestructuras lineales (carreteras y ferrocarriles). A modo de generalización, simplificando mucho y sin perjuicio de las conclusiones que se alcanzarán más adelante, podría decirse que una cosa es que se ostenten competencias para promover y gestionar obras públicas vinculadas con el transporte, y otra bien distinta que sobre la infraestructura de titularidad ajena y, por ello, gestionada por otra entidad territorial, no se puedan realizar actividades de transporte controladas por otra Administración. Así pues, el transporte debe ser considerado como una materia con entidad propia (STC 40/1998) y, por tanto, diferenciable de la infraestructura en sí misma considerada (carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos) (STC 138/2010)².

La distinción entre titularidad de la infraestructura y otras competencias también se mantiene en relación con los puertos y aeropuertos, aunque con elementos diferenciales, en virtud de los matices que en ambos campos lleva a cabo en el art. 149.1.20 para concretar la atribución competencial. Bajo esta última afirmación subyace un criterio general asumido por el Tribunal Constitucional, en virtud del cual la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado, aun siendo de titularidad demanial del Estado (un puerto o un aeropuerto de interés general), no impide que se ejerzan otras competencias en ese mismo espacio³. No se puede ocultar que esta doctrina constitucional se ha mantenido para salvaguardar las competencias autonómicas en materia territorial y urbanística, pero

²En esta misma línea, el Tribunal ha afirmado, por ejemplo, que la competencia para la ordenación del transporte por carretera “no proviene de la titularidad demanial sobre la carretera, sino de un poder de intervención respecto de lo que la Ley califica de servicio público” (STC 53/1984) y que, al contrario, la competencia sobre el transporte por carretera tampoco atrae la relativa a la infraestructura, pues “se trata de funciones públicas diferenciadas, que también constituyen materias diversas a los efectos de la distribución de competencias”.

³ Así, lo ha reiterado el Tribunal Constitucional desde la STC 77/1984 (reiterada en las SSTC de 227/1988, 103/1989, 149/1991, 15/1998, 40/1998, 110/1998, 166/2000, 204/2002, 123/2003, 151/2003, etc.), afirmando que “la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio. Esa concurrencia es posible cuando recayendo sobre el mismo espacio físico las competencias concurrentes tienen distinto objeto jurídico, y que el ejercicio de las competencias autonómicas no interfieran o perturben el ejercicio de las estatales, por lo que, frecuentemente, resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las Administraciones públicas implicadas”. Concurrencia competencial que no se quiebra, insistimos, por el hecho de que se produzca en dominio público de titularidad estatal, pues como ha reiterado la jurisprudencia constitucional, no siendo la condición de dominio público un criterio utilizado para delimitar competencias, sino que sólo sirve para calificar una categoría de bienes, no puede suponer “aislar una porción de territorio de su entorno y considerarlo como una zona exenta de las competencias de los diversos entes públicos que las ostenten” [STC 77/1984 (FJ 3)].

tras ella se detecta el dualismo competencial diferenciador entre la obra pública/infraestructura, por un lado, y otras actividades o actuaciones que inciden o tienen lugar en aquellas, por otro.

Ahora bien, como señalaremos a continuación, ese dualismo no funciona abiertamente en materia de transporte marítimo y aéreo, por la sencilla razón de que las competencias autonómicas en materia de transporte marítimo y aéreo son relativamente limitadas. Por ejemplo, los puertos y aeropuertos de titularidad autonómica no pueden acoger actividad comercial (art. 148.1.6ª de la Constitución) y es evidente que esto limita el transporte marítimo y aéreo comercial a los puertos y aeropuertos de interés general del Estado (aunque, como veremos, la situación del transporte aéreo es matizable). En definitiva, en estos casos las competencias siguen estando “centralizadas” de forma determinante en la Administración central, lo que implica que la separación entre titularidad/ gestión de infraestructuras y gestión del transporte se mantiene, pero en manos de un extendido y heterogéneo sector público estatal.

2.1.2. Segunda puntualización: cánones constitucionales de distribución de competencias.

La distinción de las materias competencias “transporte” (en sus distintas manifestaciones) e “infraestructuras” no empece para admitir que los cánones constitucionales utilizados para determinar el reparto territorial de competencias se fundamente en criterios similares⁴. El Tribunal Constitucional ha reiterado que tales criterios son dos: la dimensión del interés general de la obra pública y el ya referido criterio territorial⁵.

Por lo que se refiere al primero, el concepto de “interés general”, desde la STC 65/1998 el Tribunal Constitucional estableció una doctrina luego reiterada hasta la actualidad para todo tipo de infraestructuras de transporte: “... *cabe afirmar que la concreción de cuáles sean las carreteras de ‘interés general’ corresponde, en principio, al Estado, sin perjuicio del ulterior control de este Tribunal; y que, puesto que el constituyente no ha precisado qué deba entenderse por obras públicas de ‘interés general’, sin que pueda darse a la expresión un sentido unívoco, los órganos estatales (y muy singularmente el legislador) disponen de un margen de libertad para determinar en qué supuestos concurren las circunstancias que permiten calificar a una carretera como de interés general e integrarla en la Red de Carreteras del Estado, correspondiendo a este Tribunal sólo un control externo, en el sentido de que su intervención se limita a determinar si se han transgredido los márgenes dentro de los cuales los órganos del Estado pueden actuar con libertad*”. En definitiva, ante la ausencia de concreción a nivel constitucional, depende del propio Estado definir los criterios que determinan el interés general de una infraestructura. Además, como no existe reserva de Ley, el reglamento también está habilitado para concretar aquel concepto jurídico indeterminado.

¿Qué criterios se han venido manejando para la calificación de las infraestructuras? Partiendo del margen que la Constitución concede al Estado en este punto, los criterios manejados han sido variados.

⁴ Un buen ejemplo es el art. 148.1.5 de la Constitución, el cual se refiere a que las competencias autonómicas en materia de ferrocarriles y carreteras, por un lado, y de transportes, por otro, se determinan “en los mismos términos”.

⁵ Como se puede deducir sin dificultad, el criterio territorial es determinante en las infraestructuras lineales terrestres como así determinan los arts. 149.1.21 y 148.1.25 de la Constitución. Ahora bien, en el ámbito marítimo, donde dicho criterio no es acogido expresamente por la Constitución, el Tribunal Constitucional ha considerado razonable su aplicación. Así, en este caso la STC 40/1998 afirma que “*la Constitución no ha recogido expresamente el criterio territorial, pero no se alcanzan a ver las razones que pueden justificar su no aplicación a este supuesto*”. Por este motivo, los Estatutos de Autonomía de las CCAA litorales, pero también el propio Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, asumen la competencia de esas CCAA sobre el transporte marítimo que se lleve a cabo exclusivamente entre puertos o puntos de una misma Comunidad Autónoma, sin conexión con puertos o puntos de otros ámbitos territoriales.

Por ejemplo, que se trate de itinerarios supracomunitarios, selectivamente escogidos o cualificados en virtud de determinadas circunstancias que los hagan merecedores de la consideración de interés general, o bien tratarse de principales itinerarios de tráfico internacional (transporte internacional de mercancías y viajeros), o bien afectar a la garantía de la libre circulación de personas y mercancías en el seno de la Unión Europea. Es una obviedad decir que la redelimitación de la definición del interés general del Estado que caracteriza a las infraestructuras estatales, puede tener como consecuencia la asunción de la titularidad por las CCAA sobre las infraestructuras que pierdan esa condición.

Aparte del criterio del interés general, se emplea de forma combinada y equilibrada el criterio territorial. La jurisprudencia constitucional, desde la STC 65/1998, ha venido considerando que el criterio territorial debe ser completado o modulado con el del interés general o autonómico que subyace en la noción de obra pública. Por ejemplo, en el transporte por ferrocarril, según las SSTC 245/2012 y 86/2013, el objeto de las competencias autonómicas deben ser acotadas por la concurrencia de una doble condición: que se trate de tramos o partes de las vías férreas que, aunque nazcan o mueran fuera de la Comunidad Autónoma en su itinerario total, discurren dentro de la Comunidad Autónoma, condición positiva; y que el tramo en cuestión no forme parte de una infraestructura considerada de interés general por el Estado, condición negativa⁶. Fuera de estos dos criterios, el legislador estatal no puede establecer otros adicionales para delimitar las competencias en la materia⁷.

2.2. Tendencias descentralizadoras y cooperativas no necesariamente imputables al proceso de liberalización.

El sistema constitucional y estatutario de reparto de competencias en materia de infraestructuras y de transporte ha tenido en los últimos años diversas “alteraciones” cuyo origen no está necesariamente vinculado a los procesos liberalizadores impuestos por el Derecho Europeo. Esos procesos tienen

⁶ Se ha de aclarar que el “itinerario” al que se refiere en el art. 148.1.5 es el de la infraestructura y no, lógicamente, el de los vehículos que se desplazan sobre las vías férreas o las carreteras. Así pues, lo determinante para concretar la competencia autonómica sobre carreteras o ferrocarriles será que la infraestructura discurra o no íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma, en el entendido de que el adverbio “íntegramente” no debe entenderse en un sentido literal, esto es, como la exigencia de que los puntos de origen y destino de la infraestructura se ubiquen en la Comunidad Autónoma. Si así fuera, y se propugnara un entendimiento literal del art. 149.1.21, ello conduciría a que las competencias autonómicas quedasen reducidas a una mínima expresión, únicamente las que por tener sus puntos de origen y destino en la misma Comunidad Autónoma carecieran de conexión con las de otra Comunidad. Siguiendo el criterio utilizado en materia de carreteras en la STC 65/1998, el Tribunal Constitucional afirma que la simple circunstancia de que el itinerario de una infraestructura (carretera, línea férrea) atravesase más de una Comunidad Autónoma no debe determinar por sí sola la incorporación de dicha línea a la red estatal.

⁷ Por esta razón, la STC 245/2012 es tajante a este respecto (FJ 10): “*debe considerarse inconstitucional la definición de la red ferroviaria de interés general por relación a las infraestructuras ferroviarias explotadas actualmente por organismos dependientes de la Administración General del Estado que se contiene en la disposición adicional novena. Este precepto se vale de forma manifiesta de conceptos contrarios al reparto de competencias en la materia. El criterio subjetivo de la delimitación de las infraestructuras que integran la red ferroviaria de interés general establecido en la disposición adicional novena no respeta los criterios de delimitación competencial en materia de ferrocarriles plasmados en los arts. 149.1.21 y 149.1.24 CE y en los correspondientes preceptos estatutarios. En efecto, una vez que el legislador estatal ha definido unos criterios para la integración de infraestructuras ferroviarias en la red ferroviaria de interés general, no resulta lógico ni tampoco constitucional que la definición del interés general que la red ferroviaria de interés general expresa se singularice simplemente por remisión a las infraestructuras que, en el momento de la entrada en vigor de la ley, venían siendo gestionadas por el Estado*”. En definitiva, que hayan sido infraestructuras gestionadas por el Estado no presume que deban seguir siéndolo. Por razones parecidas se comprende que también resulte contrario al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, imponer unilateralmente, sin contar con el acuerdo previo de la Comunidad Autónoma afectada, la integración a la red nacional de infraestructuras de un tramo de titularidad autonómica. Sobre ello volveremos más adelante.

principalmente que ver con la gestión de infraestructuras de transporte (aunque no sólo, pues también inciden en la materia transporte) y sí que es cierto que buena parte tienen un origen similar: incorporar elementos de adaptación y ajuste de la gestión de la infraestructura a las singularidades de cada una de ellas y, en consecuencia, dotar de mayor eficiencia al sistema, para introducir elementos de competencia entre infraestructuras (entre puertos, entre aeropuertos, se entiende). Que esos procesos no tienen una directa vinculación con los procesos liberalizadores impuestos por el Derecho Europeo se observa con claridad, como veremos, tanto en las competencias afectadas, como porque en algunos casos tienen un origen anterior e, incluso, no exigido por el Derecho Europeo. Los puertos es el mejor ejemplo.

Todos esos matices que condicionan en cierto modo la aplicación neutra de los criterios constitucionales indicados, van en una orientación unívoca: dotar de un mayor protagonismo a las CCAA en el marco de las competencias constitucionalmente asumidas por el Estado. Desde luego no hace falta señalar que todas las competencias “cedidas” a las CCAA lo son sin perjuicio de las que ya ostentaban. También es necesario señalar que, a pesar de esa dirección que define de forma común las distintas tendencias que vamos a exponer, el Estado conserva el grueso determinante de las competencias. En otras palabras, se trata de una “cesión” limitada y, allí donde se dio un paso adelante especialmente importante como en la gestión de los puertos de interés general, no se ha seguido esa misma tendencia, sino que se ha sido mucho más conservador cuando, por ejemplo, se ha abordado la gestión de aeropuertos.

Partiendo de estas premisas, no se puede dejar de mostrar la trascendencia que esos procesos de “cesión” de competencias tienen en un modelo territorial altamente descentralizado como el español que eufemísticamente podría ser calificado como un modelo “federal devolutivo”. Debemos recordar que el modelo competencial español se caracteriza porque las actuaciones de las entidades territoriales quedan limitadas por la invalidez determinante derivada de la intromisión en las competencias ajenas. Sin embargo, en algunas manifestaciones de esos procesos de “cesión” competencial que vamos a analizar, el legislador estatal está promoviendo exactamente ese resultado, es decir, que las CCAA asuman competencias en ámbitos materiales que originalmente la Constitución califica como de competencia exclusiva del Estado. Ahora bien, aquí, lógicamente, no cabe hablar de invalidez en la actuación autonómica, pues es el propio legislador estatal el que ha admitido ceder parte de sus facultades a las CCAA, pero sin proceder a su transferencia o delegación. Como veremos a continuación, el proceso es más complejo y, en realidad, se puede hablar incluso de fenómenos de integración de la Administración autonómica en la Administración estatal.

Las vías que está asumiendo el legislador estatal para alcanzar los resultados anunciados son varias. La primera, mediante la transferencia y delegación de competencias a (algunas) CCAA; aquí no hay nada novedoso y que no esté previsto en el art. 150.2 de la Constitución. De hecho, a estos casos no les son trasladables las conclusiones recién señaladas: se trata de traslados de competencias previstos en la propia Constitución, donde el Estado o bien cede la titularidad plena de la competencia sin que pueda mantener ningún tipo de control a futuro (transferencia/descentralización), o bien cede el ejercicio de la competencia bajo su tutela (desconcentración/delegación). Es en la segunda manifestación de ese proceso de “cesión” de competencias donde sí que se pueden aplicar las consideraciones hechas previamente. Aquí concurre un elemento que comienza a matizar las líneas de reparto competencial antes expuestas: el legislador estatal recurre a formas integradas de actuación autonómica en materias de competencia estatal, fomentando una “cesión” competencial a modo de integración colaborativa a nivel organizativo (administración mixta), cuando no mediante la apertura de la asunción de la gestión directa por las CCAA de infraestructuras de interés general estatal, o bien a través de procedimientos complejos en los que la iniciativa autonómica culmina con una decisión estatal (en una especie de co-administración).

El resultado que se deriva de los procesos remarcados es una interiorización de modelos de Administración compuesta que son más propios de ordenamientos que, como el europeo, no cuentan con una estructura administrativa interna propia y que, por ello, fomentan mecanismos administrativos de carácter integrativo y cooperativo estructurados a partir de las Administraciones de los Estados miembros. En el Derecho Europeo, el principio de subsidiariedad fomenta ese tipo de resultados organizativo-procedimentales, con preferencia, por tanto, a las soluciones centralizadoras en la Administración directa de la Unión Europea. Lo paradójico es que en ordenamientos descentralizados, pero unitarios como el español, el Estado ostenta competencias que le habilitan para gestionar directamente una materia y para ello cuenta, lógicamente, con la estructura administrativa necesaria. Sin embargo, el resultado es semejante a los fenómenos de integración en el ámbito europeo, aunque con una justificación adaptada al ordenamiento español: la incorporación de soluciones organizativas fundamentadas en una optimización de los principios de autonomía territorial, cooperación y eficacia.

Son dos formas de optimizar la actuación administrativa multinivel, pero con un resultado paradójico: la Unión Europea no se puede arrogar competencias ejecutivas que puedan realizar en mejores condiciones los Estados miembros y, por ello, recurre a fórmulas integradoras y cooperativas en coherencia con el principio de subsidiariedad, es decir, se mantiene el *statu quo* competencial; sin embargo, el Estado español cede poder asumiendo esas mismas fórmulas, a pesar de que nada le impide seguir asumiendo esas competencias, esto es, aquí sí se produce una alteración del *statu quo* competencial. Es verdad, no obstante, que a la implementación de soluciones cooperativas induce el propio sistema de reparto competencial español, basado en una compartición que estimula la participación cooperativa. Ahora bien, la paradoja se produce cuando las fórmulas de coordinación o cooperación se transforman en una auténtica “cesión” de competencias, por mucho que formalmente sigan siendo de titularidad estatal y que se ejerzan a través de estructuras organizativas adscritas y dependientes de la Administración del Estado⁸.

Una última consideración se ha de hacer antes de abordar algunos ejemplos de las tendencias que hemos identificado: el repaso que se va a hacer es meramente ejemplificativo y en ningún caso pretende ser exhaustivo. Se trata, en definitiva, de una selección de los supuestos más relevantes y caracterizadores de aquellas tendencias.

2.2.1. Tendencias devolutivas. Traslados de competencias: descentralización y delegación.

1) Incidencias de los Estatutos de Autonomía de tercera generación. La transferencia de las competencias sobre trenes de cercanías a la Comunidad de Cataluña.

Debemos aclarar, en primer lugar, que este supuesto tiene una relación indirecta con los procesos liberalizadores. En realidad, la transferencia de competencias es más el resultado del complejo sistema territorial español, propiciado por la aprobación de los llamados Estatutos de Autonomía de “tercera generación” acontecida en la segunda mitad de la primera década del siglo XXI. El ejemplo paradigmático que afecta a la materia transporte es la transferencia de las competencias sobre trenes de cercanías a la

⁸ Téngase en cuenta que en España los mecanismos cooperativos han tenido una manifestación particular y habría que decir, escasa. Por ejemplo, en las relaciones Estado-CCAA, lo ha sido mediante mecanismos bilaterales e informales. Entre CCAA, la cooperación ha sido aún menor, a pesar de que el art. 145 de la Constitución prevé la realización de convenios de cooperación entre ellas.

Comunidad de Cataluña. Ni es casual que se trate de las competencias sobre cercanías (por su impacto en la ciudadanía), ni es casual que la beneficiaria haya sido únicamente la Comunidad de Cataluña⁹.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña, reformado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, establece en su art. 169.1 que corresponde a la *Generalitat* de Cataluña la competencia exclusiva sobre los transportes terrestres de viajeros y mercancías por carretera, ferrocarril y cable que transcurran íntegramente por el territorio catalán, con independencia de la titularidad de la infraestructura. Con anterioridad incluso, fue la Ley catalana 4/2006, de 31 de marzo, ferroviaria, la que estableció, en su art. 4, que el sistema ferroviario de Cataluña está configurado, entre otros, por los servicios que circulan por las infraestructuras ferroviarias de titularidad de la Administración General del Estado o de las entidades públicas adscritas, si los servicios de transporte tienen el origen y el destino en el territorio de Cataluña, aunque circulen por vías conectadas a la red general del Estado. Por Real Decreto 2034/2009, de 30 de diciembre, se procedió al traspaso a la *Generalitat* de Cataluña de las funciones de la Administración del Estado relativas al transporte de viajeros por ferrocarril de cercanías¹⁰.

En cualquier caso, la transferencia es, debemos ponerlo de relieve, limitada por varios motivos: 1º) Porque como el propio Estatuto de Autonomía catalán establece y la Ley Ferroviaria de Cataluña reitera, la red ferroviaria sobre la que se ejerce el servicio sigue formando parte de la Red Ferroviaria de Interés General del Estado; 2º) Porque, en consecuencia, la red sigue gestionada por el administrador de infraestructuras estatal (la Entidad Pública Empresarial estatal ADIF); 3º) Porque, además, el servicio sigue siendo prestado por la única empresa ferroviaria en toda España que presta el servicio de transporte de viajeros, esto es, la Entidad Pública Empresarial estatal RENFE-Operadora; 4º) Porque el Ministerio de Fomento mantiene sus competencias para el otorgamiento de la licencia de empresa ferroviaria; y 5º) Porque las competencias en materia de seguridad son ostentadas por la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria.

Segundo, y por lo que se refiere a la supuesta apertura del mercado en la Comunidad de Cataluña, también ésta es limitada por un motivo clave: porque la operadora del servicio (RENFE-Operadora) presta el servicio sujeta a obligaciones de servicio público sin que haya mediado licitación pública alguna, en virtud de la Disposición Transitoria 3ª.4 de la Ley del Sector Ferroviario, según redacción otorgada

⁹ Téngase en cuenta que RENFE-Operadora, Entidad Pública Empresarial estatal, opera también las cercanías de Asturias, Cádiz, Madrid, Málaga, Santander, Sevilla y Zaragoza, y junto a otras compañías gestiona y opera los núcleos de cercanías de Bilbao, Murcia/Alicante, San Sebastián y Valencia, sin que ninguna haya sido transferida.

¹⁰ Esta transferencia se produjo, haciendo abstracción del conflicto político, en el seno mismo del proceso liberalizador del transporte ferroviario. Por este motivo, el art. 4 del Real Decreto-Ley 22/2012, de 20 de julio, estableció que las CCAA que hubieran recibido los traspasos correspondientes a los servicios de cercanías de RENFE-Operadora y los regionales de transporte de viajeros (es decir, sólo la *Generalitat* de Cataluña) “podrán disponer” la prestación de dichos servicios de conformidad con lo establecido en la normativa de aplicación al respecto y en el Reglamento (CE) nº 1370/2007, de 23 de octubre, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. El Comité Regulador Ferroviario (antiguo órgano regulador del sector), en su informe de 25 de julio de 2012, dictado en relación con el Real Decreto-Ley 22/2012, intenta clarificar la verdadera dimensión del precepto: “... puede deducirse que lo que se pretende indicar es que no se aplicará (la disposición) a los servicios de viajeros de cercanías y regionales asumidos por la *Generalitat* la restricción temporal del libre acceso al mercado establecido con carácter general para el resto de los servicios en la RFIG. Tal conclusión resultaría coherente con la Ley 4/2006, de 31 de marzo, Ferroviaria de Cataluña, cuyo artículo 31.2 establece, sin excepción alguna, que el transporte ferroviario en el Sistema Ferroviario de Cataluña (del que forma parte la RFIG para los servicios que tienen origen y destino dentro del territorio de Cataluña) se presta bajo el régimen de libre competencia. Pero de ser así, el Real Decreto-Ley 22/2012 debería haberse limitado a regular el modo en que el Ministerio de Fomento ha de otorgar la licencia de empresa ferroviaria y el certificado de seguridad para los servicios de cercanías y regionales, pues se trata en ambos casos de funciones reservadas a la Administración General del Estado en los correspondientes Reales Decretos de traspaso y cuya regulación sí es una competencia estatal nítida”.

por Ley 11/2013, de 26 de julio. Debemos señalar que, según esta disposición, sin perjuicio de la competencia del propio Gobierno para establecer los términos relativos a las licitaciones públicas de los servicios declarados de interés público sujetos a obligaciones de servicio público, esos servicios podrán seguir prestándose, conforme al art. 5.6 del Reglamento 1370/2007, mediante adjudicación directa y, por tanto, como finalmente ha sucedido, quedando eximidos de toda licitación.

Así pues, hablar aquí tanto de una plena descentralización, como de liberalización de la prestación, como hace la Ley catalana, es ilusorio. Lo primero, entiéndase bien lo que se quiere decir, porque desde luego que se ha transferido la titularidad de la competencia, pero, como hemos señalado, con limitaciones relevantes en cuanto a la incidencia de las competencias estatales sobre la misma. Y, en cuanto a lo segundo, porque no hay liberalización alguna, pues el servicio de cercanías sigue siendo prestado por el operador incumbente sin que haya mediado licitación pública.

2) La evitación de disfunciones derivadas de la existencia de varias Administraciones superpuestas en relación con la actividad de transporte por carretera.

El sector del transporte por carretera es, dentro del sector del transporte en general, un ámbito con especialidades. En primer lugar, por el tipo de infraestructura (lineal); segundo, porque se trata de un mercado bastante atomizado; y, tercero, porque como veremos más adelante, el transporte público regular de viajeros de uso general es uno de los pocos ejemplos en el sector declarados como servicio público, y donde Estado y CCAA gozan de competencias para autorizar a los prestadores del servicio en función del nivel territorial correspondiente. En otras palabras, es una materia donde por la propia idiosincrasia del sector es fácil que se produzcan solapamientos competenciales.

Con base en el art. 150.2 de la Constitución Española, la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, procedió a la delegación de las facultades del Estado en las CCAA en relación con los transportes por carretera y por cable, precisamente, para evitar esos solapamientos. La Ley Orgánica tuvo como finalidad la implantación del principio de “ventanilla única”, evitando así las disfunciones que pudiera suponer la existencia de varias Administraciones superpuestas, posibilitando de este modo un ahorro del gasto público, al tiempo que se facilitaban las relaciones con el administrado y la eficacia del sistema de intervención administrativa, mediante la simplificación y racionalización del mismo. Con mayor precisión se puede decir que con la Ley Orgánica de delegación se pretendió que la aplicación de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres fuera, de forma *cuasi* íntegra, realizada por las CCAA, en la medida en que la delegación comprendió la práctica totalidad de las competencias estatales. Esa delegación, además, está referida, no solamente a actuaciones gestoras, sino también normativas cuando éstas estén previstas en la legislación estatal. Naturalmente, esto no quita para que las competencias delegadas deban ser, en todo caso, ejercitadas con sujeción a las instrucciones dictadas por el Estado, pues no estamos ante un traslado de la titularidad de la competencia, sino de su mero ejercicio bajo el control estatal¹¹.

Se puede afirmar, por tanto, que el transporte por carretera es, sin lugar a dudas, el sector con mayor “cesión” de poder y competencias del Estado a favor de las CCAA. Sin perjuicio de lo que más tarde se

¹¹ En los últimos años la Ley Orgánica 5/2013, de 4 de julio, ha modificado la Ley Orgánica 5/1987. En la redacción original de la Ley Orgánica, el Estado sólo mantuvo órganos de gestión o inspección del transporte terrestre en las CCAA fronterizas para gestionar el transporte internacional. Debido a que se habían suscitado dudas acerca de la correcta articulación del ejercicio de las competencias delegadas por parte de las CCAA en materia de inspección y sanción, fue modificada la redacción del art. 10 de la citada Ley Orgánica 5/1987, a fin de señalar de forma más transparente cómo se distribuyen las competencias en esa materia.

dirá del sector portuario, es desde este punto de vista una *rara avis* en el seno del sector transporte, sólo explicable por su propia idiosincrasia.

2.2.2. Tendencias cooperativas. "Cesiones" competenciales a través de mecanismos de integración cooperativa a nivel organizativo, gestor y procedimental.

1) El recurso a la Administración mixta y a la co-administración en la gestión de los puertos y aeropuertos de interés general.

La constitución de órganos u organismos públicos para el ejercicio conjunto de competencias, en una suerte de Administración mixta, es una experiencia organizativa que supone la constitución y creación de órganos y entidades mixtas (Estado/CCAA) de coordinación y cooperación interadministrativa que, sin restringir el ejercicio de las competencias propias, posibilitan un ejercicio efectivo de las mismas sin que, al mismo tiempo, se difuminen los ámbitos de responsabilidad de cada Administración. Un modelo institucional de este tipo, con especialidades relevantes, ha sido instaurado en el ámbito portuario español. En otro sector como el aeroportuario, no se ha llegado tan lejos como en el portuario, pero se han introducido elementos organizativos que van más en la línea de la participación y co-administración en materias de competencia estatal que inciden en los intereses autonómicos. Para ser exactos, podría decirse que mientras el modelo portuario es un paso definitivo (y peculiar) hacia una Administración mixta de carácter plenamente decisional, el modelo aeroportuario instauro mecanismos institucionales de co-administración que no sustituyen a los organismos encargados de la gestión de los aeropuertos, sino que colaboran con carácter consultivo en esa tarea¹².

Antes de pasar a la exposición de estas experiencias, merece la pena reflexionar sobre los motivos por los que los resultados más incisivos han sido alcanzados en la gestión portuaria y no en otros sectores. Entre las circunstancias que pueden motivar que el recurso a manifestaciones organizativas tipificables como Administración mixta tenga lugar en materia portuaria, podrían mencionarse las siguientes: 1ª) La dimensión física de las zonas portuarias; 2ª) La enorme incidencia territorial, ambiental y económica tanto de estas infraestructuras, como de las actividades que se desarrollan en los puertos; 3ª) La importancia del sector portuario y su interrelación con importantes implicaciones recíprocas, pues para que el sector marítimo funcione de forma competitiva necesita de unas infraestructuras explotadas de forma eficiente y adaptada al caso concreto y a las singularidades de cada infraestructura.

No se puede desconocer que todos estos argumentos son compartidos por las infraestructuras aeroportuarias y, sin embargo, se ha asumido una muy diferente intensidad de esas tendencias cooperativas a nivel institucional. El diferente resultado podría explicarse en atención al momento en que mediante Ley 62/1997, de 26 de diciembre, fue modificada la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado, para reconfigurar las Autoridades Portuarias. En aquel momento la intención fue crear una red de puertos en competencia, gestionados por las Administraciones más cercanas al territorio, buscando la adaptación de la gestión a las singularidades de cada caso¹³. Sin embargo, la verdadera razón ha de encontrarse en circunstancias estrictamente políticas: en 1997 la profundización en la descentralización tuvo, entre otras causas, la necesidad del Gobierno de España, por entonces en minoría en el Congreso, del apoyo de los partidos nacionalistas. Los síntomas de resquebrajamiento de la unidad de la red de puertos del Estado indujeron a no asumir soluciones similares en materia

¹² Se ha de aclarar que mientras los ejemplos de Administración mixta siguen siendo minoritarios en el ordenamiento español, los ejemplos de co-administración institucionalizada son bastante abundantes.

¹³ Algo parecido se ha pretendido en el sector aeroportuario, pero no es necesario reiterar que no estamos ante fenómenos organizativos comparables.

aeroportuaria, optando por fórmulas menos incisivas como la cesión de la gestión de aeropuertos de interés general, a la que luego haremos referencia, o la creación de los Comités de Coordinación Aeroportuaria.

i) La vigente regulación de la composición orgánica de las Autoridades Portuarias con base en el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, reitera la justificación para la conformación de estos organismos mixtos de gestión mantenida ya por la Ley 62/1997¹⁴. Para alguno de aquel cambio organizativo en la gestión de los puertos de interés general supuso un traslado competencial encubierto, pues sin modificar la calificación de los puertos, ni realizar ningún traslado competencial mediante Ley de delegación o de transferencia (art. 150 de la Constitución), se alteró el modo de designación de los miembros de los órganos de gobierno de estos puertos, otorgándose esa competencia a las CCAA. Tal vez este posicionamiento no esté equivocado, pero lo cierto es que el resultado nos avoca al entendimiento de los mecanismos de Administración mixta instaurados, pues no se puede desconsiderar que las Autoridades Portuarias siguen siendo organismos públicos estatales, bajo la dirección y coordinación de otro organismo público estatal, Puertos del Estado, adscritos todos ellos al Ministerio de Fomento. En cualquier caso, la crítica ha de servir para reflejar la intensidad del cambio institucional.

Como decíamos, el sistema de gestión portuario opera bajo la coordinación y control de eficiencia general de Puertos del Estado, mientras que corresponde a las Autoridades Portuarias la gestión plena de los puertos en régimen de autonomía. El art. 12 dispone que “las competencias que a la Administración General del Estado corresponden en virtud de lo señalado en el artículo anterior serán ejercidas en los puertos e instalaciones de carácter civil por el Ministerio de Fomento a través del sistema portuario de titularidad estatal integrado por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias”.

El art. 24.1 de la Ley configura a las Autoridades Portuarias como “organismos públicos de los previstos en la letra g) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar; dependen del Ministerio de Fomento, a través de Puertos del Estado; y se rigen por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación y, supletoriamente, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”. En otras palabras, gozan de la misma naturaleza organizativa que Puertos del Estado, es decir, son entidades estatales de Derecho Público distintas a los Organismos Autónomos, a las Entidades Públicas Empresariales y Agencias Estatales (los tres tipos generales de organismos públicos estatales que reconoce la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), y que, por ello, gozan de un régimen jurídico específico y peculiar.

¹⁴ En la línea de los argumentos recién señalados, los motivos que la Exposición de Motivos de la Ley 62/1997, de modificación de la Ley de Puertos del Estado de 1992, utilizó para justificar la instauración de un modelo de Administración mixta fueron los ya conocidos: “... profundizar en la autonomía funcional y de gestión de las Autoridades Portuarias, que ya tienen personalidad jurídica y patrimonio propio y plena capacidad de obrar, fomentando el desarrollo de una organización profesionalizada, ágil y adaptada a las peculiaridades de cada puerto, capaz de garantizar la prestación de unos servicios eficientes y eficaces y desarrollar su actividad con criterios empresariales. Ahora bien, dada la organización territorial del Estado y el impacto económico y social que para las Comunidades Autónomas tienen los puertos de interés general ubicados en su territorio, resulta conveniente establecer las medidas precisas para facilitar que aquellas participen con mayor intensidad en la estructura organizativa de las Autoridades Portuarias, al objeto de que las decisiones que estas adopten en el ejercicio de las competencias y funciones que la Ley les atribuye puedan integrar de manera más efectiva los propios intereses económicos y territoriales de las Comunidades Autónomas afectadas”.

Hasta aquí todas estas precisiones no tienen excesiva trascendencia. Como ya hemos anticipado, la clave se encuentra en la configuración de las Autoridades Portuarias como un organismo público estatal adscrito al Ministerio de Fomento, pero cuya composición orgánica no depende de la Administración matriz, sino de las CCAA. Así se proclama en el art. 11.2 del Texto Refundido. El dato determinante se encuentra en la misma disposición cuando establece que las CCAA “designarán a los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias, en los términos establecidos en esta Ley”.

La concreción de esta previsión se encuentra en el art. 30 en lo que atañe al Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias. Los Consejos de Administración están compuestos, por lo que ahora nos interesa, por el Presidente de la entidad, y por un número de vocales comprendido entre 10 y 13, excepto para las Islas Canarias y las Baleares, en cuyo caso podrá llegar a 16 vocales, a establecer por las CCAA o por las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, y designados por las mismas. El resultado es aún más determinante porque el art. 31.1 establece que el Presidente de la Autoridad Portuaria será designado y separado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma o de las Ciudades de Ceuta y Melilla entre personas de reconocida competencia profesional e idoneidad. A estos efectos, la intervención estatal es menor: la designación o separación es comunicada al Ministro de Fomento y, posteriormente, es publicada en el correspondiente Diario Oficial y en el Boletín Oficial del Estado.

Este entramado organizativo no significa que la Administración matriz no guarde mecanismos de tutela sobre las Autoridades Portuarias. No debemos dejar de recordar que se trata de un organismo público estatal. Entre ellas, por ejemplo, cabe citar la competencia del Ministro para conocer de los recursos de alzada interpuestos contra las resoluciones de estas entidades (art. 35.1). Quizá ésta sea la manifestación de tutela más relevante, sin perjuicio insistimos de las funciones de coordinación del sistema portuario que competen a Puertos del Estado. Dicho esto, no se puede dejar de recalcar la enorme trascendencia que este modelo organizativo y de gestión implica en el reparto de poder en las relaciones Estado-CCAA.

ii) En materia aeroportuaria el cambio institucional que aquí no interesa se encuentra más en la dirección de lo que podríamos calificar como modelos de co-administración. En estos casos, la creación de un órgano mixto no supone ni la sustitución, ni la asunción de competencias de la sociedad estatal gestora de los aeropuertos de interés general (Aena, S.A.). Se trata de un fenómeno organizativo mucho más común y que implica la apertura a la participación de las CCAA, en el marco de las competencias del Estado, en asuntos con trascendencia para los intereses autonómicos, mediante funciones fundamentalmente consultivas. Son, en definitiva, una manifestación básica de la institucionalización de los mecanismos cooperativos que definen el sistema constitucional de reparto de competencias.

Los Comités de Coordinación Aeroportuaria fueron creados por el art. 13 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre. El régimen jurídico de estos Comités ha sufrido varias alteraciones, todas ellas orientadas hacia la profundización (comedida) en la conformación cooperativa y mixta de los mismos. El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, modificó el citado art. 13 para establecer el régimen jurídico básico de los Comités de Coordinación Aeroportuaria, luego desarrollado mediante Real Decreto 697/2013, de 20 de septiembre. La redacción vigente garantiza la participación en los aeropuertos de interés general gestionados por Aena, S.A de las CCAA y corporaciones locales, aparte de las organizaciones empresariales y sociales representativas, y desde luego de los representantes del Estado. De hecho, es a Aena, S.A. (sociedad mercantil estatal) a quien se le encomienda constituir los respectivos Comités.

Las funciones del Comité de Coordinación Aeroportuaria fueron establecidas definitivamente por el Real Decreto-Ley 20/2012. En comparación con las funciones atribuidas originalmente por Real Decreto-Ley

13/2010, se detecta un salto cuantitativo y cualitativo importante¹⁵. De hecho, como advierte la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 20/2012, la modificación de la organización y funciones de los Comités “responde a la intención de facilitar la participación de las Comunidades Autónomas en la gestión aeroportuaria”. No se puede desconocer que se trata de una participación en el seno de un órgano colegiado mixto de naturaleza consultiva, pero la relevancia de las materias en las que debe ser oído permite decir que el legislador le ha dotado de un protagonismo fundamental en la conformación de las decisiones principales en la materia.

2) La cesión de la gestión de aeropuertos de interés general: la gestión autonómica de infraestructuras de interés general del Estado.

Las técnicas cooperativas Estado-CCAA en el seno de las competencias estatales se ha articulado en otras ocasiones abriendo la posibilidad a que las CCAA (aunque no sólo ellas) asuman la gestión de infraestructuras de interés general del Estado. Aquí podemos hablar de una cooperación en la gestión sin mediar traslado de competencias y sin que se constituyan estructuras organizativas en el seno de la Administración del Estado o del sector público estatal.

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, habilitó a las Administraciones públicas territoriales, pero también a las personas y entidades particulares, para construir o participar en la construcción de aeropuertos de interés general, y lo más importante, manteniendo la titularidad de la infraestructura a pesar de esa calificación legal. El art. 100 de la Ley 53/2002, modificó el art. 43 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, con el siguiente tenor literal: “Las Administraciones públicas territoriales y las personas y entidades particulares nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, deberán obtener una autorización previa, de acuerdo con las condiciones que determine el Ministerio de Fomento, para construir o participar en la construcción de aeropuertos de interés general. En tales casos, podrán conservar la propiedad del recinto aeroportuario y participar en la explotación de las actividades que dentro del mismo se desarrollen en los términos que se establezcan”.

Como ya se ha anticipado, con esta previsión legal se habilitó la existencia de aeropuertos de interés general pero de propiedad y/o gestión no estatal, ya fuera pública (por ejemplo, autonómica) o privada. Esta modificación legal abrió la puerta a la entrada de las Administraciones territoriales en la gestión de los aeropuertos calificados de interés general de competencia estatal. Ésta es la fórmula asumida en los

¹⁵ En concreto, las siguientes: a) Velar por la adecuada calidad de los servicios aeroportuarios y la actividad de los aeropuertos, proponiendo aquellas actuaciones que se consideren necesarias para impulsar el desarrollo de la actividad aeroportuaria; b) Colaborar con Aena Aeropuertos, S.A., y, en su caso, las administraciones públicas competentes, en la definición de la estrategia a desarrollar con relación los aeropuertos de la respectiva comunidad o Ciudad autónoma, en particular, en el ámbito comercial, tomando en consideración su contexto territorial y competitivo; c) Conocer de las propuestas de «Aena Aeropuertos, S.A.», en materia de servidumbres aeronáuticas y acústicas; d) Colaborar con «Aena Aeropuertos, S.A.» en materia de definición de las líneas estratégicas de los aeropuertos, en particular informando los Planes Directores de los respectivos aeropuertos, antes de ser sometidos a su aprobación por el Ministerio de Fomento; e) Conocer del procedimiento de consultas desarrollado por «Aena Aeropuertos, S.A.» en materia de tarifas aeroportuarias, conforme a lo dispuesto en la Ley 21/2003, en orden a su modificación, en relación con los aeropuertos de la respectiva Comunidad o Ciudad Autónoma; f) Canalizar las actuaciones relacionadas con la promoción del transporte aéreo, en el ámbito de sus competencias; g) Promover las acciones que sean necesarias para el fortalecimiento de la conectividad aérea mediante el establecimiento y promoción de nuevas rutas aéreas, internacionales y nacionales; h) Recabar los datos e información sobre cualesquiera aspectos de la gestión aeroportuaria que sean necesarios en orden a poder cumplimentar las demás funciones que se les atribuyen en este apartado; i) Desarrollar cuantas funciones se consideren convenientes para incrementar el transporte de pasajeros y la carga aérea, así como cualesquiera otras que le atribuyan las disposiciones adoptadas en materia de aeropuertos de interés general.

aeropuertos de Castellón¹⁶, Región de Murcia¹⁷, Teruel¹⁸, Ciudad Real¹⁹ y Lérida²⁰. En todos las CCAA participan en las entidades titulares de los aeropuertos, ya en sociedades mercantiles²¹, ya en consorcios²².

Cabe destacar que, por aquel momento, el Real Decreto 2858/1981 consideraba aeropuertos de interés general a los siguientes: 1) Todos los que reunieran las condiciones para servir tráfico internacional; 2) Los que por su situación, características o capacidad de generar tráfico pudieran incidir en la ordenación del transporte o del espacio aéreo o del control del mismo; 3) Los que fueran aptos para ser designados por aeropuertos alternativos de los anteriores; y 4) Los que tuvieran un interés para la defensa nacional. Por Real Decreto 1150/2011, de 29 de julio, se modificó el Real Decreto 2858/1981, permitiendo que aeropuertos no calificados de interés general pudieran gestionar tráfico internacional, lo que resultaba determinante a efectos de promover iniciativas rentables²³.

3) La integración procesual de decisiones de competencia estatal con la participación de las Comunidades Autónomas.

No es infrecuente que el Estado, como organización jurídico-pública titular de determinadas infraestructuras y competente en la gestión del transporte que en ellas se lleva a cabo, incorpore a las CCAA en los procesos de toma de decisiones que afectan directamente a la competencia estatal. Esto, como decimos, no es algo específico del sector del transporte, sino una de las manifestaciones del principio de cooperación inherente al sistema competencial constitucional.

Dos ejemplos en el sector transporte ferroviario de esta forma de integración dinámica, procedimental o, en términos más amplios, procesual, son la definición misma de las redes de infraestructuras ferroviarias de titularidad estatal²⁴ y la declaración de interés público de ciertos servicios con el fin de someter su prestación a obligaciones de servicio público.

La elección de estos dos ejemplos no es casual. No lo es, en primer lugar, porque se trata de dos decisiones muy trascendentes desde el punto de vista sustantivo. Tampoco lo es, en segundo lugar,

¹⁶ Inaugurado en 2011 y a punto de iniciar sus operaciones en septiembre de 2015.

¹⁷ Tenía prevista su puesta en funcionamiento antes del 2013 y a día de hoy no se encuentra operativo.

¹⁸ Inaugurado en febrero del 2013.

¹⁹ Inaugurado en 2008 y cerrado en 2012.

²⁰ Abierto al tráfico en 2010.

²¹ Aerocas en Castellón, Aeromur en Murcia, "Aeroports de Catalunya" en Cataluña.

²² PLATA, en el caso del aeropuerto de Teruel, es el consorcio formado por el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Teruel.

²³ La referencia a los criterios jurídicos que permiten la calificación de un aeropuerto como de interés general permite introducir una última consideración que, ciertamente está fuera de las tendencias cooperativas que ahora reseñamos, pero que es necesario recordar. En la actualidad, la calificación como aeropuertos de interés general depende de la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes: a) Que, por la importancia de su tráfico, se integren en la red transeuropea de aeropuertos como componentes internacionales o comunitarios de la misma; b) Aquéllos cuya gestión conjunta resulte necesaria para garantizar el correcto funcionamiento de la red común de transporte en todo el territorio del Estado; c) Los que puedan incidir sustancialmente en la ordenación del tránsito aéreo, la estructura del espacio aéreo y el control del mismo; d) Que sean de interés para la defensa nacional; y e) Que constituyan la parte civil de los aeródromos de utilización conjunta civil y militar. Pues bien, cualquier aeropuerto que no cumpla o que deje de cumplir estos criterios, dejará de tener la calificación de aeropuerto de interés general, de modo que la Administración competente para su gestión serán las CCAA que hayan recogido en sus Estatutos las competencias en materia de gestión de aeropuertos de acuerdo con el art. 148.1.6ª de la Constitución Española.

²⁴ Aquí se ha de reconocer que esta participación autonómica poco tiene que ver con la liberalización del sector, sino más bien con el respeto de las competencias autonómicas sobre las infraestructuras de interés autonómico.

porque pone de relieve que esta cooperación integrada en el seno de procesos de toma de decisiones tiene direcciones diversas. En un caso, en el de la definición de la Red Ferroviaria de Interés General, asistimos a procesos de toma de decisiones iniciados por la propia Administración General del Estado en los que, en los casos que luego se dirá, se puede solicitar de las CCAA que adopten una decisión que puede condicionar la decisión en sede estatal. Es decir, nos encontramos, siguiendo el paralelismo que hemos manejado anteriormente con la Administración del espacio administrativo europeo, más que ante un procedimiento *top-down*, pues el procedimiento abierto por la Administración estatal no culmina con la decisión autonómica, ante un proceso de toma de decisiones en el que el Estado no puede adoptar una decisión sin que las CCAA se pronuncie previamente al respecto de forma vinculante.

En el segundo caso, declaración de interés público, nos encontramos ante procesos de toma de decisiones que son iniciados a instancia de las CCAA, pero cuya decisión final compete a la Administración del Estado. Siguiendo con el paralelismo propuesto anteriormente, podríamos decir que aquí nos hallamos ante un proceso de toma de decisiones parecido a los procedimientos *bottom-up* definidos en el seno del ordenamiento europeo, ya que antes de solicitar aquella declaración de interés público, la Comunidad Autónoma deberá haber tramitado la solicitud de esa declaración en las condiciones que luego se dirán, para luego instar a la Administración del Estado a que proceda a la declaración de interés público mediante la tramitación del procedimiento correspondiente.

Sin perjuicio de los matices, se pueden encontrar similitudes claras con los procedimientos *top-down* y *bottom-up* identificados en el seno de las decisiones administrativas del espacio administrativo europeo. Probablemente la más importante es que la distribución en fases procedimentales multinivel mantiene una estructura unitaria, de modo que puede decirse que estamos ante un proceso de toma de decisiones único y complejo. Asistimos a la combinación de procedimientos (hacia abajo o hacia arriba) que conforman una unidad compleja, mediante la previsión de trámites y procedimientos vinculados por su resultado, pero formalmente separados en su tramitación. Por esta razón, al referirnos a estos ejemplos hemos utilizado la noción de “proceso de toma de decisiones” que, sin perjuicio de poder englobar procedimientos administrativos en sentido estricto, acoge fórmulas decisionales más amplias que incorporan soluciones flexibles y compuestas como las descritas.

i) Recientemente, la STC 245/2012 se ha pronunciado sobre la delimitación de la competencia estatal para la definición de la Red Ferroviaria de Interés General. Con anterioridad, ya en la STC 118/1996, donde fue abordada la impugnación de un precepto de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), que regulaba la red nacional integrada de transporte ferroviario, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la cuestión que ahora nos interesa. Por entonces señaló el Tribunal que “*no hay nada que objetar, desde el punto de vista del reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma, al hecho de que el Estado establezca y regule una Red Nacional integrada por líneas y servicios ferroviarios de transporte público. Para tal cometido le habilita el art. 149.1.21 CE, por cuanto le reserva la competencia exclusiva sobre los ferrocarriles que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma como, por definición, ocurre con una Red Nacional ferroviaria*”. Sin embargo, el dato más importante viene después, cuando el Tribunal señala que “*resulta contrario al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en materia de ferrocarriles, imponer unilateralmente, sin contar con el acuerdo previo de la Comunidad Autónoma afectada, la integración a la red nacional integrada de transporte ferroviario de líneas y servicios que transcurran íntegra y exclusivamente por el territorio de la Comunidad Autónoma, ya que, de acuerdo con el art. 148.1.5 CE y 9.15 del EAC, estos ferrocarriles son de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma*”; y añadía, y he aquí el elemento clave a recalcar, que el precepto de la LOTT impugnado “*no respeta el orden de competencias constitucional y estatutario, por cuanto exige sólo un informe previo de la Comunidad*

Autónoma y no el acuerdo favorable de ésta en lo referente a líneas y servicios que discurren íntegramente por su territorio”.

La citada STC 245/2012 vuelve a pronunciarse sobre un asunto similar. En esta ocasión, el precepto impugnado de la Ley del Sector Ferroviario supeditaba la potestad del Gobierno de incluir nuevos recorridos íntegramente comprendidos en el territorio de una Comunidad Autónoma en la red nacional, al acuerdo favorable de la Comunidad Autónoma correspondiente, ahora bien, “salvo que la incorporación se justifique en intereses superiores constitucionalmente garantizados”. Pues bien, el Tribunal Constitucional llega a la misma conclusión que ya llegara en la STC 118/1996, “*tratándose de una cláusula genérica, que no concreta a qué tipo de intereses superiores se refiere, no resulta posible determinar si la excepción al necesario acuerdo previo de la Comunidad Autónoma titular de la línea de ferrocarril de cuya incorporación a la red nacional integrada de transporte ferroviario se trata es o no contraria a las competencias de la Comunidad Autónoma recurrente*”.

La interpretación del Derecho vigente, así como los posteriores cambios normativos habidos, deben partir de la doctrina constitucional recién transcrita. La redacción del art. 4.2 de la Ley del Sector Ferroviario establece lo siguiente:

“Corresponde al Ministro de Fomento acordar, en cada momento, la inclusión, en la Red Ferroviaria de Interés General, de nuevas infraestructuras ferroviarias cuando razones de interés general así lo justifiquen, previo informe de las comunidades autónomas afectadas.

Si la infraestructura ferroviaria que se pretenda incluir en la Red Ferroviaria de Interés General discurriera, íntegramente, por el territorio de una sola Comunidad Autónoma y sin conexión con el resto de la Red, será necesario para tal inclusión su previo consentimiento.”

Partiendo del art. 4.2 de la Ley del Sector Ferroviario, la Disposición Adicional 9ª de la misma Ley, fue modificada por Ley 11/2013, de 26 de julio, donde se regula el establecimiento del Catálogo de Líneas y Tramos de la Red Ferroviaria de Interés General. Su nueva redacción debe ser entendida a la luz del art. 4.2, para que sea ajustada a la doctrina constitucional:

“En el plazo de seis meses, el Ministerio de Fomento establecerá el «Catálogo de Líneas y Tramos de la Red Ferroviaria de Interés General» conforme a los criterios establecidos en el artículo 4 de la Ley del Sector Ferroviario. En dicho catálogo se relacionarán las líneas y tramos conforme a un código oficial, asignado por la Dirección General de Ferrocarriles, y expresarán su origen y destino y una breve referencia a sus características técnicas (...).

En todo caso, para la determinación del referido catálogo, o de sus modificaciones, deberán ser oídas las Comunidades Autónomas por las que atraviesen, o en su caso comprendan totalmente en su territorio, las correspondientes líneas o tramos ferroviarios.”

Así pues, la decisión del Ministerio de Fomento en la aprobación (o modificación) del Catálogo de Líneas y Tramos de la Red Ferroviaria de Interés General pasa, en los casos comentados, por una decisión previa de las CCAA. Lo que en un principio es concebido como una consulta preceptiva, se transforma en una consulta vinculante en el supuesto previsto en el art. 4.2.II. Decisión que, en su caso, requerirá ser adoptada siguiendo el correspondiente procedimiento en sede autonómica. En conclusión, varios procedimientos y varias decisiones de Administraciones distintas, que confluyen en un único proceso decisonal compuesto.

ii) El segundo ejemplo de procesos decisionales en los que el Estado incorpora a las CCAA tiene que ver, como ya hemos anticipado, con la declaración de interés público de la prestación de servicios ferroviarios de transporte de viajeros. Según el art. 53.1 de la Ley del Sector Ferroviario, el Consejo de Ministros, de oficio o a instancia de las CCAA o corporaciones locales, goza de la competencia para declarar de interés público la prestación de determinados servicios de transporte ferroviario sobre las líneas o los tramos que integran la RFI cuando dicha prestación resulte deficitaria o no se produzca en las adecuadas condiciones de frecuencia y calidad, y sea necesaria para garantizar la comunicación entre distintas localidades del territorio español. Declarada de interés público la prestación de un determinado servicio de transporte ferroviario, las empresas ferroviarias únicamente podrán prestarlo previa obtención de la correspondiente autorización otorgada por el Ministerio de Fomento. También aquí se prevé un proceso de toma de decisiones complejo y reducido a la unidad con la imposición, además, de un requisito determinante a las CCAA interesadas, ya que según el art. 53.1.II, “en caso de que la declaración de interés público se realice a instancia de las Comunidades Autónomas o de las corporaciones locales, éstas serán responsables de su financiación”.

3. Efectos de la liberalización en la gobernanza de los sectores del transporte.

3.1. Estado de la cuestión del proceso liberalizador.

La ordenación de los aspectos organizativo-institucionales adquiere una relevancia determinante para hacer una valoración adecuada del estado de la liberalización en el sector del transporte en España. Esto es así porque las soluciones “infraestructurales” son determinantes para alcanzar los objetivos liberalizadores y, en este sentido, para garantizar la coherencia entre cómo se logran (o no) esas metas de apertura al mercado y los principios y objetivos que gobiernan la actuación administrativa. El ejemplo español es una magnífica muestra de cómo una declaración legislativa favorable a la apertura de mercados no tiene por qué corresponderse en la práctica con una verdadera liberalización. De hecho, en el sector del transporte asistimos a varios ejemplos de cómo la programación institucional de la Administración y, de forma más general, del sector público estatal, se encuentra realmente desconectada de aquellos objetivos de tipo material. Esto sólo puede significar dos cosas: o bien que la programación organizativo-procedimental es inadecuada para lograr los objetivos establecidos, o bien que en realidad se pretendían lograr otros distintos.

3.1.1. El proceso de liberalización en los servicios de transporte.

El estado del proceso de liberalización en el sector del transporte podría ser valorado bipolarmente. Por un lado, a pesar de los vaivenes y las indecisiones del legislador, puede afirmarse que la legislación sectorial cumple con la normativa europea en torno a las obligaciones de apertura de los distintos mercados. Para ser exactos, se podría decir sintéticamente y en términos generales que el cuadro programático del proceso liberalizador es respetuoso con el Derecho Europeo²⁵. Sin embargo, una valoración distinta merece esa misma normativa cuando se desciende al detalle, ya que el traslado a la práctica de esas previsiones legales no ha dado lugar a una liberalización real en todos los sectores, hasta el punto de que en alguno de ellos todavía puede hablarse del mantenimiento de un monopolio “*de facto*”.

La disparidad en la intensidad de la liberalización del sector tiene mucho que ver con el estado de la estandarización técnico-normativa del sector previamente a la iniciación del proceso en el seno del

²⁵ Lo que no quiere decir que en ese camino no haya habido obstáculos. En este sentido, pueden entenderse los incumplimientos declarados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia ferroviaria [STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-483/10, Comisión c. España)] o en materia portuaria y transporte marítimo [las SSTJUE de 4 de febrero de 2010 (C-18/09, Comisión c. España) y de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13, Comisión c. España)].

ordenamiento europeo. Allí, como en los sectores aéreo y marítimo, con una fuerte armonización en esas facetas, la liberalización real ha sido mayor, en la medida en que esos elementos no han operado como barreras de entrada. En segundo lugar, y en estrecha relación con lo recién señalado, el Derecho español sí que ha matizado las obligaciones de liberalización en los sectores con una heterogeneidad importante en los aspectos técnicos y normativos, en la medida en que las barreras de entrada podrían impedir o disuadir el acceso de nuevos operadores en el mercado y, por ello, afectar a la prestación del servicio²⁶.

Así pues, se puede afirmar que el ordenamiento jurídico español se mueve, según sectores, en el rango entre la competencia en el mercado y la plena liberalización, la competencia por el mercado o la adjudicación de derechos exclusivos en concurrencia, para llegar a la ausencia de competencia con adjudicación directa de la prestación del servicio.

i) Comenzando con el transporte aéreo y marítimo, puede decirse que la prestación del servicio de transporte de viajeros y mercancías está plenamente liberalizada. En ambos sectores las “empresas de bandera” estatales fueron privatizadas con procesos que comenzaron en 2001²⁷. La privatización se llevó a cabo a pesar de la resistencia inicial del Gobierno español, quien mantuvo ciertos mecanismos de control en virtud de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, sobre Régimen Jurídico de Participaciones Públicas en Determinadas Empresas, como la conocida como “acción de oro”, que imponía el acuerdo previo del Consejo de Ministros para la toma de determinadas decisiones estratégicas, luego declarada incompatible con el Derecho Europeo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁸.

En el ámbito del transporte aéreo, con el tercer paquete de medidas incorporadas a los tres Reglamentos comunitarios de 1992 (el 2407, 2408 y 2409, de 23 de julio) cualquier compañía (europea) puede ofrecer una ruta doméstica en España, como en cualquier Estado miembro, aunque no sea el suyo propio. La

²⁶ El ejemplo paradigmático es el transporte por ferrocarril (con distinto ancho de vía que en el resto de Europa, especialidades en las instalaciones de servicio, de señalización, etc.). Aquí, la legislación española, tras las grandes declaraciones de liberalización, ha favorecido el mantenimiento de fuertes reticencias a la apertura de los mercados, garantizando la prestación por el operador público. En otros casos, como el transporte por carretera, el problema ha sido las características del mercado y la existencia de una oferta muy atomizada y específica. De ahí las excepciones a la liberalización que habilita el Reglamento (CE) nº 1370/2007, que han sido el soporte para la no apertura de mercados como el transporte regular por carretera, pero también el transporte ferroviario de viajeros. Téngase en cuenta que el Reglamento reconoce que numerosos servicios de transporte terrestre de viajeros “constituyen una necesidad en términos de interés económico general” y que “no presentan posibilidades de explotación comercial”. Por este motivo, “las autoridades competentes de los Estados miembros deben tener la facultad de intervenir para asegurar la prestación de esos servicios”, mediante “la adjudicación de derechos exclusivos a los operadores de servicio público, la concesión de una compensación financiera a los mismos y el establecimiento de reglas generales de explotación de los transportes públicos aplicables a todos los operadores”.

²⁷ Transmediterránea es parte ahora del grupo Acciona e IBERIA forma parte del grupo British Airways.

²⁸ El Tribunal de Luxemburgo, del mismo modo que había declarado en otros casos conflictivos, resolvió el recurso presentado contra el Reino de España en la Sentencia de 13 de mayo de 2003 y recordó que los Estados miembros pueden establecer alguna limitación a la libre circulación de capitales, pero siempre que justifiquen razones de orden público, seguridad pública, salud pública y con escrupuloso respeto al principio de proporcionalidad. En la Sentencia, el Tribunal analizó las diversas restricciones establecidas en la Ley española para concluir que debía modificarse y precisar en qué casos debía mantener algún control administrativo, preferentemente un control posterior en lugar de previo. La última Ley de acompañamiento de 30 de diciembre de 2003 contenía una larguísima disposición adicional que establecía la nueva regulación de la acción de oro en las antiguas empresas públicas y que afectaba también a IBERIA, en concreto. En concreto, quedaron sujetos a este nuevo régimen hasta el día 3 de abril de 2006, la sustitución del objeto social, la enajenación o gravamen de activos que afectase de manera sustancial a la capacidad de transporte aéreo, los acuerdos de disolución, fusión y escisión, así como las transmisiones que supusieran una participación social del diez por ciento que no tuviesen mero carácter financiero.

competencia en el sector es razonable, hasta el punto de que el fenómeno de las compañías *low cost* ha llevado a desbancar a IBERIA como líder del mercado

Asimismo, en el ámbito del transporte marítimo ya están liberalizadas las líneas regulares de cabotaje (de viajeros y mercancías), tanto de cabotaje continental (entre puertos de la península, sin escalas en islas), como insular (entre puertos peninsulares y no peninsulares, o entre éstos últimos, entre sí), en virtud de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en cuya elaboración ya se tuvo en cuenta la conocida por entonces preparación del Reglamento 3577/92, de 7 de diciembre, que imponía el principio de libre prestación de estos servicios. Ahora bien, las propias características del sector fomentan una tendencial concentración y centralización de los agentes económicos sectoriales, ya sea bajo formas de *consortium*, alianzas o de partenariados estratégicos, motivado tanto por la estandarización de normas, como por la homogeneización de servicios o la búsqueda de economías de escala. Para incidir en esos procesos, recientemente, por Ley la 14/2014, de 24 de julio, se ha derogado el art. 261 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante donde se preveían las “conferencias marítimas”²⁹.

ii) En los sectores del transporte terrestre, concurre un proceso de liberalización desigual al albur tanto de las reiteradas rectificaciones legales, como bajo el paraguas del ya citado Reglamento 1370/2007.

En lo respectivo al transporte por carretera, se ha de señalar que aquí también el Estado procedió a privatizar la Empresa nacional de transportes por carretera, constituida en 1988 para diferenciar la gestión por carretera de los servicios de transporte por ferrocarril, que se transformó años después en una sociedad anónima, ENATCAR, para promover su privatización. Actualmente forma parte del Grupo ALSA.

Por lo que se refiere al régimen jurídico vigente, el 25 de julio de 2013 entró en vigor la reforma de la LOTT que se ha llevado a cabo mediante Ley 9/2013, de 4 de julio. La finalidad declarada de las modificaciones introducidas en la LOTT no es otra que la de adaptar la norma a los cambios operados en el mercado de los transportes terrestres y, principalmente, adecuar nuestra normativa interna a las disposiciones comunitarias en materia de transporte, en particular, a los Reglamentos 1370/2007, 1071/2009, 1072/2009 y 1073/2009 y, en materia de responsabilidad de los transportistas de viajeros, al Reglamento 181/2011.

La nueva regulación de los transportes públicos de viajeros prescinde de la modalidad del transporte regular de carácter temporal (sin perjuicio del mantenimiento de las autorizaciones vigentes, hasta la fecha de su extinción). Quedan simplificadas, de esta forma, las distintas modalidades de transporte público de viajeros, en línea con lo dispuesto en el Reglamento 1073/2009, reconociéndose las siguientes: a) El transporte regular de uso general; b) El transporte regular de uso especial; y c) El transporte discrecional. Todas esas actividades (también el transporte de mercancías) están sujetas a la obtención de una autorización administrativa de transporte público, cuyo otorgamiento es de carácter reglado.

Lo más importante, sin embargo, es que el transporte público regular de viajeros de uso general goza todavía de la consideración de servicio público titularidad de la Administración. El art. 71 de la LOTT declara que los transportes públicos regulares de viajeros de uso general, es decir, aquellos que van

²⁹ Es decir, la conformación de grupos constituidos por dos o más empresas navieras que efectúan navegaciones de línea regular de cabotaje, exterior o extranacional en una o varias rutas particulares, dentro de determinados límites geográficos, y que han concertado un acuerdo, cualquiera que sea su naturaleza, dentro de cuyo marco actúan ateniéndose a unos fletes uniformes o comunes o a cualesquiera otras condiciones en lo que respecta a la navegación.

dirigidos a satisfacer una demanda general, siendo utilizables por cualquier interesado, “tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración”. Por ello, excepto cuando la Administración opte por la gestión directa (art. 71.II), la prestación se realizará por aquella empresa, titular de una autorización de transporte público de viajeros, a la que se adjudique el correspondiente contrato de gestión que, con carácter general, se adjudicará mediante procedimiento abierto (art. 73.1 de la LOTT).

Por tanto, se puede distinguir en este sector un ámbito en el que la competencia en el mercado es real: 1º) El transporte de viajeros regular especial, esto es, los sujetos a calendarios y horarios prefijados, pero destinados a servir, exclusivamente, a un grupo específico de usuarios tales como escolares, trabajadores, militares, o grupos homogéneos similares; y 2º) El transporte discrecional, es decir, no sujetos a itinerario, calendario ni horario preestablecido y en el que, en todo caso, se integran el transporte de mercancías. Asimismo, y por el contrario, se mantiene un ámbito en el que la competencia por el mercado se establece en el marco del Reglamento 1370/2007: el transporte público regular de viajeros de uso general. No obstante, la regulación de los procedimientos de adjudicación de estas licitaciones incorporan un criterio distorsionador. En todo caso, se establece un derecho preferente de adjudicación a favor del oferente anterior titular del contrato que se licita, siempre que hubiese cumplido satisfactoriamente el contrato y que la valoración atribuida a su oferta sea, al menos, igual a la mejor de las demás que hubiesen sido presentadas.

Pasando al transporte ferroviario, éste merece una reflexión aparte. Salvo por lo que se refiere al transporte de mercancías, la Ley del Sector Ferroviario no estableció fecha alguna para la liberalización del transporte de viajeros en sus diferentes “versiones”. Se han necesitado sucesivas normas con rango de Ley para depurar esta cuestión, en otro ejemplo de cómo la programación normativa, en este caso, puramente cronológica, exige un esfuerzo interpretativo desproporcionado e incompatible con el objetivo de apertura del mercado.

A grandes rasgos se puede decir que hoy en día se encuentran liberalizados todos los servicios de transporte de mercancías y viajeros, salvo aquellos sujetos a obligaciones de servicio público (cercanías y media distancia). Ahora bien, la aparente liberalización esconde limitaciones importantes a una verdadera apertura. Primero, en los ámbitos liberalizados se mantienen de barreras de entrada mediante la previsión de las conocidas como “cláusulas del abuelo” que favorecen transitoriamente (si no de forma definitiva) al operador incumbente, RENFE-Operadora, en la medida en que la Ley le habilita a seguir prestando todos y los mismos servicios que prestaba antes de la apertura del mercado y en condiciones más ventajosas que sus eventuales competidores. Es más, en servicios que no pueden ser declarados de interés público a efectos de su sometimiento a obligaciones de servicio público, como algunas líneas de alta velocidad (AVE), por el momento la única previsión ha sido un procedimiento transitorio que sustituye la competencia en el mercado declarada legalmente, por una reducidísima competencia por el mercado³⁰. Segundo, el recurso a la declaración de interés público y sometimiento a obligaciones de servicio público a todos los servicios de cercanías y media distancia que siguen siendo operados por RENFE-Operadora. En estas condiciones es lógico que muchos críticos afirmen que en el sector ferroviario pervive un monopolio “*de facto*”.

³⁰ El Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de junio de 2014, acordó iniciar el proceso de liberalización para la prestación de servicios de AVE en el corredor Levante, licitando un único título habilitante. El título habilitante se concederá a través de un procedimiento público de licitación y el operador que resulte adjudicatario podrá prestar servicios en dicho corredor, en competencia con RENFE-Operadora, durante un plazo de siete años.

Una iniciativa bien valorada en favor de la apertura del mercado ha sido la estructuración de RENFE-Operadora como un *holding* encabezado por RENFE-Operadora como Entidad Pública Empresarial del Estado, en cuyo seno se incorporan cuatro sociedades mercantiles correspondientes con la unidad de negocio o área operativa de RENFE-Operadora, como paso previo a una eventual privatización. Ahora bien, la sola separación estructural no evita que RENFE-Operadora, en tanto que titular de las empresas prestadoras de estos servicios, pueda llevar a cabo comportamientos tendentes a obstaculizar la entrada de potenciales competidores. Por este motivo, es necesario un marco de obligaciones *ex ante* que contrarresten las ventajas con que cuenta RENFE-Operadora. En definitiva, la clave estará tanto en la eliminación de las ventajas que el ordenamiento otorga *ex lege* a RENFE-Operadora y sus sociedades, como en la censura de prácticas colusorias.

3.1.2. La liberalización en los servicios vinculados, pero distintos al servicio de transporte.

La prestación del servicio de transporte depende de una serie de servicios íntimamente ligados a la prestación del servicio de transporte, pero que son actividades diferentes. Ese vínculo entre la prestación del servicio de transporte y esas otras actividades prestacionales se concreta en una relación que puede ir desde la dependencia (sin la prestación de esos servicios no es posible la prestación del servicio de transporte), la facilitación o el complemento y la mejora cualitativa. Nos estamos refiriendo, además, a servicios que se prestan, por lo general, en las instalaciones o infraestructuras que acogen la prestación del transporte, y no en el vehículo, aeronave o barco en el que se transportan personas o mercancías. La liberalización de estos servicios es bastante casuística y va desde la total liberalización y la competencia en el mercado, a la convocatoria de licitaciones públicas con limitación de acceso al mercado, al mantenimiento de la prestación en manos públicas:

i) Comenzando con el transporte aéreo, en los últimos años, se han liberalizado servicios complementarios, como los llamados servicios en tierra (*handling*). La transposición al Derecho interno de las obligaciones liberalizadoras derivadas del Derecho Europeo se llevó a cabo, primero, a través de la Disposición Adicional 40ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y del Real Decreto 1161/1999, de 2 de julio, modificado más tarde mediante Real Decreto 99/2002, de 25 de enero. Estas normas han obligado de forma inexcusable a las autoridades aeroportuarias a dar entrada a agentes de asistencia en tierra en los aeropuertos de interés general, previa selección a través de las correspondientes convocatorias de licitaciones, con el fin de garantizar a los usuarios libertad de elección entre dos o más de dichos agentes.

Esto implica la posibilidad de la gestión y explotación en régimen de competencia del conjunto de los servicios de asistencia en tierra que comprenden, según el Anexo del Real Decreto 1161/1999, la asistencia administrativa en tierra (reconocimiento en tránsito, documentos de navegación y plan de vuelo, etc.) y la supervisión, la asistencia a pasajeros, equipajes, carga y correo (venta de billetes, facturación, embarque y desembarque, recogida de equipajes, tránsitos, reclamaciones, etc.), a operaciones en pista, limpieza y servicio de las aeronaves (carga y descarga del pasaje y del equipaje, maniobras de muelles, escaleras móviles, plataformas y elevadores, vehículos de pista,...), la asistencia de combustible y lubricante, al mantenimiento en línea, a operaciones de vuelo y administración de la tripulación, la asistencia de transporte de superficie y, por último, la de mayordomía o *catering*, entre otros. Según el art. 9 del Real Decreto 1161/1999 la prestación de servicios de asistencia en tierra por un

agente o de auto asistencia por un usuario solamente requiere la previa obtención de una autorización para cada uno de los aeropuertos de interés general³¹.

ii) En el ámbito portuario, el art. 104.1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado prevé que la actividad portuaria se desarrolle en un marco de libre acceso y competencia entre operadores, correspondiendo la promoción de este régimen de competencia a Puertos del Estado, en el conjunto del sistema portuario, y a las distintas Autoridades Portuarias, en sus propios ámbitos territoriales y funcionales.

Los servicios que se prestan en los puertos de interés general se clasifican, según el art. 104.3, en servicios generales, servicios portuarios, servicios comerciales y servicio de señalización marítima. Los servicios generales y los de señalización son prestados por la Autoridad Portuaria. Los primeros son aquellos de los que se benefician los usuarios sin que medie solicitud de prestación y aquellos otros que resulten necesarios para el cumplimiento, por parte de las Autoridades Portuarias, de las funciones que tienen encomendadas (art. 106). Por su parte, el servicio de señalización marítima tiene como objeto la instalación, mantenimiento, control e inspección de dispositivos visuales, acústicos, electrónicos o radioeléctricos, activos o pasivos, destinados a mejorar la seguridad de la navegación y los movimientos de los buques en el litoral y, en su caso, confirmar la posición de los buques en navegación (art. 137). Los servicios comerciales son aquellas actividades de prestación de naturaleza comercial que, no teniendo el carácter de servicio portuario, estén vinculadas a la actividad portuaria (art. 138), incluidas actividades industriales, comerciales o de servicios. Según el art. 139.1, son prestados en régimen de concurrencia, para lo cual los organismos públicos portuarios adoptarán medidas encaminadas a promover la competencia en la prestación de los mismos. La prestación de estos servicios comerciales está sujeta a la obtención de autorización de la Autoridad Portuaria.

Finalmente, los servicios portuarios son realmente aquellos en los que se produce un proceso de liberalización vinculado directamente a la prestación de servicio de transporte. Según el art. 108, tienen esta calificación aquellas actividades de prestación que, siendo desarrolladas en el ámbito territorial de las Autoridades Portuarias, resultan necesarias para la explotación de los puertos y están dirigidas a conseguir que las operaciones de tráfico marítimo se realicen en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación. Se consideran como tales: a) Los servicios técnico-náuticos (servicio de practica, servicio de remolque portuario y servicio de amarre y desamarre); b) El servicio al pasaje (que incluye el embarque y desembarque de pasajeros, así como la carga y descarga de equipajes y vehículos en régimen de pasaje); c) Los servicios de recepción de desechos generados por buques; y d) El servicio de manipulación de mercancías (que consiste en la carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y trasbordo de mercancías)³². La prestación de estos corresponde a

³¹ Tratamiento distinto tiene la selección de los agentes de asistencia en tierra para los servicios de rampa, ya que ésta queda sujeta a previa licitación (art. 14) en los aeropuertos cuyo tráfico anual sea superior a un millón de pasajeros o a 25.000 toneladas de carga transportada por avión, en la medida de que en estos casos, según el art. 4.2 el número de agentes de asistencia en tierra que podrán prestar las categorías de servicios de rampa quedará limitado a dos por categoría de servicio.

³² Debemos recordar que la STJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13, Comisión c. España), en virtud de la cual se declaró el incumplimiento de España de las obligaciones impuestas por el art. 49 del TFUE, al imponer a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general tanto la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta, por un lado, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado.

la iniciativa privada en un marco del libre competencia, si bien su prestación está condicionada a la obtención de la correspondiente licencia otorgada al efecto por la Autoridad Portuaria (art. 109).

iii) Por lo que se refiere al transporte por carretera, los arts. 119 y ss. de la LOTT regulan las actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera. Aquí nos interesan especialmente las actividades de mediación y las estaciones de transporte. El art. 119 de la LOTT establece que las primeras son aquellas en las que se intermedia en la contratación de transportes de mercancías por carretera, ya sea en concepto de agencia de transporte, transitario, almacenista-distribuidor, operador logístico o cualquier otro. Esta actividad sólo requiere la obtención de la autorización de operador de transporte.

En cuanto a las estaciones de transporte, el art. 127 establece que tienen por objeto concentrar las salidas, llegadas y tránsitos a las poblaciones de los vehículos de transporte público, prestando o facilitando el desarrollo de servicios preparatorios y complementarios del transporte a usuarios y transportistas. Con base en el art. 128, la el establecimiento de estas estaciones y centros de transporte está sujeto al cumplimiento de las condiciones que, por razones de índole urbanística, fiscal, social y laboral o de seguridad ciudadana o vial, vengan impuestas, al efecto, por la legislación reguladora de tales materias.

iv) Finalmente, por lo que se refiere al transporte ferroviario, la Ley del Sector Ferroviario clasifica estos servicios en tres categorías: adicionales (aprovisionamiento de combustible, electrificación para la tracción, formación de trenes, mantenimiento y otras instalaciones técnicas, así como las terminales de carga), complementarios (corriente de tracción, suministro de combustible, precalentamiento de trenes de viajeros, maniobras y cualquier otro relacionado con las operaciones sobre el material ferroviario prestado en las instalaciones de mantenimiento, reparación, suministro y terminales de carga y estaciones de clasificación, así como los específicos para control del transporte de mercancías peligrosas y para la asistencia a la circulación de convoyes especiales) y auxiliares (acceso a la red de telecomunicación, suministro de información complementaria e inspección técnica del material rodante).

En cuanto a los servicios adicionales, la prestación de estos servicios está asignada en exclusiva a los administradores de infraestructuras. El art. 40.2 de la Ley del Sector Ferroviario dispone que “la prestación de los servicios adicionales en la Red Ferroviaria de Interés General y sus zonas de servicio ferroviario será realizada siempre por el administrador de infraestructuras ferroviarias”. Lo llamativo es que la redacción vigente modificó la original, eliminando la apertura al mercado en la prestación de servicios adicionales.

Pasando a los servicios complementarios, según el art. 40.3 de la Ley del Sector Ferroviario, su prestación en la Red Ferroviaria de Interés General y en las áreas de las zonas de servicio ferroviario administradas por el administrador de infraestructuras ferroviarias, “se efectuará en régimen de Derecho privado” y podrá ser realizada: a) Por el administrador de infraestructuras ferroviarias por sus propios medios o mediante gestión indirecta, esto es, a través de empresas contratistas seleccionadas conforme a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y en los supuestos que ésta no sea de aplicación, conforme al ordenamiento jurídico privado con observancia de los principios de publicidad y concurrencia; b) Directamente, a su riesgo y ventura, por empresas prestadoras provistas del preceptivo título habilitante otorgado por el administrador de infraestructuras ferroviarias. Los referidos servicios complementarios serán de prestación obligatoria a solicitud de las empresas ferroviarias y otros candidatos, con aplicación de los principios de igualdad de trato, transparencia y no discriminación; y c) Auto-prestación por las empresas ferroviarias y los candidatos titulares de material rodante, siempre

que hayan suscrito con el administrador de infraestructuras ferroviarias el correspondiente acuerdo o contrato sobre disponibilidad de espacios y, en su caso, de instalaciones o medios que sean solicitados por la empresa ferroviaria o candidato. La auto-prestación podrá realizarse directamente o a través de contrato con terceros.

Finalmente, y respecto de los servicios auxiliares, el art. 40.4 de la Ley del Sector Ferroviario regula su prestación indicando que, en la Red Ferroviaria de Interés General y las áreas de sus zonas de servicio administradas por el administrador de infraestructuras ferroviarias, se efectuará en régimen de Derecho Privado, sin que sea precisa autorización previa alguna de la administración ferroviaria y sin que sea obligatoria dicha prestación. En todo caso la empresa prestadora deberá haber suscrito con el administrador de infraestructuras ferroviarias el correspondiente acuerdo o contrato sobre disponibilidad de espacios. Asimismo, las empresas ferroviarias y otros candidatos titulares de material rodante podrán realizar estos servicios en régimen de auto-prestación, directamente o a través de terceros, siempre que hayan suscrito con el administrador de infraestructuras ferroviarias el correspondiente acuerdo o contrato sobre disponibilidad de espacios y, en su caso, de las instalaciones o medios cuya utilización le hubieran solicitado. Por último, también el administrador de infraestructuras podrá prestar en cualquier caso los servicios auxiliares.

3.2. Consecuencias estructurales u organizativo-institucionales en los sectores liberalizados.

3.2.1. Frente a los aspectos centrífugos de las cesiones de competencias hacia las Comunidades Autónomas, la regla general sigue siendo una centralización difusa y diseminada en un elevado número de órganos, entidades instrumentales y sociedades mercantiles públicas.

Hasta el momento, en esta segunda parte de este estudio, nos hemos detenido en el estado del proceso de liberalización en el sector del transporte. Junto a sectores ampliamente liberalizados, hemos puesto de manifiesto la existencia de otros, como el ferroviario, donde el mantenimiento de monopolios “*de facto*” es una realidad, debido a que la liberalización “*de iure*” no ha permitido atajar la importancia en el sector del operador público incumbente. Por otro lado, respecto a los que podríamos denominar de forma genérica servicios vinculados, la liberalización también ha sido bastante desigual. Avanzando en nuestra exposición, ahora nos interesa atender al modo en que los procesos liberalizadores han afectado a la estructura organizativo-administrativa en el sector del transporte. Esta aproximación de corte institucional al sector público permitirá entender algunas de las limitaciones recién reiteradas en el proceso de apertura de mercados, pero también mostrará ámbitos en los que la liberalización ha ido más lejos de lo que las obligaciones derivadas del Derecho Europeo exigían.

Antes de entrar en estas consideraciones, es necesario reiterar que, a pesar de las prácticas centrífugas de cesión competencial analizadas con anterioridad, lo cierto es que la realidad del sector se caracteriza por una centralización con algunos tintes de tipo cooperativo, pero sobre todo de tipo difuso, pues no cabe hablar de una centralización monolítica de tipo departamental y burocrática, sino más bien dispersa en un elevado número de órganos, entidades instrumentales y sociedades mercantiles públicas.

3.2.2. Elementos estructurales caracterizadores del sector del transporte.

1) Descentralización/desconcentración instrumental en entidades públicas, mercantilización de la Administración y privatización para la administración y gestión de infraestructuras y/o gestión de tráfico y tránsito.

Una característica casi unánime en todos los sectores del transporte es el recurso a organizaciones instrumentales para la gestión de las infraestructuras y/o la gestión de los tráficos, dotándoles de un estatus jurídico de separación jurídica respecto de los operadores que prestan el servicio. Cosa bien distinta es que esa separación vertical esté acompañada de la independencia funcional que en muchos casos exige el Derecho Europeo. Aquí son dos las cuestiones clave a abordar para entender esta premisa: 1^a) La adscripción y dependencia organizativa común de todas esas entidades públicas al Ministerio de Fomento; 2^a) La distinción entre las soluciones organizativas adoptadas para la administración y gestión de las infraestructuras, frente a la gestión de tráficos y tránsito de operadores.

i) La adscripción y dependencia organizativa del Ministerio de Fomento.

Todos los organismos públicos creados y todas las sociedades mercantiles constituidas en el sector del transporte dependen en el plano organizativo del Ministerio de Fomento. Esa adscripción y dependencia suele ser directa, o bien indirecta a través de uno de esos organismos públicos dependientes directamente³³. Este dato tiene cierta relevancia por lo que hace a varios aspectos. El primero, porque en muchos casos los organismos y sociedades estatales quedan condicionados en su actividad por la existencia de una tutela (variable) por parte del Ministerio matriz. Ese control ministerial tiene lugar tanto si el organismo público es constituido como una Entidad Pública Empresarial (ADIF, ADIF-Alta Velocidad, ENAIRE), o bien como entidades públicas con régimen jurídico peculiar (Puertos del Estado y Autoridades Portuarias), o bien como sociedades mercantiles de capital íntegro o mayoritario del Estado (las sociedades del grupo RENFE-Operadora y Aena, S.A.³⁴).

En el caso de los organismos públicos, esa tutela no es desde luego una tutela jerárquica, pues no se pone en tela de juicio la autonomía de esas entidades, pero sí material, es decir, y salvando los evidentes matices que el distinto régimen jurídico de cada entidad exigiría, en el sometimiento a instrucciones, directrices, control e inspección, lo que permite afirmar que la relación jurídica que les vincula con la Administración General del Estado, aunque habitualmente se haya denominado como “descentralización instrumental o funcional”, está más cerca del régimen jurídico de la desconcentración/delegación. Dicho con otras palabras, asistamos a relaciones con personas jurídico-públicas que no necesariamente pueden ser calificadas como relaciones jurídicas de descentralización, ya que, a estos efectos, lo determinante es la tutela o control que se reserva la Administración matriz.

Esto es igualmente trasladable en relación con las sociedades mercantiles del grupo RENFE-Operadora o con Aena, S.A. La Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas establece que al autorizar la constitución de una sociedad de las previstas en su art. 166.2, el Consejo de Ministros puede atribuir a un Ministerio, cuyas competencias guarden una relación específica con el objeto social de la sociedad, la tutela funcional de la misma. El Ministerio tutelante, por ejemplo, goza de la función de instruir a esa sociedad respecto de sus líneas de actuación estratégica, estableciendo prioridades en la ejecución de las mismas, del mismo modo que puede proponer su incorporación en los Presupuestos de Explotación y Capital y Programas de Actuación Plurianual de la sociedad. Los matices del régimen de control son aún mayores, pero con estas breves indicaciones se puede observar que el contexto normativo nos ubica en una situación cercana a las Entidades Públicas Empresariales.

Todo ello, en segundo lugar e íntimamente vinculado con lo recién comentado, pone en tela de juicio el estatus de independencia que el Derecho Europeo reclama de los administradores/gestores de las

³³ Por ejemplo, Aena, S.A., a través de ENAIRE, Entidad Pública Empresarial.

³⁴ Como veremos, la que habilita el art. 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas, base jurídica de constitución de esas sociedades.

infraestructuras como un requisito jurídico básico para garantizar un acceso en condiciones no discriminatorias de todos los operadores económicos; incluso puede ponerse en duda la separación respecto de los operadores de los servicios. Así sucede en el sector ferroviario, donde el administrador de la infraestructura (ADIF y ADIF-Alta Velocidad) y el operador incumbente (RENFE-Operadora) dependen del mismo Ministerio. En otros sectores no hay problemas tan marcados en esta segunda dirección, por la sencilla razón de que los “empresas de bandera” estatales han sido totalmente privatizadas en la última década.

ii) Soluciones jurídicas formuladas para la administración y gestión de las infraestructuras y de los tránsitos y tráfico.

Si algún presupuesto caracteriza al sector público encargado de las funciones indicadas, éste es el de la diversidad de fórmulas jurídicas. Esta heterogeneidad está generalmente vinculada con el establecimiento de las condiciones jurídicas adecuadas para garantizar la separación de las funciones concernientes a la administración y gestión de la infraestructura con las actividades propias de la prestación del servicio, estableciendo un marco de competencia libre e igualitaria en los términos más o menos amplios en los que la liberalización haya tenido lugar. Pero, por otra parte, el recurso a una u otra solución organizativa también tiene que ver con la dotación a la gestión de infraestructuras de un marco jurídico flexible que, sobre todo en el ámbito portuario y fundamentalmente aeroportuario, permitan una gestión individualizada y adaptada a las características propias y específicas de cada infraestructura y, por último, con la previsión de un marco normativo que abra las puertas a una eventual participación del sector privado en aquellas funciones de administración y gestión.

Dejando a un lado el transporte por carretera, que goza de ciertas particularidades que, por su propia idiosincrasia, hacen que no requiera de una estructura organizativa autónoma y funcionalmente independiente de gestión de infraestructuras, el esquema básico del sector público es el siguiente, sin perjuicio de los matices que se expondrán posteriormente:

SECTOR	ADMINISTRACIÓN/GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS	GESTOR DE TRÁFICOS/TRÁNSITOS
Sector portuario y transporte marítimo	Autoridades Portuarias (bajo la coordinación de Puertos del Estado)	Autoridades Portuarias Administración Marítima (Capitanías Marítimas)
Sector aeroportuario y transporte aéreo	Aena, S.A.	ENAIRE
Sector ferroviario y	ADIF	ADIF

transporte por ferrocarril	ADIF-Alta Velocidad Autoridades Portuarias	ADIF-Alta Velocidad Autoridades Portuarias
----------------------------	---	---

a) La descentralización/delegación instrumental en entidades públicas como solución general a la administración/gestión de infraestructuras y/o gestión de tráfico o tránsito.

La solución organizativa más habitual para la administración/gestión de las infraestructuras ha sido recurrir a la constitución de dos tipos de organismos públicos, o bien Entidades Públicas Empresariales como ADIF, ADIF-Alta Velocidad y AENA (hoy desaparecida, como luego insistiremos), o bien a otras entidades públicas distintas de las previstas en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales) y en la Ley de Agencias Estatales, caso de las Autoridades Portuarias (bajo la coordinación de Puertos del Estado). El recurso a la figura de las Entidades Públicas Empresariales ha sido criticado porque las funciones encomendadas al administrador/gestor de las infraestructuras pueden implicar el ejercicio de potestades administrativas, algo más propio del régimen jurídico de los Organismos Autónomos que de las Entidades Públicas Empresariales, cuyo objeto, según la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, es la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Sin perjuicio de la crítica que ello merece, el recurso a la creación de Entidades Públicas Empresariales tiene que ver con la mayor flexibilidad de su régimen jurídico.

Dejando a un lado estas consideraciones, es innegable que todas esas entidades gozan de autonomía de gestión y, en función de su estatuto, una independencia funcional relativa. Ahora bien, como señalamos anteriormente, en función de la tutela que mantenga el Ministerio respecto de cada entidad, no es fácil hablar de una auténtica descentralización funcional e instrumental compatible con la calificación de esos organismos como independientes.

Por lo que se refiere al sector ferroviario, la función de administración de las infraestructuras y gestión del tráfico es compartida por ADIF con ADIF-Alta Velocidad. El art. 20 de la Ley del Sector Ferroviario fue modificado por Real Decreto-Ley 15/2013, de 13 de diciembre, para eliminar la referencia que la redacción original del precepto hacía a que la administración de las infraestructuras ferroviarias, en el ámbito de competencias del Estado, correspondería “a una entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Fomento”. Tras la modificación legal, el artículo mantiene la misma redacción, salvo por que ahora incorpora la posibilidad de que esas funciones sean atribuidas “a una o varias entidades públicas empresariales adscritas al Ministerio de Fomento”. En este marco, el art. 1 del Real Decreto-Ley 15/2013 regula la creación de ADIF-Alta Velocidad como una nueva EPE. Por tanto, y sintetizando, la RFIG está administrada por dos EPEs adscritas al Ministerio de Fomento: ADIF-Alta Velocidad en lo concerniente a las líneas de alta velocidad, y ADIF para el resto.

A pesar de la creación de estas dos entidades, lo cierto es que existen elementos jurídicos que permiten seguir hablando de una conexión íntima entre ellas. En primer lugar, porque el art. 1.4 del Real Decreto-Ley 15/2013 establece que “el Presidente de la entidad pública empresarial ADIF y el Secretario de su Consejo de Administración, lo serán asimismo de ADIF-Alta Velocidad”. Igualmente, llama la atención que el apartado 7º del mismo precepto disponga que “ADIF-Alta Velocidad y ADIF podrán encomendarse,

mediante la suscripción del oportuno convenio, la realización de determinadas actividades”, sin perjuicio de la compensación económica que correspondiese. Para ser aún más exactos, habría que decir que las funciones de ADIF y ADIF-Alta Velocidad son asumidas en los puertos de interés general conectados a la Red Ferroviaria de Interés General por cada Autoridad Portuaria (art. 36.2 de la Ley del Sector Ferroviario, según redacción otorgada por Ley 31/2007, de 30 de octubre).

El ámbito de la gestión portuaria merece también alguna matización. La legislación portuaria distingue entre la Administración portuaria³⁵ y la Administración marítima, que dependiente del Ministerio de Fomento a través de la Dirección General de la Marina Mercante, se concreta como administración periférica del Estado en las Capitanías Marítimas de cada puerto. La primera goza de la potestad de autorizar la entrada y salida a los puertos que gestiona (arts. 7 y 51 de la Ley 14/2014 de Navegación Marítima), mientras que la segunda, en los puertos o grupos de puertos en los que se desarrolle un determinado nivel de actividades de navegación o lo requieran las condiciones de tráfico, seguridad o protección marítima, ejercen funciones de navegación, seguridad marítima, salvamento marítimo y lucha contra la contaminación del medio marino en aguas situadas en zonas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, salvo en los casos de contaminación que se produzca en la zona de servicio de los puertos, que corresponde a las Autoridades Portuarias (art. 266 del Texto Refundido de la Ley de Puertos).

En el caso del sector aeroportuario, la solución jurídica general se debe matizar a la vista de las novedades habidas en los últimos dos años. AENA fue constituida inicialmente como una Entidad Pública Empresarial que ha sido dividida, en primer lugar, en una nueva Entidad Pública Empresarial, creada por Ley 18/2014, denominada ENAIRE. Esta nueva Entidad Pública Empresarial asume únicamente las competencias que originalmente ostentaba AENA en materia de navegación aérea y espacio aéreo (servicios de tránsito aéreo en las fases de ruta y aproximación) y, además, la coordinación operativa nacional e internacional de la red nacional de gestión del tráfico aéreo y otras relacionadas con los usos para la gestión eficiente del espacio aéreo. En segundo lugar, la gestión aeroportuaria fue desgajada de la matriz AENA por Real Decreto-Ley 13/2010, creando la sociedad mercantil estatal Aena Aeropuertos S.A., que pasó a denominarse Aena, S.A. con la creación de ENAIRE.

b) Excepciones a la descentralización/desconcentración instrumental.

El recurso a entidades instrumentales como solución jurídico-organizativa para las funciones de administración y gestión de infraestructuras, así como de gestión de tráfico y tránsito, presenta excepciones. Esas excepciones se podría decir que, de forma general, están orientadas a la apertura de la competencia y a la búsqueda de una mayor eficiencia en la gestión.

1º) En la administración/gestión de infraestructuras:

- Aeroportuarias.
 - o La constitución de sociedades mercantiles de titularidad plena o mayoritaria del Estado para la gestión de infraestructuras. Con el Real Decreto-Ley 13/2010 se dio el paso definitivo a la mercantilización de la gestión de aeropuertos mediante la constitución de la sociedad Aena, S.A. por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2011. Aena, S.A., está adscrita al Ministerio de Fomento a través de ENAIRE, titular mayoritario de las participaciones societarias. La mercantilización de la gestión de infraestructuras

³⁵ Cada una de las 28 Autoridades Portuarias en puertos de interés general del Estado.

aeroportuarias no implica, sin embargo, una real privatización, sin perjuicio de que pueda ser el paso para que así sea³⁶. El Consejo de Ministros, por Acuerdo de 15 de julio de 2011, autorizó la venta por Aena, S.A., de hasta un máximo del 49% del capital. Desde el 11 de febrero de 2015, Aena, S.A. cotiza en Bolsa.

- En cuanto a las obligaciones y funciones de Aena, S.A., el art. 7.2 del Real Decreto-Ley 13/2010 indica que, “además de cualquier otra función que pudiera atribuirle el Consejo de Ministros, Aena Aeropuertos, S.A. asumirá el conjunto de funciones y obligaciones que actualmente ejerce la entidad pública empresarial AENA en materia de gestión y explotación de los servicios aeroportuarios, así como cualesquiera otras que la normativa nacional o internacional atribuya a los gestores aeroportuarios, en relación a la red de aeropuertos integrada por los aeropuertos y helipuertos gestionados por AENA...”³⁷.
- Con independencia del cambio institucional, el art. 17 de la Ley 18/2014 dispone que el Estado continúa reservándose la gestión directa de los aeropuertos de interés general y que “la red de aeropuertos de interés general gestionados por Aena, S.A., se califica de interés general”. Este último apunte es de gran importancia. Resulta llamativo que por Ley 18/2014 se establezca que la gestión de los aeropuertos de interés general por parte de Aena, S.A. sigue constituyendo una forma de gestión directa, máxime si, como ya hemos señalado, Aena, S.A., es una sociedad de capital mixto, es decir, en términos tradicionales de la legislación de contratos española, una típica forma de gestión indirecta. La respuesta del legislador tiene que ver con el freno a la “cesión” de competencias a las CCAA en el ámbito aeroportuario, en los términos que ya hemos abordado páginas atrás. Ahora, además, se ha de introducir un nuevo matiz. En ciertos Estatutos de Autonomía (por ejemplos, Islas Canarias) ha sido incluida la competencia autonómica sobre aeropuertos de interés general cuando éstos sean gestionados de forma indirecta. Ante la evidente confirmación de que la creación de Aena, S.A. suponía exactamente incurrir en este supuesto, el legislador estatal ha tenido que rectificar lo que ya admitió al aprobar las reformas de los Estatutos de Autonomía, considerando que la gestión de los aeropuertos de interés general por una sociedad de capital mixto como Aena, S.A. constituye una forma de gestión directa.
- La gestión a través de filiales y concesionarias. La gestión de los aeropuertos estatales puede realizarse también a través de otras dos formas de gestión diferenciada o individualizada de los aeropuertos: 1º) Por un lado, el Real Decreto-Ley 13/2010 (en su

³⁶ Tratando de ser exactos en el análisis de la cuestión, podría decirse que se han podido dado los pasos hacia una privatización formal y jurídica con la creación de una sociedad mercantil de Derecho Privado; ahora bien, en ningún caso se puede hablar de una efectiva y plena transferencia de la titularidad al sector privado, pues la titularidad mayoritaria sigue siendo pública y estatal a través de ENAIRE. Además, debemos tener en cuenta que el Real Decreto-Ley 13/2010 predetermina aspectos esenciales del nuevo ente gestor, cuales son, aparte de la propia denominación social, sus obligaciones y funciones y su caracterización como sociedad mercantil estatal de las previstas en el art. 166 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, lo que, como ya hemos indicado, implica un control ministerial nada desdeñable.

³⁷ En la actualidad Aena, S.A. gestiona 46 aeropuertos de los 51 nacionales de tráfico comercial. Los restantes, creados al amparo de la ya comentada Ley 53/2002, de 30 de diciembre, o no están operativos (Ciudad Real y Castellón), o no mantienen tráfico de pasajeros (Teruel) o no se han inaugurado (Corvera, Murcia). El único aeropuerto con tráfico comercial no gestionado por Aena es Lérida, gestionado por “Aerports de Catalunya”.

art. 12) prevé la creación por acuerdo del Consejo de Ministros de una o varias sociedades filiales de Aena, S.A., para la gestión de uno o varios aeropuertos concretos. A las sociedades filiales se les aplicará el mismo régimen jurídico que el previsto para su sociedad estatal accionista, sin perjuicio de algunos matices. La sociedad filial de que se trate contribuirá al mantenimiento de la red con un porcentaje de sus ingresos que se determinará a través de un convenio de colaboración suscrito entre la filial y Aena, S.A. En el ámbito nacional esta alternativa no tiene relevancia; 2º) Por otro lado, se prevé la licitación y posterior adjudicación por Aena, S.A. de contratos de concesión de servicios aeroportuarios, en virtud de los cuales la empresa adjudicataria gestionará un aeropuerto concreto en el marco de lo que establezca el contrato de concesión, contribuyendo al sostenimiento de la red a través del abono del correspondiente canon anual, compatible con un pago inicial al obtener la concesión. En la práctica, esta posibilidad se puede articular, a su vez, a través de dos vías, en todo caso, sometidas a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales: a) Mediante la licitación del contrato de concesión de servicios aeroportuarios *stricto sensu*. Esta posibilidad todavía no ha sido explorada. b) Mediante un procedimiento de licitación tendente a la selección de un socio (con el porcentaje que determine el pliego) de una sociedad que será la concesionaria y, por tanto, la contraparte de Aena, S.A. en el contrato de concesión de servicios aeroportuarios³⁸.

- Ferroviarias. Concesionarios de servicio: El administrador de la infraestructura en el tramo Figueras-Perpiñán es TP Ferro, una empresa concesionaria que gestiona la red de ancho internacional (UIC) del citado trayecto³⁹.

2º) Gestión de tráfico y de tránsito:

- Aéreos. Liberalización limitada y concurrencia por el mercado: ENAIRE no goza del monopolio de la gestión de la navegación aérea, pues en los servicios de tránsito aéreo de aeródromo se ha producido una liberalización mediante su apertura al mercado en los términos que siguen. La Ley 9/2010, de 14 de abril, reguló la prestación de los servicios de tránsito aéreo. La Ley acomete una reforma estructural de los servicios de tránsito aéreo estableciendo un nuevo modelo de prestación de estos servicios en el marco del “Cielo Único” europeo. Aunque la Ley reservaba a AENA (hoy ENAIRE) la prestación de los servicios de tránsito aéreo de control de área y control de aproximación, mediante la Ley citada se abrió la posibilidad de que los servicios de tránsito aéreo de aeródromo fueran prestados por otros proveedores certificados por una autoridad nacional de supervisión.
 - o A tal efecto, la Disposición Adicional 2ª de la Ley 9/2010 previó que AENA iniciara los procedimientos para la selección de nuevos proveedores civiles de servicios de tránsito aéreo de aeródromo de acuerdo con lo establecido en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes

³⁸ Ésta última ha sido la modalidad finalmente elegida para la licitación de la gestión de los aeropuertos de Madrid-Barajas y de Barcelona-El Prat, de conformidad con los acuerdos del Consejo de Ministros de 15 y 29 de julio de 2011. En cualquier caso, ambas sociedades están inactivas.

³⁹ TP-Ferro está participada en un 50% por la empresa francesa Eiffage y el otro 50% por la española ACS. El Contrato de concesión fue otorgado a TP Ferro el 17 de Febrero de 2004 por el Reino de España y la República Francesa y su objeto es el diseño, financiación, construcción, mantenimiento y explotación comercial de la nueva línea ferroviaria de alta velocidad entre Figueras y Perpiñán por un período de 53 años.

y los servicios postales. El grupo inicial de aeropuertos gestionados por AENA en los que la extinta entidad pública debía proceder a seleccionar a otros proveedores para la prestación de servicios de tránsito aéreo de aeródromo, fue establecido por la Orden FOM/3352/2010, de 22 de diciembre⁴⁰. En la selección se tomó en consideración, entre otros criterios, los relacionados con el tipo y volumen de tráfico; la complejidad de la dependencia y del proceso de transición en relación con los objetivos perseguidos, características del servicio prestado, así como las necesidades de la propia AENA y de la red de navegación aérea, así como las derivadas de la gestión de los aeropuertos seleccionados.

- Ferroviarios. Concesionarios de servicio: Aquí, de nuevo, habría que citar al administrador de la infraestructura en el tramo de alta velocidad Figueras-Perpiñán, TP Ferro, la empresa concesionaria que gestiona la red del citado trayecto.

SECTOR	ADMINISTRACIÓN/GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS			GESTOR DE TRÁFICOS/TRÁNSITOS		
	Entidades instrumentales	Otros			Entidades instrumentales	Otros
Sector portuario y transporte marítimo	Autoridades Portuarias				Autoridades Portuarias	Centralización (administración periférica)
						Capitanías Marítimas
Sector aeroportuario y transporte aéreo		S.A.	Filiales	Concesionarias	ENAIRES	Contratación proveedores de servicios
		Aena, S.A.		Madrid-Barajas Barcelona-El		15 aeropuertos

⁴⁰Se trata de los siguientes aeropuertos: La Coruña, Alicante, Fuerteventura, Ibiza, Jerez de la Frontera, La Palma, Lanzarote, Madrid-Cuatro Vientos, Melilla, Sabadell, Sevilla, Valencia y Vigo.

				Prat		
Sector ferroviario y transporte por ferrocarril	ADIF	Concesionarias			ADIF	Concesionarias
		TP-Ferro				TP-Ferro
	ADIF-Alta Velocidad				ADIF-Alta Velocidad	
	Autoridades Portuarias				Autoridades Portuarias	

2) La supervisión del mercado: el organismo regulador independiente.

Cuando la Administración liberaliza la prestación de servicios tradicionalmente monopolizados y cuando, además, esos sectores son sectores con un alto grado de tecnificación, acontecen varios fenómenos que condicionan la estructura organizativa de la Administración y del sector público en general. El primero es que la liberalización supone la “externalización” del *expertise*. La Administración, precisamente por tratarse de ámbitos muy condicionados por los avances científico-técnicos, rápidamente pierde el control sustantivo de la materia. Precisamente por ello, y como una consecuencia inmediata de lo anterior, los flujos de información generan grandes asimetrías que perjudican cada vez más profundamente a quien carece de conocimientos especializados. En otras palabras, la liberalización supone la desconexión y la incapacidad de aprehensión sustantiva de la materia.

El segundo fenómeno vincula el resultado precedente con los cambios estructurales de tipo organizativo. La Administración tradicional se encuentra con dos inconvenientes que le imposibilitan mantener un control efectivo del mercado. El primero, ya se ha dicho, la pérdida del *expertise*. El segundo es que con la liberalización la posición del Estado cambia, al pasar de ser eventual prestador de servicios a regulador y garante de la prestación del servicio por los operadores privados. Es decir, la Administración adquiere una función de garante del correcto funcionamiento del mercado y de la adecuada provisión de las prestaciones, o dicho de otro modo, de identificar fallos de mercado e impulsar la política regulatoria en el sector.

Si la Administración ya no goza de los conocimientos adecuados, pero al mismo tiempo debe tutelar sin interferencias el desarrollo del mercado y garantizar la prestación de servicios, organizativamente esto se traduce en la necesidad de creación de nuevas estructuras que puedan recuperar aquel *expertise* perdido y que puedan regular el mercado neutralmente: la creación de entidades independientes que puedan adquirir ese conocimiento mediante la especialización de sus miembros y que, por otro lado, asuma una posición de neutral supervisor y componedor de la regularidad del mercado y de los derechos de los operadores económicos y usuarios.

La supervisión del mercado del transporte en España muestra el periplo heterogéneo sufrido en el sector para el establecimiento de esos organismos reguladores independientes. Desde este punto de vista, la clave está en las diferentes soluciones organizativas asumidas según el ámbito al que nos refiramos, sin perjuicio de haberse ganado en unidad en los últimos años. Así, mientras que en algunos sectores nunca ha existido un organismo regulador propio, en otros sí, principalmente, por mandato del Derecho Europeo⁴¹.

i) Exposición breve sobre los precedentes organismos reguladores.

a) Cuando fue aprobada la Ley del Sector Ferroviario en 2003, la Ley previó (arts. 82 a 84) la creación del llamado Comité de Regulación Ferroviaria (CRF) como organismo regulador. El CRF fue constituido como un órgano “integrado en el Ministerio de Fomento”. La creación del CRF planteó graves problemas de satisfacción de los requerimientos de las por entonces vigentes Directivas 91/440 y 2001/14, relativos a la independencia que debía caracterizar al regulador. Según el art. 82.1 de la Ley del Sector Ferroviario, antes de su derogación, el CRF nació como un órgano “integrado en el Ministerio de Fomento” que, según el art. 84, podía contar para el ejercicio de sus funciones “con los servicios de los demás órganos del Ministerio de Fomento” y que estaba “integrado en éste, a efectos presupuestarios y organizativos”. Más criticable era, sin duda, que sus miembros fueran designados por el propio Ministro entre los funcionarios del Cuerpo Superior de la Administración General del Estado del propio Ministerio. Asimismo criticable era que el CRF dependiera del Ministerio para “la inspección de técnica de los servicios, instalaciones y actuaciones de las empresas del sector ferroviario” (art. 83.2). Por último, en un ejemplo más de la dependencia y control del Comité por el Ministerio de adscripción, la Ley del Sector Ferroviario establecía que las decisiones del CRF eran recurribles en alzada ante el Ministro.

En estas condiciones, era comprensible entender que la actuación del CRF quedaba programada legalmente para no ser un órgano independiente. Por este motivo, no es de extrañar que la Comisión Europea, a la vista de la normativa española en materia ferroviaria, expusiera sus dudas acerca de su compatibilidad con las Directivas 91/440 y 2001/14 e inició un procedimiento que culminó con la presentación de un recurso por incumplimiento que aparte de las cuestiones luego resueltas en la ya comentada STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-483/10, Comisión c. España), incluía también la falta de independencia del organismo regulador y la insuficiencia del regulador para supervisar la competencia en los mercados de servicios ferroviarios. Más tarde, la Comisión, con motivo de la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modificó la Ley del Sector Ferroviario en el sentido de reforzar la independencia del CRF, decidió desistir, en marzo de 2012, de ambos motivos⁴².

⁴¹Es cierto, además, que hasta su derogación por Ley 13/2013, la Disposición Final 4ª de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, incorporaba un mandato al Gobierno para que, “cuando así lo aconsejen las condiciones de competencia en los mercados de transporte, y, en particular, los avances en el proceso de liberalización del sector ferroviario”, remitiera al Parlamento un proyecto de Ley de creación de un organismo regulador del sector transporte. Como decimos, este mandato legal ha sido derogado y, por tanto, no puede decirse que exista un organismo regulador unitario en el sector.

⁴² Al momento de iniciarse el procedimiento ante el TJUE y, por tanto, al momento de dictarse Sentencia, ya había sido constituido el CRF de acuerdo con la Disposición Adicional 3ª del Reglamento de la Ley del Sector Ferroviario. El nombramiento de sus miembros se realizó en marzo y la reunión de constitución del Comité tuvo lugar el 9 de junio de 2005. Esta introducción permite entender una afirmación de la STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-483/10, Comisión c. España), cuando considera (FJ 48) que “conforme a la normativa española pertinente corresponde al Ministerio de Fomento actuar en calidad de organismo regulador”. Esta afirmación era correcta, incluso, tras la modificación de la Ley del Sector Ferroviario por Ley 2/2011, pues el CRF era un órgano adscrito al Ministerio. Es bien cierto, que el grado de independencia tras la modificación legal era muy distinto.

La organización del CRF por la Ley de Economía Sostenible fue un salto adelante en el reconocimiento de un auténtico órgano independiente. La Ley optaría, no obstante, por una alternativa discutible. Por un lado, los arts. 8 y ss. de la Ley regularon por primera vez de forma sistemática en nuestro ordenamiento, el régimen jurídico de las llamadas Administraciones independientes, al menos, en su versión de organismos reguladores, configurados como personas jurídico-públicas que actúan en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones públicas y de los agentes del mercado y sólo sometidas al control parlamentario y judicial (art. 8.3). Sin embargo, cuando se aborda la regulación del CRF, se mantiene un doble discurso. Por un lado, se otorga nueva redacción al art. 82 de la Ley del Sector Ferroviario, y el CRF conserva su caracterización orgánica como “órgano colegiado adscrito al Ministerio de Fomento”. Ahora bien, por otro, y desde el punto de vista funcional, si por algo se caracterizaba la regulación legal era por dotar de una independencia relevante al CRF.

b) En el sector aeroportuario merece ser expuesta la fugaz vigencia de la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA). La CREA fue constituida como un organismo regulador independiente de los regulados en la Ley de Economía Sostenible (insistimos, luego derogada por Ley 13/2013). Su creación tuvo lugar por Real Decreto-Ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se vino a completar la transposición de la Directiva 2009/12/CE. La CREA fue constituida como organismo regulador al que correspondía la supervisión de las tarifas aeroportuarias, sin perjuicio de que, según el art. 1 del Real Decreto-Ley 11/2011, pudiera asumir competencias como organismo regulador de los proveedores de servicios de navegación aérea en su ámbito económico, con el objeto de velar por la objetividad, no discriminación, eficiencia y transparencia de los sistemas tarifarios de navegación aérea establecidos.

c) Finalmente, y por lo que se refiere al sector portuario, se debe recalcar la especialidad que este sector supone en comparación con los anteriores. La especialidad se debe a que la supervisión y promoción de la competencia en la prestación de los servicios portuarios, según el art. 125 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado, no se confiere a un organismo independiente y funcionalmente caracterizado por aquellas funciones, sino a la entidad pública estatal coordinadora de todo el sistema portuario español, Puertos del Estado. Esta caracterización como organismo regulador, como decimos, sigue vigente, pero requiere puntualizar un matiz importante, ya que la vigente Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia sí es el organismo competente para velar contra los actos, acuerdos, prácticas y conductas que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, o bien que pudieran alterar la libre competencia entre puertos.

ii) La creación del macro-regulador.

Dejando a un lado el sector portuario con las particularidades recién puestas de relieve, la solución organizativa definitiva asumida por el legislador español, por Ley 3/2013, de 4 de junio, fue la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). Con esta opción, España ha optado por otorgar las funciones del organismo regulador del sector ferroviario, la antigua CRF, y del organismo regulador al que correspondía la supervisión de las tarifas aeroportuarias, la CREA, en la CNMC, lo que

significa que se ha optado por la integración de los reguladores de distintos sectores⁴³ en un macro-regulador, coincidente en términos organizativos con la autoridad nacional en materia de competencia⁴⁴.

La CNMC es creada como un organismo público de los previstos en la Disposición Adicional 10ª de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (art. 1.1 de la Ley 3/2013), esto es, la disposición en la que se regula el marco general del régimen jurídico de las Administraciones independientes.

Con la nueva Ley los requerimientos de independencia deducibles del Derecho Europeo se puede decir que quedan satisfechos. En primer lugar, porque la CNMC está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones públicas y de los agentes del mercado. Asimismo, solamente está sometida al control parlamentario y judicial (art. 2.1). No obstante estar adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad (art. 2.4), lo cierto es que la Ley elimina toda tutela ministerial, pues, como insiste el art. 3.2 de la Ley, la CNMC actúa, aparte de con independencia de cualquier interés empresarial o comercial, con plena independencia e imparcialidad: “En el desempeño de las funciones que le asigna la legislación, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección de la política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada”⁴⁵.

Respecto al nombramiento de los miembros del Consejo de la CNMC, el art. 15 de la Ley establece que serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la Comisión. Ahora bien, se instituye el control parlamentario mediante la previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, podrá vetar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural a contar desde la recepción de la correspondiente comunicación. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa del Congreso, se entenderán aceptados los correspondientes nombramientos.

Según el art. 15.2, el mandato de los miembros del Consejo será de seis años sin posibilidad de reelección, estando sujetos al régimen de incompatibilidades regulado en el art. 22. En cuanto al cese en el ejercicio del cargo, el art. 23 enumera las causas (renuncia, expiración del mandato, incompatibilidad sobrevenida, condena por delito doloso o incapacidad permanente), incluyendo como único supuesto de separación acordada por el Gobierno, el incumplimiento grave de los deberes de su cargo o el

⁴³ La creación de la CNMC agrupa las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

⁴⁴ Como ya hemos señalado, la Ley 3/2013 deroga tanto los arts. 82 a 84 de la Ley del Sector Ferroviario, como el Capítulo II del Título I (“Organismos reguladores”), la Disposición Final 4ª de la Ley de Economía Sostenible y el Real Decreto-Ley 11/2011, de 26 de agosto.

⁴⁵ En relación con ello, el art. 24.2 introduce una cautela interesante: “En aplicación de los principios de independencia y objetividad, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia garantizará que sus empleados cuenten en sus actuaciones y en los procedimientos en que intervengan con reglas objetivas, predeterminadas y que delimiten adecuadamente las responsabilidades que les incumben”.

incumplimiento de las obligaciones sobre incompatibilidades, conflictos de interés y del deber de reserva.

Por último, en cuanto a las funciones de la CNMC, en relación con el sector aeroportuario, el art. 10 le otorga las relativas a supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias; y respecto al sector ferroviario, el art. 11 establece que la CNMC “supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector ferroviario”, con un amplio espectro funcional; finalmente, el art. 12.1.c) y f) dispone que también goza de la potestad de resolución de conflictos en esos ámbitos. La parcialidad material y funcional de estas competencias subraya la idea de ausencia de un organismo regulador unitario y único en el sector en su conjunto.

La valoración de la creación de un gran macro-regulador tiene aspectos positivos y aspectos negativos. En líneas generales puede decirse que sus elementos caracterizadores estructurales le avalan como un organismo independiente. Ahora bien, las dudas que sobre este punto de vista sobrevuelan a la CNMC, tienen otro cariz.

Debemos poner de relieve que la constitución de CNMC, con la consecuente liquidación de los organismos reguladores preexistentes, ha sido criticada en la medida en que el Gobierno haya pretendido, con la excusa del ahorro de costes y la búsqueda de la eficiencia, nombrar como miembros del nuevo regulador (apoyado en la mayoría absoluta en ambas Cámaras) a personas que pudieran ser cercanos ideológica y políticamente; piénsese que los miembros de los organismos anteriores, lógicamente, habían sido nombrados por el Gobierno precedente. En términos de independencia e imparcialidad puede existir alguna duda sobre los miembros de la CNMC que, en la práctica, no parece que responda a la realidad.

Pasando a otra cuestión, es llamativo que la creación de la CNMC se haya fundamentado en la Disposición Adicional 10ª de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, derogándose la regulación específica que de los organismos reguladores hacía la Ley de Economía Sostenible. Con ello, desde luego, parece anunciarse que la creación de la CNMC nos avoca a la innecesidad de crear más organismos reguladores y, en consecuencia, parecería superflua la necesidad de mantener un régimen jurídico particular de creación de otros organismos independientes. Esto, desde luego, no es del todo cierto porque todavía queda abierta la vía de la Disposición Adicional 10ª de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, específicamente prevista para la creación de organismos independientes. Ahora bien, dejar abierta esta vía tiene un gran inconveniente en comparación con lo previsto en la Ley de Economía Sostenible: la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado es bastante parca en la determinación de un régimen jurídico unitario, dejando al legislador la carga de establecer casuísticamente los términos jurídicos en que ha de concretarse esa independencia instrumental. Por el contrario, la Ley de Economía Sostenible establecía un completo y más que razonable régimen jurídico, de modo que se ganaba en coherencia global al establecer un régimen general.

Finalmente, otro elemento crítico imputable a la CNMC es que su configuración como macro-regulador ha quedado condicionada funcionalmente con el otorgamiento de facultades limitadas por razón de la materia, pues sus funciones como supervisor no son plenas en todas y cada una de los sectores asumidos. Esta afirmación no tiene tanta trascendencia en sectores como el ferroviario, donde la asunción es sustantivamente amplia, pero sí en otros sectores. En este sentido, se debe reiterar la especialidad del sector portuario y del transporte marítimo. Esta parcialidad competencial parece estar ligada a las exigencias impuestas por el Derecho Europeo, de modo que allí donde no existe una obligación de

creación de un organismo independiente en un sector determinado, el legislador español ha optado por no concentrar las competencias de supervisión en el macro-regulador. Por este motivo, en el sector aéreo la CNMC sólo asume la función de supervisor de las tarifas establecidas por los gestores de infraestructuras.

3) *La supervisión en materia de seguridad. El proceso de “agencificación”.*

i) La creación de Agencias Estatales en los sectores aéreo y ferroviario.

Las Agencias Estatales son una fórmula organizativa dotada de un nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión que, al mismo tiempo, refuerzan los mecanismos de control de eficacia y promueven la responsabilidad por resultados. El recurso a estas entidades públicas estatales tiene como finalidad, como admite la Exposición de Motivos de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales, una profundización en un nuevo modelo de gestión. La propia Ley incide en este dato al señalar que las Agencias Estatales no son, sin más, un nuevo tipo de organismo público, sino el tipo de organismo público que, con carácter general, se cree por la Administración General del Estado, para dar respuesta a sus necesidades de descentralización funcional, así como la fórmula organizativa hacia la que, progresivamente, se van a reconducir aquellos organismos públicos ya existentes en la actualidad.

La realidad ha demostrado que el proceso de “agencificación” está siendo intenso. Según el art. 3.1º y 2º de la Ley 28/2006, “la creación de Agencias Estatales requiere autorización por Ley y se produce con la aprobación de su Estatuto por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y adoptado a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda” y que “la Ley que autorice la creación establecerá el objeto de la Agencia Estatal y sus fines generales”.

En el sector del transporte, fue la Disposición Adicional 3ª de la Ley 28/2006 *autorizaba la creación de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea y de la Agencia Estatal de Seguridad en el Transporte Terrestre*. Los acontecimientos posteriores sólo han mantenido a la primera y han sustituido a la segunda por la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria: a) La Agencia Estatal de Seguridad Aérea fue creada por Real Decreto 184/2008, de 8 de febrero, por el que se aprobó su Estatuto. Sus fines son la ejecución de las funciones de ordenación, supervisión e inspección de la seguridad del transporte aéreo y de los sistemas de navegación aérea y de seguridad aeroportuaria en sus vertientes de inspección y control de productos aeronáuticos, de actividades aéreas y del personal aeronáutico, así como las funciones de detección, análisis y evaluación de los riesgos de seguridad; y b) Por lo que se refiere a la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria, el proceso ha sido más complejo. El art. 2 del Real Decreto-Ley 1/2014, de 24 de enero, *modificó la Disposición Adicional 3ª de la Ley 28/2006 para introducir la autorización legal que habilitaba para la creación de la Agencia*. Dicha disposición fue modificada para prever la creación de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria *sustituyendo a la Agencia Estatal de Seguridad en el Transporte Terrestre mencionada en ese listado ya en la redacción original de la Ley de Agencias*. Su Estatuto ha sido aprobado mediante Real Decreto 1072/2014, de 19 de diciembre, que fija como inicio de su actividad el 1 de abril de 2015. Entre las funciones de la nueva Agencia se encuentra *la detección, análisis y evaluación de los riesgos de seguridad en el transporte por ferrocarril*. *En el ámbito de la competencia estatal, ejercerá las funciones de autoridad responsable de la seguridad ferroviaria, tal y como se establece en la Ley del Sector Ferroviario y, en particular, la ordenación, inspección y supervisión de la seguridad de todos los elementos del sistema ferroviario, tanto en relación a las infraestructuras, el material rodante, el personal ferroviario, como a la operación ferroviaria*. Asimismo, *llevará a cabo las funciones relacionadas con la interoperabilidad del sistema ferroviario de competencia estatal*. También le corresponde el otorgamiento, suspensión y revocación de licencias a las empresas ferroviarias.

Como cualquier otro organismo público, también “las Agencias Estatales se adscriben al Ministerio que ejerza la iniciativa en su creación” (art. 43.4 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado). Esto mismo es reiterado por el art. 7.2 de la Ley de Agencias: “Las Agencias Estatales se adscriben a los Ministerios que hayan ejercido la iniciativa de su creación, en los términos que se determinen en los Reales Decretos de creación”. En nuestro caso, ambas están adscritas al Ministerio de Fomento. Sobre la adscripción y dependencia al Ministerios e asientan de nuevo las dudas sobre la independencia real de las Agencias, aunque, como vamos a mostrar, esas dudas deben ser disipadas.

El art. 43.4 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado dispone que “las funciones de dirección estratégica, evaluación y control de resultados y de la actividad de las Agencias Estatales, se articularán a través del contrato de gestión previsto en la normativa reguladora de éstas”. El art. 13 de la Ley de Agencias Estatales establece que la actuación de las Agencias se lleva a cabo, con arreglo al plan de acción anual, bajo la vigencia y con arreglo al pertinente contrato plurianual de gestión. Por último, el apartado 2º del art. 14 especifica que la aprobación del contrato de gestión tendrá lugar “por Orden conjunta de los Ministerios de adscripción, de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda”.

Hecho este *excursus* podría pensarse que la tutela que mantiene el Ministerio matriz respecto de la Agencia Estatal podría ser todavía relevante. Sin embargo, en el caso de las dos Agencias analizadas, ese control se limita a lo siguiente: 1º) El Presidente de la Agencia, dando cuenta al Consejo Rector, ha de presentar la propuesta del contrato de gestión al Ministerio de Fomento y al de Hacienda y Administraciones Públicas; 2º) La aprobación del contrato de gestión tiene lugar por orden conjunta de los Ministerios de Fomento y de Hacienda y Administraciones Públicas, de modo que si no fuera aprobada mantendría su vigencia el contrato de gestión anterior; 3º) El Presidente de la Agencia debe informar anualmente a los Ministerios de adscripción “acerca de la ejecución y cumplimiento de los objetivos fijados en el contrato de gestión”. Así pues, con base en los elementos del régimen jurídico de las Agencias Estatales recién señalados, cabe afirmar que nos encontramos ante los dos ejemplos más próximos a una auténtica descentralización funcional⁴⁶.

ii) El mantenimiento de un modelo sui generis en el ámbito portuario.

Como sucedía en relación con el organismo regulador, el sector portuario se caracteriza por ciertas peculiaridades institucionales también en materia de seguridad. El Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado prevé un sistema de distribución de competencias integrado en el Ministerio de Fomento a través de la Dirección General de la Marina Mercante, las Capitanías Marítimas y, en el plano operativo, a través de la Entidad Pública Empresarial Salvamento Marítimo (SASEMAR) (art. 266 y 267).

⁴⁶ En este sentido, se debe subrayar que el art. 2.3 de la Ley de Agencias establece que “las resoluciones del Consejo Rector y del Director de la Agencia ponen fin la vía administrativa” y, por ello, son recurribles directamente en vía contencioso-administrativa. La nota jurídica que, en sentido contrario, incidiría en el no reconocimiento de una independencia plena de la futura Agencia es el régimen de nombramiento y cese de sus órganos directivos. El art. 9 de la Ley de Agencias dispone que el Presidente de la Agencia será nombrado y separado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de adscripción. Asimismo, el art. 10.1.b) establece que, sin perjuicio de lo que establezca el Estatuto de la Agencia, en todo caso, los miembros del Consejo Rector serán nombrados por el Ministro de adscripción”, eso sí, sólo podrá designar “directamente a un máximo de la mitad de sus componentes”.

4. Público versus privado: titularidad de las infraestructuras y proceso despublicador

La tradicional consideración de las infraestructuras de interés general como dominio público de titularidad estatal (o autonómica) no ha sido incompatible con la existencia de infraestructuras privadas. Es cierto que en el escenario del transporte esa realidad ha sido muy minoritaria, aunque, debemos insistir, existente. En el sector aeroportuario, desde que el art. 100 de la Ley 53/2002 modificara el art. 43 de la Ley 48/1960 sobre Navegación Aérea habilitando la construcción de aeropuertos de interés general a, entre otras, entidades privadas, en España existen dos aeropuertos de titularidad privada, aunque ninguno operativo. Lo mismo sucede en el sector ferroviario, donde el art. 37 de la Ley del Sector Ferroviario prevé la existencia de líneas ferroviarias de titularidad privada por ser pertenecientes a particulares, individual o colectivamente. No sucede así, sin embargo, en el sector portuario.

Sin embargo, no es éste el fenómeno que se quiere resaltar ahora. Lo que ahora se pretende poner de relieve es el efecto que los procesos de apertura de mercados han tenido en la clásica demanialidad de las infraestructuras, concretamente, aeroportuarias y ferroviarias. El primer efecto es que la titularidad de esos bienes demaniales sea otorgada a una entidad instrumental. El art. 24 de la Ley del Sector Ferroviario regula el patrimonio de ADIF, un patrimonio propio, distinto del de la Administración General del Estado, integrado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones en los que se incluyen los bienes y derechos que se le asignen por Ley o reglamento y los que adquiera o construya con sus propios recursos. Todos los bienes de dominio público han pasado a ser de su titularidad (Disposición Adicional 1ª.4 de la Ley)⁴⁷.

El segundo efecto, el más importante, es la desafectación de los bienes demaniales como consecuencia de la mercantilización de la administración y gestión de infraestructuras. En el caso de la gestión aeroportuaria, la constitución de una sociedad mercantil como Aena, S.A., a la que se le atribuye la función de gestora de los aeropuertos de interés general, tiene una implicación determinante en la calificación de los bienes aeroportuarios. Por este motivo, el art. 9 del Real Decreto-Ley 13/2010 establece que “todos los bienes de dominio público estatal adscritos a la entidad pública empresarial AENA que no estén afectos a los servicios de navegación aérea, incluidos los destinados a los servicios de tránsito aéreo de aeródromo, dejarán de tener naturaleza de bienes de dominio público”⁴⁸.

Así pues, cabe intuir un proceso paralelo a la liberalización y apertura de mercados: la atribución de la titularidad de los antiguos bienes afectos al dominio público o bien a entidades instrumentales (todavía como bienes demaniales, sin perjuicio de la crítica que ello merece), o bien como bienes privativos de sociedades mercantiles (ante la obviedad de la incompatibilidad que una sociedad mercantil de Derecho Privado pueda ser titular de bienes demaniales).

⁴⁷ Este supuesto fue objeto de una reflexión crítica por parte del Consejo de Estado en el Dictamen 382/2003, de 27 de febrero de 2003, sobre el Anteproyecto de Ley del Sector Ferroviario, en estos términos: “Por último, y sin ánimo de entrar en polémica doctrinal, este Consejo considera improcedente que una entidad pública empresarial, como el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, pueda ostentar la titularidad de bienes de dominio público, y no su mera posesión en régimen de adscripción, sin perjuicio de que dicha entidad pueda ejercer derechos y prerrogativas relativas al dominio público, a efectos de la conservación, correcta administración y defensa de dichos bienes, conforme a lo prevenido en el artículo 56.3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”.

⁴⁸ Además, en los casos en que el gestor de un aeropuerto de interés general sea una filial de Aena, S.A. o un concesionario, el art. 9.3 establece que el patrimonio de esos aeropuertos se mantendrá bajo titularidad de Aena, S.A.

5. Conclusiones

Como ya anticipamos al comienzo de estas páginas, la gobernanza del transporte en España se caracteriza por asumir soluciones jurídicas heterogéneas que encubren, incluso, impedimentos y dificultades a una efectiva liberalización y, en consecuencia, tendentes al mantenimiento del *status quo*. Dicho esto, y sin dejar de insistir en las evidentes diferencias entre sectores, lo cierto es que tampoco se puede dejar de recalcar que caben detectar algunos elementos comunes de convergencia, con presencia más o menos compartida en términos de intensidad, por todos los sectores del transporte:

1ª. La existencia de “cesiones” competenciales en las CCAA, pero, sobre todo, es destacable la asunción de mecanismos de integración cooperativa que tienen como efecto que las CCAA intervengan, en ocasiones de forma determinante, en la toma de decisiones en materias de competencia exclusiva del Estado.

2ª. El mantenimiento “centralizado” de las competencias. A pesar de esta previa consideración, no se puede dejar de poner de relieve algo que es evidente: el Estado sigue gozando de la mayoría de las competencias en la materia. Esa “centralización” se plasma en la adscripción de todo el conjunto institucional del sector bajo la dependencia del Ministerio de Fomento. Es cierto, sin embargo, que esa “centralización” desde luego no implica la concentración de competencias en las instancias burocráticas de ese departamento ministerial, sino en un complejo entramado de entidades instrumentales y sociedades mercantiles.

3ª. El estado del proceso liberalizador se caracteriza por su sectorialización. Según sectores ese proceso se mueve entre la competencia en el mercado con plena liberalización (transporte aéreo y marítimo; en el sector del transporte por carretera, el transporte de viajeros regular especial y el transporte discrecional; en el transporte ferroviario, el transporte de mercancías y viajeros, salvo cercanías y media distancia), la competencia por el mercado con licitaciones dirigidas a la adjudicación de derechos exclusivos en pública concurrencia (transporte público regular de viajeros de uso general por carretera y alta velocidad en alguna línea ferroviaria), para llegar a la ausencia de competencia con adjudicación directa de la prestación del servicio y mantenimiento de monopolios *de facto* (transporte ferroviario de cercanías y media distancia).

4ª. Otra característica común es la creación de un macro-regulador independiente, eso sí, con facultades limitadas por lo que respecta al sector transporte en su conjunto, pues sus funciones como supervisor no son plenas en la materia.

5ª. La “agencificación” de la gestión de riesgos. A pesar de la falta de coherencia en el conjunto del sector, la creación de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria consolida un proceso de descentralización funcional en Agencias Estatales especializadas en la materia.

6ª. Por último, y como consecuencia de la propia instrumentalización del sector a través de personas jurídico-públicas, pero también personas jurídico-privadas, se detectan tendencias que avocan hacia la despublicación de las infraestructuras de transporte, rompiendo una larga tradición que las ha considerado como bienes de dominio público.