

EL REGIMEN JURIDICO DEL TRANSPORTE POR FERROCARRIL EN EL AMBITO DE LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTONOMAS

TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III



I. INTRODUCCION

El reparto de competencias en materia de ferrocarril no ha dado lugar a transferencias especialmente complicadas, ni ha suscitado, aparentemente, en fase de definición de las competencias autonómicas en los respectivos Estatutos, ninguna dificultad destacable. Sin embargo, dos circunstancias hacen aconsejable una reflexión en profundidad sobre esta cuestión. La primera tiene que ver con la determinación misma del reparto estatutario de competencias, que dista de ser modélico, aunque no haya suscitado mayores dificultades (II); la segunda con la nueva perspectiva liberalizadora comunitaria que se deriva de la Directiva y que podría replantear la cuestión afectando a la estabilidad del reparto competencial operado en su día (III).

II. LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE FERROCARRIL

Ciertamente no ha sido el ferrocarril una de las materias polémicas ni en fase de asignación estatutaria de competencias, ni en fase de transferencia de servicios, y, sin embargo, la delimitación constitucional sobre la que se trabajaba no podía ser más desafortunada.

La formulación constitucional de las competencias asumibles es ciertamente desafortunada en la contraposición de los términos que se utilizan en los artículos 148.1.5 y 149.1.21 (A), y lo es también al uncir en el mismo carro los ferrocarriles con las carreteras, a pesar de las peculiaridades que cada uno presenta (B); finalmente los Estatutos de autonomía no vinieron a poner remedio a la desafortunada redacción de la Constitución en este punto, sino que introdujeron nuevos elementos de confusión (C), lo que obliga a tratar de encontrar un criterio explicativo del reparto de competencias en esta materia (D). Naturalmente, se trata de un criterio

explicativo cuya utilidad sólo se pondrá de manifiesto en la medida que la liberalización del ferrocarril obligue a reconsiderar la interpretación del reparto competencial que hasta ahora se ha realizado.

A. Diferenciación de fórmulas utilizadas en los artículos 148 y 149 de la Constitución

Las competencias en materia de ferrocarril se designan con una fórmula sintética en el artículo 149 y con una fórmula analítica en el artículo 148. En efecto, en éste se distingue entre el ferrocarril, por una parte, y el transporte que se hace por ferrocarril, por otra; el ferrocarril parece descomponerse en su dimensión de infraestructura y material móvil, de un lado, y en su dimensión de medio de transporte, de otro.

Esta descomposición analítica de las perspectivas bajo las que puede ser visto el ferrocarril desaparece en cambio en el artículo 149.21, que emplea una fórmula sintética que parece comprender todas las perspectivas: «Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad autónoma», es la fórmula sintética que el 149 emplea comprendiendo dentro del término ferrocarril tanto las infraestructuras y material móvil y de tracción como el transporte que se hace a su través.

La distinta formulación no tendría mayor importancia si los términos empleados no suscitara dificultades interpretativas en cuanto al alcance de uno y otro artículo, pero no es eso lo que ha sucedido. En efecto, el artículo 148.1.5 establece para los ferrocarriles y carreteras la restricción de que su itinerario se desarrolle íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma (1) y «*en los mismos términos*» los transportes «*por estos medios*» (2).

1. Ferrocarriles cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad autónoma

El problema en la interpretación de la fórmula constitucional es aquí común a los ferrocarriles y a las carreteras, aunque en aquéllos no ha suscitado mayores problemas, en tanto que sí lo ha hecho en las carreteras. Se trata, en definitiva, de saber qué debe entenderse por itinerario que discorra íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma. Para empezar, está la cuestión de si se trata de itinerario de la vía o del vehículo que sobre ella se desplaza; si fuese esto último entonces el desarrollo de la infraestructura resultaría intrascendente, pues lo único relevante sería el vehículo que sobre ella se desplaza, con independencia de la extensión de la vía o carretera.

No parece desde luego que se haya querido hacer referencia al trayecto o itinerario de los vehículos que sobre las vías férreas o sobre las carreteras se desplazan; en efecto, la unidad de tratamiento en el primer inciso del artículo 148.1.5 de los ferrocarriles con las carreteras, por una parte, y su separación del transporte propiamente dicho, al que se refiere el segundo inciso del mismo número y artículo, no dejan lugar a dudas respecto de que el «itinerario» del que habla el primer inciso es el de la infraestructura.

Con ello, sin embargo, no hemos despejado el principal problema, que es el de saber cuándo una vía o una carretera se puede considerar que discurre íntegramente por el territorio de una Comunidad Autónoma. Lo normal sería considerar que ello es así cuando los puntos de origen y destino de la infraestructura están dentro de la Comunidad; esto es, cuando la infraestructura no continúa fuera del territorio de la Comunidad Autónoma. Esto, que puede parecer lo lógico desde el punto de vista de la interpretación literal de los términos del precepto, resulta impracticable a poco que se contraste con lo que sucede con las carreteras, si bien con las vías de ferrocarril la cuestión resulta menos patente.

Con las carreteras pronto hubo de abandonarse ese criterio que reducía a la inoperancia las posibilidades de asunción de competencias en la materia. En efecto, prácticamente todas las carreteras, cuando están en los límites de una provincia, tienen continuidad con las de otra provincia, de forma que sólo sabemos con precisión que hemos salido del territorio provincial por los carteles indicadores que nos lo anuncian. Y eso sucede con todas las carreteras de las provincias limítrofes, aunque lo sean de distintas Comunidades Autónomas, porque lo propio de las carreteras y de toda vía en general es poner en comunicación a los más lejanos y obviamente también a los más próximos. Resulta así difícil encontrar una carretera que no traspase los límites provinciales o los de la Comunidad Autónoma, pues su vocación natural, cuando discurre o se aproxima a los límites administrativos, es la de traspasarlos con la única preocupación de facilitar la comunicación. Habrá, sin duda, carreteras de montaña e incluso carreteras normales de carácter local que cumplan el requisito de nacer y morir en el territorio de una provincia o de una Comunidad Autónoma, pero son tan pocas —y la mayor parte de las veces de titularidad de las Corporaciones locales— que plantean la cuestión acerca de qué se quiso traspasar o asignar en los Estatutos de autonomía cuando se reservaba a las Comunidades Autónomas competencia exclusiva sobre esas famosas carreteras cuyo itinerario discurriese íntegramente por el territorio de las mismas, pues podrían resultar más bien escasas.

La interpretación literal, que en sí misma parecía la única razonable, en sus consecuencias prácticas resultaba un sarcasmo, ya que implicaba tanto como dejar reducidas las competencias autonómicas a muy pocas carreteras. El sarcasmo era mayor, si cabe, desde el momento en que en fase de

preautonomía casi todas ellas habían adquirido competencias sin esa limitación de carácter territorial. Resultaba difícil de admitir que las competencias reconocidas en fase preautonómica resultasen recortadas tras el acceso a la autonomía.

En efecto, los Reales Decretos de traspasos en la etapa preautonómica tienen un alcance distinto no constreñido por una concepción territorial; debe además subrayarse que tales Reales Decretos no sólo transferían servicios, esto es, medios personales y materiales, sino que ellos mismos asignaban competencias y estaban habilitados para hacerlo así por los trece Reales Decretos-leyes que establecieron los respectivos regímenes preautonómicos, a lo largo de los años 1977 y 1978. Como es sabido, no fue ése el sistema establecido por la Constitución, que atribuía a los propios Estatutos de autonomía la tarea de asignar competencias a las respectivas Comunidades Autónomas, siendo los Decretos de transferencia simples instrumentos del traspaso de servicios; si acaso con funciones de aclaración de las competencias previamente asumidas en los Estatutos, pero sin que, en principio, desarrollasen función alguna en orden a asignar competencias, que era función reservada a los Estatutos.

Pues bien, los respectivos Decretos de *transferencia* de la etapa preautonómica atribuyen competencias (y traspasan los correspondientes medios personales y materiales) con la particularidad de que la atribución de competencias no se corresponde con el reparto competencial previsto después en la Constitución y en los Estatutos. Lo notable no es ahora esa discrepancia entre lo acordado en la etapa preautonómica y lo permitido por la Constitución y los Estatutos en la perspectiva de su validez¹, sino el hecho mismo de que exista esa discrepancia, que implica que en la etapa preautonómica hayan podido adquirir más competencias que en la etapa autonómica. En efecto, los Decretos preautonómicos establecieron el reparto competencial sobre la base del transporte que no excediera del ámbito territorial de la Comunidad o que, *aun excediéndose* de ese ámbito, fuese de interés exclusivo comunitario, por no tomar o dejar pasajeros o mercancías fuera del territorio de la Comunidad. Más aún, se preveía en determina-

¹ Algunos estatutos, no todos, contenían una previsión de consolidación de las transferencias hechas en la etapa preautonómica; tal previsión puede ser problemática en la medida en que no se ajustase al reparto competencial hecho por la Constitución, aunque siempre se podría salvar tal discrepancia dándole el valor de una ley de transferencia del 150.2, pues aunque no sea este tipo de leyes orgánicas equiparables a las leyes orgánicas que aprueban Estatutos (en cuanto que las del 150.2 serían libremente modificables por el Estado), no se ve por qué, por el principio de conservación de actos, no puedan conservarse como si fuesen leyes del 150.2 antes que declararlas nulas y obligar a hacer una nueva ley específica del 150.2 de carácter no estatutario. Por razones de economía podría considerarse válida la atribución estatutaria de competencias, antes que anularla, siempre que se limite su valor al de una simple ley del 150.2, esto es, sin que pueda invocar a su favor la especial rigidez de las leyes orgánicas estatutarias. Cfr. García de Enterría, E., en *Curso de Derecho Administrativo I*, 7.^a ed. 1997, páginas 65-82.

dos supuestos —servicios públicos discrecionales— la *posibilidad de su concesión* por las Comunidades autónomas por delegación del Estado, *aunque el itinerario discurriese fuera del ámbito de la Comunidad autónoma*.

No interesa en este momento analizar el valor jurídico de esa transferencia, lo que ya ha sido objeto de consideración por el Tribunal Constitucional², sino señalar el problema político subyacente que favorecía la más amplia interpretación de las normas estatutarias para evitar una ruptura con situaciones preautonómicas. Ello llevó, a la hora de hablar de transferencia de carreteras entendidas como infraestructuras, a considerar que las carreteras traspasables no eran, sólo, las que físicamente nacen y mueren en la Comunidad, sino los trayectos o partes de carreteras que, aunque nazcan o mueran fuera de la Comunidad en su itinerario total, puede considerarse que lo hacen dentro de la misma si se toma en cuenta una parte sólo del itinerario; precisamente el objeto de traspaso, que es el que se desarrolla íntegramente dentro de la Comunidad.

La solución puede parecer artificial y lo sería definitivamente si el único título competencial para hacer la transferencia fuese el del artículo 148.5 ó 149.21; pero las carreteras, en sí mismas, son también obras públicas y el criterio de distribución de competencias sobre éstas, es bastante más lógico en la Constitución: el criterio del interés general. Este —en la formulación del 148.4 («las obras de interés de la Comunidad *en su propio territorio*»)— parecería dar por supuesto que el interés de la Comunidad no es incompatible con el hecho de que la obra trascienda del territorio³. Así pues, las carreteras se han transferido atendiendo más al interés general o comunitario de trayectos siempre comunitarios, que al hecho de que la carretera en su totalidad naciese y muriese dentro de la Comunidad.

Las consideraciones sobre las carreteras valen también para el ferrocarril, en su dimensión de infraestructura. Ocurre, sin embargo, que valen en el plano teórico, pues en la práctica no se ha considerado que las partes de la Red nacional integrada del transporte ferroviario que discurren dentro de cada Comunidad autónoma puedan ser objeto siquiera de traspaso como tales infraestructuras. El porqué de esa diferencia en el tratamiento práctico entre los caminos de hierro y las carreteras tiene sin duda muchas explicaciones. La primera es la de que el ferrocarril se configura como una unidad: no es sólo un camino de hierro, camino que podría ser utilizado

² Pueden verse entre otras las Sentencias 37/81 de 16 de noviembre de 1981, 33/84 de 9 de marzo de 1984, 179/1985 de 19 de diciembre, 86/88 de 3 de mayo, 180/1992 de 16 de noviembre y 203/1992 de 26 de noviembre, entre otras.

³ La formulación del artículo 149.24, en cambio, asimila con el interés general el hecho de que la obra trascienda o afecte a más de una Comunidad Autónoma; debe notarse, sin embargo, que dicho artículo habla de la *realización*, lo que podría dar a entender que no es la obra ya hecha, sino la futura cuya realización afecte a más de una Comunidad autónoma.

libremente por quien quiera, sino que se explota como una unidad de infraestructura y servicio de transporte de personas y cosas; explotación unitaria que impide un uso generalizado de ese camino y que viene propiciada por la propia dificultad de compatibilizar una utilización plural de la vía, cosa que no ocurre con la carretera, donde con normas generales sobre adelantamientos y velocidades, etc., es posible un uso múltiple sin necesidad de conceder horarios o fijar trayectos⁴. Pero hay sin duda muchas más explicaciones, a las que no son ajenas el carácter deficitario de la mayor parte de los trayectos intracomunitarios, en los que, sin embargo, la dimensión de servicio público del transporte de personas es más evidente.

Ha habido, sin embargo, algunos supuestos en que se ha procedido al traspaso de partes de trayectos de ferrocarril, en el sentido de infraestructuras, aunque el itinerario total desbordase el ámbito comunitario. Me refiero al traspaso de FEVE hecho a algunas Comunidades Autónomas aunque el itinerario total de la vía no naciese o muriese en el interior de la Comunidad Autónoma. En estos supuestos el concepto de itinerario íntegramente desarrollado en el interior de la Comunidad se ha interpretado de la misma forma que en el caso de las carreteras, es decir, dando prevalencia al criterio del interés de la obra pública en que consiste la infraestructura.

En estos casos también la experiencia preautonómica ha pesado a la hora de la transferencia en fase estatutaria. En efecto, en la fase preautonómica se traspasaron a determinadas Comunidades Autónomas los servicios ferroviarios explotados por FEVE en el territorio de la respectiva Comunidad, lo que supone que no se atendía, como criterio, al hecho de si esa línea explotada por FEVE salía o no de la Comunidad; más bien pareció atenderse al interés de la vía, que no era general en cuanto no pertenecía a RENFE; lo cierto es que aunque la vía no fuese de interés general nacional, podía trascender del interés comunitario en la medida en que saliese del ámbito de la Comunidad. Aquí, sin embargo, no se le dio mayor importancia a ese hecho en fase preautonómica, y en fase autonómica no se revisó esa situación, tal vez aplicando los mismos criterios que acabamos de ver en relación con las carreteras; esto es, la aplicación del artículo 148.4 en cuanto que parecería presuponer que puede existir un interés propio de cada Comunidad en determinadas obras públicas, que no es incompatible con el hecho de que puedan trascender de su territorio, con tal de que la competencia se limite a las que están sobre su territorio. También se debió de tener en cuenta el dato de la transferencia misma en fase preautonómica y los posibles efectos de ella o su valor, aun en contra de las previsiones constitucionales sobre reparto competencial, cuando el propio Estatuto contiene una cláusula de consolidación de las transferencias rea-

⁴ La concesión de servicios públicos regulares y la fijación de trayectos no responden a la preocupación de evitar la saturación de la carretera o la imposibilidad de circular por ella.

lizadas en régimen de preautonomía, sobre lo que ya antes se hicieron algunas consideraciones.

Lo cierto es, sin embargo, que nos encontramos con una situación bien llamativa, según la cual, en el ámbito de FEVE habría resultado irrelevante para su transferencia que las vías trascendiesen del territorio de la Comunidad Autónoma respectiva, y en cambio, en el ámbito de las líneas explotadas por RENFE, ése habría sido el criterio aplicable (reforzado por el de red) para reservar al Estado la competencia sobre las infraestructuras y sobre el servicio.

2. *Alcance de la precisión del 148.5 sobre «los términos» en que se pueden asumir competencias en los transportes desarrollados por «estos medios»*

El artículo 148.5, tras haberse referido a las infraestructuras en los términos que se acaban de analizar, establece cuáles son las posibilidades de asunción de competencias por las Comunidades autónomas sobre los transportes «por estos medios». Evidentemente se está refiriendo al transporte por ferrocarril y por carretera y lo hace para decir que pueden asumir competencia «en los mismos términos». El sentido de la previsión constitucional es aquí algo más confusa, puesto que cabrían dos lecturas del precepto.

Según la primera, la clave interpretativa está en la expresión «en los mismos términos»; ésta querría decir con la misma limitación territorial; es decir, siempre que el transporte se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma.

En cambio, de acuerdo con la segunda forma de interpretar el precepto, el énfasis se pondría en la expresión «por estos medios», que comportaría que, además, la infraestructura sobre la que se desarrollase el transporte tuviese que ser autonómica; es decir, en definitiva, que «estos medios» son las carreteras o las vías o en general infraestructuras ferroviarias a las que se acaba de hacer referencia en el inciso primero del artículo 148.5; los medios serían, no los vehículos (trenes o camiones y autobuses), sino la carretera o las vías a las que se acaba de referir el precepto inmediatamente antes, esto es, las que pueden ser de titularidad autonómica por discurrir íntegramente por la Comunidad respectiva.

La doctrina ha destacado lo absurdo de la segunda interpretación desde un punto de vista funcional al determinar, para transportes que discurren íntegramente dentro del territorio de cada Comunidad autónoma, la necesidad de atender a la titularidad de la infraestructura que pisan: un transportista por carretera estaría sujeto a la Comunidad Autónoma mientras discorra por carreteras de titularidad de la Comunidad o que no sean del Estado, pero en el momento en que pisase, aunque sólo fuesen unos

metros, carreteras de titularidad del Estado situadas en la propia Comunidad, quedaría sujeto a la competencia estatal. La interpretación sería absurda, puesto que la actividad de transporte es indivisible: el que se dedica a transportes dentro de una Comunidad no puede ser obligado a prever qué tipo de carretera va a utilizar mientras se mueva dentro de la Comunidad. De otro lado, esa interpretación vaciaría de contenido práctico la competencia a que se está refiriendo el artículo 148.5, pues serían irrelevantes los casos en que pudiese ejercer su competencia cada Comunidad.

Parece, por tanto, que la única interpretación coherente sería la primera; esto es, la de que las Comunidades autónomas son competentes en los supuestos en que el transporte no trascienda de la misma, cualquiera que sea la infraestructura sobre la que discurran. Interpretación más coherente que no excusa de señalar la dificultad y tal vez inoportunidad de aplicar criterios territoriales en la distribución de competencias en el transporte, que es una actividad que por definición pretende superar la distancia y las barreras del territorio, pero ésa es la distribución competencial que se hace en la Constitución y a ella hemos de atenernos.

3. *Los efectos de la utilización de distintas fórmulas en el 148.5 y en el 149.21 de la Constitución*

Frente a la fórmula analítica que se utiliza en el artículo 148.5, el 149.21 emplea una fórmula sintética que se refiere al ferrocarril y demás transportes terrestres sin distinguir las infraestructuras, por una parte, de los vehículos que desarrollan sobre ellas la actividad de transporte, por otra. Hay autores que opinan que, sin embargo, dicen exactamente lo mismo ambos artículos, aunque lo digan de distinta forma. Si eso fuera así, ninguna diferencia competencial habría entre las Comunidades ordinarias y las del artículo 151. El techo competencial máximo asumible para las Comunidades autónomas del artículo 151 sería el mismo que para las ordinarias.

Ello ha llevado a pensar que alguna diferencia debía de haber en este campo entre unas Comunidades y otras y a encontrar, aunque fuese de manera forzada, alguna diferencia. Justamente la diferencia se ha creído encontrar en el dato de que en los transportes del artículo 148.5, para ser de competencia autonómica, deberían discurrir sobre infraestructuras también autonómicas. Por el contrario los transportes del artículo 149.21 podrían ser de competencia de las Comunidades, aunque discurran sobre carreteras de titularidad del Estado, siempre que en todo caso el transporte no salga del ámbito autonómico.

Tal distinción nos parece forzada y probablemente deriva del prurito de encontrar alguna diferencia entre unas Comunidades y otras; en todo

caso algún apoyo le ofrece a tal distinción la forma de configurar el reparto en el artículo 148.5 con esa separación entre infraestructura y el servicio de transporte propiamente dicho. Sin embargo, las consecuencias son tan absurdas que han llevado a la mayor parte de la doctrina a rechazarla como impracticable y a ignorarla a la hora de hacer la transferencia de servicios correspondientes a esas competencias.

Ello no quita, sin embargo, que los Estatutos de autonomía de las Comunidades del 151, y en algunas ordinarias, hayan considerado oportuno dejar claro que asumían competencias sobre ordenación de transportes terrestres, *«aunque discurren sobre infraestructura de titularidad estatal»* (art.º 12.8 EPV; 11.9 EC; 17.8 EAN; 33.8 EV; 36.2 EAR, etc). La previsión resulta llamativa por cuanto todos ellos habían asumido competencias plenas (legislativas y ejecutivas) en materia de transporte cuyo itinerario se desarrollase íntegramente en el ámbito de la respectiva Comunidad; en rigor era, entonces, completamente innecesario precisar que asumían, además y por un título independiente, competencias de ejecución en materias de ordenación de transporte sobre carreteras del Estado intracomunitarias, pues esta última competencia ya estaba comprendida en la más amplia y genérica antes indicada.

Los Estatutos de autonomía pretendieron así evitar el supuesto peligro de ver restringidas sus competencias en la materia por una interpretación del 149.21 que ligase la idea de discurrir por el territorio de más de una Comunidad Autónoma no al trayecto de los vehículos, sino al itinerario de las infraestructuras; para evitar tal interpretación, precisaron que asumían, además, competencias ejecutivas en relación con la ordenación de transportes intracomunitarios, pero sobre infraestructuras del Estado. La precisión era en rigor estrictamente innecesaria desde el momento en que esa interpretación del artículo 148 no era de recibo, ni ha sido tenida en cuenta a la hora de hacer las transferencias de servicios a las Comunidades de primer nivel. El que se haya hecho tal precisión probaría que el legislador estatutario pensaba, sin embargo, que la titularidad de la infraestructura determinaba la de la competencia en el transporte sobre la misma, salvo que expresamente se dijese lo contrario. Por eso entendió que debía precisar que la competencia sobre el transporte era separable de la titularidad de las infraestructuras, si bien introdujo una nueva cautela en el caso de la reserva de la gestión directa por el Estado, como luego se verá.

B. La heterogeneidad de regímenes jurídicos del ferrocarril y el transporte por carretera

Buena parte de la dificultad que presenta el reparto competencial proviene de haber tratado conjuntamente la carretera y el ferrocarril; ambos son caminos, aunque uno lo sea de hierro, pero el régimen jurídico de cada

uno era bien diferente en el momento de aprobarse la Constitución y los Estatutos; y continúa siendo diferente hasta el momento. En el ferrocarril se aplica un régimen típico de servicio público en monopolio en el que el titular detenta no sólo el del servicio, sino el de las infraestructuras. Por el contrario, en las carreteras conviven situaciones bien diversas: desde la situación de plena libertad, sólo sometida a las normas de tráfico y circulación para los vehículos de uso particular, hasta la concesión de servicios regulares de transportes o mercancías, pasando por medidas de intervención de distinto alcance según el tipo de actividad de que se trate, como ocurre con los servicios discrecionales. Esa enorme labilidad de la carretera se funda en buena parte en las posibilidades de compatibilización del tráfico que presenta y que permite que sobre ella convivan vehículos en régimen de libertad, de concesión o de autorización.

En el ferrocarril las cosas sucedían de otra manera al menos desde la creación de RENFE, pues como es sabido la primer legislación de ferrocarriles preveía la posibilidad de utilizar la vía por terceros abonando el canon correspondiente al concesionario. Lo cierto es que ni el uso de las vías se puede organizar de la misma forma que el de la carretera por razones físicas de limitación y ordenación de tráficos, ni jurídicamente podía usarse libremente por corresponder a RENFE la prestación del servicio en la red nacional integrada en todo caso. Ello implicaba que el ferrocarril se concibiese como una unidad formada no sólo por las infraestructuras, sino también por el vehículo que sobre ellas se desplazaba; en definitiva el ferrocarril se veía como una unidad de explotación indivisible, y hablar de ferrocarril es hablar de tal explotación conjunta, que incluye no sólo la titularidad de las infraestructuras, sino la actividad de transporte.

En esas condiciones, el tratamiento de la distribución de competencias debió hacerse de forma separada. Sin embargo, desde el primer borrador de texto constitucional aparecieron mezclados los ferrocarriles con las carreteras, sin que se diera trascendencia a ese hecho que iba a determinar una regulación algo confusa de la cuestión. En efecto, en el ferrocarril la titularidad de las vías determinaba la competencia para realizar el servicio, habida cuenta de la unidad de explotación con que se presenta el ferrocarril.

Ya en algunos decretos preautonómicos se distinguió sin el menor problema, mencionándolos expresamente por sus nombres, entre FEVE, que podía ser transferido a los organismos preautonómicos, y RENFE, que continuaba desempeñando sus funciones con el mismo régimen y como ente público estatal. En los Estatutos de autonomía, sin embargo, no se hace mención expresa de RENFE o de FEVE, pero se utiliza el criterio territorial del recorrido del ferrocarril como criterio de atribución de competencias por remisión al artículo 149.21.

Ese criterio de reparto pudo haber ocasionado las mismas dificultades que en el caso de las carreteras, pero no sucedió así; hasta el punto de que las autonomías que habían asumido competencias preautonómicas mantuvieron las transferencias como se habían hecho en su momento con la excepción de FEVE de la Comunidad Valenciana, que fue objeto de ampliación. Ello significa que se dio por bueno que las competencias exclusivas sobre el ferrocarril que se proclamaban en los Estatutos comprendían en su caso FEVE, pero en ningún caso ni las vías ni los servicios que gestionaba RENFE; esto último con base en que los servicios de RENFE tenían ámbitos supracomunitarios o se prestaban sobre itinerarios o redes que trascendían el territorio de la respectiva Comunidad. Debe observarse que ese mismo argumento podría haber determinado que algunas líneas de FEVE se considerasen no transferibles por desbordar su itinerario el ámbito comunitario, y sin embargo ello no ocurrió así.

Aparte del Estatuto de Galicia que excluye expresamente de la competencia autonómica los ferrocarriles incorporados a la red del Estado, en las demás Comunidades del 151 se utiliza una fórmula genérica de asunción de competencias ejecutivas en materia de ordenación de transportes intracomunitarios pero que discurren sobre infraestructuras del Estado, con la importante matización de que ello es «*sin perjuicio de la ejecución directa que se reserve el Estado*». La expresión parece tener sentido precisamente en relación con los ferrocarriles, pues es la única actividad donde puede producirse esa reserva de gestión directa por el Estado; en el transporte por carretera podremos hablar de concesión, pero no de ejecución directa; no obstante, el hecho de que esa previsión se contenga en los Estatutos sin especificación del modo de transporte a que se refiere puede ser fuente de confusiones.

En todo caso no parece que las mismas se hayan producido en el caso del ferrocarril gestionado por RENFE, pues sólo en el recurso del Consejo Ejecutivo de la Generalitat contra la LOTT se hacen algunas referencias a la regulación de la red nacional integrada que no parecen tanto poner ésta en cuestión, sino el papel que la Generalitat tiene en su determinación⁵.

⁵ Entregado ya este trabajo se ha conocido la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1996 que viene a resolver los recursos que se habían interpuesto contra la LOTT y contra la ley orgánica 5/87 de delegación de facultades del Estado en materia de transportes por parte de la Comunidad de Cataluña y por parte asimismo del Estado contra la ley 12/87 del Parlamento de Cataluña sobre transporte de viajeros por carretera. Sin perjuicio de las consideraciones que más adelante se hacen sobre algunas de las más importantes aportaciones de la sentencia en el plano de la doctrina del Tribunal, debe recordarse que, en lo que se refiere a la impugnación de la Generalitat en relación con la Red nacional integrada, la Sentencia considera contrario al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas la forma en que el artículo 155 de la LOTT prevé «*la integración a la RENI de líneas y servicios que transcurra íntegra y exclusivamente por el territorio de la Comunidad Autónoma, ya que, de acuerdo con el artículo 148.1.5 CE y 9.15 del EAC, estos ferrocarriles son de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma*». La sentencia resuelve

C. Reconstrucción del sentido de la competencia

Las Comunidades autónomas podían teóricamente asumir competencias en los respectivos Estatutos siempre que no privasen al Estado de su competencia en materia de ferrocarriles que transcurran por el territorio de más de una Comunidad autónoma; esa competencia estatal es exclusiva tanto en el plano de la legislación como en el de la ejecución. La determinación de esa competencia estatal se enfrenta al problema de saber qué es un ferrocarril que transcurre por el territorio de más de una Comunidad autónoma: ¿Hay que tomar en consideración el convoy que discurre por la vía o el itinerario de la vía para saber si transcurre el ferrocarril por una o más de una Comunidad autónoma?⁶.

el problema de acuerdo con un estricto criterio territorial, que si es de por sí evidente, no deja de resultar excesivamente simple en su aplicación al campo del ferrocarril; ello es así en cuanto prescinde del dato de que una red nacional no deja de estar formada por tramos no sólo supracomunitarios, sino también intracomunitarios al servicio de los anteriores. La prolongación de la red nacional en sólo unos kilómetros a una localidad próxima (piénsese en un tramo Barajas-Príncipe Pío) para hacerla más funcional, impide considerar el nuevo tramo en sí mismo con total aislamiento de los demás, pues tal tramo no tiene sentido por sí, sino como prolongación de una red más amplia.

En este sentido la sentencia que comentamos parece adoptar una posición excesivamente simple, en la que el concepto de línea que se integra en la RENI se identifica con tramos físico desconectados de su función. De acuerdo con la sentencia, cada nuevo kilómetro de vía que prolongue y enriquezca la red nacional existente no podría ser integrado en la RENI, por construirse íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma, aunque su función consista en potenciar la utilidad de la RENI. Los ferrocarriles que discurren íntegramente por el territorio de una CA —que es el criterio competencial de la Constitución— nada tienen que ver con el desarrollo aislado de las infraestructuras nuevas, sino con la integración funcional de tales infraestructuras físicas en una red más amplia por razón del enriquecimiento funcional que aportan a la red nacional.

Los nuevos tramos intracomunitarios se incorporan a una red supra-autonómica en razón a la utilidad adicional que aportan a las comunicaciones supracomunitarias; el carácter supracomunitario de los nuevos tramos no está en función de su ubicación física en una autonomía, sino, aunque se construyan en una sola Comunidad Autónoma, en el dato de servir funcionalmente a una red nacional, cuando contribuyen a aumentar la utilidad de ésta conectando nuevos puntos a una red nacional, si este objetivo es el relevante en la construcción del nuevo tramo.

⁶ La sentencia de 27 de junio de 1996, antes comentada, aborda la cuestión. En todo caso la sentencia dedica al ferrocarril escasamente seis breves fundamentos jurídicos de los sesenta y siete que tiene la sentencia. La simplicidad de la solución que presenta, al aplicar una visión estrictamente territorial que parece ligada a tramos concretos de las infraestructuras o nuevas líneas, más que a la función y naturaleza del transporte que sobre ellas se desarrolla, permite suponer que la doctrina de la sentencia será insuficiente para resolver los problemas que puedan plantearse en la práctica, en los que la visión funcional del concepto «discurrir íntegramente por el territorio de una Comunidad Autónoma» ha de ser puesta a prueba en más de un supuesto. El sistema de audiencias que el artículo 155 de la LOTT preveía la posibilidad de prescindir del acuerdo con la Comunidad afectada por razón de «*intereses superiores constitucionalmente garantizados*» en los supuestos de que el recorrido se hallase íntegramente comprendido en el territorio de una Comunidad, sólo tenía sentido en una concepción funcional del concepto «*discurrir íntegramente por el territorio de una Comunidad*»; pues esa concepción, en efecto, podía chocar con la circunstancia física de que un nuevo tramo o nueva línea — *un nuevo recorrido* dice el 155.2 in fine— discudiese íntegramente por

Si tomamos en consideración el Estatuto de Galicia⁷, podemos pensar que es el concepto de red lo relevante y que por eso se excluye de la competencia autonómica cualquier ferrocarril incorporado a la red del Estado, aunque parte o todo su itinerario se desarrolle dentro de la Comunidad. Eso, sin embargo, no demuestra que el concepto constitucional de lo que debe entenderse por «transcurrir por más de una CA» haya que deducirlo del Estatuto gallego para aplicarlo con carácter general en cualquier ámbito. En efecto, los Estatutos pueden asumir más o menos competencias sin necesidad de llegar a los máximos o a los límites que suponen las competencias exclusivas del artículo 149. Quiere ello decir que pudiera ocurrir que el Estatuto de Galicia no hubiese querido asumir el máximo de competencias que le permitía la Constitución o, por no emplear términos antropomórficos, que las Cortes no le hubiesen reconocido el máximo de competencias o que los representantes de Galicia no hubieran pedido el máximo en fase de elaboración del Estatuto. En cualquier caso, lo cierto es que la forma en que un Estatuto ha hecho la asignación de competencias no prejuzga que no hubiera podido atribuírsele más o menos; en definitiva ello significa que las competencias que se atribuyen a Galicia en su Estatuto y —correlativamente— las que quedan al Estado en aquel territorio no son prueba de que sean fruto de la única interpretación posible del texto constitucional, aunque constituyan un buen indicio de las preocupaciones del legislativo a la hora de interpretar los límites que le imponía la Constitución.

Si tomamos en consideración los demás Estatutos de Comunidades autónomas del artículo 151, aportan algún elemento de aclaración del texto constitucional en cuanto a qué debe entenderse por ferrocarriles que transcurren por más de una Comunidad autónoma. En efecto, al asumir competencia ejecutivas sobre transporte de mercancías y viajeros con origen y destino en la Comunidad autónoma, *«aunque discurren sobre las infraestructuras de titularidad estatal a que hace referencia el número 21 del artículo 149»*

el territorio de una Comunidad, y en ese caso la falta de acuerdo con la Comunidad cuando el transporte que sobre ella había de desarrollarse fuese supracomunitario (justamente se trataría de una prolongación de la red nacional, para dar un servicio nacional) sólo podía superarse mediante la justificación de *intereses superiores constitucionalmente garantizados*. No resulta fácil saber qué se quiso decir con esta expresión, pues en realidad si el nuevo tramo tenía como finalidad la mejora y ampliación de un transporte supracomunitario, habría bastado con la invocación de esta circunstancia sin apelación a intereses superiores constitucionalmente garantizados, aunque dicho nuevo tramo discudiese íntegramente por territorio de una sola Comunidad hasta su conexión con la red nacional. Con esto tal vez se quiso aludir a las condiciones de igualdad o al equilibrio territorial, condiciones más exigentes que las que podrían fundarse, sin más, en el concepto funcional de «discurrir por más de una Comunidad Autónoma». La fórmula legal tal vez quiso ser más restrictiva para el Estado y su derecho sobre el transporte por ferrocarril que discorra por más de una Comunidad Autónoma; esa novedad le ha podido valer la condena del Tribunal Constitucional.

⁷ Estatuto que presenta la singularidad de referirse a la red del Estado como presupuesto de las competencias que la Comunidad asume (art.º 27 ocho).

(por todos artículo 11.9 del Estatuto de Cataluña), está reconociendo que la titularidad de la infraestructura se determina por el itinerario de la misma y no por el del convoy o vehículo que sobre ella se desplace y está reconociendo además que, para el legislador orgánico que aprueba los Estatutos, el número 21 del artículo 149 debe ser interpretado —cuando habla de ferrocarriles que trascurren por el territorio de más de una CA— como refiriéndose a las infraestructuras como criterio de delimitación de cuando se supera el ámbito de una Comunidad autónoma. Si eso es así, si la infraestructura es del Estado, en cuanto supere el ámbito de la Comunidad autónoma como tal infraestructura, entonces la competencia sobre el ferrocarril al que sirve esa infraestructura, sobre todo él, es del Estado. Al Estado corresponde la competencia plena para organizar y gestionar el ferrocarril, esto es, competencia legislativa y de ejecución⁸.

Y es cabalmente en esta inteligencia de la cuestión cuando cobra sentido el reconocimiento de competencia a las Comunidades autónomas —que lo tengan así establecido en sus Estatutos— de ejecución de la ordenación de transportes intracomunitarios, aunque se presten sobre infraestructuras de titularidad estatal, «*sin perjuicio de la ejecución directa que se reserve el Estado*». Porque este «sin perjuicio» no quiere decir que las potestades de ordenación se ejercen además de la ejecución directa que se reserve el Estado, es decir, compaginándose con ella; no, lo que quiere decir es que tales facultades sólo se ejercen si el Estado, titular de las infraestructuras y de la competencia sobre el ferrocarril (pues sólo a él puede referirse ese «sin perjuicio»), no se reserva la ejecución directa. No se trata, pues, de un «sin perjuicio» de acumulación, sino de exclusión.

Ahora bien, ¿qué quiere decir ejecución directa que se reserve el Estado? En realidad resulta difícil saber qué alcance tiene la ordenación del transporte de mercancías y viajeros; parece que ordenar es decidir cómo, cuándo, por quién y en qué condiciones se puede realizar esa actividad; si además de ello se presta la actividad misma entonces la ordenación se realiza casi a través de la propia asunción como servicio público o en monopolio. A esto último parece referirse el término ejecución directa que se reserve el Estado. El término parece tener una genealogía que arranca de nuestra II República, en cuya Constitución se establecía, en su artículo 15.6, los ferrocarriles y carreteras como una de las materias en las que, correspondiendo al Estado la legislación, podía atribuirse a las Regiones en sus

⁸ Esa es la interpretación que puede deducirse, pues, de los propios Estatutos de Autonomía; debe, sin embargo, recordarse que en relación con los ferrocarriles de FEVE se han transferido líneas con independencia de si superan o no la Comunidad Autónoma respectiva y, como ya dijimos, ese mismo criterio se ha seguido con las carreteras que, no siendo los grandes ejes de comunicación entre regiones, pasan de una comunidad a otra por otros itinerarios que no se han considerado fundamentales. En este caso se habría roto el criterio de la infraestructura que discurre o atraviesa.

Estatutos la ejecución. Pues bien, en dicho artículo se dejaba a salvo, en lo que aquí interesa, la policía de los ferrocarriles y la *ejecución directa* que pueda reservarse el Estado, salvedad que confirmaron los Estatutos vasco (art.º 8.6) y catalán (art.º 5.4).

El concepto de *ejecución directa* no puede referirse a otra cosa que a la asunción por el Estado de la actividad de prestación del servicio; y por tanto quedaría excluido de ese concepto la concesión a particulares o el régimen de simple autorización. En el supuesto de que el Estado asuma la gestión directa, como es el caso en la actualidad aunque lo realice a través de una entidad de derecho público, las potestades de ordenación de las Comunidades autónomas desaparecerían, sin que pudiera pretenderse que para los trayectos de ámbito intracomunitario las Comunidades Autónomas puedan tener facultades de ordenación, pues serían incompatibles con la asunción directa del servicio por el Estado.

La razón de incluir esa referencia a la ejecución directa, que ya estaba reservada al Estado en el momento de introducirse en los Estatutos, puede estar en la necesidad de dar un tratamiento distinto al transporte por ferrocarril respecto del transporte por carretera. En éste, la ejecución directa por el Estado no era imaginable, por lo que era una forma de extender la competencia autonómica a los transportes por carreteras de titularidad estatal; tal extensión de las competencias autonómicas no se producía en cambio en el caso del transporte por ferrocarril, dada la unidad de la infraestructura y el servicio y dada la forma de prestación directa del servicio de transporte por ferrocarril. Según esto, la mención de la gestión directa no se habría hecho tanto con la finalidad de reservarse un margen de actuación en el ferrocarril, como para hacer posible asumir competencias en el transporte por carretera dejando claro que ello no tenía por qué afectar al ferrocarril.

Hasta ahora nos hemos centrado en las competencias ejecutivas, basando por ahora con dejar señalado que en punto a competencias normativas está pendiente la sentencia del Tribunal constitucional en relación con la LOTT y con la ley orgánica de delegación de competencias a las Comunidades autónomas. La cuestión radica sobre todo en el hecho de que ciertamente la Constitución no ha reservado aquí al Estado ninguna competencia de carácter básico desde la que pueda pretender ordenar el conjunto del transporte sobre unos criterios comunes. No obstante, aun faltando un título específico de bases en esta materia, es evidente que el Estado tiene algunos muy importantes que le permiten establecer elementos de cohesión, como es el 149.1, relativo a las condiciones básicas que garanticen la igualdad o las bases y coordinación de la economía 149.13⁹, la garantía de

⁹ Este título lo utiliza ampliamente la sentencia de 27 de junio de 1996, para justificar algunos de los artículos de la LOTT que habían sido objeto de impugnación; así, y por lo que hace al ferrocarril, se utiliza en el fundamento jurídico 43 in fine de la sentencia que comentamos.

la libre circulación de personas y mercancías o más simplemente el carácter supletorio del derecho estatal, que es el título que se invoca, aunque sea con ese limitado carácter en la exposición de motivos de la LOTT¹⁰.

III. LA INCIDENCIA DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN COMUNITARIA EN EL REPARTO COMPETENCIAL

La Directiva del Consejo 91/440/CEE de 29 de julio de 1991 marca el inicio de un proceso de liberalización de los ferrocarriles en el ámbito comunitario del que no resulta fácil adivinar el diseño final, y es posible que ni siquiera la propia Comunidad tenga claro cuál es el punto de llegada. No obstante, es evidente que la Directiva, que establece en su artículo 10 el principio de libertad de acceso a la infraestructura ferroviaria a las llamadas Agrupaciones internacionales y a las empresas ferroviarias que efectúen transportes combinados, no es sino el principio de un pro-

¹⁰ Aquí radica una de las novedades más importantes de la sentencia, al declarar, frente a lo que ya había venido adelantando en otras sentencias, que la supletoriedad de las normas estatales de que habla el artículo 149.3 no es un título autónomo que le permita regular cualquier materia, cuando carece de competencias sectoriales directas sobre ella.

Esta doctrina parece sumamente criticable, no tanto en su formulación teórica en abstracto sino, en su aplicación práctica al caso del transporte por ferrocarril en particular y al caso español en general.

En cuanto a su aplicación al sector del ferrocarril, porque a diferencia de otros en los que el Estado pueda carecer de toda competencia, en el ferrocarril, precisamente, tiene expresa competencia sobre los ferrocarriles que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma (art.º 149.1.21). Parece entonces lógico que las normas que el Estado establezca para los ferrocarriles de competencia estatal puedan y deban ser aplicables en caso de ausencia de normación o de lagunas, como derecho supletorio por los mismas razones que le llevan a la sentencia a la solución contraria. La razón es la falta de competencia específica en los ferrocarriles que transcurran íntegramente por territorio de una Comunidad; pero siendo ello así, no lo es menos que el Estado tiene competencia específica sobre la misma e idéntica materia, aunque su ámbito se circunscriba a los ferrocarriles supracomunitarios. Siendo ello así, es claro que el Estado no se inventa un título para legislar desde la supletoriedad del 149.3, sino que lo tiene sobre la misma materia y sería por ello obligado reconocer en este caso, precisamente, sin perjuicio de la aplicación de dicha doctrina a otros casos, que las normas del Estado sobre los ferrocarriles estatales son derecho supletorio ante la falta de normas o las lagunas de las normas autonómicas.

En cuanto a la aplicación al caso español en particular, no puede olvidarse que Ceuta y Melilla eran en la fecha de dictarse la ley territorio estatal no autonomizado. Por tanto, el Estado tiene respecto de esos territorios las competencias legislativas plenas sobre todas las materias, sin que se pueda decir que carece de competencias específicas sectoriales sobre el transporte por haberlas traspasado a todas las Comunidades Autónomas —pues eso no había ocurrido en relación con Ceuta y Melilla— y sin que a esos efectos sea relevante si en esas ciudades hay o no transportes en general o por ferrocarril en particular. La aprobación posterior a la LOTT de los Estatutos de Ceuta y Melilla no altera los anteriores razonamientos por cuanto la competencia legislativa sigue estando en el parlamento español, por más que la iniciativa legislativa corresponda a dichas ciudades, mediante un cierto forzamiento de las previsiones constitucionales a ese respecto. Por consiguiente no existe falta de título sectorial en el Estado para legislar sobre transportes, que invalide la posibilidad de establecer el carácter supletorio de la LOTT.

ceso de liberalización, como ponen de relieve las posiciones comunes que el Consejo ha ido aprobando para la aprobación de nuevas Directivas de desarrollo de la anteriormente citada. Ese desarrollo no será fácil, puesto que son muchos los aspectos que hay que definir, como es el relativo a la forma de financiar las obligaciones de servicio público o incluso la viabilidad o existencia real de empresas dispuestas a desarrollar transportes ferroviarios.

En todo caso se ha iniciado algo que, aunque de alcance limitado en la actualidad, parece dirigido a preparar la existencia de competencia en el sector del transporte por ferrocarril. A ese respecto, la reflexión que aquí quiere hacerse tiene que ver con la repercusión que una progresión en ese proceso de liberalización pueda tener sobre las transferencias ya realizadas en esta materia.

Debe recordarse que para las Comunidades del 151 se ha recogido en sus Estatutos, con la excepción de Galicia, la potestad de ejecución de la ordenación del transporte terrestre que discurra por infraestructuras que sean de titularidad estatal, «*sin perjuicio de la ejecución directa que se reserve el Estado*». El reparto competencial en estas Comunidades sería, pues, como sigue:

1.º Sobre las vías de titularidad estatal, que forman parte de la red nacional integrada, la competencia es de RENFE por haber asumido el Estado la ejecución directa¹¹; 2.º Sobre las vías de titularidad de las Comunidades Autónomas son competentes ellas mismas para la ordenación del transporte que se ejecutará por las empresas ferroviarias propias; 3.º Sobre las vías de titularidad estatal que no formen parte de la red nacional integrada a que se refiere el artículo 157 de la LOTT, debe tenerse en cuenta que, en principio, en la red nacional integrada se incluyen sólo las líneas que forman parte de la *estructura básica del sistema general de transporte*, lo que significa, en definitiva, que las líneas no integradas no debían dejar de servir a un sistema general y por tanto pueden ser intercomunitarias o, siendo intracomunitarias, hacer funciones de complemento a la red nacional integrada¹², por lo que la competencia sobre estas líneas y la ordenación

¹¹ Aquí se ha sostenido por algunos que «sin perjuicio de la ejecución directa del Estado», no quiere decir que las Comunidades no puedan ejercer competencias complementarias; sin embargo, ello no se ha traducido ni en transferencias concretas ni en demandas de las mismas por parte de las Comunidades.

¹² El hecho de que no pertenezcan a la *estructura básica*, no significa que dejen de hacer funciones de interés supracomunitario; es decir, pueden estar al servicio de la estructura básica sin que se integren en la misma por no ser elementos fundamentales de la misma, pero pueden cumplir una función auxiliar que las hace que puedan ser incluidas en los ferrocarriles estatales. Una línea que una dos ciudades de distintas Comunidades Autónomas pertenecería al Estado al ser supracomunitaria, pero eso no quiere decir que tenga que integrarse en la estructura básica que constituye la Red Nacional Integrada.

del transporte sobre ellas corresponde a RENFE o a otras empresas públicas de titularidad estatal¹³ (art.º 158.2).

En este panorama la incidencia del proceso de liberalización en las transferencias ya realizadas puede suscitarse a propósito de la reserva a las Comunidades autónomas de la ejecución de competencias de ordenación del transporte intracomunitario sobre infraestructuras de titularidad estatal cuando no se asuma directamente por el Estado¹⁴. Y podría suscitarse en la medida en que se entendiese que con la liberalización no puede hablarse ya de ejecución directa por el Estado, en el sentido de ejecución monopolística por éste. Ello abriría paso al ejercicio de las facultades de ordenación de transportes sobre las vías que seguirían siendo de titularidad estatal por cuanto sirven trayectos supracomunitarios, aunque sobre ellas puedan discurrir también trenes de tráfico intracomunitario.

Antes de seguir adelante con esta hipotética posibilidad de liberalización total del ferrocarril y sus consecuencias sobre las transferencias ya realizadas, convendría reflexionar acerca de la extensión posible de esas competencias de ordenación que se reconocen a las Comunidades autónomas sobre los transportes intracomunitarios por vías de titularidad estatal. Hay que partir de que tales vías seguirían sirviendo al transporte supracomunitario y que por tanto deberá siempre existir un ordenador de los tráficos de carácter estatal; la competencia de ordenación que se reserva en los Estatutos se circunscribe, como es lógico, al transporte intracomunitario, que tendrá que coordinarse con el resto del transporte que circule por las mismas vías de titularidad estatal; en ese sentido, la fijación de horarios y la ordenación de todo lo relativo al tráfico de los trenes seguiría dependiendo de la autoridad central competente. Finalmente debería considerarse que en materia de mercancías el tráfico intracomunitario sería previsiblemente poco importante, pues la ventaja del tren puede estar en largas distancias; en cambio en lo que se refiere a viajeros de cercanías, su importancia es muy grande. Todo ello íntimamente relacionado con la cuestión de la viabilidad económica y con los problemas de «descreme», esto es con la competencia en los sectores rentables —en los trayectos económicamente interesantes— con olvido de los trayectos menos rentables, que quedarían para los poderes públicos con el pago de tasas de acceso por los nuevos entrantes en el mercado del transporte por ferrocarril o con la instrumentación de técnicas de asunción de tramos rentables conjuntamente con otros menos rentables; técnicas cuya complejidad y diversidad de soluciones no es necesario abordar aquí.

¹³ Sin embargo, si estas líneas estuviesen desconectadas de todo interés supracomunitario o careciesen de función de complemento de la red nacional, nos inclinamos a pensar que las Comunidades con competencia para ello podrían reclamar, más que el ejercicio de competencias de ordenación sobre infraestructuras de titularidad estatal, su transferencia como infraestructuras comunitarias.

¹⁴ «Sin perjuicio de su ejecución directa por el Estado» es la fórmula textual de los Estatutos.

Con estas consideraciones previas podrían plantearse cuatro posibilidades básicas en un escenario liberalizado: 1.^a RENFE y Comunidades autónomas concurren en la prestación y ordenación del tráfico intracomunitario, sin perjuicio de la actividad de empresas particulares. 2.^a Las Comunidades autónomas asumen la ordenación y ejecución del transporte intracomunitario, sin perjuicio de la actividad de empresas particulares. 3.^a RENFE (o alternativamente las CA) sigue asumiendo la ordenación y ejecución, pero las Comunidades autónomas (o alternativamente RENFE) concurren al igual que los particulares. 4.^a RENFE sigue asumiendo la ordenación y ejecución con la concurrencia de particulares.

La primera posibilidad se fundaría en que las potestades de ordenación que se reconocen en los Estatutos para el transporte intracomunitario lo son sin perjuicio de la ejecución directa por el Estado, por lo que cabría que éste lo ejecutase directamente, pero no en exclusiva, sino ahora en concurrencia con las Comunidades autónomas; esa posibilidad debe ser rechazada, pues no parece que las competencias de ejecución puedan plantearse como concurrentes y reduplicativas; el principio de eficacia que debe de inspirar (art.º 103 de nuestra Constitución) la actuación de las Administraciones públicas no autoriza a considerar legítimo que dos Administraciones distintas puedan competir en la prestación de un servicio; toda la filosofía autonómica, por el contrario, está basada en el reparto de competencia y en la no reduplicación de actividades. Por eso mismo entendemos que, en la actualidad y antes de cualquier liberalización, la fórmula de «sin perjuicio» en esta materia de ordenación del transporte no puede ser entendida como fórmula acumulativa de posibilidades de actuación del Estado y de las Comunidades autónomas. Los particulares podrán ser los que sean, si es que el transporte ferroviario resulta atractivo, pero si las obligaciones de servicio público han de ser aseguradas por alguien, al margen de como se financiarían en un contexto liberalizado, ese alguien debe ser un solo ente, una sola Administración y no varias Administraciones en competencia.

La segunda posibilidad entra, en cambio, dentro de la lógica del sistema autonómico y está en pugna con la cuarta, por lo que las trataremos conjuntamente. La segunda podría invocar en su favor el hecho de que, en el supuesto de liberalización del transporte ferroviario, no podría hablarse ya de ejecución directa por el Estado en la medida en que la ejecución podría ser hecha por particulares, quedando el Estado (o, por no prejuzgar la cuestión, la Administración que fuera competente) con la misión de ordenar el tráfico y con la más importante de asegurar las obligaciones de servicio público, que comprendería no sólo la conexión de puntos poco rentables o deficitarios, sino también la continuidad y regularidad del servicio cuando menos. En esas condiciones se podría pretender afirmar que desaparece la ejecución directa del Estado entendida como prestación en monopolio; y si eso es así, entraría en juego la previsión estatutaria acerca de la

asunción autonómica de competencias de ordenación para los transportes intracomunitarios; asunción que sólo cede ante la ejecución directa por el Estado, pero no cuando éste no procede a esa ejecución directa entendida como exclusiva. La cuarta posibilidad —la prestación por RENFE en los términos en que viene haciéndolo en la actualidad, pero en competencia con particulares— podría invocar en su favor el hecho de que la asunción directa significa ejecución por el propio Estado, aunque sea a través de un Ente público especializado; es decir, que lo que se excluye es el sistema de concesión: si el Estado optase por la prestación del servicio público del transporte ferroviario a través de concesiones a empresas particulares entonces las Comunidades autónomas, con toda justicia, podrían invocar que antes que los particulares están ellas, que serían las titulares naturales del derecho a ordenar el transporte intracomunitario aunque discurra por vías estatales. Ahora bien, aquí no se trataría de que las obligaciones de servicio público se prestasen mediante concesión, sino de que el Estado continuaría asumiendo directamente, en un contexto liberalizado, las obligaciones de servicio público; las empresas particulares prestarían los servicios de su interés, pero el Estado continuaría ejecutando directamente las obligaciones de servicio público; el hecho de que la normativa comunitaria obligue a establecer competencia en el transporte por ferrocarril no afecta al problema del reparto interno de competencias para la ejecución de las obligaciones de servicio público.

Por fin, está la tercera posibilidad, que debe ser descartada en la medida en que no se trata de que las Comunidades autónomas, como tampoco el Estado, se pongan la veste de particular para introducirse en la actividad sin mostrar sus credenciales públicas, sino amparándose en títulos privados, en absoluto; será competente para la ordenación del transporte y para su eventual ejecución quien deba serlo, pero si su presencia se fundamenta en razones de interés público, lo que no cabe es que haya dos Administraciones actuando con títulos distintos.

La liberalización de los transportes por ferrocarril, como se ve, pondrá a prueba las transferencias ya realizadas en la materia y obliga a profundizar en el reparto mismo de competencias asumido estatutariamente, por más que todavía la liberalización necesita, antes de acordarse, aclarar muchos extremos de enorme trascendencia. De lo que no cabe duda es de que, si se avanzase en ella, obligará a hacer una reconsideración de la materia en el aspecto interno sobre las bases que se han delineado en estas reflexiones.