

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE TRANSPORTE FERROVIARIO

Por Gabriela Andrea Stortoni¹

Sumario: I. Introducción.- II. Breve referencia al régimen jurídico del transporte ferroviario en Argentina.- III. Las concesiones y los procedimientos de readecuación contractual.-A. Las concesiones y renegociaciones de los años '90. B. El impacto de la emergencia declarada por la ley 25.561 y el nuevo procedimiento de renegociación de los contratos.- IV. El régimen de la ley 26.352 y los nuevos procedimientos administrativos en materia ferroviaria.- A. El procedimiento Administrativo para la obtención de la Licencia de Empresa Ferroviaria.- B. El Requisito Técnico Objetivo: La inscripción en el Registro de Operadores.- C. Procedimiento de Adjudicación de Capacidad de Infraestructura.- V. Procedimientos sancionatorios en materia de transporte ferroviario.-A. El régimen sancionatorio del sector ferroviario argentino.- B. El régimen sancionatorio del sector ferroviario en España.- VI. Palabras Finales.

I. Introducción.

El sector de transporte ferroviario, básicamente, desde su regulación jurídico administrativa, como toda actividad de la administración pública, esta sometida al régimen de la ley 19.549, en tanto procedimiento administrativo genérico.

No obstante, es dable advertir matices o, en algunos casos, procedimientos especiales que se potencian por la cualidad del modo.

A estos matices me voy a referir en este estudio, el cual iniciare por una revisión general del régimen jurídico vigente en la materia ferroviaria.

II. Breve referencia al régimen jurídico del transporte ferroviario en Argentina.

La regulación legal en materia de transporte ferroviario, originariamente, se edificó en torno a normas que regularon la construcción de los ferrocarriles. La primera regla general fue la ley 368², promulgada el 3 de junio de 1870, por la cual se dispuso que la introducción de los materiales destinados exclusivamente a la construcción de ferrocarriles en la República estaba libre de derechos de importación. Posteriormente se dicta la ley 531³, del 18 de setiembre de 1872, la cual fue conocida como la primer Ley de Ferrocarriles, ley que define por primera vez que el servicio ferroviario es un servicio público.

¹ Es abogada, egresada de la Universidad Nacional de La Plata. Es Magister Profesional en Derecho Administrativo por la Universidad Austral; Master en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos de las Universidades Carlos III (Madrid - España), París X-Nanterre (Francia) y El Salvador (Buenos Aires - Argentina), organizado por EPOCA; Especialista en Derecho de la Integración, Universidad Austral; Especialista en Transporte Urbano y Planificación por JICA (Japan Internacional Cooperation Agency). Es profesora de grado y de posgrado en distintas universidades nacionales. Actualmente es Jefe de Gabinete de la Secretaría de Transporte de la Nación por Resolución Ministerial 32/10 y representante argentino en la Entidad Binacional Argentina/Chilena "Ferrocarril Trasandino Central".

² En relación con ello, se destaca que la primer ley particular en la materia, es la Ley N° 22, que autorizó a Alan Campbell el inicio de los estudios para la construcción de un ferrocarril entre Paraná y Córdoba. Ver CANOSA, ARMANDO, *Régimen Administrativo del Transporte Terrestre*, Nota 15. Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2002

³ Entre sus regulaciones más importantes se destacan la definición de la jurisdicción nacional en materia de transporte ferroviario, por el criterio subjetivo, de creación o autorización del servicio por parte del Congreso o por el sostenimiento o garantía económica de rentabilidad, otorgada por parte de la Nación. También en la ley se regula una exención de tributos, sobre todo de gravámenes aduaneros para productos que se introducen para la construcción.

Posteriormente, en 1891, se dicta la aún vigente ley General de Ferrocarriles, bajo el número 2873. La misma destaca el carácter federal de la jurisdicción competente para entender en el ferrocarril, en concordancia con la prescripción de la Constitución Nacional en los actuales artículos 75 incs. 18 y 30 de la CN. La norma está diseñada para regir la construcción y explotación del ferrocarril y se completa con la ley 5315 – comúnmente denominada ley Mitre – que regula el régimen de concesiones.⁴

Estas normas –y sus complementarias⁵– son impactadas fundamentalmente con el dictado de la ley 23.696 la cual estableció la privatización de las haciendas públicas productivas y de las cuales no estuvo exento el ferrocarril⁶.

Ahora bien el panorama legal de los albores del ferrocarril debe necesariamente completarse con la jurisprudencia, ya del superior tribunal provincial como así también de la CS.

Los casos sometidos al conocimiento del pretor han girado fundamentalmente en torno a las cuestiones de competencia federal⁷ o local; la potestad de regulación de la tarifa⁸ y la procedencia de las exenciones impositivas. En relación a esta última, cabe destacar lo dicho en autos *Compañía General de FF de Pcia. de Bs. As c/Nación Argentina*⁹ que establece un criterio restrictivo de interpretación de las exoneraciones tributarias en tanto "no es lo mismo que la empresa almacene las mercaderías destinadas al transporte, o ya transportadas, a que sea un particular arrendatario del depósito el que practique esa actividad para sí mismo, aun cuando sea mediante el ferrocarril de la actora. El primer supuesto importa un servicio público, mientras que el segundo se trata solamente de la entrada y salida de mercaderías de propiedad de quien ha arrendado un terreno o galpón con fines exclusivamente particulares. La circunstancia de que la persona arrendataria de un galpón transporte los efectos que en él almacena utilizando los medios de la empresa, no hace nacer la relación jurídica que emana únicamente de la efectiva ocupación de los terrenos por la compañía transportadora que realiza-como queda dicho- un servicio de utilidad pública tanto con sus transportes como con sus depósitos cuando es ella la única que los emplea a ese fin". Por su parte en autos *Ferrocarril Central Argentino c/ Fisco Nacional por cobro de pesos*¹⁰ la CS ha sostenido que

⁴ Ampliar CANOSA, ARMANDO, *Régimen Administrativo del Transporte Terrestre*, p. 277 y sgtes., Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2002 y SALOMONI, JORGE LUIS, *Teoría General de los servicios públicos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pag 143 y sgtes.

⁵ Así el Reglamento General de Ferrocarriles aprobado por Dec. 90.325 y la ley de Concesiones Ferroviarias 5315.

⁶ Existen otras normas, como la Ley de creación de Ferrocarriles Argentinos N° 18.360 a las cuales no haremos referencia en tanto actualmente no esta vigente, no obstante resultar aun de aplicación las normas técnicas de FA que no han sido reemplazadas hasta la fecha, pero la referencia a ello excede el alcance de este artículo.

⁷ Es clara la competencia federal en materia penal y así se ha dicho en autos CS, 1937/7/7, Carreras, Antonio y Cabral, Custodio V. Marioni, Francisco T., s/ querrela. La CS en su fallo expresó que "Corresponde a la justicia federal la averiguación y castigo de los culpables en los casos comprendidos en el título V de la ley 2873, que afectan la seguridad y el tráfico de los ferrocarriles nacionales"

⁸ Así resulta por ejemplo en los autos "Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros ferroviarios contra el Ferrocarril Central Argentino s/ entrega del remanente acumulado con motivo del remanente de tarifas" la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo del 3 de octubre de 1928 expresó que "Cabe recordar que los ferrocarriles particulares no son equiparables al dominio y negocios privados como pretende la demandada: nacen y funcionan en virtud de la concesión que no es un contrato de derecho común entre partes iguales sino que es el acto legislativo en virtud del cual el Estado hace delegación en una Empresa para la debida realización del servicio público de transporte ferroviario dentro de límites prefijados, determinándose las condiciones de tiempo, forma y elementos de la construcción y explotación, privilegios y exenciones otorgadas a la empresa, derechos y ventajas reservadas por el Estado para sí o para determinadas manifestaciones de la vida nacional... las leyes y la jurisprudencia argentina consagran ese carácter de la concesión y por ello las empresas no pueden fijar tarifas, precio del servicio que prestan, como un cargador común sino que deben llenar ciertos caracteres previstos en la ley y deberán ser previamente aprobada por el P. Ej...".

⁹ Fallos:208:546.

¹⁰ Fallos:144:408. El fundamento principal de la demanda se centra en lo prescripto por el art. 8 de la ley 5315, la cual establece como único pago de impuestos y contribuciones el 3% sobre los ingresos del FF.CC, por lo cual no es

el FF.CC esta exonerado de toda contribución como empresa de transporte, pero no esta exento de impuestos a las operaciones de otro genero que realice.

En autos *Municipalidad de San Isidro v. Angel Saraco y otros*¹¹ se destaca principalmente el Dictamen del Procurador Elías Guastavino, el cual expresa que "el art. 38 de la ley 18360 declara - entre otras - exentas del pago de tasas de carácter municipal a las "...actividades publicitarias y explotaciones comerciales que se cumple por la propia Administración Ferroviaria o por terceros que hubieren contratado con ella, y que se efectúen dentro de las estaciones, zonas de vía y demás bienes ferroviarios. Contrariamente a lo dispuesto por la norma recién referida, la ley de la Provincia de Buenos Aires N° 7725 - que también eximió a la Empresa Ferrocarriles Argentinos del pago de impuestos y tasas, salvo de aquellas que responden a servicios efectivamente prestados que hubiesen sido requeridos por la Administración ferroviaria - excluye de tal beneficio a los terceros que hubieren contratado con ella." La CS emite su fallo el 5 de octubre de 1978 y rechaza por cuestiones formales el recurso extraordinario, pero Gabrielli, en disidencia sostuvo que "la decisión por parte de la Nación de asumir la jurisdicción de los servicios ferroviarios del país con la amplitud con que lo ha hecho mediante la ley 18.360, tiene su fundamento en el artículo 67 inc. 12 y 16 de la CN. El primero de estos incisos acuerda al Congreso la potestad exclusiva de reglar el comercio interprovincial e internacional, que no sólo comprende el tráfico mercantil sino el transporte de personas y cosas por vía terrestre, aérea, fluvial o marítima y alcanza igualmente a las comunicaciones (fallos 101:536; 154:104; 269:92; 278:210) El segundo de los incisos otorga, asimismo, al Congreso la potestad de proveer lo conducente a la prosperidad del país... promoviendo la industria... la construcción de ferrocarriles... por leyes protectoras y por concesiones temporales de privilegios..." En consecuencia vota por la revocación de la sentencia del ad quo, por entender que no es aplicable la ley 18310, sino la ley 18.360, y el hecho que no sea el ferrocarril un servicio de utilidad pública, no impide que el Estado en atención al servicio efectúe exenciones, en ejercicio de as facultades que emanan de los artículos 67 incisos 12 y 16 de la CN.

En autos *FCC Córdoba v. Municipalidad de San Francisco*¹² de 1939 la CS reitera la doctrina de fallos 152:385¹³, en el sentido que los ferrocarriles particulares no son equiparables al dominio y negocios privados; nacen y funcionan en virtud de la concesión que no es un contrato del derecho común, entre partes iguales sino que es el acto legislativo en virtud del cual el Estado hace delegación en una empresa para la debida realización del servicio público de transporte ferroviario dentro de los límites prefijados, determinándose las condiciones de tiempo, forma y elementos de la construcción y explotación, privilegios y exenciones otorgadas a la empresa, derechos y ventajas reservadas por el Estado para sí o para determinadas manifestaciones de la vida nacional". Sigue diciendo que "el Congreso de la Nación en virtud de las facultades acordadas por el art. 67 inc. 16, de la CN ha podido proveer lo conducente a la construcción de ferrocarriles por leyes protectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulos, privilegios que no tienen más limitación que la de ser temporales, pues la citada disposición constitucional nada establece sobre la naturaleza o el carácter de esos privilegios. Que si bien la constitución sólo usa los términos "construcción de ferrocarriles", esto no debe entenderse en sentido restrictivo, sino en sentido amplio y general, en concordancia con el fin primordial propuesto, que es en definitiva el bienestar general a que se refiere el Preámbulo... si se permitiera a las municipalidades imponer cargas de esta naturaleza a los ferrocarriles en toda la extensión de sus propiedades, las empresas se verían obligadas a pagar cantidades que, al gravitar sobre sus gastos, influirían en forma

aplicable la patente por muelles, canaletas y embarcaderos que posee. La patente grava los actos, operaciones comerciales o industriales y no la propiedad de las cosas.

¹¹ Fallos:300:1063. El caso se trata de un recurso extraordinario planteado por la demandada con motivo del juicio de apremio que le iniciara la Municipalidad de San Isidro antes los tribunales de su jurisdicción para obtener el cobro de tasas del que la interesada pretende estar exenta.

¹² Fallos:185:24.

¹³ CS, 1928, Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferroviarios c/ Ferrocarril Central Argentino.

imprevisible sobre el producto líquido de las líneas, alterando el producido del impuesto nacional e influyendo en la fijación de las tarifas. Resultaría así, por obra de los gobiernos municipales o provinciales, destruido el sistema legal creado por el Congreso de la Nación, e interferida por esas autoridades la política ferroviaria del Gobierno nacional, y la reglamentación del comercio interprovincial, de exclusivo resorte del Congreso Nacional - art- 67 inc. 12 de la Constitución Nacional." En base a los fundamentos expresados se confirma la sentencia apelada, en la parte que manda devolver a la actora las sumas pagadas por construcción de las veredas con exclusión del valor de las construidas en el frente de la estación, y se la revoca en la parte que rechaza la demanda en los otros capítulos que comprende.¹⁴

En materia de Jurisdicción aplicable se destaca el caso *Ferrocarril Central Argentino contra la Municipalidad del Rosario, por devolución de impuestos*¹⁵. Con fecha 5 de setiembre de 1902 se expide el Juez Federal de Rosario, rechazando la demanda incoada por el Ferrocarril Central Argentino con la Municipalidad de la Ciudad de Rosario por devolución de impuestos cobrados por esta por la oficina de telégrafos del primero en el centro de la ciudad, entendiendo que la misma no reviste la calidad de dependencia exenta de impuesto. Con fecha 30 de marzo, la Cámara Federal de Paraná, confirma el fallo apelado. Finalmente, con fecha 31 de marzo de 1906, la SC dicta sentencia expresando que: "El contrato aprobado por la ley citada tenía establecido en su artículo 4° que los materiales, útiles y artículos que fuere necesario importar del exterior para la construcción y uso exclusivo del ferrocarril serán libres de todo derecho de introducción durante el período de 40 años, asimismo la propiedad del ferrocarril y sus dependencias serán libres de toda contribución o impuesto por el mismo término. Que la redacción del artículo citado comprendiendo la amplia expresión de "toda contribución o impuesto" interpretada a la luz del art. 67 inc. 16 de la CN produce el convencimiento de que la ley no sólo ha querido exonerar de cargas o impuestos nacionales sino también provinciales o municipales. Fallo 11 de mayo de 1901, por que si así no fuera no había concedido nada, ni sido posible llenar los fines de la ley, una vez que tratándose de un Ferrocarril que debía atravesar provincias y municipios, tendría que pagar toda clase de impuestos locales y de que la concesión se fundaba en la conveniencia de promover el bienestar general de la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles por medio de leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo...Que aún cuando la ley del contrato de 1863 nada haya dicho sobre impuestos municipales, como son los que se trata, éstos entran en implicancia necesaria en altos propósitos de la ley y de la cláusula constitucional citada, pues según la doctrina y la jurisprudencia dado un poder por la Constitución, los medios necesarios para llevarlos a cabo se juzgan siempre implícitos y el alcance de los mismos es que el Congreso tenga todas las atribuciones que sean necesarias y convenientes para hacer efectivos los poderes que le han sido conferidos de manera expresa; que en ella no se concede ninguna facultad nueva y que su objeto es remover toda incertidumbre de que los medios para poner en ejercicio todos los poderes concedidos de una manera expresa están comprendidos en la concesión" Concluye, fundado en el caso seguido contra la Provincia de Córdoba por la Cía. de Tierras del Ferrocarril Central Argentino que "las oficinas de telégrafos que la empresa demandada tiene establecida fuera del perímetro de la línea del ferrocarril, aún cuando relacionadas con la explotación, no pueden mirarse como una necesidad para aquella y que por lo tanto no están exentas de los impuestos cuya devolución se cobra"

En *Compañía General de Ferrocarriles de la Provincia de Buenos Aires contra Doña Gregoria M. Bustos de Silva, sobre expropiación*¹⁶ se destaca la sentencia del Juez Federal del 8 de

¹⁴ La disidencia de fundamentos de Linares y Sagarna, sostienen que el poder de policía local no cede frente a servicios públicos de jurisdicción federal, en tanto la aplicación de la potestad no sea irrazonable o arbitraria, con base en la jurisprudencia americana y argentina. El tribunal superior confirma el pronunciamiento por considerar arbitraria e irrazonable la medida del Municipio en establecer cercas de lujo y fuera del área de las estaciones.

¹⁵ Fallos:104:73.

¹⁶ Sentencia del Juez Federal del 8 de noviembre de 1906.

noviembre de 1906. El caso trata de la expropiación de tierras de la provincia, para la construcción de un ferrocarril interjurisdiccional. Al respecto el a quo sostiene los poderes implícitos del Congreso de la Nación para imponer expropiaciones de tierras provinciales, en base al artículo 67 inciso 16 y dice que "si bien es cierto que la facultad de construir ferrocarriles en todo el territorio de la República por parte del gobierno federal es concurrente con la de las provincias, según el art. 107 de la CN, ésta concurrencia no obsta al ejercicio pleno del poder por parte del primero, siempre que los ferrocarriles estén destinados a unir las provincias entre sí o con la Capital Federal, porque la esfera de acción de las segundas está limitada a la construcción de ferrocarriles puramente locales a objeto de servir su comercio interno."

Pues bien, en este marco jurídico, luego de una etapa de gestión estatal, el Gobierno nacional decide en los años 90 la concesión de los ferrocarriles de cargas y de pasajeros, introduciendo nuevos procedimientos a aplicar, los cuales - junto con la evolución legal que también se va a seguir operando - veremos a continuación

III. Las concesiones y los procedimientos de readecuación contractual.

A. Las concesiones y renegociaciones de los años '90

En ambos casos cabe destacar que la fórmula de concesión de los servicios ferroviarios fue una división entre los modos de cargas y pasajeros, denominada separación horizontal, alcanzando a las cargas en todo su espectro nacional, y al servicio de pasajeros solo el ámbito metropolitano de Buenos Aires.

Las Concesiones Ferroviarias de Cargas, privatizadas en los años 1991-1993, se caracterizaron por un régimen de concesión de explotación integral de los ramales nacionales otorgados y sujetos a recupero de la inversión ofertada en base del flete, sujeto a un límite superior tarifario. El supuesto plus de rentabilidad que las mismas proyectaban obligaba al pago de un canon anual. La ecuación económica financiera se completa con el término de explotación de 30 años, con opción a prórroga por diez años más. Ahora bien las pautas ofertadas se basaron en una variable concreta que le permitiría sostener las pautas de la ecuación económica financiera: esta es la previsión de cargas a transportar, la cual se ubicaba para 1994 en el orden de las 16,4 miles de toneladas anuales. En base a ello "...se estimo que los ferrocarriles de cargas tenían un potencial de rentabilidad apreciable, lo que permitía diseñar unidades de negocios susceptibles de despertar el interés empresarial privado, generar recursos genuinos para re-invertir en el negocio y así modernizar un transporte que siendo vital para el país, había caído significativamente e su participación modal."¹⁷

La realidad presentó un escenario totalmente diverso, arrojando para ese mismo año la cantidad de 12 mil toneladas y la ratio siguió reduciéndose dramáticamente.¹⁸ Esto implicó la necesidad de instrumentar mecanismos que adecuaran el contrato a la realidad de la concesión, ya que una de las consecuencias de la pérdida de la rentabilidad ofertada y contratada es la imposibilidad de rehabilitación profunda de las vías, estaciones, puentes, terminales, etc lo que atenta contra la continuidad del modo.

Así en primer lugar, se dicta el Decreto 686/95 el cual estableció la posibilidad de compensar los montos de pago de canon contra reducciones tarifarias que beneficiaren las

¹⁷ Libro Azul Fadeaac "IV Congreso Internacional de Transporte de Cargas", 1º Edición, pag.59, 2002

¹⁸ Ver FIEL, *La regulación de la competencia y de los servicios públicos*, 1999, Buenos Aires, Argentina, p. 188 y sgtes.

economías regionales.¹⁹ Luego se dicta el Decreto 605/97 el cual estableció el procedimiento de readecuación de los contratos de concesión de servicios ferroviarios, procedimiento que nunca fué concretado hasta la fecha.

Los pliegos de bases y condiciones, siguiendo las pautas de la ley de Ferrocarriles²⁰ y para Canosa también siguiendo la legislación y jurisprudencia americana²¹ establecen que las tarifas “serán públicas, justas y razonables y se establecerán de manera que los ingresos del concesionario derivados de los servicios de carga, pasajeros y actividades complementarias no excedan el monto necesario para cubrir todos los costos de una explotación eficiente del Sistema Ferroviario Concedido y obtener una rentabilidad adecuada a la inversión realizada”²²

Con relación a las tarifas de transporte de cargas específicamente, las mismas podrán determinarse sujetas a un límite superior tarifario en dólares, establecido por Resolución de la Autoridad de Aplicación del servicio. Este límite superior tarifario podía ser modificado por el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y el Concesionario “cuando consideren que el mismo no mantiene la condición inicial de cubrimiento de costos y rentabilidad razonable y adecuada.”²³ Por debajo de ese límite superior tarifario se podrán negociar los precios aplicables a cada servicio, con bonificaciones o reducciones.

Y completa el análisis lo prescripto por el artículo 33.9.7 del Pliego de Bases y Condiciones mencionado *ut supra*, el cual establece el régimen de control de precios por parte del Concedente, entendiendo por tal la restricción unilateral por parte del Concedente del derecho en materia de fijación de tarifas otorgados al Concesionario.

Por ende, es claro que la naturaleza jurídica del servicio de transporte de cargas - el cual ha sido definido por la Comisión Nacional de Transporte Ferroviario, y ratificado por la actual Comisión Nacional de Regulación del Transporte Ferroviario-, es que resulta una actividad de interés público. Y ello sumado a la desregulación de la fijación del flete ferroviario nos indica que estamos ante un precio privado de libre determinación entre la oferta y la demanda y eventualmente sujeto a un valor tarifario de referencia como resulta el límite superior tarifario. Este Límite superior tarifario tenía como pretensión ser una variable de ajuste que representara el control real del mercado, no obstante es más razonable propender a un mercado desregulado de cargas, donde el precio testigo sea la propia competencia intermodal y la oferta de una mejor calidad del servicio²⁴.

Por su parte, los contratos de concesión de los servicios ferroviarios de transporte de pasajeros que se concretan entre los años 1992 y 1995, se caracterizaban por ser contratos sujetos a un plazo decenal, con opción a prórroga, cuya fórmula económica-financiera de sostenimiento fue

¹⁹ A mi entender ha sido una clara aplicación de los arts. 2 y 3 de la ley 17.520 en el sentido de trocar – sutilmente – la modalidad onerosa de la concesión en otra de carácter gratuita, de modo de poder reflejar de mejor modo la situación de distorsión de la ecuación económica financiera.

²⁰ Art. 44 de la ley de Ferrocarriles N° 2872

²¹ CANOSA, ARMANDO, *Régimen Administrativo del Transporte Terrestre*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2002, p.340 y sgtes.

²² Pliego de Bases y Condiciones de la licitación de la línea San Martín, artículo 33.9.1.

²³ Pliego de Bases y Condiciones de la licitación de la línea San Martín, artículo 33.9.3.

²⁴ En este sentido, en relación a dicho periodo, ha dicho CANOSA - en su obra citada *ut supra*, p.336 y sgtes., que “En el caso de los servicios ferroviarios si bien no podemos hablar de que exista una total competencia, ya que como dijimos se da en monopolio determinado sistema ferroviario, no podemos decir que el ferrocarril tiene la exclusividad del transporte de mercaderías, sobre todo por la ampliación de la red vial que ha tenido nuestro país, que permite que esta actividad pueda ser prestada también por el camión; esta afirmación en modo alguno supone una posición favorable con relación a este tipo de competencia pero de todas formas existe. Sería deseable la complementariedad de los modos de transporte, máxime teniendo un instrumento legal idóneo para ello...” Y aclara el autor que es deseable una competencia entre operadores, pero no es viable económicamente que lo mismo ocurra en materia de infraestructura, lo que se comparte.

dejada al criterio de los oferentes los cuales según las proyecciones del negocio podrían ofertar las más diversas variables de las concesiones onerosas, subvencionadas o gratuitas previstas por la ley 17.520. Así resulta que según el comportamiento esperado de la rentabilidad, se ofertó en casi todos los casos una primera etapa (hasta el 7 año de concesión a excepción de Belgrano Norte que está -y estaba- totalmente subvencionado) sujeta a subsidio, para luego a partir de esa fecha se establecían supuestos de pago de canon, como retribución al Estado del plus de rentabilidad esperada.

Asimismo, los aumentos tarifarios se establecían en base a un parámetro de calidad prefijado según variables de tiempo, limpieza, etc del servicio prestado al usuario.

Los Pliegos de Bases y Condiciones que forman el plexo jurídico básico aplicable a los servicios ferroviarios de pasajeros del área metropolitana de Buenos Aires, establecen que las tarifas se someten a la previa aprobación del Concedente.

Ahora bien los contratos de concesión analizados fueron superados a los pocos años de su desarrollo. Por el contrario que lo ocurrido en la carga, pasajeros se caracterizó por haber alcanzado los niveles de calidad del último año de la concesión, a los pocos años de la toma de posesión²⁵.

En este escenario se dicta, por iniciativa de la Comisión Bicameral de Reforma del Estado y de Seguimiento de las Privatizaciones, el Decreto 543/97 el cual declara la necesidad de readecuar los contratos de concesión, a los fines de optimizar en forma integral el servicio y establece el procedimiento de renegociación.

Efectivamente, en el marco del Decreto 543/97²⁶, se renegocian de los contratos de

²⁵ Se advirtió la necesidad de captar la demandada insatisfecha – en cantidad y calidad - que colapsaría en poco tiempo en tanto no estaban previstas más inversiones para satisfacer las necesidades sobrevinientes.

²⁶ Esta norma, publicada en el Boletín Oficial el 13 de Junio de 1997, instruyó a la Secretaría de Obras Públicas y Transporte del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, a renegociar e introducir modificaciones, en los contratos de concesión de los Servicios de Transporte Ferroviario de Pasajeros de superficie y subterráneos - en el Área Metropolitana de Buenos Aires, con el objeto de satisfacer necesidades de interés público no previstas en los contratos originarios y que hubieren surgido durante y su ejecución y estableció que “Las negociaciones que surjan como consecuencia de las previsiones del presente decreto, deberán propender al logro de los objetivos siguientes: a) Mejorar la oferta de servicios en cuanto a capacidad de transporte, seguridad y calidad (frecuencia, velocidad comercial, material rodante y confort). b) Aumentar el grado y nivel de ejecución, de las obras de inversión, sea a través del adelantamiento de obras ya programadas, o la incorporación de obras nuevas en sustitución o en adición de las existentes, en beneficio del sistema ferroviario concesionado. c) Mejorar la inserción del ferrocarril en el entorno urbano, con miras a su integración en el Área Metropolitana, promoviendo su competitividad con los distintos medios y modos que operan en la región. d) Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios y los intereses públicos comprometidos, e) Propender hacia un sistema integrado con los restantes medios de transporte, que permita la instrumentación del transporte multimodal.(art. 3) El art.4º, por su parte estableció las pautas que se aceptarían renegociar: Servicios programados, a efectos de adecuar la oferta a las reales necesidades de la demanda detectada y previsible; Programas de inversión, con miras a obtener un razonable y adecuado nivel de inversión en obras que redunden en un aumento de la productividad y en el mejoramiento de la cantidad y calidad de los servicios. Se consideraran en especial aquellas adecuaciones de los contratos de concesión que faciliten o contribuyan a la financiación de los programas propuestos; Plazo de concesión, si ello resulta necesario o conveniente para permitir la inversión privada, el adelantamiento de obras necesarias o convenientes a través de la obtención de financiamiento o a fin de permitir la amortización de obras realizadas con cargo al concesionario; Delimitación del área operativa de la concesión, a fin de mejorar la funcionalidad de las estaciones, sus accesos y entorno y facilitar la incorporación de nuevos centros de transbordo. Los proyectos a desarrollar por los concesionarios dentro de las áreas operativas de la concesión deberán contemplar el mejoramiento de las estaciones y su entorno así como facilitar prioritariamente el acceso del público usuario; Régimen tarifario, propendiendo a la prestación de más y mejores servicios a precios Justos y razonables; Desembolsos o garantías a cargo del concedente, para procurar la realización de inversiones estimadas prioritarias, adicionales a las previstas en los contratos de concesión y, como objetivo de largo plazo, a fin de obtener una progresiva y gradual reducción del subsidio a la operación, de ser ello posible; Incorporación al contrato de una cláusula que permita garantizar la continuidad de las obras contratadas, hasta la finalización, en caso de rescate o resolución del contrato de concesión.; adecuación del contrato de concesión para permitir al concesionario obtener de la plaza bancaria nacional o internacional financiamiento a corto o largo plazo; modificaciones societarias, a efectos de posibilitar la incorporación de nuevos socios y capitales de inversión.

concesión correspondiente a los servicios ferroviarios de transporte de pasajeros. Esta norma establecía la necesidad de optimizar el servicio que si bien se prestaba en buenas condiciones, conforme lo requerido por el contrato de concesión, dejaba al margen una gran cantidad de demanda insatisfecha de usuarios, que reclamaban más cantidad de viajes y coches, y más calidad en el servicio prestado.

Por otro lado, curiosamente, se advierte que el servicio de pasajeros era altamente rentable para los concesionarios, por lo cual podría exigirse un mejor cumplimiento del objeto concesionado readecuando la ecuación económica ofertada.²⁷

Así quedaron reguladas las modificaciones en materia de transporte ferroviario de pasajeros, aunque la emergencia, que es un mal congénito de nuestro sistema jurídico-político y económico, vuelve a golpear a estos contratos y es así que prácticamente no fueron aplicadas las pautas contractuales renegociadas, con la declaración de la emergencia ferroviaria.

A diferencia de los servicios ferroviarios de pasajeros, el servicio de cargas durante los primeros tres años de concesión sufrió la reducción en la captación de la demanda, debido por un lado a la competencia del sistema de transporte de carreteras, y por el otro a la inundación de gran parte de la red concesionada. Por ende, era menester adecuar el servicio a las condiciones de regulación posibles que le permitan una competencia leal.

Y esta adecuación contractual, que también estaba prevista en los contratos al quinto año de la concesión, se plasmó legalmente en el Decreto 605/97²⁸. No obstante haberse tramitado las

²⁷ Así se introducen las siguientes modificaciones: (i) AUMENTO DE LA INVERSIÓN COMPROMETIDA: Se autorizó prima facie una inversión que en su conjunto superaba los 4.000 millones de pesos en todas las líneas lo que implicaba la electrificación de casi todos los ramales que actualmente están servidos por servicios diesel; la renovación del material rodante; la adecuación de la infraestructura para el acceso de personas con movilidad reducida; la modernización del sistema de señales y la señalética; etc.; (ii) DESREGULACIÓN DE SERVICIOS AL INTERIOR: Ya se perfilaba la necesidad de recuperar los servicios de pasajeros al Interior que fueron provincializados y en virtud de la imposibilidad de sostenimiento económico por parte de las provincias, fueron cerrando o suspendiendo servicios, a excepción de la Unidad Ejecutora de la Provincia de Buenos Aires. Así resulta entonces la posibilidad de la prestación de un servicio de transporte de pasajeros entre Retiro y Rosario y Retiro hacia Córdoba, destacándose que es posible que los operadores privados, en un marco de desregulación de la actividad, puedan prestar en competencia con otros modos u operadores, un servicio de transporte hacia el interior, desarrollando los mismos e forma paulatina y a cargo de empresas que tienen carácter de operadores y cuentan con una ecuación que permite sostener los servicios.; (iii) AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE LA CONCESIÓN: Según las inversiones comprometidas, el tránsito estimado o la demanda prevista y el valor tarifario que se establezca, se define el término de la concesión, el cual deberá permitir la recuperación de la inversión más una ganancia razonable. En tal sentido, en los contratos de concesión de los servicios ferroviarios de pasajeros, las nuevas y ambiciosas inversiones proyectadas debían recuperarse con la tarifa, por lo cual los análisis económicos mostraban la necesidad de aumentar el plazo de recupero de la inversión. Se aclara que el plazo es un elemento contingente de la concesión y su determinación depende de las variables de compromisos de inversión, tránsito estimado y valores tarifarios, por lo cual la variación de cualquiera de ellas hace variar los demás parámetros de la ecuación económica financiera; (iv) GARANTIA DE CONTINUACIÓN DE LOS CONTRATOS DE EJECUCIÓN DE OBRAS DE INVERSIÓN. como garantía para captar inversores extranjeros se estableció la continuidad de los contratos vinculados a la ejecución de las obras de inversión, en caso de terminación anormal del contrato por rescate o incumplimiento del Concedente; (v) TRANSFERENCIA DEL CONTROL DEL SERVICIO SUBTERRÁNEO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS A FAVOR DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: Era una asignatura pendiente que se ha concretado en la renegociación del contrato correspondiente al Grupo de Servicios N° 3, la transferencia del control del servicio de Subterráneos de Buenos Aires, a favor de la Ciudad de Buenos Aires, transferencia que se ha perfeccionado mediante la Ley CABA N° 373/2000 y la Ley Nacional 26.740; (vi) REACTIVACIÓN DE LA INDUSTRIA FERROVIARIA: Otra regulación interesante, desde el punto de vista de la política económica, es la reactivación de la industria ferroviaria que las inversiones a aplicarse en los servicios modernizados permite, la cual resulta de la Res. ST N° 98/99, se deberá contemplar la contratación de componentes de origen nacional en las obras y provisiones que se liciten en el marco de las nuevas inversiones propuestas.

²⁸ Este decreto publicado el 7 de julio de 1997, instruyó a la Secretaría de Obras Públicas y Transporte, a renegociar e introducir modificaciones, en los contratos de concesión de los servicios de transporte ferroviario de cargas, que se encuentran en ejecución, debiendo tener en cuenta las siguientes cuestiones: “Las modificaciones que se propongan

renegociaciones de las concesionarias de cargas, ninguna tuvo aprobación por Decreto. No obstante, la modificación vendrá a tener luz mediante la ley 25.561, en el marco de la cual se convocó a todas las empresas privatizadas – incluyendo cargas – a presentar los nuevos proyectos de adecuación de sus contratos ahora alterados por la emergencia declarada por la ley citada que vino a paliar la más grave crisis económica e institucional de la historia argentina.

B. El impacto de la emergencia declarada por la ley 25.561 y el nuevo procedimiento de renegociación de los contratos.

Las modificaciones proyectadas en algunos casos, y aplicadas en otros en el marco de los decretos de renegociación, se vieron alteradas con el dictado de la Ley N° 25.561.

En efecto, nuevamente se instala en la Argentina la articulación de las potestades de readecuación de tarifas y contratos administrativos por efecto de la emergencia²⁹. La ley mencionada tiene como objeto el retorno al sistema nominalista que rigió en la Argentina hasta 1976, y mantiene la no aplicación de fórmulas indexatorias o de actualización vedadas por la ley de Convertibilidad. El alcance de la norma es amplio, en relación a la naturaleza del contrato (público) y restringido por el sujeto (administración) excluyendo del mismo al Poder Legislativo y al Poder Judicial. Así se ha sostenido que la ley es arbitraria, ya que obliga al cumplimiento de las obligaciones contractuales y mantenimiento de la calidad, aún cuando se haya roto el sinalagma contractual.³⁰

La ley, en lo que aquí interesa, autorizó al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el Artículo 8° y establece las siguientes pautas de renegociación:

- 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos;
- 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente;
- 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios;
- 4) la seguridad de los sistemas comprendidos;
- 5) la rentabilidad de las empresas.
- 6) prohíbe a las empresas comprendidas en la renegociación suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones.

La ley de emergencia se complementa con una serie de normas, de las cuales vamos a comentar aquellas que se vinculan con el tema analizado. Así resultan el Decreto 293 del 12 de febrero de 2002, el cual establece los servicios alcanzados por la renegociación; el procedimiento a aplicar; el plazo de renegociación; la necesaria intervención de Usuarios, ONG y de las Comisiones Bicamerales competentes (art. 20 de la ley 25.561 y 16 de la ley 23.696) y finalmente establece que

deberán resultar de un acuerdo entre Concedente y Concesionario, por iniciativa de cualquiera de las partes o por su accionar conjunto y podrán estar motivadas en alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la modificación surja de los derechos establecidos en los contratos; b) Que el pedido esté fundado en la conveniencia de adecuar las previsiones contractuales a cambios sustanciales de mercado y/o a otras circunstancias no previstas originariamente y asimismo coadyuve, sin perjudicar la satisfacción de las necesidades de los usuarios a una mejor adaptación del contrato a la situación presente, y a futuras, en orden a superar situaciones adversas o limitantes del desarrollo y fortalecimiento del modo de transporte ferroviario de cargas o propenda al levantamiento de restricciones impuestas contractualmente que impidan la ejecución de emprendimientos colaterales o conexos que mejoren la rentabilidad de las concesiones”.(conf. Art. 3)

²⁹ Ver sobre el tema SALOMONI, JORGE LUIS, *Sistema Jurídico. Emergencia, Conflicto de Derechos y revisión de las Tarifas de los Servicios Públicos*, E.D., Buenos Aires, 27 de marzo de 2002.

³⁰ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los contratos públicos y la ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario*, Revista de Derecho Público, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002.

en los acuerdos de renegociación deberán contemplarse las inversiones comprometidas y las obligaciones contractuales.

También se va a establecer la necesaria intervención de la PROCURACION DEL TESORO en el trámite de aprobación de la modificación contractual, y la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION.

En segundo término aparece la Resolución del Ministerio de Economía N° 20 del 18 de marzo de 2002, la cual estableció las fases del procedimiento de renegociación (FASE I: Lanzamiento; FASE II: Presentación de la empresa; FASE III: Discusión y FASE IV: Acuerdo)

Por último cabe destacar los Decretos 1090/2002 y 308/2002, los cuales eliminan la posibilidad de argumentar la excepción de cumplimiento contractual y en consecuencia obliga al concesionario a mantener la calidad y establece el procedimiento a aplicar a las empresas que hagan planteos de incumplimiento fuera del régimen de la emergencia.

También establece que los entes reguladores continúen ejerciendo sus funciones en materia de revisiones contractuales, ajustes y adecuaciones tarifarias, que resulten compatibles con el desarrollo del proceso de renegociación, lo que encierra un estándar discrecional, que dependerá de lo que en cada caso se entienda posible realizar fuera del marco de la renegociación,

Ahora bien lo más significativo de la norma es un proceso de aprobación de los proyectos de renegociación formalizados en el Poder Ejecutivo, rápido y sujeto a silencio positivo, que es un instituto de excepción del ejercicio de potestades públicas respecto a terceros y que en este caso se aplica para actos intergubernamentales.³¹

Este procedimiento de Renegociación finalmente cumplió su cometido en materia de contratos de concesión de los servicios ferroviarios de cargas, habiéndose renegociados los contratos correspondientes a las concesiones de FERROSUR ROCA S.A. FEPSA S.A., y NUEVO CENTRAL ARGENTINO S.A. hasta la fecha.³²

IV.- El régimen de la ley 26.352 y los nuevos procedimientos administrativos en materia ferroviaria

El escenario actual del sector ferroviario presenta un panorama complejo. De las concesiones ferroviarias de pasajeros, solo dos - FERROVIAS S.A.C. y METROVIAS S.A. - siguen en pie. En el segundo de los casos con una transferencia del servicio del SUBTERRANEO a la Ciudad de Buenos Aires, transferencia que no termina de ser cumplida por el GCABA, asumida expresamente en la ley 373 del año 2000 y ratificada por la ley Nacional 26.740.³³ Las demás

³¹ Se aclara que los procesos de renegociación, por imperio del art. 14 de la ley 23.696 se someten al control concomitante de la Comisión Bicameral de Reforma del Estado y de Seguimiento de las Privatizaciones. Los Decretos 543 y 605 de 1997 establecieron la intervención previa a la aprobación de los procesos de renegociación por Decreto del Poder Ejecutivo. También la ley 25.561 sostuvo la intervención de la Comisión, así como de la nueva Comisión Bicameral creada al efecto de la nueva ley. Ahora la ley comentada establece que el la Comisión Bicameral de Seguimiento de la ley 25.561 deberá expedirse dentro de los 60 días de enviados los proyectos, plazo vencido en caso de silencio, el proyecto se considerará aprobado.

³² Mediante Decreto Presidencial se ratificó cada uno de los acuerdos suscriptos entre la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos y las empresas mencionadas. FERROSUR ROCA S.A.: Decreto 2017/2008; FEPSA S.A.: Decreto 82/2009; NUEVO CENTRAL ARGENTINO S.A.: 1039/2009.

³³ Es útil reseñar la evolución legislativa respecto del servicio de trenes subterráneos en la Ciudad de Buenos Aires, al menos a partir de la transferencia a la ex Municipalidad dispuesta en 1979 por la ley nacional 22.070 (B.O. 17/9/79). Esta ley facultó al Poder Ejecutivo nacional a transferir a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires los certificados representativos del capital de Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado. El art. 2° de esta ley estableció que la Municipalidad tendría competencia en la regulación y control del servicio y en la fijación de las tarifas

concesiones han sido rescindidas y otorgadas en forma precaria a los operadores de servicios ferroviarios de pasajeros, mediante un acuerdo de operación de emergencia, operando el servicio por cuenta y orden del Estado Nacional. Hoy las sociedades prestatarias se denominan UGOFE ROCA, SAN MARTIN Y BELGRANO SUR y UGOMS S.A., prestadora de los servicios MITRE Y SARMIENTO. Todas prestan servicios en forma precaria ya hasta tanto se implemente la modalidad definitiva establecida por la Ley 26.352.

Por otra parte, la política de los años 90 de reenviar los servicios de larga distancia de pasajeros al interior fue un fracaso. En consecuencia, en el año 2004, mediante el Decreto 1261 se restablece la lógica de prestación de servicios interjurisdiccionales a cargo de la Nación y ejemplo de un servicio recuperado es el servicio Buenos Aires - Mar del Plata³⁴.

Los contratos de cargas, casi todos renegociados como ya se explicó, no tienen aspiración de mayor crecimiento de la red o de captación del mercado, sino de ajuste a un nivel de facturación acotada.

Es así que, teniendo a la vista esta situación, en el año 2008 se dicta la novedosa ley 26.352, la cual toma los nuevos criterios de gestión aplicables en el sistema ferroviario comparado.

Desde Europa se entiende que el uso del tren - y el abandono de los modos automotor - solo

del transporte ferroviario subterráneo. El art. 4° dispuso que la Municipalidad quedaba facultada para establecer el régimen más adecuado para la explotación del servicio. Para ello podía transformar la sociedad del Estado y otorgar una o más concesiones o privatizar la empresa o sectores de ella. Al dictar la ley nacional n° 23.696, denominada Ley de Reforma del Estado, el Congreso de la Nación declaró "sujeta a privatización" a la empresa Subterráneos de Buenos Aires (art. 9 y Anexo I). El decreto PEN n° 1143/91 (B.O. 21/6/91) estableció el marco normativo y regulatorio para la concesión de la explotación de los servicios de pasajeros de Subterráneos de Buenos Aires S.E. y Ferrocarriles Metropolitanos S.A. En el art. 1° definió a Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado (S.B.A.S.E.) como sociedad en jurisdicción de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. El art. 3° designó como autoridad de aplicación al MOSP con la participación de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para aprobar los pliegos de bases y condiciones generales y particulares de cada licitación y efectuar los correspondientes llamados. Por decreto PEN n° 2608/93 (B.O. 12/1/94) se aprobó el contrato de concesión celebrado entre el Estado nacional (el concedente) y Metrovías S.A. —en formación— (el concesionario), con la intervención de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. En este contrato se estableció que la autoridad de aplicación sería, hasta que se crease la autoridad del transporte en el área metropolitana, el MEyOSP en cuanto al servicio ferroviario y la MCBA en los servicios de subterráneos (art. 6.4.). El decreto PEN N° 393/99, que aprobó lo actuado en relación al procedimiento de renegociación del contrato de concesión para la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros —de superficie y subterráneos—, instruyó al MEyOSP para que, a través de la Secretaría de Transporte, realizara los actos necesarios para la instrumentación de la transferencia del control de los Servicios de Transporte Ferroviario de Pasajeros —subterráneos y premetro— a favor de la Ciudad de Buenos Aires. Esta transferencia comprende el ejercicio de la fiscalización y control de la ejecución del contrato de concesión formado entre el Estado nacional y Metrovías S.A. (art. 4°). Para este fin, invita al Gobierno de la CBAa adherir a los términos de la transferencia que forman parte de la addenda contractual aprobada por este decreto (art. 5°). Finalmente, la Ciudad de Buenos Aires, mediante la ley n° 373 adhirió al decreto PEN 393/99, como era requerido por el art. 5° de ese decreto para perfeccionar la transferencia. Once años más tarde, se firma el Acta por la cual se concreta el proceso de transferencia. En la referida Acta Acuerdo, firmada el 3 de enero de 2012, la Ciudad ratifica la decisión de aceptar la transferencia de la concesión y asumió, en ese mismo acto, el control y fiscalización del contrato, así como el íntegro ejercicio de la potestad tarifaria. Dos días más tarde de firmada el Acta, la Ciudad aumenta la tarifa un 127%. El perjuicio inmediato provocado a los usuarios hizo que la situación ingrese rápidamente en terreno judicial. La cuestión se finiquita el 28 de marzo de 2012 fue sancionada y el 3 de abril promulgada, la ley 26.740 que por su artículo PRIMERO ratifica “la transferencia a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de los Servicios de Transporte Subterráneo y Premetro dispuesta en el marco de las leyes 23.696 y 24.588 y sus modificatorias y de los Decretos Nros. 2608 del 22 de diciembre de 1993, 1527 del 29 de agosto de 1994 y 393 del 21 de abril de 1999, que fuera aceptada por el Gobierno de la Ciudad mediante la Ley 373 sancionada el 11 de mayo de 2000 y ratificada a través del Acta Acuerdo celebrada el 3 de enero de 2012 entre el Estado nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. No obstante la discusión política continua.”

³⁴ Addenda 1 al Contrato Marco de Compraventa de Material Rodante Ferroviario 2007/2010 y al primer Contrato Complementario para el Suministro correspondiente al año 2007, de fecha 28 de junio de 2010, suscripta entre RENFE Operadora (España) y la Secretaría de Transporte (Argentina), por Siete Locomotoras Diesel Eléctricas Serie 319 Rehabilitadas TALGO IV, aprobada por su inclusión en la Ley de Presupuesto año 2010, prorrogada del 2011 y 2012.

puede ser estimulado con una gestión competitiva en todos los sentidos que sea capaz de ganarse la potencial población de pasajeros que garantizarían el mantenimiento del servicio.

Para ello, la vocación es la creación de redes ferroviarias integradas como uno de los objetivos de la Unión Europea. Se destaca por ello el artículo 129 B) del Tratado de Roma, el cual expresa que a fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 7ª y 130ª y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la comunidad contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía.

Y sigue diciendo que en el contexto de un sistema de mercados abiertos y competitivos, la acción de la comunidad tendrá por objetivo favorecer la intercomunicación e interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes. Tendrá en cuenta, en particular, la necesidad de establecer enlaces entre las regiones insulares, sin litoral y periféricas y las regiones centrales de la comunidad.

Asimismo, el artículo 129C, reafirma la importancia del desarrollo de proyectos de interoperabilidad de trenes y dice que "la acción de la comunidad tendrá en cuenta la viabilidad económica potencial de los proyectos".

A ello se adiciona la Directiva 440/1991 del Consejo Europeo, de 29 de Julio de 1991, la cual bajo el título "Desarrollo de ferrocarriles comunitarios", en su artículo 1º enuncia los objetivos fundamentales, a saber:

- Garantizar la autonomía de gestión de empresas ferroviarias: implica que cada empresa cuente con un Estatuto independiente de los Estados, que sean administradas como sociedades privadas; que tenga programas de actividad, inversión y financiación orientados al EQUILIBRIO FINANCIERO; que se garantice la libertad de asociarse con una o mas empresas privadas para conformar una agrupación internacional; fijar sus tarifas, tomar decisiones respecto a su personal y activos propios. En otras palabras la apertura al mercado del servicio y adopción de formas societarias liberales³⁵

- Separación de la gestión de las infraestructuras y de la explotación de los servicios de transporte de las empresas ferroviarias, siendo obligatoria la separación contable y voluntaria la separación orgánica o institucional. Implica además que puedan ser gestiones y empresas diferentes: se promueve la financiación pública para el desarrollo de la infraestructura exclusivamente; el administrador de la infraestructura tendrá derecho a aplicar un canon no discriminatorio a las empresas ferroviarias que sean operadores de cargas nacionales o internacionales y que se sirvan de dicha infraestructura.

- Saneamiento de la infraestructura financiera de las empresas ferroviarias. Los Estados miembros y las empresas establecerán mecanismos para contribuir a reducir las deudas de dichas empresas.

³⁵ Directiva N° 237 del 29 de Julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios expresa que "...a efectos que los transportes por ferrocarril sean eficaces y competitivos con respecto a los demás medios de transporte, los Estados miembros deben conceder a las empresas de transporte ferroviario un régimen de empresa independiente que les permita actuar con arreglo a criterios comerciales y adaptarse a las necesidades del mercado".

- Garantizar el acceso a las redes ferroviarias de los Estados miembros para las agrupaciones internacionales de empresas ferroviarias, así como para las empresas ferroviarias que efectúen transportes combinados internacionales de mercancías.

En España por su parte y como modo de adaptarse al imperativo comunitario impuesto por la Directiva 440/1999, se dicta el Real Decreto 121/1994 que establece el nuevo estatuto de RENFE proclama que “ es la idea plasmar las nuevas técnicas de gestión y administración de las sociedades públicas, regulando la prestación y explotación del servicio público del transporte ferroviario como una entidad distinta del Estado, en quien reside la titularidad de aquel” y en consecuencia atribuye al RENFE facultades distintas y separadas por un lado de Administración de la Infraestructura y por el otro lado de explotación de los servicios.³⁶

Por otro lado, el Real Decreto 613/1997 del 25 de Abril aprueba el Estatuto para el Ente Publico Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GF) creado por la ley del Acompañamiento 13/1996 del 30 de Diciembre, al que se encomienda "la construcción y, en su caso, explotación de las nuevas infraestructuras ferroviarias que expresamente le atribuya el Gobierno, incluida la electrificación y señalización (RENFE ha de aportar la fracción y abonar el GF el canon por la explotación de las líneas nuevas).

En este estadio, el sistema español resultaba:

1.- una Red Nacional de Infraestructura a cargo del Estado y sufragado con presupuestos generales; que a su vez ostenta la explotación de líneas preexistentes resultando las nuevas líneas a cargo del GIF

2.- Monopolio de cada red, con derecho de acceso y tránsito por parte de terceros.

3.- Una nueva dinámica de reparto de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de transporte por ferrocarril.

3.- Aparece el concepto de canon, sin vinculación a una ecuación – como resulta de nuestras normas de concesión, sino como pieza instrumental al servicio de la creación de un mercado común ferroviario que -regido por pautas de libre competencia- coadyuve a los objetivos de cohesión e integración que preside el proyecto político, social y económico de la Unión Europea, esto es canon como derecho de utilización de la infraestructura.³⁷

Ahora bien, el readecuación definitiva del servicio al sistema ordenado por la Unión Europea va a resultar de la ley 39/2003, la cual crea, en cumplimiento del imperativo comunitario de “autonomía de gestión y el saneamiento financiero de las empresas ferroviarias” por escisión de la antigua RENFE, a las empresas públicas ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF), que va a tener a su cargo la totalidad de la infraestructura ferroviaria nacional, y RENFE OPERADORA, que - en competencia con los privados que vayan ingresando al sistema liberado - tendrá como objeto la operación de servicios de transporte de Cargas y de Pasajeros.

En ADIF se integraran entonces las redes de la ex RENFE y de la GIF y tendrá como

³⁶ Corresponde a RENFE:1.- El mantenimiento de las líneas ferroviarias, en los términos acordados con la Administración Pública titular de las mismas. 2.- La gestión de los sistemas de regulación y seguridad del tráfico; 3.- La construcción de nuevas líneas ferroviarias.

1. La explotación mediante el cobro del correspondiente canon, de las líneas que formen parte de la Red Nacional Integrada y de aquellas otras cuya gestión le sea encomendada por la Administración Pública titular de las mismas, pudiendo exigir la adecuada contraprestación económica.

2. La explotación de los servicios de transporte ferroviario que formen parte de la RNI y de aquellos cuya gestión le sea encomendada.

³⁷ Este canon se determina por las siguientes variables, a saber: Naturaleza del servicio; Duración del servicio; Situación del mercado; Naturaleza y deterioro de la infraestructura y Razones de eficacia comercial.

obligación administrar las mismas para garantizar un servicio de acceso irrestricto a medida que se vaya liberando el sector. Es así como en cargas, desde el año 2005 se encuentra abierto el acceso a la infraestructura a todas las empresas que cuenten con los requisitos para la operación del servicio, en competencia con RENFE OPERADORA. En pasajeros, no obstante el sistema no presenta una situación de open access, prevista originalmente para el año 2012.

El sistema no va a ser privativo de España, ya que la directiva y el denominado “Paquete Ferroviario” se encuentra vigente en Alemania, Francia e Inglaterra.³⁸

Y el mismo camino ha tomado nuestro país, con el dictado, el 28 de febrero del año 2008, de la LEY DE REORDENAMIENTO DEL SERVICIO FERROVIARIO NACIONAL, bajo el Nro. 26.352. Esta ley introduce en el sistema ferroviario argentino la denominada “separación vertical” entre la operación de los servicios y la infraestructura ferroviaria y para ello crea dos sociedades del Estado, una a cargo de la operación de los servicios que se le atribuyan y otra a cargo de la infraestructura ferroviaria nacional.

Así los artículos 2º al 7º regulan los alcances de la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO. El artículo 2º de la Ley crea la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO, como Sociedad de Estado, de la vieja ley N° 20.705, poniendo a su cargo “la administración de la infraestructura ferroviaria actual, la que se construya en el futuro, su mantenimiento y la gestión de los sistemas de control de circulación de trenes”.

El Artículo 3 va a completar los alcances de sus funciones y competencias³⁹, estableciendo a

³⁸ En Inglaterra por su parte es sabido que la historia de los ferrocarriles ha recorrido diversas adecuaciones contractuales y *corsi e ricorsi* de titularidad estatal y privada. Hoy el sistema inglés es ejemplo del sistema que pretende instaurarse en la Unión. En efecto Inglaterra ha aplicado el sistema de separación vertical de infraestructura y servicios, dejando la primera en manos de una sola compañía privada; y los segundos en manos de diversas compañías. Así el mercado de pasajeros está medianamente desregulado en tanto se permite el acceso de nuevos operadores de servicios, siempre que exista un servicio sustentable y un corredor sin prestación actual; mientras que en el mercado de cargas ferroviaria el acceso está totalmente desregulado. En materia de control dos organismos se destacan la OPRAF (Office of Passenger Rail Franchising) y la ORR (Office of Rail Regulation) que tienen encomendado la tutela de los derechos de los usuarios la primera, regula las tarifas máximas, los subsidios y los niveles mínimos de subsidios. Ver *Railways: Structure, Regulation and Competition Policy*, DAFNE/CLP, 1998 y Competition Policy Roundtables, *Les tables sur la politiques de concurrence*, N° 15, OECD, www.oecd.org, diciembre 2001.

³⁹ El texto de la ley argentina, en mucho se va a parecer a la ley española. En el punto es interesante ver el texto del art. 21 de la ley 39/2003 la cual regula “Corresponden al administrador de infraestructuras ferroviarias las siguientes competencias: 1.- La aprobación de los proyectos básicos y de construcción de infraestructuras ferroviarias que deban formar parte de la Red Ferroviaria de Interés General y su construcción, siempre que se lleve a cabo con sus propios recursos y con arreglo a lo que determine el Ministerio de Fomento; 2.- La construcción, con recursos ajenos, de infraestructuras ferroviarias, conforme al correspondiente convenio; 3.- La administración de las infraestructuras ferroviarias de su titularidad y de las que se le encomiende mediante el oportuno convenio; 4.- El control e inspección de la infraestructura ferroviaria que administre, de sus zonas de protección y de la circulación ferroviaria que sobre ella se produzca; 5.- La explotación de los bienes de su titularidad, de los que le sean adscritos y de aquellos cuya gestión se le encomiende; 6.- La elaboración y publicación de la declaración sobre la red, a la que se refiere el artículo 29.1; 7.- La adjudicación de capacidad de infraestructura a las empresas ferroviarias que lo soliciten y la celebración de acuerdos marco con aquéllas; 8.- La emisión de informes con carácter previo al otorgamiento, por el Ministerio de Fomento, de las licencias de empresa ferroviaria y de las autorizaciones para prestar servicios que se hayan declarado de interés público, en los casos previstos en esta ley; 10.- El otorgamiento de los certificados de seguridad, cuando así se determine por el Ministerio de Fomento.; 11.- La prestación de servicios adicionales y, en su caso, de servicios complementarios y auxiliares al servicio de transporte ferroviario; 12.- La propuesta al Ministerio de Fomento de las tarifas por la prestación de los servicios adicionales y complementarios; 13.- El cobro de los cánones por utilización de las infraestructuras ferroviarias y, en su caso, de las tarifas por la prestación de servicios adicionales, complementarios y auxiliares; 14. - La cooperación, con los organismos que en otros Estados miembros de la Unión Europea administren las infraestructuras ferroviarias, para establecer y adjudicar capacidad de infraestructura que abarque más de una red nacional; 15. La resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se formulen respecto de la actuación del mismo; 16.- Cualesquiera otras que se le asignen en esta ley o en sus disposiciones de desarrollo.

su cargo a saber:

a) La administración de la infraestructura ferroviaria, de los bienes necesarios para el cumplimiento de aquella, de los bienes ferroviarios concesionados a privados cuando por cualquier causa finalice la concesión, o de los bienes muebles que se resuelva desafectar de la explotación ferroviaria.

b) La confección y aprobación de proyectos de infraestructuras ferroviarias que formen parte de la red ferroviaria, su construcción, rehabilitación y mantenimiento que se lleven a cabo por sus propios recursos, de terceros, o asociada a terceros y con arreglo a lo que determine el MINISTERIO competente (hoy a cargo del MINISTERIO DE INTERIOR Y TRANSPORTE)

c) El control e inspección de la infraestructura ferroviaria que administre y de la circulación ferroviaria que se produzca en la misma.

d) La explotación de los bienes de titularidad del Estado nacional que formen parte de la infraestructura ferroviaria cuya gestión se le encomiende o transfiera.

e) La cooperación con los organismos que en otros Estados administren las infraestructuras ferroviarias, para establecer y adjudicar capacidad de infraestructura que abarque más de una red.

f) La definición de la red nacional primaria y secundaria y de las explotaciones colaterales.

g) La percepción de cánones por utilización de infraestructura ferroviaria, y en su caso, por la prestación de servicios adicionales, complementarios y auxiliares.

h) La confección de un registro unificado y actualizado del material rodante ferroviario.

i) La conformación de su estructura organizativa, la selección de su personal con un criterio de excelencia y la capacitación del mismo.

j) La emisión de órdenes de emergencia dirigidas a las empresas ferroviarias, disponiendo medidas de aplicación inmediata, incluso de ser necesario la interrupción de las operaciones ferroviarias.

k) La dirección y/o encomienda de investigaciones técnicas sobre materias relativas a la seguridad del transporte ferroviario, la confección de boletines técnicos informativos y el dictado de la normativa general de procedimientos a seguir en caso de accidentes.

l) Cualquier otra que haga al cumplimiento de sus cometidos.

En síntesis, todo lo relativo a la administración de la autopista ferroviaria, queda a cargo de una sola sociedad, bajo la forma de sociedad anónima de especial factura, ya que se trata de las denominadas sociedades del Estado⁴⁰, creadas en los años `70, formato que ha sido rescatado para una nueva versión de un Estado presente en el sostenimiento de los servicios.

La actividad desarrollada por ADIF deberá obligatoriamente cumplir con el fin establecido por la norma en el Artículo 5º que regula que “la ADMINISTRACION DE

El administrador de infraestructuras ferroviarias no podrá prestar servicios de transporte ferroviario, salvo aquellos que sean inherentes a su propia actividad. Para el cumplimiento de sus funciones, el administrador de infraestructuras ferroviarias podrá realizar toda clase de actos de administración y disposición previstos en la legislación civil y mercantil. En el ejercicio de sus funciones, el administrador de infraestructuras ferroviarias actuará con autonomía de gestión, dentro de los límites establecidos por su Estatuto y teniendo en cuenta, en todo caso, la garantía del interés público, la satisfacción de las necesidades sociales, la seguridad de los usuarios y la eficacia global del sistema ferroviario”. Vemos que la claridad de la ley española en el punto de la necesidad de suscripción de convenios, los tipos de autorizaciones para circular por la vía, y las licencias habilitantes, así como la prohibición de poder operar servicios, no surgen de la ley argentina, aspectos que deben tenerse presentes en la futura y necesaria reglamentación de la ley.

⁴⁰ Conforme doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la sociedad del Estado “...aparece como el medio instrumental de que se vale el Estado, adoptando el tipo de "Sociedad Anónima" (art. 2º, ley 20.705) para cumplir una finalidad que no resulta de innegable carácter público. Si bien debe considerarse en principio sujeta al derecho privado (ley de sociedades) y no comprendida en las leyes de contabilidad, de obras públicas ni de procedimientos administrativos, concurren elementos de innegable carácter estatal, principalmente en lo concerniente a la naturaleza de sus constituyentes y a la imposibilidad de participación de capitales privados (art. 1º, ley 20.705), por lo que más allá del amplio grado de su descentralización, integra la organización administrativa del Estado.” CS, 1986/05/20, Martínez Suárez de Tinayre, Rosa M. J. y otro c. Argentina Televisora Color L.S. 82 Canal 7, S. A., LA LEY 1986-E, 605.

INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO deberá tener en cuenta la garantía del interés público, la satisfacción de las necesidades sociales, la seguridad de los usuarios y la eficacia global del sistema ferroviario. Asimismo, adoptará los procedimientos pertinentes que aseguren la transparencia de su gestión.⁴¹”

Por su parte, lo relativo a la OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO esta regulado en los Artículos 7° al 13° de la Ley de Reordenamiento Ferroviario⁴². Establece la creación de la citada sociedad, y al igual que ADIF, con sujeción al régimen establecido por la ley N° 20.705, disposiciones pertinentes de la ley N° 19.550 y modificatorias, que le fueren aplicables y a las normas de su Estatuto; poniendo a su cargo “la prestación de los servicios de transporte ferroviario tanto de cargas como de pasajeros, en todas sus formas, que le sean asignados, incluyendo el mantenimiento del material rodante.” A los fines de su objeto la sociedad OFSE “podrá desarrollar todas las acciones que resulten necesarias o convenientes para la mejor realización de sus funciones, llevando a cabo los actos de administración o disposición que sean precisos para el cumplimiento de las mismas, incluso mediante la participación en sociedades o empresas, nacionales o extranjeras, con sujeción a lo dispuesto en la legislación vigente” y en particular, “a) Asumir por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros la prestación de los servicios ferroviarios, de pasajeros o de carga, que se le asignen, los que se encuentren concesionados y que por distintas causales reviertan al ESTADO NACIONAL, así como nuevos servicios que se creen; b) Administrar los bienes muebles e inmuebles que le sean asignados por la ADMINISTRACION DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS SOCIEDAD DEL ESTADO para la prestación del servicio de transporte ferroviario; c) Administrar y disponer del material tractivo y remolcado que tenga asignado para su operación ferroviaria; d) Conformar su estructura organizativa, seleccionar su personal con un criterio de excelencia y capacitar al mismo.

Cabe referirnos, complementariamente, al mensaje de elevación de la ley, en tanto es clave para entender cual fue la voluntad de legislador en relación al nuevo sistema, o si el mismo es solamente una estatización de los servicios ferroviarios, como rápidamente puede una lectura rápida sugerir. Y esa clave está en la ley española 39 del 2003, que se cita en el mensaje de elevación de la ley 26.352, con fundamento en la ya mencionada política emanada de la Directiva de la Unión Europea N° 440⁴³ del año 1991.⁴⁴ Luego se ordena la armonización de los estándares de modo de poder

⁴¹ En cumplimiento de dicho mandato es que ADIF ha dictado sus normas organizativas de las cuales corresponde rescatar el régimen de compras y contrataciones. No obstante, es dable esperar que estos puntos sean volcados en una futura reglamentación que establezca por norma material legislativa los parámetros de transparencia a que se debe someter una sociedad que prima facie es definida como sociedad mercantil, a los fines de evitar posiciones antagónicas que antaño afectaron a las empresas y sociedades del Estado

⁴² La ya citada ley Española de Ferrocarriles, establece en la DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA la creación de la entidad pública empresarial RENFE-Operadora, como organismo público con personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar y patrimonio, adscrita al Ministerio de Fomento. El objeto de la entidad RENFE-Operadora es la prestación de servicios de transporte ferroviario tanto de mercancías como de viajeros, que incluirá el mantenimiento del material rodante. RENFE-Operadora podrá desarrollar, además, cuantas actuaciones mercantiles resulten necesarias o convenientes para la mejor realización de sus funciones, pudiendo llevar a cabo toda clase de actos de administración o disposición que sean precisos para el cumplimiento de las mismas, incluso mediante la participación en negocios, sociedades o empresas, nacionales o extranjeros, con sujeción, en todo caso, a lo dispuesto en la legislación vigente. Asimismo la ley establece que “RENFE-Operadora, desde la entrada en vigor de la ley, tendrá asignada toda la capacidad de infraestructura necesaria para la realización de los servicios de transporte de mercancías que estuviere prestando, en dicho momento, la entidad pública empresarial RENFE. Además, podrá obtener directamente la asignación de la capacidad necesaria para la prestación de nuevos servicios.”

⁴³ Luego esta norma fue complementada por las recomendaciones del Libro Blanco de la Comisión Europea, *Una estrategia para la revitalización de los ferrocarriles comunitarios*, del 30 de julio de 1996; el segundo paquete de medidas para el sector pugno por la apertura del sector de transporte ferroviario de cargas, para el año 2005 y luego el tercer paquete de medidas, incluye la liberalización del sector de transporte ferroviario de pasajeros con el horizonte 2012.

⁴⁴ Otro punto importante para tener en cuenta y que puede confundir ya que tanto la ley española, como la argentina, crean dos sociedades o entidades, para distinguir los roles de infraestructura y operación; es que de la Normativa

estar en presencia de redes europeas homogéneas que no traben el cumplimiento efectivo de las libertades comunitarias.

Lo que si resulta claro, es que en materia de infraestructura la misma configura un monopolio natural y es difícil concebir la competencia en su explotación.⁴⁵ En el caso de nuestro país se decidió⁴⁶ - al igual que la ley 39 española - que sea un sujeto público; empresa pública bajo régimen de la ley 20.705 y la ley 19.550, denominada Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado.

En materia de operación de los servicios, ya en la Argentina como en España se decidió por un operador público, la SOCIEDAD OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO, en nuestro país y la RENFE OPERADORA en España⁴⁷.

Este operador público, que es la OPERADORA FERROVIARIA, es un operador destinado a garantizar el servicio universal. La cuestión a determinar en este extremo es si el rol es monopolístico o en competencia. Y la respuesta nos la da no solo la letra de la ley que establece que los servicios a prestar por la OPERADORA FERROVIARIA son los que expresamente⁴⁸ se le atribuyan por el Ministerio de Planificación Federal, Planificación Pública y Servicios, sino que lo marca la fuente de la ley. Esto es el régimen de la ley 39/2003⁴⁹ española, de donde abrevia nuestra norma, la cual al seguir la directiva comunitaria expresamente se somete a la liberación del

Comunitaria no surge ello obligatorio, ya que es una decisión de cada gobierno. Por ejemplo, en Francia se adoptó como modalidad la separación contable, manteniendo todo el sistema en cabeza del Estado. Y la Directiva, huelga decirlo, no ordena que sean públicas o privadas tales empresas. Esa decisión es de política interna de los países. Y finalmente si la competencia puede ingresar en el sector dependerá de algo que hemos hablado anteriormente y es discernir si existe una unidad de negocio sustentable para ello.

⁴⁵ Lo mismo ocurre con los aeropuertos.

⁴⁶ No fue así en el Reino Unido donde se optó por la privatización de la red de infraestructuras a una empresa pública la RAILTRACK dividida en cuatro empresas según las zonas. Esta empresa se mantuvo así hasta los accidentes de Paddington, en 1999, donde murieron 31 personas y centenares resultaron heridos, a causa de un error del maquinista que saltó una señal a peligro y la empresa no había instrumentado sistema de control en "default", como plan de contingencia adicional; y Hatfield, en el año siguiente donde murieron 4 personas, por el desarrile de una formación, producto de la falta de mantenimiento de la infraestructura ferroviaria. Railtrack - por el desprestigio generado- se convirtió en Network Rail, que no solo fue un cambio de nombre sino que se transformó en una empresa "NON PROFITE", esto es la totalidad del producido se vuelca en la infraestructura y es controlada por el Estado.

⁴⁷ También el Reino Unido va a crear una sociedad para la operación en el primer período de la privatización y fragmentación de los años 90 y la denominará THE OPERATING COMPANY. Luego se introdujo al competencia tanto en carga como en pasajeros y hoy el mercado presenta 26 empresas prestadora de servicios de pasajeros y 4 empresas de transporte de cargas.

⁴⁸ Dice la ley 26.352 en su ARTICULO 7º "Créase la sociedad OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO con sujeción al régimen establecido por la ley Nº 20.705, disposiciones pertinentes de la ley Nº 19.550 y modificatorias, que le fueren aplicables y a las normas de su Estatuto, la que tendrá a su cargo la prestación de los servicios de transporte ferroviario tanto de cargas como de pasajeros, en todas sus formas, que le sean asignados, incluyendo el mantenimiento del material rodante." Asignación que se va a volver a referenciar como regla general en el artículo siguiente de atribución de competencias y que dice "...La sociedad OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO tendrá las siguientes funciones y competencias: a) Asumir por sí, por intermedio de terceros o asociada a terceros la prestación de los servicios ferroviarios, de pasajeros o de carga, que se le asignen, los que se encuentren concesionados y que por distintas causales reviertan al ESTADO NACIONAL, así como nuevos servicios que se creen..."

⁴⁹ La ley española claramente establece las 4 pautas esenciales del nuevo sistema en su artículo 2 al determinar los principios que rigen el nuevo régimen y del cual resulta: 1).- Principio de separación vertical: "g).- Separar el régimen jurídico aplicable a las infraestructuras ferroviarias del de los servicios que sobre ellas se prestan"; 2.- Principio de acceso abierto a la infraestructura: "h).- Prever un sistema de otorgamiento de licencias que permitan el acceso al mercado de las empresas ferroviarias"; 3.- Principio de regulación estatal de la Infraestructura: "i).- Regular, dentro del ámbito de la competencia estatal, el acceso a la infraestructura ferroviaria mediante un procedimiento para la adjudicación de capacidad basado en los principios de objetividad, transparencia y no discriminación; 4.- Principio de competencia en materia de operación de los servicios: "j).- Promover las condiciones de competencia en la prestación de servicios ferroviarios, de acuerdo con lo establecido en ella, con respeto a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación".

segmento de operación del servicio y su apertura a la competencia .

Por ello, el regimen juridico argentino permite entender que frente a este operador público, pueden conjugarse operadores privados.

En el nuevo régimen, resultan importante entonces ingadar en dos cuestiones: cual es el titulo para la prestacion del servicio por parte de privados, por un lado, y por el otro, cual es el procedimiento administrativo que se deriva del nuevo regimen legal.

La primer pregunta, nos va a llevar a que el titulo de prestacion es ahora la Autorización o Licencia, en lugar de la Concesión, figura que trae como beneficio adicional la eliminacion del desafortunado principio de la “intangibilidad de la remuneracion del cocontratante estatal”⁵⁰.

En este nuevo esquema, la legislación argentina aun no da respuesta a los procedimientos especiales que se van a necesitar para alcanzar las debidas autorizaciones por parte de operadores, ya publicos o privados, para que puedan acceder a la via, circular con servicios seguros, y poder gozar de los nuevos derechos como prestadores del sistema.

Estas nuevas herramientas de gestion de los servicios, que no cuentan con regulacion en nuestro pais, si se encuentran reguladas en España, Inglaterra, Alemania, por ejemplo.

No obstante, vamos a tomar como modo ejemplificativo el regimen español, por la sencilla razon de ser esa norma la inspiradora de nuestro sistema.

La ley 39/2003 establece que una empresa ferroviaria⁵¹, para poder operar dentro del nuevo sistema debe cumplimentar los siguientes procedimientos para ostentar un titulo de prestador legitimo.

A. El Procedimiento Administrativo para la obtención de la Licencia de Empresa Ferroviaria.

La licencia de empresa ferroviaria es el acto administrativo emitido por el Ministerio de Fomento, a petición de parte, por el cual - previo informe del titular de ADIF, española - se declara la habilitación de la actividad que le permita a la empresa realizar los servicios ferroviarios solicitados, ya de cargas o de pasajeros.

La resolución correspondiente se sujeta a un plazo perentorio de tres meses siguientes a su presentación o al momento en que se complete la documentación exigible, plazo vencido el cual se entiende rechazada la petición.

La licencia de empresa ferroviaria será única para toda la Red Ferroviaria de Interés General, con el fin de ordenar eficientemente, coordinar y racionalizar la explotación, sobre aquélla, del servicio ferroviario en incluso serán validas las emitidas por los demás Estados de la Unión Europea producirán todos sus efectos en España sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria segunda.

⁵⁰ No existe negocio privado mas rentable que el negocio público, en tanto se acote de tal grado el riesgo del privado al mantener siempre intangible el beneficio, como parte del precio, y eso no es justo en términos morales, ni legales.

⁵¹ Dice la ley, en su articulo 43 que “Son empresas ferroviarias aquellas entidades, titulares de una licencia de empresa ferroviaria, cuya actividad principal consiste en prestar servicios de transporte de viajeros o de mercancías por ferrocarril, en los términos establecidos en esta ley. Las empresas ferroviarias deberán, en todo caso, aportar la tracción. Se consideran, asimismo, empresas ferroviarias aquellas que aporten exclusivamente la tracción”.

La licencia de empresa ferroviaria es intransmisible y la sociedad requirente deberá acreditar los siguientes requisitos para su obtención:

1. Deberá revestir la forma de sociedad anónima
2. Contar con capacidad financiera para hacer frente a sus obligaciones presentes y futuras.
3. Garantizar la competencia profesional de su personal directivo y técnico y la seguridad en los servicios que pretenda prestar.
4. Tener cubiertas las responsabilidades civiles que puedan serle exigibles.
5. Las entidades que pretendan prestar servicios de transporte ferroviario habrán de tener por objeto principal la realización de dicha actividad.
6. No podrán ser titulares de una licencia los concursados, los inhabilitados o suspendidos para ejercer cargos de administración en sociedades o los sancionados o condenados; los sancionados por infracciones administrativas muy graves previstas en la legislación mercantil, de defensa de la competencia o de ordenación del transporte, en el plazo de cinco años desde la imposición de la sanción; las sancionadas o condenadas, mediante resolución o sentencia firmes, por infracciones muy graves cometidas en el ámbito de la legislación específica de transportes o por infracciones graves o reiteradas de las obligaciones derivadas de las normas sociales o laborales, en particular de la legislación sobre seguridad y salud en el trabajo, en el plazo de cinco años desde la resolución sancionadora; las que hayan sido sancionadas por incumplir las normas que regulen el régimen aduanero, en el plazo de cinco años desde la resolución sancionadora.

En cuanto a la competencia profesional la norma exige: órganos directivos con los conocimientos y la experiencia necesarios para ejercer una supervisión y un control operativo seguros y fiables del tipo de actividades para las que habilita la licencia; personal responsable de la seguridad en el transporte ferroviario, plenamente capacitado para ejercer su actividad; personal, material rodante y organización aptos para garantizar el suficiente grado de seguridad en los servicios prestados.

La licencia conservará su eficacia mientras la empresa ferroviaria cumpla los requisitos previstos en esta ley para su otorgamiento. Corresponde al Ministerio de Fomento, con arreglo al procedimiento que éste determine, verificar el cumplimiento por la empresa ferroviaria de los indicados requisitos⁵².

B. El Requisito Técnico Objetivo: La inscripción en el Registro de Operadores.

Un requerimiento esencial para garantizar la capacidad objetiva de las empresas ferroviarias es la obligación de inscribirse en un registro de operadores. Este registro es de naturaleza administrativa⁵³ y cumple una función instrumental de auxilio a la Administración, en tanto herramienta de control objetiva y eficaz.

⁵² Dicha verificación tendrá lugar: (a) cada cinco años desde el otorgamiento de la licencia o desde la finalización del anterior procedimiento de verificación; (b) cuando el Ministerio de Fomento tenga indicios del posible incumplimiento por una empresa ferroviaria de los requisitos exigidos; o (c) cuando la empresa ferroviaria sufra una modificación de su régimen jurídico, en particular, en el caso de transformación, fusión o adquisición de una parte significativa de los títulos representativos de su capital o de segregación de una rama de actividad. Estas circunstancias habrán de ser notificadas por la empresa ferroviaria al Ministerio de Fomento, en el plazo de un mes desde que se produzcan. La referida obligación de comunicación se impone, expresamente, a los titulares de las licencias o de otros títulos habilitantes.

⁵³ En relación a la naturaleza jurídica de los registros cabe distinguir los registros jurídicos de los administrativos, entiendo a los primeros como aquellos que persiguen la seguridad jurídica o la protección del tráfico patrimonial, mientras que los otros los administrativos “no sirven - al menos no primordialmente - para proteger los derechos subjetivos de los particulares, sino los intereses públicos comprometidos por la normativa que los establece y regula”. GUILLEN CARAMES, Javier (Director), *El régimen jurídico del Sector Ferroviario*, Ed. Aranzandi, primera edición, 2007, Navarra, España, p. 286.

Es asimismo, una herramienta que brinda transparencia al sector, en tanto en el mismo deben inscribirse todas las empresas que cuenten con licencias de transporte.

Es de carácter público, y en el se inscriben los datos relativos a las empresas ferroviarias, de oficio. La inscripción es meramente declarativa, no genera nuevos derechos, sino que da a publicidad los constituidos, esto es las licencias que cada empresa ostente y su condición de ejercicio actualizada.

En un proceso de apertura, como el que caracteriza al sector ferroviario europeo, la existencia del registro es esencial para garantizar el cruzamiento de datos, control de las empresas, en forma pública y esto es transparente. Dicha transparencia garantiza el debido respeto al derecho de igualdad a la hora de acceso de los operadores a la red administrada por ADIF, y en consecuencia, de igualdad de trato y de objetividad en la ordenación y organización del sistema, a lo largo del tiempo.

C. Procedimiento de Adjudicación de Capacidad de Infraestructura.

La adjudicación de capacidad de infraestructura es la asignación por parte del administrador de infraestructuras ferroviarias de aquellas franjas horarias, definidas en la declaración sobre la red, a los correspondientes candidatos con el fin de que un tren pueda circular, entre dos puntos, durante un período de tiempo determinado.

Para poder solicitar capacidad de infraestructura y poder prestar el servicio, se requiere contar con la previa Licencia de Empresa Ferroviaria, ya agentes de transporte, cargadores, operadores de transporte combinado, conforme lo establece la legislación española, ya citada, en su artículo 30 y siguientes.

Se establece que el administrador de infraestructuras ferroviarias, conforme a lo que reglamentariamente se disponga y con el fin de proteger sus legítimas expectativas en materia de ingresos y la futura utilización de la infraestructura que gestione, podrá imponer requisitos⁵⁴ a los candidatos, siempre y cuando éstos sean adecuados, transparentes y no discriminatorios.

Una vez cumplimentado el procedimiento de adjudicación de capacidad, el derecho de uso otorgado es intransferible, quedando prohibido todo negocio jurídico sobre la capacidad de infraestructura adjudicada, bajo apercibimiento de pérdida de la licencia.

Finalmente el uso de la infraestructura se sujeta al pago de una tasa, que recibe el nombre de cánones ferroviarios⁵⁵, y que será percibido por el Administrador de las Infraestructuras Ferroviarias. Y el comentado canon por acceso⁵⁶, se complementa con el canon por reserva de

⁵⁴ Tales requisitos se notificarán a la Comisión Europea y se referirán, únicamente, a la aportación de garantías económicas otorgadas a su favor cuyo importe será proporcional al nivel de actividad previsto y a las condiciones técnicas y económicas de los candidatos para el ejercicio de su actividad. Asimismo, se deben tener en cuenta los costes medioambientales, de accidentes y de la infraestructura que no graven los modos de transporte distintos del ferroviario, a fin de reducir su cuantía; así como también, el grado de congestión de la infraestructura, el fomento de nuevos servicios de transporte ferroviario, así como la necesidad de incentivar el uso de líneas infrutilizadas, garantizando, en todo caso, una competencia óptima entre las empresas ferroviarias.

⁵⁵ Los cánones se fijan de acuerdo con los principios generales de viabilidad económica de las infraestructuras, explotación eficaz de las mismas, situación del mercado y equilibrio financiero en la prestación de los servicios, y con arreglo a criterios de igualdad, transparencia y no discriminación entre prestadores de servicios de transporte ferroviario.

⁵⁶ Canon de Acceso: en función de los tramos de red en los que se pretenda prestar los servicios y de la declaración de actividad realizada por la empresa ferroviaria, que se pagará, de una sola vez, al inicio de cada período por el que se haya producido la adjudicación de capacidad. El importe de este canon repercutirá los costes que supongan, para el

capacidad⁵⁷ (por la disponibilidad del trayecto solicitado); por la circulación efectiva⁵⁸ y el canon por el tráfico⁵⁹ producido sobre la infraestructura ferroviaria.

De este modo en el nuevo esquema del sector, se trata de hacer eficiente el sistema, haciendo al operador, en este caso privado, responsable indirecto del sostenimiento de la infraestructura, mediante el pago de los cánones ferroviarios al administrador de la red, con un criterio similar al peaje en autopistas.

Nuestro sistema ferroviario, aun a mitad de camino entre las concesiones de los años 90 y las nuevas modalidades de gestión requiere de un sistema “aggiornado”, con procedimientos claros y eficientes, que den cumplimiento a la manda del Congreso ya emitida por la ley 26.352.

V. Procedimientos sancionatorios en materia de transporte ferroviario

Dentro de los procedimientos administrativos especiales, este es uno de los regímenes que mas tinta ha hecho correr a la doctrina, en cuanto a su naturaleza jurídica, los principios que lo informan y los derechos tutelados. Y es que en su estudio juegan ineludiblemente los principios aplicables al proceso penal, a los cuales se remite en forma analógica, de modo de sostener en el procedimiento administrativo sancionador una tutela administrativa efectiva.

Estos procedimientos administrativos, entonces se van a caracterizar por la presencia de principios propios del derecho penal, adecuados al procedimiento administrativo tales como el debido proceso adjetivo, el *non bis in idem*, el derecho de igualdad etc.⁶⁰ En el procedimiento

administrador de infraestructuras ferroviarias, los procesos de gestión administrativa vinculados a la relación de éste con los operadores ferroviarios, como son el mantenimiento de los medios personales y materiales para su administración general, la publicación de la declaración de red, así como la elaboración de los planes de explotación, asignación de capacidad y supervisión de la circulación de trenes.

⁵⁷ Canon por Reserva de Capacidad: en función de los kilómetros de longitud del tramo de red reservado por la empresa ferroviaria, distinguiendo por tipo de línea y hora del día en que se reserva, y por tipo de servicio de transporte ferroviario y tipo de tren que lo presta. Este canon repercutirá los costes fijos de mantenimiento, explotación y gestión de la infraestructura ferroviaria.

⁵⁸ Canon de Circulación: en función de los kilómetros de longitud del tramo de red efectivamente utilizado por la empresa ferroviaria, distinguiendo por tipo de línea y hora del día en que se utiliza, y por tipo de servicio de transporte ferroviario y tipo de tren que lo presta. Este canon repercutirá los costes variables de mantenimiento, explotación y gestión de la infraestructura ferroviaria.

⁵⁹ Canon por Tráfico: en función del valor económico del servicio de transporte ferroviario prestado, medido en términos de la capacidad ofertada (plazas-km, tm-km, TEU-km), distinguiendo por hora del día y tipo de línea sobre la que ésta se oferta. Este canon repercutirá los costes de carácter financiero, de amortización del inmovilizado y, en su caso, los necesarios para garantizar el desarrollo razonable de las infraestructuras ferroviarias.

⁶⁰ Sin pretender abordar la cuestión del derecho penal administrativo, entiendo conveniente recordar los principios que informan esta rama del derecho administrativo, en tanto seran esenciales en el procedimiento sancionatorio, cualesquiera sea su materia. Se destacan el principio de legalidad, propio del Estado de derecho, y que cruza transversalmente todo el derecho administrativo, obligara a entender que solo es posible aplicar una sanción que tenga su tipo jurídico definido por ley, entendiendo por tale el bloque de legalidad; del principio comentado va a derivarse el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* y complementariamente la tipicidad esto es la exigencia de que los delitos se acuñen en tipos y no en vagas definiciones genéricas; el institudo alemán de las relaciones de especial sujeción, entendidas como las que derivan del status especial de ciertos ciudadanos resultante de su condición de destinatarios de un regimen jurídico especial; el debido proceso que implica la adecuación del derecho de defensa en juicio, plasmado en el art. 18 CN al procedimiento administrativo; mas controversial aparece la teoría de la subsanación, sostenida por la CS por la cual los defectos en la tramitación administrativa pueden ser subsanados en la instancia judicial a la que el apelante ha acudido; el principio *non bis in idem* tambien resulta aplicable al procedimiento sancionatorio, como un limite a la potestad, que prohíbe la aplicación de mas de una sanción por la misma causa; el principio de razonabilidad y proporcionalidad es esencial en este procedimiento y constituye uno de los límites del obrar discrecional, operando así como medio de interdicción de la arbitrariedad en el obrar de la administración pública; y el exceso de punición tambien es aplicable al procedimiento sancionatorio, en tanto la sanción, como la pena, debe guardar proporción con la falta cometida. Ahora bien, no tienen igual recepción los

sancionatorio del sector analizado, el descargo, la producción de pruebas, la presunción de licitud o de inocencia; así como la caducidad son garantías esenciales que se encuentran receptadas en el régimen sancionatorio a analizar.

A.- El régimen sancionatorio del sector ferroviario argentino

El régimen sancionatorio del sector ferroviario, podríamos decir que resulta aplicación del instituto alemán de las relaciones de sujeción especial. En efecto, atento el estatus que adquiere el concesionario, por la prestación de un servicio público destinado a la satisfacción de necesidades esenciales, es que resulta mandatorio que ese sujeto quede sometido a un régimen de sanciones, que será aplicable por las deficiencias en la prestación del servicio.

Y así en cada contrato de concesión veremos que se regula el procedimiento en el régimen jurídico aplicable a los contratos de concesión. En efecto, los pliegos de condiciones establecen las sanciones a ser aplicadas a los futuros concesionarios del servicio.

El Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de la Explotación de los Servicios Ferroviarios de Pasajeros establece las en su artículo 15 las penalidades a aplicar a los concesionarios del servicio.

Dice al respecto que las multas serán aplicadas mensualmente, y ponderadas en unidades de viajes y al responsabilidad del Concesionario abarca también la de sus dependientes o subcontratistas o proveedores, liberándose solo en caso de fuerza mayor, ponderada por la Autoridad de Aplicación.

Las penalidades tipificadas son:

- 1.- PENALIDAD POR OFERTA INSUFICIENTE DE SERVICIOS;
- 2.- PENALIDAD POR NO CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO PROGRAMADO;
- 3.- PENALIDAD POR IMPUNTUALIDAD DEL SERVICIO PROGRAMADO;
- 4.- PENALIDAD POR INCUMPLIMIENTO EN LA LIMPIEZA DE ESTACIONES, EN LA PRESENTACIÓN Y LIMPIEZA DE LOS COCHES, EN LA ATENCIÓN DE LAS BOLETERÍAS Y EN LA INFORMACIÓN AL PÚBLICO, las cuales incluyen:

a) Falta de limpieza en dependencias de las estaciones, en la zona de vía y en los inmuebles en general del Sistema Ferroviario Concedido.

b) Falta de limpieza interior y exterior de los coches.

c) Falta de iluminación en los coches, asientos dañados, vidrios rotos y otras deficiencias que impliquen faltas en la comodidad a brindar al pasajero.

d) Esperas excesivas de los pasajeros en las boleterías y puestos de control de acceso a los andenes.

e) Falta de anuncio oportuno al público sobre las anomalías del servicio.

Obviamente, no serán penalizadas las infracciones que sean el resultado de comportamientos anormales del público, de actos de vandalismo o de hechos fortuitos o de fuerza mayor, durante el lapso razonable que demande normalizar las deficiencias provocadas. No obstante, los Oferentes a esta Licitación deberán tener en cuenta, al preparar sus ofertas, las pautas normales o habituales de comportamiento de los pasajeros y del público en general en el área de los servicios a su cargo, y deberán prever los medios para, no obstante ello, satisfacer los requerimientos del presente Pliego. En estos casos las multas pueden ser graduadas según la infracción cometida y el servicio o estación

principios penales de la ley penal más benigna (rechazado por la PTN (conf. dict. 209:40; 235:214) o el principio in dubio pro imputado, que es de aceptación restrictiva y según los casos.

alcanzada.

El regimen se complementa con lo prescrito en los contratos de concesión, artículo 16 del texto vigente, que establecen que “Los incumplimientos del Contrato verificados por la Autoridad de Aplicación darán lugar a la aplicación de sanciones que se graduarán en función de la gravedad de la infracción cometida, desde un apercibimiento hasta multas, cada una de las cuales podrá llegar hasta un CINCO POR CIENTO (5%) del monto total de la Garantía de Cumplimiento de Contrato...” y establece como máxima sanción la RESCISION, a la cual se puede acudir “...una vez que el valor de las multas aplicadas en el período anterior de CINCO (5) años a la fecha de imposición de cada multa, sobrepase el TREINTA POR CIENTO (30 %) de la Garantía de Cumplimiento de Contrato...(conforme artículo 16.1 in fine del Contrato de Concesión).

El procedimiento sancionatorio comentado se encuentra a cargo de la Autoridad de Control de servicio, esto es la COMISION NACIONAL DE REGULACION DEL TRANSPORTE.

El contrato establece en el ANEXO XXX de cada uno de los contratos dos tipos de procedimientos sancionatorios:

1.- para la aplicación de sanciones por la prestación del servicio programado: a partir del sexto mes de vigencia del contrato y con una periodicidad mensual el CONCESIONARIO debe presentar un informe de cumplimiento de servicios a la Autoridad de Control. Este informe es analizado por la CNRT y remite las discrepancias sobre el nivel de cumplimiento, dando traslado al CONCESIONARIO para que emita, dentro del plazo de 10 días hábiles administrativos, sus observaciones, lo que debe configurar un verdadero y suficiente descargo, en tanto luego de ello, la CNRT ponderará los hechos y derechos invocados y aplicará de conformidad a la normativa aplicable la penalidad correspondiente. Contra dicha resolución, el Concesionario tendrá derecho a plantear los recursos administrativos previstos contra el acto final de un ente autárquico, conforme regula la LNPA.

2.- para la aplicación de otras sanciones por incumplimientos en limpieza, atención al cliente, boleterías y demás cuestiones no previstas en la programación anual: en este caso, es la Autoridad de Control la que remitirá el incumplimiento advertido, mediante el acta respectiva, a los fines que el Concesionario, dentro del plazo de 10 días hábiles administrativos, emita su correspondiente descargo y ejerza su derecho al debido proceso adjetivo. Cumplido ello, en igual modo que el caso anterior, se substancia un procedimiento en el seno de la CNRT la cual, previo dictamen del servicio jurídico del organismo, y en caso de no encontrar justificativo en el descargo efectuado por el Concesionario, emite la correspondiente Resolución de aplicación de las multas., resolución contra la cual pondrá el Concesionario formular los recursos que correspondan.

En síntesis este es el procedimiento de sanciones que se aplica a las empresas concesionarias en forma directa. En relación a los operadores de emergencia (UGOFE Y UGO) corresponde que se establezca el procedimiento sancionatorio correspondiente, no obstante lo cual, atento que a los mismos es aplicable el régimen de los contratos rescindidos, deberían ser aplicables las sanciones comentadas ut supra, en forma supletoria, de modo de garantizar el debido cumplimiento del servicio.

Es menester destacar que estas sanciones, no tienen como fin la recaudación, ya que son de naturaleza correctiva, y buscan la modificación de la conducta irregular, antes que el estipendio; siguiendo la doctrina de la CS que ha establecido que “...no corresponde computar el monto correspondiente a las multas impuestas en las resoluciones administrativas cuya impugnación dio origen a ,este juicio, pues esta Corte ha establecido que el eventual y secundario interés fiscal que

pueda tener la Nación en la percepción de ingresos provenientes de la aplicación de sanciones administrativas pecuniarias -disciplinarias o represivas- no basta para autorizar el recurso ordinario de apelación de tales sanciones, cuya finalidad es restaurar el orden jurídico infringido, y no reparar un perjuicio o constituir una fuente de recursos para el erario (Fallos: 324:3083; 327:598 y causa V.93 XLIV "Vicente, José, Vicente, Omar Antonio y Vicente, Norberto -TF 17.731-I- c. DGI", sentencia del 10 de agosto de 2010)⁶¹

Ahora bien, debemos destacar que el sistema que comentamos, al menos de cara a la Legislación aplicable, y sin desmedro de los derechos adquiridos por los Concesionarios actuales pareciera estar llegando a su fin, y frente a ello se debería levantar un nuevo régimen de sanciones propias del sistema de gestión introducido por la Ley de Reordenamiento Ferroviario.

B.- El régimen sancionatorio del sector ferroviario en España

Como hemos dicho, la ley 26.352 introduce la nueva modalidad de gestión, pero aun no cuenta con las herramientas complementarias y reglamentarias necesarias para su garantizar su adecuada aplicación.

Y entre las cuestiones pendientes está el régimen de sanciones a aplicar, por lo cual acudiremos al régimen establecido y vigente en España, conforme la Ley 39/2003 y demás normas complementarias.

En efecto, las sanciones y sus procedimientos de aplicación deben necesariamente adecuarse a un sistema donde un sujeto, generalmente público, es el administrador de las infraestructuras, y otro/otros son operador/es del servicio, por lo cual las responsabilidades de cara al organismo de control son de naturaleza diferencial al sistema de concesión comentado, donde claramente todas las responsabilidades por la infraestructura y la prestación de los servicios corresponde a un solo sujeto.

La Ley española comentada establece las infracciones, que son graduadas en muy graves, graves y leves, conforme artículo 87.

Al respecto, CANO CAMPOS⁶², siguiendo la Ley citada, ejemplifica los tipos a saber:

a).- Son infracciones muy graves:

- 1.- el incumplimiento de las condiciones impuestas en la Licencia administrativa u otros títulos habilitantes y normas dictadas por la Autoridad de Control⁶³ o cuando se ponga en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del sector ferroviario;
- 2.- La prestación de los servicios sin contar con certificado de seguridad o en condiciones tales que puedan afectar la seguridad de las personas o bienes, con grave incumplimiento de las normas técnicas;
- 3.- la realización del transporte de cargas peligrosas en condiciones distintas a las establecidas reglamentariamente poniendo en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del sector ferroviario.

⁶¹ CS, 2012/8/14, Cablevisión S.A. c/DNCI - DISP. 739/10 (expte.S01:248.077/09).

⁶² CANO CAMPOS, TOMAS "Regimen Sancionador" capítulo XXX, pag. 764, en obra colectiva "EL REGIMEN JURIDICO DEL SECTOR FERROVIARIO" dirigido por GUILLEN CARAMES, JAVIER; Ed. Aranzandi, Pamplona, España, 2007.

⁶³ COMITÉ DE REGULACION FERROVIARIA.

b).- Son infracciones graves:

- 1.- El incumplimiento de las condiciones establecidas para el uso de licencias o autorizaciones que no sean consideradas muy grave:
- 2.- incumplimiento de las condiciones de calidad y regularidad de los servicios, el de los requisitos establecidos en el otorgamiento de la capacidad o de las instrucciones emanadas del administrador de la infraestructura;
- 3.- la negativa u obstrucción a los servicios de inspección

c).- Son infracciones leves:

- 1.- Acceder al tren o bajar de el fuera de las paradas establecidas
- 2.- Obstaculizar o forzar los mecanismos de apertura o cierre de las puertas
- 3.- Activar sin causa los mecanismos de freno de socorro;
- 4.- Entrar en la cabina de conducción o áreas reservadas

Como podemos apreciar las diferencias el régimen son notables, en tanto el régimen sancionatorio español presenta:

1.- diversos sujetos pasivos de las sanciones: en efecto el sujeto pasivo de la sanción puede ser la empresa ferroviaria, pero puede también ser cualquier persona física que altere el servicio, como por ejemplo los USUARIOS.

Este es un avance significativo para la generación de una conducta apropiada, que adelanta el cambio cultural de protección de un servicio publico, a través de un mecanismo coercitivo y correctivo como es la sanción administrativa.

2.- las sanciones si bien aparecen como tipos abiertos, mediante conceptos jurídicos indeterminados, se destacan que las sanciones se gradúan⁶⁴ según el valor seguridad del servicio. De este modo, se troca el cumplimiento burocrático de obligaciones formales y de fondo establecidas en un contrato, por un valor maspreciado: el prestar el servicio en condiciones de seguridad para las personas, los bienes y el sistema ferroviario.

Estas sanciones son aplicadas luego de un procedimiento administrativo que tiene las siguientes notas de interés.

Se inicia siempre de oficio por las Delegaciones de Gobierno en las comunidades autónomas, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia. Este es un aspecto interesante a resaltar en las competencias de control, donde se obliga a intervenir a las comunidades autónomas, y al gobierno nacional, de modo de optimizar el control, mas allá del organismo creado al efecto.

⁶⁴ Es interesante lo regulado en relación a la graduación de las sanciones, las cuales se imponen teniendo en cuenta los siguientes factores: la repercusión social de la infracción y el peligro para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente; la importancia del daño o deterioro causado, en su caso; la intencionalidad en la comisión de la infracción; el grado de participación del sancionado y el beneficio por él obtenido.; la existencia de una conducta reincidente o contumaz; la remediación voluntaria de los efectos perniciosos de la infracción (conforme Art. 93, Ley 39/2003).

El presunto infractor será notificado de la apertura del procedimiento, y deberá, dentro del plazo de 15 días desde la fecha de la notificación, aportar toda la prueba. Si así se justifica, podrá abrirse un periodo probatorio. Luego, se dictara la propuesta de resolución respectiva con notificación a los interesados, concediéndoseles un plazo de quince días, desde la notificación, para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes ante el Delegado de Gobierno en la comunidad autónoma quien, a la vista de ellos, resolverá o, en su caso, remitirá lo actuado, al órgano competente⁶⁵ para la imposición de la sanción que corresponda, junto con todos los documentos, alegaciones e informaciones que obren en autos.

En el plazo de 10 días desde la recepción de la propuesta de resolución y los documentos, alegaciones e informaciones obrantes en el procedimiento, el órgano competente para resolver dictará resolución motivada, que deberá ser notificada a los interesados.

El procedimiento deberá substanciar dentro del plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sancionador, caso contrario, se producirá su caducidad.

Las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa serán inmediatamente ejecutivas⁶⁶, no obstante lo cual, antes de ello, si existieren razones de urgencia, el órgano competente podrá, de oficio o a instancia de parte, adoptar las medidas que correspondan.

VI.- Palabras finales

Hemos llegado al final de este estudio que pretende tan solo indagar sobre los procedimientos especiales en un sector muy complejo por la multiplicidad de disciplinas que confluyen en su conocimiento.

Este sector en materia de procedimientos podremos decir que sigue los principios rectores del sistema que resulta aplicable supletoriamente, esto es la LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo dicho arriba, dos conclusiones me permito dar en relacion a los procedimientos administrativos del sector ferroviario:

- 1.- en primer lugar, destacar que los procedimientos administrativos generales, deben adecuarse a los condiciones y peculiaridades técnicas que presenta un sector de servicios con directa intervencion en la vida de los usuarios; debiendo adoptarse procedimientos que reflejen claramente las condiciones de ese sector, en forma realista. De este modo el procedimiento sera una garantía de efectividad del sistema de gestion que se implemente.
- 2.- en segundo lugar, destacar la imperiosa necesidad de regular procedimientos administrativos sancionatorios eficaces, que garanticen la existencia del sistema o modelo

⁶⁵ Como se ha dicho arriba, el organo competente dependerá de la sancion, pudiendo corresponder a la Comunidad Autonoma, al Delegado del Gobierno, o al Ministerio de Fomento, en ese orden y según su gravedad.

⁶⁶ Dice al respecto CANO CAMPOS que la ejecutividad de la sancion “reproduce los dispuesto en el art. 138.3 de la LRJ-PAC, por lo que plantea sus propios problemas”, en referencia a la eventual afectacion al derecho a la tutela judicial efectiva; y en este sentido aporta como solución que sea ejecutiva una vez agotada la instancia administrativa.(CANO CAMPOS, ob. Cit. Pag. 803) Realmente, en materias como la analizada donde puede estar en juego la seguridad de las personas no pareciera ser abusiva la ejecutividad de la sancion, maxime si trata de faltas o infraccion graves o muy graves.En esto la solucion jurídica no puede ser de laboratorio o meramente academica, ya que se trata de situaciones que hacen la diferencia entre la vida y la muerte; y obligan por ello a una vision holistica del sector considerado.

instrumentado.

Un procedimiento que permita ordenar las conductas de los actores involucrados en un servicio, ya como usuarios o prestadores, ya como administradores o controladores del sistema.

Por ello, a cuarenta años de la sancion de la Ley de Procedimientos Administrativos y de cara a los sectores de servicios debo destacar que existe aun una asignatura pendiente desde nuestra disciplina: pensar los procedimientos que hagan efectivos los servicios publicos.

Es que hoy más que nunca se levanta la necesidad de regular estos procedimientos especiales, mediante un nucleo de puntos basicos a aplicar en todos los casos que se trate de la accion administrativa dirigida a la prestacion de servicios publicos.

Ello sin perder de vista el equilibrio de derechos en juego, que ya no son prerrogativas estatales contra garantias de los privados, sino de equilibrios de derechos humanos, ya de los usuarios al servicio, ya de los prestatarios a un sistema transparente, ya de todos a la seguridad de las personas, los bienes y el sostenimiento del sistema ferroviario.

Y esto último con mayor incidencia, en un país como el nuestro que reclama la tutela efectiva a gozar de un transporte y que este sea seguro, eficiente y eficaz. Tambien en el derecho administrativo hay un camino a recorrer para lograrlo.