

DIVERGENCIAS ENTRE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE TRANSPORTE FERROVIARIO Y LA REGULACIÓN COMUNITARIA. EL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN INCOADO AL REINO DE ESPAÑA

DISCREPANCIES BETWEEN SPANISH LEGISLATION ON RAIL TRANSPORT AND EUROPEAN REGULATION. THE INFRINGEMENT PROCEDURE AGAINST THE KINGDOM OF SPAIN

JOSÉ MARÍA COLLADO GONZÁLEZ
Vocal del Comité de Regulación Ferroviaria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RESEÑA DEL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO. III. LA EVALUACIÓN DE LA LEY DEL SECTOR FERROVIARIO POR LA COMISIÓN. IV. EXAMEN DE LOS MOTIVOS DE INFRACCIÓN: 1. Discriminación en el acceso a la infraestructura ferroviaria en España. 2. Limitaciones a la independencia de las empresas ferroviarias. 3. Los cánones por la utilización de la infraestructura ferroviaria. 4. El Comité de Regulación Ferroviaria. 5. Adjudicación de capacidad de infraestructura. V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 28 DE FEBRERO DE 2013.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos perseguidos con la promulgación de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (en adelante LSF), fue la incorporación al ordenamiento interno de las normas comunitarias que integran el denominado primer paquete ferroviario que ha supuesto la apertura del mercado de los servicios ferroviarios para el transporte de mercancías: la Directiva 2001/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios¹, la Directiva

¹ Directiva 2001/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, *DOCE* nº L 75, de 15 de marzo de 2001, págs. 1-25.

2001/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, por la que se modifica la Directiva 95/18/CE del Consejo sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias² y la Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad³. La adaptación de la legislación española a las tres directivas en España condujo a la reorganización de Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE), hasta entonces operador exclusivo de transporte en la red ferroviaria estatal –en aquel momento la Red Nacional Integrada–, sometido a un proceso de separación institucional de sus áreas de gestión de la infraestructura y de operación del transporte, que ha servido de base finalmente para la reestructuración completa de nuestro sector ferroviario.

A esta finalidad se refiere la Exposición de Motivos de la LSF cuando, para explicar el alcance de la reforma del régimen jurídico del transporte ferroviario, afirma que: «*la reforma podría haberse limitado a incorporar al derecho interno las normas comunitarias mencionadas. Sin embargo, esta ley pretende [además] reordenar por completo el sector ferroviario estatal y (...)*». La intención del legislador no se limitó, pues, a transponer a nuestro ordenamiento las directivas comunitarias del primer paquete ferroviario sino que, como se ha indicado, llevó a cabo una reordenación y actualización completas del sector, si bien los aspectos más innovadores de la nueva regulación ferroviaria son los que provienen directamente de las normas comunitarias citadas.

En efecto, la LSF incorpora medidas de aplicación de la Directiva 2001/12/CE: la separación, orgánica y funcional, de las actividades de administración de la infraestructura y de explotación de los servicios de transporte, mediante la segregación de RENFE en dos nuevas entidades públicas empresariales, Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y RENFE-Operadora; la apertura a la competencia de los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril y el acceso de todas las empresas ferroviarias de transporte internacional de mercancías a las líneas de la Red Ferroviaria de Interés General que formen parte de la Red Transeuropea de transporte ferroviario de mercancías.

La LSF recoge asimismo los principios y reglas establecidos en la Directiva 2001/13/CE al abordar, entre otras cuestiones, la regulación de la licencia de empresa ferroviaria como título habilitante para la prestación de servicios de transporte ferroviario y al determinar las condiciones y requisitos para su otorgamiento, renovación o modificación. Sus preceptos, sin embargo, solo habrían de aplicarse al transporte ferroviario interior de viajeros en una segunda fase que se iniciaría a partir de la fecha en que «la Unión Europea establezca un régimen de apertura del

² Directiva 2001/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, de 15 de marzo de 2001, págs. 26-28.

³ Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, de 15 de marzo de 2001, págs. 29-46.

mercado para este tipo de transporte» (disposición transitoria tercera LSF, en su redacción inicial).

De la Directiva 2001/14/CE se derivan, finalmente, otros contenidos fundamentales de la LSF. Así, por ejemplo: se impone al administrador de la infraestructura ferroviaria la obligación de elaborar y publicar la declaración sobre la red; se regula el procedimiento de asignación de capacidad de infraestructura a las empresas ferroviarias, agrupaciones empresariales internacionales y candidatos interesados en la explotación de servicios de transporte; se establece el régimen de fijación y aplicación de cánones a abonar por los operadores como contraprestación económica por el uso de la infraestructura ferroviaria; se regula el sistema de certificación de seguridad aplicable a las empresas ferroviarias que utilicen la Red Ferroviaria de Interés General y se crea, por último, el Comité de Regulación Ferroviaria como órgano de supervisión del mercado, encargado de salvaguardar la pluralidad de oferta de los servicios de transporte abiertos a la competencia.

De acuerdo con el calendario de aplicación que en ellas se establecía, el plazo de transposición de las tres directivas por los Estados miembros expiró el 15 de marzo de 2003. A pesar de ello, el Real Decreto-ley 1/2004, de 7 de mayo, aplazó hasta el 1 de enero de 2005 la entrada en vigor de la LSF, con la finalidad de disponer del tiempo preciso para aprobar, simultáneamente a su entrada en vigor, las normas reglamentarias de desarrollo de la ley imprescindibles para completar el marco regulador del nuevo modelo de ordenación del sector ferroviario estatal⁴. En consecuencia, la incorporación efectiva del primer paquete ferroviario en España se produjo con casi dos años de retraso. Y, como tendremos ocasión de comprobar, el escrutinio de la LSF realizado por la Comisión Europea con el fin de comprobar su adecuación a las tres directivas dio lugar a la apertura de un procedimiento de infracción contra el Estado español que ha culminado recientemente con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de febrero de 2013.

II. RESEÑA DEL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO

La Comisión Europea ejerce, como es sabido, una función permanente de defensa de los Tratados mediante la cual vigila el efectivo cumplimiento del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros. La Comisión es, en este sentido, responsable de garantizar, junto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que todos

⁴ El 31 de diciembre de 2004, es decir un día antes de la fecha de entrada en vigor de la LSF, se publicaron en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario, el Real Decreto 2395/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el estatuto la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y el Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el estatuto la entidad pública empresarial RENFE-Operadora.

los Estados miembros aplican la legislación comunitaria correcta y uniformemente⁵. Si la Comisión constata que un Estado no aplica en sus propios términos una norma de la Unión e incumple por tanto sus obligaciones legales, está habilitada para adoptar medidas correctivas. Y la reacción de la Comisión se produce también de igual forma cuando un Estado miembro no incorpora en plazo y de forma completa una directiva comunitaria, pues la transposición es una obligación impuesta a todos los Estados en virtud de los tratados constitutivos.

Para ello, el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁶ atribuye a la Comisión un poder de supervisión sobre la aplicación del Derecho comunitario por las autoridades nacionales y sienta las bases de un procedimiento de infracción destinado a corregir a los Estados miembros infractores que, a juicio de la Comisión, incumplen una disposición de Derecho comunitario o que, cuando se trata de una directiva, no la transponen en el plazo adecuado o lo hacen en contradicción con sus preceptos.

El desarrollo del procedimiento de infracción es relativamente sencillo. Lo inicia la Comisión, de oficio o como consecuencia de la queja de un Estado miembro o de un particular, dirigiéndose al Estado infractor mediante una exposición razonada de los motivos por los que considera que se ha producido la violación de la norma comunitaria, solicitando información al respecto y emplazando a las autoridades estatales para que formulen las observaciones que estimen convenientes. El Estado debe responder a este requerimiento en el plazo indicado por la Comisión, que habitualmente es de dos meses.

A esta iniciativa se la conoce, en la jerga comunitaria, como *carta de emplazamiento* y se trata en rigor de una petición de información al Estado emplazado para que presente sus alegaciones e indique las medidas que ha adoptado –o que piensa adoptar– para respetar el Derecho de la Unión vulnerado. Con la carta de emplazamiento se pretende básicamente, pues, que el Estado miembro cumpla voluntariamente la norma comunitaria infringida.

Si el Estado miembro no responde o lo hace insatisfactoriamente, la Comisión emite un dictamen motivado que pone fin a esta fase precontenciosa del procedimiento de infracción. El dictamen motivado identifica la infracción de la norma comunitaria e invita al Estado miembro a rectificar, indicándole las vías pertinentes y el plazo para su adopción. El artículo 259 del TFUE admite también la posibilidad, poco frecuente en la práctica realmente, de que sea otro Estado miembro distinto el

⁵ El artículo 17.1 del Tratado de la Unión Europea establece que: «La Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Velará por que se apliquen los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de éstos. Supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...)».

⁶ El artículo 258 del TFUE dispone que: «Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

que adopte la iniciativa e interponga un recurso ante el Tribunal de Justicia, pero esta iniciativa debe ir precedida siempre de un dictamen motivado de la Comisión con el alcance que se ha indicado.

El dictamen motivado, al que se hace referencia en el artículo 258 TFUE, constituye el pronunciamiento definitivo de la Comisión sobre la infracción. En él se exponen de forma coherente y detallada los motivos de infracción y su contenido determina el de un posible recurso posterior por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero el dictamen motivado no conduce necesariamente a la apertura de la fase judicial pues, según jurisprudencia reiterada del Tribunal, la Comisión tiene la facultad discrecional de decidir la incoación de un procedimiento de infracción y de presentar ulteriormente el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

Si la Comisión acude a la vía jurisdiccional, el procedimiento de infracción finaliza con una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se declara si el Estado ha incumplido o no una obligación de Derecho comunitario y, en caso afirmativo, se le obliga a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la decisión judicial (artículo 260.1 TFUE). Si el Estado no adopta las medidas de ejecución señaladas, puede ser objeto de un nuevo procedimiento por incumplimiento, pero en esta segunda ocasión la Comisión puede proponer al Tribunal de Justicia que imponga al Estado miembro el pago de una sanción económica a tanto alzado o de una multa coercitiva (artículo 260.2 TJUE). Esta última modalidad, cuya finalidad es disuadir a los Estados de incumplir la sentencia o de dilatar excesivamente su cumplimiento, es la que suele elegir la Comisión porque la multa se aplica día a día hasta que la norma comunitaria infringida sea definitivamente aplicada de forma correcta.

III. LA EVALUACIÓN DE LA LEY DEL SECTOR FERROVIARIO POR LA COMISIÓN

La Comisión Europea emitió el 3 de mayo de 2006 un informe, dirigido al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación del primer paquete ferroviario por los diferentes Estados miembros⁷. En el informe se consideraba que, hasta el 1 de enero de 2006, la aplicación del primer paquete ferroviario estaba bien encauzada, pero al mismo tiempo se ponía de manifiesto el propósito de controlar efectivamente la incorporación de la legislación comunitaria haciendo uso, llegado el caso, de todas sus prerrogativas e incoar procedimientos de infracción cuando dicha operación se haya realizado de forma incompleta o incorrecta, «pues se trata de garantizar la aplicación, no sólo de la letra, sino también del espíritu de la legislación común».

La Comisión parte de la consideración de que la correcta transposición del primer paquete ferroviario es un requisito previo esencial para la apertura del mercado y para

⁷ COM(2006) 189 final –(SEC82006) 530–.

el aumento de la competitividad del ferrocarril frente a los demás modos de transporte en todo el territorio de la Unión. En consecuencia, la Dirección General de Transporte y Energía de la Comisión remitió en junio de 2007 a todos los Estados miembros un cuestionario de evaluación con preguntas sobre la aplicación del primer paquete. En noviembre del mismo año, envió a las autoridades españolas un segundo cuestionario con preguntas suplementarias sobre la incorporación del paquete en nuestro país.

A raíz de las contestaciones de las autoridades estatales, insuficientes a juicio de la Comisión, ésta dirigió sendas cartas de emplazamiento a 24 Estados miembros⁸, en las que se formulaban objeciones a la aplicación de la legislación comunitaria y se requería de las autoridades nacionales que efectuaran las correcciones normativas pertinentes o que manifestaran su parecer en el plazo de dos meses. La remisión contó con el respaldo del Parlamento Europeo que en una resolución de 12 de julio de 2007 pidió a la Comisión que «inici[as]e sin demora acciones legales contra los Estados miembros que no hayan transpuesto en los plazos previstos los paquetes ferroviarios primero y/o segundo»⁹.

En términos generales, la Comisión advertía que las legislaciones nacionales incurren en ciertos defectos comunes: la falta de independencia del administrador de la infraestructura en relación con la empresa ferroviaria dominante o con sus filiales de transporte en el desempeño de funciones esenciales; la ausencia de incentivos al administrador de la infraestructura para reducir sus costes de funcionamiento o la cuantía de los cánones aplicados; el establecimiento de cánones de acceso en cuantía muy superior a la de los costes directos, con la dificultad subsiguiente para que el mercado pueda asumírselos; la falta de independencia del organismo regulador respecto de la empresa ferroviaria histórica, del administrador de la infraestructura o del departamento ministerial responsable; control de la empresa ferroviaria histórica y la insuficiencia de las atribuciones del organismo regulador para ejercer una supervisión eficaz del mercado ferroviario.

La carta de emplazamiento que la Comisión dirigió al Gobierno español el 26 de junio de 2009 destaca en concreto contradicciones entre la legislación ferroviaria española y la comunitaria, en cinco materias:

1º. El artículo 44.3 LSF dispone que «las licencias de empresa ferroviaria otorgadas por los demás Estados de la Unión Europea producirán todos sus efectos en España sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria segunda»; a su vez, el primer párrafo de ésta señalaba que «podrán obtener, con arreglo a esta ley, asignación de capacidad de infraestructura, los candidatos nacionales de otros países de la Unión Europea que deseen prestar servicios de transporte ferroviario en España, *tan pronto como aquéllos liberalicen su prestación*»¹⁰. De la lectura

⁸ Es decir, a todos los Estados miembros salvo Chipre y Malta, que carecen de red ferroviaria en su territorio, y Holanda.

⁹ (2006/2213(INI)).

¹⁰ La redacción de la disposición transitoria segunda LSF fue posteriormente modificada por la disposición final tres de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías.

conjunta de ambos preceptos se deriva, en opinión de la Comisión, una regla de reciprocidad para el reconocimiento en España de las licencias de empresa ferroviaria expedidas en los demás Estados miembros, conforme a la cual el acceso de los operadores comunitarios no españoles a la Red Ferroviaria de Interés General queda supeditado a que los mercados en sus respectivos países hayan sido previa o simultáneamente liberalizados.

Esta restricción de acceso que se impone a las empresas ferroviarias comunitarias no españolas resulta, a juicio de la Comisión, discriminatoria e incompatible con los principios de reconocimiento automático de las licencias e igualdad de trato establecidos en el artículo 10.3 de la Directiva 91/440/CEE¹¹.

2º. A la vista de las actuaciones practicadas antes del envío de la carta de emplazamiento, la Comisión concluyó –erróneamente, como se verá más adelante– que la LSF limitaba la independencia de gestión de todas las empresas ferroviarias, al exigir la autorización previa del Consejo de Ministros para que puedan participar en actividades económicas distintas al transporte ferroviario, para constituir agrupaciones internacionales o para formar parte de empresas conjuntas. Tales limitaciones infringen, en opinión de la Comisión, el principio de independencia de gestión empresarial consagrado en el artículo 5.3 de la Directiva 91/440/CEE¹².

3º. La Comisión concluye en la carta de emplazamiento que el Título V de la LSF y sus normas de desarrollo incurren en tres infracciones a la legislación comunitaria:

a) La determinación de la cuantía del canon por utilización de la infraestructura por Orden del Ministro de Fomento (artículos 77.1 y 81.j LSF) contraviene lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Directiva 2001/14/CE, según el cual: «los Estados miembros crearán un marco de tarificación, sin perjuicio de la independencia de gestión establecida en el artículo 4 de la Directiva 91/440/CEE. Con arreglo a dicha

¹¹ El artículo 10.3 de la Directiva 91/440/CEE, modificado por la Directiva 2001/12/CE, establece que: «Cualquiera que sea su modo de funcionamiento, se concederá a las empresas ferroviarias incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 2, en condiciones equitativas, el acceso que deseen a la Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de Mercancías definida en el artículo 10 bis y en el anexo I, y en todo caso, después del 15 de marzo de 2008, a toda la red ferroviaria, para la explotación de servicios de transporte internacional de mercancías». No se prevé, pues, condicionamiento alguno al mutuo reconocimiento de validez de las licencias.

¹² El artículo 5.3 de la Directiva 91/440/CEE señala que: «En el marco de las líneas directrices de política general adoptadas por el Estado, y habida cuenta de los planes o contratos nacionales, que podrán ser plurianuales, incluidos los planes de inversión y financiación, las empresas ferroviarias tendrán libertad, concretamente, para: constituir con una u otras empresas ferroviarias una agrupación internacional; definir su organización interna, sin perjuicio de lo dispuesto en la sección III; controlar la prestación y comercialización y fijar la tarificación de los servicios sin perjuicio del Reglamento (CEE) n° 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable; tomar las decisiones referentes al personal, los activos y las compras propios; desarrollar su cuota de mercado, crear nuevas tecnologías y nuevos servicios y adoptar cualquier técnica innovadora de gestión; impulsar nuevas actividades en ámbitos relacionados con la actividad ferroviaria».

condición de independencia de la gestión, los Estados miembros crearán reglas específicas de fijación de cánones o delegarán esos poderes en el administrador de infraestructuras. *El administrador de infraestructuras determinará el canon por el uso de infraestructuras y se encargará de su cobro*».

b) La no incorporación a la legislación ferroviaria española del artículo 11 de la Directiva 2001/14/CE, que establece que «los sistemas de tarificación deberán incentivar a las empresas ferroviarias y al administrador de infraestructuras, a través de un sistema de incentivos, a reducir al mínimo las perturbaciones y a mejorar el funcionamiento de la red ferroviaria».

c) La declaración sobre la red describe los servicios adicionales y complementarios prestados por ADIF, pero no señala ni siquiera de forma indicativa las tarifas de estos servicios, lo que contraviene lo prevenido en la Directiva 2001/14/CE¹³.

4º La carta de emplazamiento señala asimismo que seis aspectos del régimen jurídico del Comité de Regulación Ferroviaria establecido por la LSF y por el reglamento de desarrollo de la ley (RSF), aprobado por el Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, resultan contrarios a la Directiva 2001/14/CE:

a) El Comité de Regulación Ferroviaria es un órgano colegiado integrado en el Ministerio de Fomento (artículo 82.1 LSF) y sus miembros son nombrados por el Ministro de Fomento entre funcionarios destinados en el departamento ministerial (artículo 82.2 LSF) del que dependen funcionalmente también ADIF y RENFE-Operadora. Ambas circunstancias vulneran el principio de independencia consagrado en el artículo 30.1 de la Directiva 2001/14/CE, según el cual el organismo regulador «será independiente de todo administrador de infraestructuras, organismo de tarificación, organismo adjudicador y candidato en el plano de la organización, de las decisiones financieras, de la estructura legal y de la toma de decisiones».

b) Del artículo 142 RSF se deriva que los miembros del Comité de Regulación Ferroviaria desempeñan sus funciones con carácter ocasional¹⁴. En consecuencia, el órgano regulador no puede ejercer una función de supervisión regular del mercado ferroviario, tal como exige el artículo 10.7 de la Directiva 91/440/CEE.

c) El Comité de Regulación Ferroviaria no es suficientemente accesible para los agentes del mercado. En tal sentido, la carta de emplazamiento destaca expresamente que el regulador español carece de una página web propia diferenciada del Ministerio de Fomento.

¹³ El Anexo I de la Directiva 2001/14/CE indica que «La declaración sobre la red prevista en el artículo 3 comprenderá la siguiente información: (...) 2. Un capítulo dedicado a los cánones y principios de tarificación, que *expondrá con el debido detalle tanto el sistema de tarificación como la información suficiente sobre los cánones aplicables a los servicios enumerados en el anexo II que preste un solo proveedor (...)*».

¹⁴ El artículo 142 RSF dispone que: «Los miembros del Comité de Regulación Ferroviaria serán retribuidos de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio». Esta disposición contempla las condiciones en que procede abonar una compensación económica, distinta de la retribución profesional periódica, a abonar a quienes participan en determinados órganos colegiados de la Administración General del Estado.

d) La independencia del organismo regulador *ex* artículo 30.1 de la Directiva 2001/14/CE requiere que éste disponga de un presupuesto propio suficiente y la capacidad para reclutar por sí mismo el personal necesario para el desempeño de las funciones de supervisión. Ninguna de las dos circunstancias se cumple en el Comité de Regulación Ferroviaria.

e) El Comité de Regulación Ferroviaria carece de potestad para imponer sanciones cuando no obtenga la información solicitada al administrador de infraestructuras, a los candidatos o a terceros interesados, y ésta es una potestad necesaria para dar cabal cumplimiento al artículo 30.4 de la Directiva 2001/14/CE¹⁵.

f) La legislación española no ha transpuesto el artículo 31 de la Directiva 2001/14/CE, relativo a la colaboración entre los organismos reguladores de los Estados miembros.

5º Por lo que se refiere a la regulación del procedimiento de adjudicación de capacidad, finalmente la carta de emplazamiento señalaba dos motivos de infracción.

En primer lugar, el artículo 11.4 de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria, concede prioridad para obtener una franja ferroviaria al solicitante que haya utilizado esa franja en anteriores horarios de servicio; esta prioridad contraviene lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Directiva 2001/14/CE, conforme al cual el derecho a utilizar una franja ferroviaria podrá concederse a los candidatos por una duración máxima de un período de vigencia del horario de servicio. En segundo término, el artículo 14.1 de la Directiva 2001/14/CE exige a todos los Estados miembros el establecimiento de reglas objetivas específicas que permitan la asignación justa y no discriminatoria de capacidad de infraestructura, mientras que el artículo 11.1 de la Orden FOM/897/2005 permite al Ministerio de Fomento decidir discrecionalmente la asignación preferente de surcos a los distintos tipos de servicios en caso de congestión de la red.

IV. EXAMEN DE LOS MOTIVOS DE INFRACCIÓN

1. Discriminación en el acceso a la infraestructura ferroviaria en España

Por lo que se refiere al principio de reciprocidad regulado en la disposición transitoria segunda LSF para el reconocimiento de las licencias de empresa ferroviaria expedidas en otro Estado miembro, el reproche de la Comisión estaba plenamente justificado. Supeditar la validez en España de una licencia expedida

¹⁵ El artículo 30.4 de la Directiva 2001/14/CE dispone que: «El organismo regulador tendrá la facultad de pedir la información pertinente al administrador de infraestructuras, candidatos y cualquier otro tercero interesado de un Estado miembro, información que deberá serle facilitada sin dilación».

por otro Estado miembro al hecho de que el Estado expedidor haya liberalizado todos los servicios que pretende prestar la empresa ferroviaria en nuestro país es discriminatorio y choca frontalmente con el artículo 10.3 de la Directiva 91/440/CEE.

La Ley 15/2009, de 11 de noviembre, reguladora del contrato de transporte terrestre de mercancías llevó a cabo la modificación la LSF para suprimir dicha regla. En efecto, la disposición final primera, Tres de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, dio nueva redacción a la disposición transitoria segunda, suprimiendo el inciso final de su primitiva redacción (*«tan pronto como aquéllos liberalicen su prestación»*). Con la supresión de esta cláusula se reconocen plenos efectos en España a las licencias otorgadas por todos los Estados de la Unión Europea sin distinción. Y pese a que la Comisión Europea insistió en la alegación en su dictamen motivado de 8 de octubre de 2009 –que se emitió un mes antes de la promulgación de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre–, lo cierto es que, eliminada la causa de la infracción en la legislación española, la Comisión no aludió a la cuestión en el recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Resuelto normativamente el problema, una reciente reforma de la LSF vuelve a suscitar nuevamente un problema de similar alcance.

En efecto, el Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios ha fijado el 31 de julio de 2003 como fecha de apertura al mercado de los servicios de transporte ferroviario de viajeros de ámbito nacional. El artículo tercero del Real Decreto-ley 22/2012 ha modificado la disposición transitoria tercera LSF que, hasta entonces, remitía la fecha de apertura de esta modalidad de transporte a la decisión que en su momento determine la Unión Europea; sin embargo, no ha efectuado la adaptación pertinente del párrafo segundo de la disposición transitoria segunda LSF, que sigue con la redacción original vinculada a la fecha inicialmente prevista para la liberalización del transporte interior de viajeros –el citado párrafo prevé que *«en todo caso, las previsiones de esta ley resultarán de aplicación a los referidos candidatos [los nacionales de otros países de la Unión Europea que deseen prestar servicios en España] en la fecha en la que expire el plazo para que los Estados miembros de la Unión Europea liberalicen, con arreglo a las directivas comunitarias, cada tipo de servicio»*–. Interpretado, pues, literalmente este párrafo implicaría un nuevo e injustificado aplazamiento del derecho de acceso de los operadores comunitarios no españoles a la Red Ferroviaria de Interés General para prestar servicios de transporte interior de viajeros¹⁶.

¹⁶ Posteriormente, el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, ha vuelto a modificar la disposición transitoria tercera LSF, reduciendo significativamente el ámbito de los servicios de transporte de pasajeros que se abrirán a la competencia el 31 de julio de 2013 que, en una primera fase, quedan reducidos a los de finalidad prioritariamente turística. Pero no se ha corregido tampoco el citado párrafo de la disposición transitoria tercera, por lo que el problema señalado subsiste.

2. Limitaciones a la independencia de las empresas ferroviarias

Las observaciones de la Comisión relativas al cumplimiento del artículo 5.3 de la Directiva 91/440/CEE eran poco consistentes. Considera que extienden indebidamente a todas las empresas ferroviarias determinados aspectos del régimen jurídico que, en realidad, son aplicables sólo a RENFE-Operadora por tratarse de una empresa pública de titularidad estatal.

Efectivamente, el artículo 6 del Estatuto de RENFE-Operadora, aprobado por el Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, permite a la entidad realizar cuantas actividades comerciales o industriales estén relacionadas con el transporte ferroviario; de tal previsión se deriva que la participación en actividades económicas ajenas a dicho transporte requiere la previa modificación del Estatuto por el Consejo de Ministros. Asimismo, la adquisición por parte de una entidad pública empresarial, como RENFE-Operadora, de acciones de otras sociedades que impliquen la asunción por aquélla de posiciones de control sobre éstas debe ser autorizada por el Consejo de Ministros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 169 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Pero se trata, en uno y otro caso, de normas de control aplicables exclusivamente al operador público estatal y no a las restantes empresas ferroviarias cuya actividad comercial no está sujeta a control administrativo.

En las actuaciones posteriores la Comisión no volvió a insistir en estas consideraciones. Sin embargo, el dictamen motivado planteó una nueva objeción, al entender que la autorización del Consejo de Ministros para que los entes públicos celebren contratos cuya cuantía exceda de 12 millones de euros, exigida por el artículo 292 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público –en aquel momento vigente–, constituía una posible vulneración del principio de independencia de gestión de RENFE-Operadora recogido en el artículo 5.3 de la Directiva 91/440/CEE.

Lo cierto es que la autorización para celebrar contratos de cuantía elevada forma parte de las facultades ordinarias de control del Gobierno sobre los organismos y entidades que dependen de la Administración General del Estado. En ese contexto, la independencia de gestión de las empresas ferroviarias prevista por la legislación comunitaria no puede implicar que el Estado haya de renunciar a todas sus facultades de control sobre una empresa de la que es propietario. Seguramente por ello, la Comisión no incluyó tampoco este pretendido motivo de infracción en el recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3. Los cánones por la utilización de la infraestructura ferroviaria

Las críticas que la Comisión formula a la regulación de los cánones por utilización de la infraestructura ferroviaria en la LSF derivan fundamentalmente de su configuración legal como tasas, que conviene ahora recordar brevemente.

Los cánones han sido definidos como tasas (artículo 73.1 LSF *in fine*) y, como tales, regulados en el Capítulo I («Tasas ferroviarias») del Título V («Régimen económico y tributario») de la LSF; y esta configuración resulta coherente con la legislación económica y tributaria española. Los cánones, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, que regula los principios y reglas generales aplicables a todas las tasas, son tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa del dominio público ferroviario¹⁷ y, eventualmente para el transporte de viajeros de ámbito nacional hasta el momento de su completa liberalización, en la prestación de servicios en régimen de Derecho público que no pueden ser realizados por el sector privado.

Las tasas están sujetas al principio de legalidad tributaria (artículos 31.3 y 133.1 de la Constitución), de forma que su establecimiento y la regulación de sus elementos esenciales debe realizarse mediante una ley (artículo 10.1 de la Ley 8/1989, de 13 de abril). Y esos elementos esenciales a regular por ley incluyen los elementos cuantitativos de las tasas, entre los que se encuentra desde luego la cuota tributaria, que puede consistir en una cantidad fija, determinarse en función de un tipo de gravamen que se aplica sobre una base imponible o en una combinación de ambos procedimientos.

En cumplimiento de estos principios comunes a todas las tasas, la LSF ha regulado los elementos esenciales de los cánones por utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la Red Ferroviaria de Interés General (artículo 74) y por utilización de las estaciones y otras instalaciones ferroviarias (artículo 75) y ha reenviado a una norma administrativa general, una Orden del Ministro de Fomento, que debe ir acompañada de una memoria económico-financiera en la que se evalúe el coste de la actividad y se justifique la cuantía de cada canon, la determinación de la cuantía concreta de cada canon (artículo 77)¹⁸.

La fijación independiente por parte de ADIF de la cuantía de los cánones ferroviarios tenía, a la vista de estas previsiones, difícil cabida en nuestra legislación. Hubiera sido necesario que una ley sectorial reguladora de unas tasas concretas –la LSF para los cánones ferroviarios– estableciera el régimen jurídico de las mismas de forma independiente y opuesta a la regulación general de la Ley 8/1989, de 13 de abril. Por lo demás, ADIF, como el resto de las entidades públicas empresariales, carece de potestad normativa y no puede por tanto aprobar una norma de desarrollo de la LSF como la prevista en el artículo 77.

Para la Comisión, sin embargo, la fijación de la cuantía de los cánones es una manifestación de la independencia del administrador de la infraestructura reconoci-

¹⁷ Son de dominio público, de conformidad con el artículo 13.1 LSF, los terrenos ocupados por las líneas ferroviarias que formen parte de la Red Ferroviaria de Interés General y una franja de terreno de ocho metros a cada lado de la plataforma, medida en horizontal y perpendicularmente al eje de la misma, desde la arista exterior de la explanación.

¹⁸ La Orden FOM/2336/2012, de 31 de octubre (BOE de 1 de noviembre de 2012), modificó la primitiva Orden FOM/898/2005, de 8 de abril, y fija las cuantías vigentes de los cánones ferroviarios establecidos en los artículos 74 y 75 LSF.

da en el artículo 4.1 de la Directiva 2001/14/CE, la que le permite obtener ingresos suficientes para desarrollar sus funciones sin interferencia del Estado. Sólo si el administrador de la infraestructura está facultado para fijar por sí mismo el importe de los cánones cobra sentido, a juicio de la Comisión, el artículo 30.3 de la Directiva 2001/14/CE que impone al organismo regulador del mercado la obligación de velar por que los cánones ferroviarios establecidos por el administrador de infraestructuras se ajustan a las reglas, principios y criterios regulados en el Capítulo II de la citada norma comunitaria.

La Comisión reprochaba, en segundo lugar, que no se incorpore al régimen tarifario el contenido del artículo 11 de la Directiva 2001/14/CE, que obliga a los Estados miembros a establecer incentivos que estimulen a las empresas y a los administradores de infraestructura destinados a reducir las perturbaciones y a mejorar el funcionamiento de la red.

La crítica de la Comisión es pertinente. Nuestra legislación ferroviaria no ha establecido medidas concretas de incentivación como las exigidas por la Directiva 2001/14/CE. La única referencia que el Título V de la LSF hace a la cuestión se encuentra en el artículo 73.5 que, de forma muy general, admite, sin establecerlo, la posibilidad de que se adopten al prever que «*se podrán tener en cuenta para el establecimiento de la cuantía de los cánones ferroviarios, de acuerdo con la explotación eficaz de la Red Ferroviaria de Interés General, consideraciones que reflejen 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 infrautilizadas, garantizando, en todo caso, una competencia óptima entre las empresas ferroviarias*». Pero en ninguna de las normas específicas de fijación de los cánones ferroviarios aprobadas hasta el momento, la primera Orden FOM/898/2005/, de 8 de abril, y la vigente Orden FOM/2336/2012, de 31 de octubre, que sustituyó a la anterior, se ha previsto un sistema de incentivos, con primas o recargos en el importe de los cánones, que impulse a los operadores y a ADIF a mejorar el funcionamiento de la red.

Desde otra perspectiva, el régimen sancionador regulado en el Título VII de la LSF incluye también algún precepto directamente relacionado con el artículo 11 de la Directiva 2001/14/CE. Este último admite expresamente que los incentivos adopten la forma de penalización y en la LSF se tipifican como infracciones administrativas sancionables determinados comportamientos de los operadores ferroviarios que perturban el funcionamiento de la red ferroviaria: así ocurre, por ejemplo, con el «incumplimiento, por las empresas ferroviarias... de las normas establecidas por el administrador de infraestructuras ferroviarias, de manera tal *que produzcan perturbaciones en el tráfico ferroviario*» (artículo 88, epígrafe g), la «*interrupción injustificada del servicio para cuya prestación esté habilitado el titular de la licencia*» (artículo 89, epígrafe b) y la «no utilización de capacidad adjudicada por el administrador de infraestructuras ferroviarias *en caso de infraestructura congestionada, por causas imputables a la empresa ferroviaria*» (artículo 89, epígrafe c).

La Comisión consideró, sin embargo, que ninguna de las anteriores medidas era susceptible de dar cumplimiento a la obligación del artículo 11 de la Directiva

2001/14/CE, por lo que mantuvo sus alegaciones en el recurso ante el Tribunal de Justicia.

ADIF incluyó, por último, en la declaración sobre la red a partir del documento de actualización correspondiente al año 2008 las tarifas de los servicios adicionales y complementarios prestados, resolviéndose de esta manera el tercero de los motivos de infracción al régimen tarifario observado por la Comisión.

4. El Comité de Regulación Ferroviaria

Las críticas más severas de la carta de emplazamiento se dirigían a la regulación de la LSF y del RSF sobre el Comité de Regulación Ferroviaria y se centraban en dos aspectos principales: a) el Comité de Regulación Ferroviaria no cumple los requisitos de independencia exigidos por el artículo 30 de la Directiva 2001/14/CE y b) el Comité de Regulación Ferroviaria carece de los medios necesarios para ejercer la función de supervisión permanente del mercado ferroviario que le atribuye el artículo 10.7 de la Directiva 91/440/CEE.

Por lo que afecta al requisito de independencia, el artículo 30.1 de la Directiva 2001/14/CE dispone que «Los Estados miembros crearán un organismo regulador. Dicho organismo, *que podrá ser el ministerio encargado de transportes o cualquier otro organismo*, será independiente de todo administrador de infraestructuras, organismo de tarificación, organismo adjudicador y candidato en el plano de la organización, de las decisiones financieras, de la estructura legal y de la toma de decisiones». Si la propia Directiva admite, pues, que el ministerio responsable de la ordenación del transporte ejerza directamente las funciones de supervisión del mercado, no parecía que en principio pudiera objetarse que sea un órgano colegiado integrado en dicho ministerio el que las asuma. El criterio de la Comisión es, sin embargo, bien diferente: considera incumplimiento de la Directiva 2001/14/CE que la LSF no garantice la independencia del Comité frente al administrador de la infraestructura (ADIF), frente a la principal empresa ferroviaria (RENFE-Operadora) y frente al órgano de tarificación (Ministerio de Fomento).

A juicio de la Comisión, el mandato del artículo 10.7 de la Directiva 91/440/CEE –«el organismo regulador... *supervisará* la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, incluido el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril»– no deja a los Estados miembros margen de actuación; implica que el organismo regulador ha de desempeñar una función permanente y regular de seguimiento del mercado, con vistas a detectar posibles comportamientos anticompetitivos, y que esta función debe ejercerse no solo a instancia de las partes interesadas, sino a iniciativa propia. Por ello, si el Comité de Regulación Ferroviaria carece de una estructura permanente, de presupuesto, de personal y de medios propios la LSF incumple la legislación comunitaria.

Desde la emisión de la carta de emplazamiento, no obstante, la regulación de la LSF sobre el Comité de Regulación Ferroviaria ha evolucionado en paralelo al desarrollo del incipiente mercado ferroviario.

El Comité de Regulación Ferroviaria quedó configurado inicialmente como un órgano colegiado integrado en la estructura orgánica del Ministerio de Fomento (artículo 82.1 LSF, en su redacción original). Sus miembros eran necesariamente funcionarios de dicho departamento pertenecientes a los Cuerpos Superiores de la Administración General del Estado (artículo 82.2 LSF, en su redacción original) y las reglas básicas que rigen su funcionamiento quedaron establecidas en la LSF y en el RSF. El momento fundacional de la apertura del mercado ferroviario emprendida por la legislación ferroviaria en 2003, inicialmente circunscrito al transporte de mercancías, y el reducido peso comparativo del ferrocarril en el reparto modal del transporte interior de mercancías en España, fueron circunstancias que justificaron probablemente que se optase entonces por un órgano regulador no permanente, cuyos integrantes no desempeñaban sus funciones en el Comité de forma exclusiva (artículo 142 RSF), dotado de una capacidad operativa limitada, sujeto al control del Ministerio de Fomento –ante cuyo titular podían los interesados interponer recurso de alzada frente a las resoluciones del Comité (artículo 83.5 LSF, en su redacción original)– y carente de una estructura orgánica y de personal propia para el ejercicio de sus funciones (artículo 84 LSF, en su redacción original).

La progresiva entrada en el mercado de nuevos operadores habilitados para prestar servicios de transporte y la promulgación de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, reguladora del contrato de transporte de mercancías, que ha reconocido a las empresas establecidas en cualquier Estado miembro de la Unión Europea el derecho de acceso a la Red Ferroviaria de Interés General para realizar servicios internacionales de transporte ferroviario de viajeros, impulsaron la revisión del régimen legal del Comité, operación que se llevó a cabo en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que modificó en profundidad la regulación del Comité de Regulación Ferroviaria¹⁹.

Desde la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, el Comité ha dejado de estar integrado en la estructura jerárquica del Ministerio de Fomento, quedando adscrito al mismo con independencia funcional plena (artículo 82.1 LSF). Se ha suprimido, consecuentemente, la posibilidad de revisión de las decisiones del Comité en la vía administrativa de alzada ante el Ministro de Fomento²⁰. Se ha eliminado, igualmente, la exigencia de que los miembros del Comité de Regulación Ferroviaria hayan de ser funcionarios del Ministerio de Fomento: el presidente y los vocales son designados entre personas de reconocida competencia profesional en el sector ferroviario o en la regulación de mercados y sólo podrán cesar por las causas expresamente determinadas en la ley (artículo 82, apartados 2 y 4 LSF). Se han ampliado asimismo las atribuciones del Comité de Regulación Ferroviaria con la

¹⁹ La disposición final vigésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, modificó íntegramente los artículos 82, 83 y 84 LSF, es decir, todos los que establecen el régimen legal del Comité de Regulación Ferroviaria.

²⁰ El vigente artículo 83.5 LSF dispone que: «Las resoluciones dictadas por el Comité de Regulación Ferroviaria serán recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de conformidad con lo dispuesto en la ley reguladora de dicha jurisdicción».

asignación de nuevas funciones: entre ellas, el conocimiento y resolución de las reclamaciones sobre la aplicación de los cánones ferroviarios, que abarca también la revisión de los actos de gestión y liquidación del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, o sobre el acceso a la infraestructura ferroviaria y a los servicios a ella vinculados, la supervisión de las negociaciones entre el administrador de infraestructura y los candidatos sobre el nivel de los cánones y la emisión de los informes determinantes en materia ferroviaria en los expedientes que la Comisión Nacional de la Competencia tramite. Se ha impuesto al Ministerio de Fomento, por último, la obligación de prestar al Comité la colaboración necesaria y de proporcionarle los medios necesarios para el ejercicio de sus competencias (artículo 84 LSF).

Aun cuando el recurso finalmente presentado por la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra el Reino de España incluyó entre los motivos de impugnación los referidos al órgano regulador, el alcance de los cambios operados en el estatuto legal del Comité de Regulación Ferroviaria como consecuencia de la promulgación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, condujo a la Comisión a desistir de los mismos, mediante una resolución que comunicó al Tribunal el 26 de marzo de 2012, dando fin de esta manera a la controversia planteada sobre el órgano regulador.

Recientemente el artículo 55.1 de la reciente Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, ha intensificado el requisito de independencia organizativa del organismo regulador nacional, al exigir, además de las condiciones anteriormente establecidas, que sea en «el plano organizativo, funcional, jerárquico y de toma de decisiones *una autoridad autónoma jurídicamente distinta e independiente de cualquier otra entidad pública o privada*»; esto es, que tenga personalidad jurídica propia e independiente de la Administración General del Estado.

Pues bien, en el momento de redactar estas páginas se encuentra pendiente de debate y aprobación en el Congreso de los Diputados el proyecto de ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. El proyecto prevé la refundición y concentración de los reguladores sectoriales existentes (Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional del Sector Postal y Comité de Regulación Ferroviaria) y otros creados pero todavía no constituidos (Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y Consejo Estatal de Medios Audiovisuales) en una única estructura orgánica independiente. La prevista fusión de organismos de supervisión suscita buen número de cuestiones pero, a los efectos que aquí interesan, baste destacar que la futura nueva autoridad de supervisión, que asumirá entre muchas otras las funciones actuales del Comité de Regulación Ferroviaria, resulta compatible con los requerimientos de la artículo 55 de la Directiva 2012/34/UE desde una doble perspectiva: por una parte, cumple los requisitos de independencia orgánica, funcional y operativa del organismo regulador del mercado ferroviario (apartado 1) y, por otra, la refundición de organismos de supervisión no es un obstáculo porque la Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer or-

ganismos reguladores competentes para varios sectores regulados, siempre que las autoridades reguladoras integradas cumplan los requisitos de independencia establecidos en el apartado 1 (artículo 55.2).

5. Adjudicación de capacidad de infraestructura

El artículo 11.b) de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, enumera por estricto orden de prelación los criterios conforme a los cuales ADIF debe adjudicar capacidad en caso de coincidencia de solicitudes para una misma franja horaria o de congestión de la red. La Comisión considera que la *primera prioridad* de adjudicación –las que puede establecer el Ministerio de Fomento tomando en especial consideración los servicios de transporte de mercancías– otorga al Ministerio de Fomento un margen discrecional excesivo e infringe el artículo 14.1 de la Directiva 2001/14/CE que obliga a los Estados miembros a fijar reglas específicas y objetivas para la adjudicación de capacidad.

La Comisión advertía, asimismo, que la *cuarta prioridad* de asignación del artículo 11.b), que implica que a igualdad de condiciones debe atribuirse la franja a la misma empresa ferroviaria a la que le fue atribuida en el periodo precedente, salvo que dicha empresa no la hubiera utilizado «de manera efectiva», puede conducir en la práctica a que una empresa ferroviaria del derecho a utilizar una franja horaria indefinidamente, puede impedir el acceso a las franjas de mayor interés comercial de nuevos entrantes y vulnera el artículo 13.2 de la Directiva 2001/14/CE que prohíbe la asignación de franjas por una duración superior a la del período de vigencia del horario de servicio. Si un Estado miembro pretende optimizar el uso eficiente de la red, debe hacerlo sin necesidad de discriminar entre empresas ferroviarias ni de obstaculizar el acceso de nuevos operadores; para ello la Directiva 2001/14/CE ha previsto que los incentivos formen parte del sistema de tarificación y no de las reglas de adjudicación de capacidad.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 28 DE FEBRERO DE 2013

La fase prejudicial del procedimiento de infracción concluyó con el envío de un dictamen motivado el 9 de octubre de 2009 con las conclusiones de la Comisión sobre la transposición del primer paquete ferroviario en España y la contestación al dictamen con las alegaciones de la Administración española, el 16 de diciembre de 2009 siguiente. Diez meses después, el 6 de octubre de 2010, la Comisión interpuso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea trece recursos contra España y contra otros doce Estados miembros (Austria, República Checa, Alemania, Grecia, Hungría, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Polonia, Portugal y Eslovenia) por no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico a las tres directivas.

En el escrito de demanda la Comisión fundaba su recurso contra el Reino de España en cinco motivos de incumplimiento: a) infracción del artículo 4.1 de la Directiva 2001/14/CE en relación con la determinación de la cuantía de los cánones ferroviarios; b) infracción del artículo 11 de la Directiva 2001/14/CE por la omisión de un sistema de incentivos en el régimen de tarifas; c) infracción del artículo 30.1 de la Directiva 2001/14/CE respecto de la independencia del Comité de Regulación Ferroviaria; d) infracción del artículo 10.7 de la Directiva 91/440/CEE por la insuficiencia de medios del Comité de Regulación Ferroviaria y e) infracción de los artículos 13.2 y 14.1 de la Directiva 2001/14/CE en la regulación de la adjudicación de capacidad.

Como se ha señalado más arriba, el 26 de marzo de 2012 y a raíz de la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, la Comisión desistió de los motivos tercero y cuarto, por lo que el recurso se circunscribió al examen en sede judicial del régimen de los cánones y de las reglas de asignación de capacidad en caso de congestión de la red.

Respecto del primer motivo, el Tribunal considera que la legislación española no se ajusta al artículo 4.1 de la Directiva 2001/14 por varias razones: en primer lugar, porque, uno de los objetivos que persigue el sistema de tarificación establecido por la Directiva 2001/14/CE (considerando 12) es garantizar la independencia de gestión del administrador de infraestructuras con la finalidad de optimizar la utilización de éstas. En segundo término, porque el administrador de infraestructuras no podría lograr esa optimización mediante el sistema de tarificación si su función estuviera limitada simplemente al cobro-liquidación de la tasa, como resulta de la LSF. En tercer lugar, porque del artículo 30, apartados 2 y 3 de la Directiva 2001/14/CE se desprende que las decisiones adoptadas por el administrador de infraestructuras sobre los cánones por utilización de infraestructura pueden ser recurridas ante el organismo regulador y la existencia misma de este control carecería de sentido si la función del administrador de infraestructuras estuviera limitada a la fijación del canon concreto aplicando una fórmula establecida previamente por el Ministerio de Fomento. Por último, porque no cabe oponer a esta interpretación la naturaleza tributaria de los cánones, pues, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una directiva.

En relación con el segundo motivo, el Tribunal afirma que el artículo 11.1 de la Directiva 2001/14/CE obliga a los Estados miembros a incluir en los sistemas de tarificación de la infraestructura un sistema de incentivos que estimule a las empresas ferroviarias y al administrador de infraestructuras a mejorar el funcionamiento de la red ferroviaria. Los Estados tienen libertad para elegir las medidas concretas de ese sistema, pero siempre que las mismas constituyan un conjunto coherente y transparente que pueda ser calificado como «sistema de incentivos». Las medidas previstas en la LSF, a juicio del Tribunal, no se ajustan a las exigencias del artículo 11.1: la mera posibilidad de establecer un sistema de incentivos (artículo 73.5 LSF) no es

suficiente para dar cumplimiento a la obligación de hacerlo efectivo y las sanciones previstas en los artículos 88 y 89 LSF se separan de la Directiva 2001/14/CE dado que no forman parte del sistema de tarificación.

El Tribunal concluye también que el artículo 11.b) de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, en cuanto se refiere a las prioridades primera y cuarta de asignación de capacidad, no respeta las exigencias previstas en los artículos 4.1, 13.2 y 14.1 de la Directiva 2001/14/CE.

En efecto, la sentencia subraya que las empresas ferroviarias deben recibir señales claras y coherentes de los sistemas de adjudicación de capacidad que las lleven a tomar decisiones racionales (considerando 13). De ahí que las reglas de adjudicación de la capacidad no pueden entenderse en el sentido de habilitar al Ministerio de Fomento para decidir discrecionalmente la adjudicación de franjas, ni siquiera en caso de congestión. Tal apreciación viene corroborada igualmente por el artículo 20.2 de la misma directiva que dispone que sólo el administrador de infraestructuras puede dar preferencia a servicios específicos y únicamente, además, en los supuestos de infraestructuras congestionadas y de infraestructuras especializadas.

De acuerdo con el párrafo primero del artículo 13.1 de la Directiva 2001/14/CE, recuerda el tribunal, la duración máxima de la utilización de una capacidad de infraestructura específica en forma de franja ferroviaria será de un solo período de vigencia del horario de servicio. El apartado segundo de la misma disposición prevé una excepción a dicha regla general, al admitir que una empresa ferroviaria utilice la capacidad de infraestructura ferroviaria por un período superior a dicho período siempre que haya concluido con el administrador de infraestructuras un acuerdo marco de los regulados en el artículo 17. La prohibición de utilizar la capacidad de infraestructura durante un período superior al horario de servicio tiene por finalidad la igualdad de acceso sin discriminación de las empresas ferroviarias (considerando 11).

En coherencia con estos razonamientos, la Sentencia falla que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 4.1, 11, 13.2, y 14.1 de la Directiva 2001/14/CE; pronunciamiento que obligará a introducir las correcciones necesarias en la LSF y en sus disposiciones de desarrollo.

La revisión no implicará mayor dificultad en el caso de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril. Bastaría con sustituir la primera prioridad por una regla objetiva y no discriminatoria de adjudicación de capacidad y de suprimir la cuarta prioridad, condicionando la utilización la capacidad de infraestructura durante períodos superiores al de un horario de servicio a la formalización de un acuerdo marco entre ADIF y las empresas ferroviarias.

Tampoco presenta gran problema la modificación del Título V de la LSF, necesaria para adaptar su contenido a la Directiva 2001/14/CE en los términos declarados por el tribunal.

La Sentencia recuerda que el artículo 4 de la Directiva 2001/14/CE efectúa un reparto de competencias entre los Estados miembros y el administrador de infraestructuras en lo que se refiere a los sistemas de tarificación, conforme al cual corres-

ponde a los Estados miembros establecer el marco de tarificación y al administrador de infraestructuras, la determinación del importe del canon y su cobro. Y declara a continuación el Tribunal que los administradores de infraestructuras deben disponer de «*cierto margen de actuación*» en la fijación del importe de los cánones; es decir, que ésta no es una función completa, exclusiva e independiente del administrador de infraestructuras, sino que está subordinada al marco de tarificación establecido por el Estado. La reforma del Título V bien podría, pues, moverse entre estos dos ejes: una regulación legal, en primer lugar, que defina los elementos esenciales de los cánones (incluyendo un sistema de incentivos-bonificaciones) para dar cumplimiento al principio de legalidad tributaria, y que habilite, en segundo término, a ADIF para determinar, dentro de ese marco general preestablecido, la cuantía de los cánones y para aplicar los incentivos²¹.

Cuestión diferente será la regulación futura de los cánones a más largo plazo porque la reciente Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, ha introducido ciertas novedades en el régimen tarifario, orientadas a flexibilizar su aplicación e incrementar la libertad de acción del administrador de infraestructuras, que comprometen seriamente el mantenimiento de la naturaleza tributaria de los cánones ferroviarios²². Baste ahora con destacar los preceptos más significativos en este sentido: el artículo 29.1, cuarto párrafo limita seriamente la intervención del legislador en la determinación de los cánones, al disponer que: «El administrador de infraestructuras determinará el canon por la utilización de infraestructuras y se encargará de su cobro (...) y (...) *el parlamento nacional podrá estar facultado para controlar y, cuando proceda, modificar la cuantía de los cánones determinados por el administrador de infraestructuras*. Tal modificación garantizará que los cánones se ajusten a la presente Directiva y al marco y las normas de los cánones». De la redacción del artículo 32.3 («Para proyectos de inversión específicos, en el futuro o que hayan concluido después de 1988, el administrador de infraestructuras *podrá establecer o mantener cánones más elevados* basados en los costes a largo plazo de dichos proyectos...») se deduce que el administrador de infraestructuras tiene la capacidad de crear nuevos cánones. Asimismo, el artículo 32.6 reconoce expresamente al administrador competencia para «*modificar los elementos esenciales del sistema de cánones*». El artículo 56.6 admite las «*negociaciones entre candidatos y administradores de infraestructuras sobre la cuantía de los cánones*» siempre que discurren bajo la supervisión del organismo regulador. El Anexo VI.2 autoriza al administrador de infraestructuras a «*acordar con los candidatos los parámetros principales del sistema de incentivos*, en particular (...)». A

²¹ La regulación de las tasas portuarias recogida en el Título IV del Texto refundido de la Ley de puertos del Estado y de la marina mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, constituye una muestra de equilibrio entre el marco legal general de las tasas y la autonomía de las Autoridades Portuarias para su fijación.

²² El plazo de transposición de la Directiva 2012/34/UE, conforme a lo previsto en su artículo 64, finaliza el 16 de junio de 2015.

la vista de tales previsiones va a resultar difícil, en la transposición de la Directiva 2012/34/UE, compatibilizar sus mandatos con el principio de legalidad que debe presidir el régimen de las tasas.

RESUMEN: La Comisión Europea constató la existencia de varios incumplimientos de la normativa comunitaria en la Ley 39/2003, del Sector Ferroviario. La Ley 2/2011, de Economía Sostenible puso fin a los incumplimientos derivados de la falta de independencia del Comité de Regulación Ferroviaria. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2013 ha constatado la existencia de ciertos incumplimientos de las directivas en materia de cuantificación del canon por utilización de infraestructura.

PALABRAS CLAVE: Transporte ferroviario, Comité de Regulación Ferroviaria, canon por utilización de infraestructuras.

ABSTRACT: The European Commission identified different infringements of the European Directives in Act 39/2003, on railway transport. Act 2/2011 on Sustainable Economy put an end to the infringements in relation to the Independence of the Comité de Regulación Ferroviaria. The Judgment on the European Court of Justice of 28 February 2013 has confirmed infringements related to the fee for the use of infrastructure.

KEYWORDS: Railway transport. Comité de Regulación Ferroviaria, fee for the use of infrastructure.

Recibido: 20 de abril de 2013
Evaluado: 8 de mayo de 2013
Aceptado: 10 de mayo de 2013