

EL DERECHO DE ORGANIZACIÓN COMO CLAVE PROGRAMADORA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Sobre la relevancia de los aspectos organizativos en el sector ferroviario para lograr la independencia del administrador de infraestructuras y su separación de las empresas ferroviarias*

JORGE AGUDO GONZÁLEZ** ***

Resumen: El Derecho Administrativo es un instrumento de dirección de la actuación administrativa que programa su conducta para la consecución de los objetivos legales y, en consecuencia, para la satisfacción de las necesidades sociales. La programación normativa de tipo organizativo-procedimental, frente a la tradicional de tipo sustantivo, ha adquirido una gran relevancia en sectores caracterizados por una especial complejidad, donde la Administración además asume nuevas funciones acordes con la corresponsabilidad en la ejecución del Derecho que asumen los operadores privados. Buenos ejemplos de este tipo de estrategia regulatoria se encuentran en los sectores liberalizados como el sector ferroviario. En este trabajo se aborda el análisis de la legislación de este sector poniendo de relieve hasta qué punto lo organizativo y lo procedimental adquiere una relevancia determinante para alcanzar el objetivo de separación de los administradores de infraestructuras de los prestadores del servicio, así como para garantizar la independencia de los primeros.

Palabras clave: Derecho de organización, programación normativa, separación vertical, administrador de infraestructuras, independencia funcional

Abstract: Administrative Law is a steering instrument which programs the administrative action in order to reach the legal objectives and, for this reason, to fulfill with the social needs. The organizational and procedural normative programming has achieved a greater relevance, unlike the traditional substantive programming, in those areas characterized by a special complexity and, at the same time, where the Administration assumes new functions according to those conferred to the private agents as co-responsible of the execution of Law. Good examples of this sort of regulatory strategy are found in all the liberalized sectors such as the rail transport sector. In this paper the railway Law is analyzed to determine to what extent formal contents are relevant to reach the distinction between the provision of transport services and the operation of infrastructure, as well as to guarantee the independence of infrastructure managers.

Keywords: Organizational Law, normative programming, distinction between infrastructure managers and railway undertakings, functional independence

* Fecha de recepción: 8 de noviembre de 2014.

Fecha de aceptación: 14 de noviembre de 2014.

** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid. jorge.agudo@uam.es

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

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO; II. BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO EUROPEO: ESTRATEGIA REGULATORIA DE LA DIRECTIVA 2012/34; III. SOLUCIONES ORGANIZATIVAS PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN FERROVIARIA ESPAÑOLA; 1. Servicios en red y monopolios naturales: separación vertical entre administración de la infraestructura y prestación del servicio; 2. La solución organizativa en España: adecuación entre los objetivos de la Directiva y la programación organizativa establecida por el legislador español; A. La separación vertical entre administrador de infraestructuras y empresas ferroviarias; B. La independencia funcional de ADIF; a) La independencia de ADIF en la “determinación de los cánones”; b) La independencia de ADIF en la adjudicación de capacidad de infraestructura; IV. CONSIDERACIONES FINALES; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

La concepción del Derecho Administrativo como un instrumento para la transformación y reforma social es, y ha sido, un elemento común en todos los ordenamientos nacionales europeos con tradiciones jurídico-administrativas fuertes, desde el *service publique* en Francia (DUGUIT), pasando por la *Daseinvorsorge* en Alemania (FORSTHOFF) y llegando incluso a los países del *Common Law*, hoy representada por la llamada *green line theory* (HARLOW y RAWLINGS)¹. En las últimas décadas esta orientación de la ciencia jurídico-administrativa ha sido fortalecida por las propuestas de reforma del Derecho Administrativo mantenidas desde la conocida como “teoría de la dirección” (W. HOFFMAN-RIEM, A. VOSSKUHLE, E. SCHMIDT-ASSMANN...)². Desde este renovado enfoque, el Derecho Administrativo se concibe como un instrumento de dirección que asume la función de procurar los presupuestos que contribuyen a satisfacer con eficacia los objetivos sociales. Esto implica que los parámetros jurídicos determinantes de la actuación administrativa no se centran sólo, y principalmente, en qué decisiones toma la Administración y si ese resultado es ajustado a Derecho, sino también, y yo diría, con un peso creciente, cómo se toman esas decisiones y si esa actuación satisface otros parámetros en términos, fundamentalmente, de eficacia, aunque no sólo³.

Este enfoque renovador complementa la concepción clásica del Derecho Administrativo como un instrumento para el ejercicio del poder y la intervención sobre la esfera jurídica de los ciudadanos. El Derecho Administrativo refuerza, de este modo, su concepción como un instrumento orientado a resolver problemas, donde adquiere una cada vez mayor trascendencia tanto la cooperación entre distintas Administraciones (relaciones multinivel), como el fenómeno de la “distribución de responsabilidades” con la propia sociedad civil⁴. A modo de síntesis, cabe decir, por tanto, que el Derecho Administrativo dirige la actuación

¹ Sobre esta consideración, J. AGUDO GONZÁLEZ (2014: 445 y ss.).

² Entre nosotros, una de las más lúcidas reflexiones en L. PAREJO ALFONSO (2012: 105 y ss.).

³ En coherencia con la “teoría de los parámetros” de E. SCHMIDT-ASSMANN (2003: 347 y ss.).

⁴ La idea de “distribución de responsabilidades” alude al reparto de tareas o funciones entre la esfera social y la pública, superando así el monopolio de los poderes públicos en la concreción y consecución de los intereses generales. Al respecto, E. SCHMIDT-ASSMANN (2006, p. 43).

de las Administraciones públicas (en sentido amplio objetivo-funcional)⁵, programando su conducta en escenarios con complejidad variable.

En este trabajo nos vamos a detener, precisamente, en esa función programadora inherente a la capacidad directiva del Derecho Administrativo y lo vamos a hacer desde una perspectiva fundamentalmente formal u organizativa. Desde este punto de vista, hay que aclarar que la programación de la actuación administrativa no es unívoca, sino que responde a estrategias regulatorias que en muchos casos son complementarias. En las últimas décadas asistimos, en cualquier caso, al incremento de la relevancia de las estrategias orientadas a resultados, precisamente, como ya hemos adelantado, por la multiplicidad y complejidad de las materias reguladas. Frente a la tradicional programación condicional que regla la actuación administrativa mediante determinaciones con una densidad normativa tendencialmente alta y que, por tanto, predeterminan aquella actuación mediante las clásicas prohibiciones, mandatos o permisos, es cada vez más habitual combinar o sustituir esa programación, basada en una aplicación típicamente subsuntiva, por otra orientada a resultados o de tipo finalista, donde las normas asumen una menor densidad material y donde, en consecuencia, la Administración goza de facultades valorativas amplias para ponderar, a la vista de las circunstancias concurrentes, los intereses y derechos en juego.

Esta evolución de la estrategia regulatoria no es un fenómeno nuevo. No es casual, a la vista del *iter* relatado hasta ahora, que sea una de las consecuencias de la consolidación del Estado social y, luego, de su “reconversión” o superación en el moderno Estado garante⁶. La ampliación de los fines del Estado en campos caracterizados por un componente científico-técnico relevante, así como la complejidad de la gestión de la técnica y de la información necesaria para alcanzar un Estado operativo eficaz (que permita dictar precisas prohibiciones y rigurosos mandatos), así como las más modernas obligaciones de control del gasto público y del déficit, han provocado la superación del tradicional modelo regulativo por otro fundado en una perspectiva operacional orientada a los problemas, donde el protagonismo proactivo no lo asumen necesariamente las Administraciones, sino también los agentes privados. Esta programación finalista se caracteriza por un incremento de los contenidos de tipo organizativo y procedimental⁷: se trata de “procesar” la información relevante, articular la participación de los interesados/afectados, ponderarla con todos los intereses en juego y, en definitiva, encauzar la toma de decisiones hacia los objetivos marcados legalmente a

⁵ Aunque, insistimos, también a agentes privados. Sobre esto ya hay bastante literatura, pero yo recomendaría la lectura de J. ESTEVE PARDO (2012) y de J. BARNÉS VÁZQUEZ (2012 y 2014).

⁶ E. MALARET GARCÍA (1998), L. PAREJO ALFONSO (2000), S. MUÑOZ MACHADO (2009 y 2011), J. ESTEVE PARDO (2009a, 2009b, 2010 y 2012), M. DARNACULLETA (2009) o J. BARNÉS VÁZQUEZ (2012 y 2014) han puesto de relieve cómo los procesos liberalizadores dirigidos por el Derecho Europeo tienen como consecuencia fundamental la transformación del Estado. Desde esta perspectiva, el Estado, debido al creciente aumento de funciones y responsabilidades y a la decreciente eficacia de los mecanismos clásicos de actuación, abandona el rol de prestador de servicios, y adquiere la condición de Estado garante y regulador de la prestación del servicio por los operadores privados.

⁷ La necesidad de los contenidos procedimentales y organizativos está en directa proporción a la reducción de los contenidos sustantivos (J. BARNÉS VÁZQUEZ: 2010, 342).

través de la respuesta “creativa” de la Administración en la conformación de sus decisiones. Decisiones que, insistimos, no tienen por qué ejecutar la propia Administración, sino también sujetos privados que adquieren el rol de corresponsables en las tareas regulatorias y prestacionales. En cualquier caso, la clave de la acción administrativa se centra, no sólo en qué se ha decidido, sino, sobre todo, en quién y cómo se decide, con el fin de lograr con eficacia los objetivos normativos.

Los mismos factores detectados en ese proceso tienen lugar en el Derecho Europeo, aunque en este caso también ha tenido una incidencia determinante la propia idiosincrasia de la Unión Europea. No se puede negar que en un contexto de veintiocho Estados miembros es más sencillo alcanzar acuerdos de tipo organizativo y procedimental, que respecto a complejos contenidos sustantivos, más allá de la necesidad de fijar objetivos comunes de obligado cumplimiento. En este sentido, la heterogeneidad nacional habilita una propensión favorable a aquellas decisiones regulatorias que mantengan un mayor grado de capacidad decisoria en los Estados miembros. Por otro lado, debemos tener en cuenta que las soluciones regulatorias de carácter organizativo-procedimental encajan mucho mejor con la generalización de un sistema de competencias compartidas, pues las soluciones de tipo formal permiten lograr el encaje cooperativo e integrador de la actuación administrativa multinivel⁸. Tampoco, por último, se puede negar que detrás de esas soluciones regulatorias se halla el pragmatismo característico del Derecho Europeo, plasmado en su orientación implementativa y funcionalista, donde la regulación organizativo-procedimental es instrumentalizada para lograr el efecto útil del Derecho Europeo⁹.

Esa “nueva” estrategia regulatoria que se va imponiendo en muchos sectores de actuación administrativa tiene como consecuencia metodológica básica, ya lo hemos anticipado, la de dotar de una relevancia fundamental al Derecho de la organización y al procedimiento administrativo como instrumentos de programación de la actividad administrativa¹⁰. En este contexto regulativo el análisis jurídico-administrativo se ve abocado a dotar de una relevancia determinante a las cuestiones “infraestructurales”, muy al contrario del carácter accesorio y secundario con que tradicionalmente han sido abordadas por la ciencia jurídico-administrativa. No es excesivo decir, de hecho así vamos a tratar de demostrarlo en este trabajo, que el Derecho de organización adquiere una relevancia determinante para dirigir y programar las funciones atribuidas a la Administración: lo organizativo condiciona lo operativo o funcional, es decir, determina si, y cómo, se logran los objetivos establecidos en términos de legalidad, pero también de eficacia, de colaboración interadministrativa, de transparencia o de participación. Siendo aún más precisos, habría que añadir que las

⁸ Véase, al respecto, J. AGUDO GONZÁLEZ (2014b).

⁹ Todo lo dicho se compadece relativamente bien con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, pero mal con los principios de autonomía institucional y procedimental. Puede decirse que el delicado equilibrio entre la eficacia del Derecho Europeo y la salvaguarda de los principios de autonomía institucional y procedimental se ve superado con una mayor flexibilidad en el plano sustantivo adaptada a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Véase J. AGUDO GONZÁLEZ (2013).

¹⁰ M. RUFFERT (2008: 99) o E. SCHMIDT-ASSMANN (2011: 13).

soluciones organizativas (la dirección y programación orgánico-procedimental) favorecen la legitimación de la actuación de la Administración, pues en la medida en que condicionan decisivamente los términos de la ejecución del programa normativo correspondiente y predetermina los elementos relevantes para su efectividad, contribuye a la realización de los intereses generales¹¹ en favor de, y en muchos casos conjuntamente con, la sociedad¹².

A pesar de la relevancia que lo organizativo y lo procedimental adquieren en este modelo regulativo, no se puede afirmar que ello implique una consecuente subversión de la accesoriedad tradicional imputable al procedimiento y a la organización administrativa respecto del Derecho sustantivo. Ahora bien, esa accesoriedad adquiere ahora un cariz que supera la eventual paradoja que pudiera derivarse de esta afirmación a la vista de nuestras anteriores reflexiones. Cabe hacer una doble matización. Primero, es cierto que lo organizativo no es un fin en sí mismo, sino que está al servicio de los objetivos sustantivos. Desde este punto de vista, aquí la realidad del Derecho Europeo, y por extensión, la de los ordenamientos nacionales, permite observar una alta heterogeneidad de las soluciones organizativo-procedimentales. Esto permite afirmar que lo formal se adapta y ajusta a lo sustantivo. Sin embargo, en segundo lugar, esto no habilita a afirmar que lo organizativo-procedimental no haya adquirido una dimensión característica que le dota de plena relevancia jurídica. Dicho de otra manera, y éste es, en el fondo, el objeto de nuestro trabajo, si bien cabe admitir que las decisiones en el plano sustantivo condicionan cómo se acomodan las soluciones organizativo-procedimentales a la realidad que se pretende ordenar y a los objetivos que se pretenden alcanzar, lo cierto es que cómo se concreten normativamente esas “soluciones” es determinante para alcanzar los objetivos marcados y, en este sentido, para garantizar la coherencia entre cómo se logran (o no) esas metas y los principios y objetivos que gobiernan la actuación administrativa. En otras palabras, una incorrecta programación de la actuación administrativa pondría de manifiesto la desconexión o distorsión entre la formulación de objetivos de tipo material y la programación formal de la conducta administrativa. En tal caso, esto significaría que la programación organizativo-procedimental es inadecuada para lograr los objetivos establecidos, o bien que, con los moldes estructurales previstos, los objetivos deberían haber sido otros.

Las cuestiones “infraestructurales” que aborda la potestad organizatoria se definen, dejando a un lado un necesario examen pormenorizado, por dos criterios generales: su versatilidad y su multifuncionalidad. Ambos criterios son determinantes para “diseñar” soluciones organizativas adaptadas al marco constitucional y europeo. A nivel constitucional, no puede decirse que ese marco sea rígido, ya que es lo suficientemente flexible y versátil como para reconocer que admite un conjunto no cerrado, ni prefijado de modelos de dirección y organización administrativa inherente a la potestad de auto-organización administrativa¹³, sin perjuicio de los insalvables condicionantes derivados de la organiza-

¹¹ Aquí de nuevo me remito a L. PAREJO ALFONSO (2012: 171 y ss.).

¹² Sobre la transformación en las relaciones Estado-sociedad, véase J. ESTEVE PARDO (2014).

¹³ En este sentido, nuevamente, L. PAREJO ALFONSO (2012: 171 y ss.).

ción territorial del Estado o de los principios constitucionales que gobiernan la actuación administrativa. Del mismo modo, desde la perspectiva del Derecho Europeo, la flexibilidad que cabe advertir en las opciones organizativas que admiten los Tratados, encuentra sus límites en la determinabilidad de las soluciones jurídicas condicionadas por un parámetro común: la compartición competencial como factor determinante de un modelo integrador de relaciones administrativas multinivel que se caracterizan por ser fundamentalmente cooperativas¹⁴. Segundo, la potestad organizativa de la Administración se caracteriza por su multifuncionalidad, pues no sólo debe servir para lograr la efectividad del Derecho sustantivo (la tradicional reconducción a la legalidad de la actividad administrativa), sino también, como ya hemos avanzado, para garantizar la satisfacción de otros principios que gobiernan la actuación administrativa (promover la eficacia y la eficiencia de la actividad administrativa, favorecer la transparencia y la participación o articular la coordinación y cooperación interadministrativa)¹⁵. Por tanto, lo organizativo se expresa como cauce jurídico para la reconducción global de la regularidad jurídica de la actuación administrativa, es decir, para lograr la conexión plena entre programación de la actuación administrativa y eficacia del Derecho sustantivo.

¿De qué modo se logra esa conjunción entre la versatilidad de las soluciones organizativas y la multifuncionalidad que las caracteriza y los objetivos establecidos? Bajo mi punto de vista, la selección de soluciones organizativo-procedimentales debe ajustarse al resultado de un juicio de proporcionalidad de tipo prospectivo que concrete la necesidad y la adecuación de lo organizativo con el tipo de actuación administrativa en cuestión y, por tanto, con las funciones a desarrollar, del mismo modo que, en consecuencia, con los objetivos a alcanzar. Desde este punto de vista, la selección de soluciones organizativas adecuadas y necesarias según el tipo de actividad administrativa tendría dos vertientes¹⁶: 1ª) Una primera basada en el análisis de las especificidades de la materia en cuestión y del tipo de actividad, pero también de las características internas de las Administraciones competentes¹⁷; y 2ª) Otra fundada en la contemplación conjunta de la perspectiva orgánico-estructural con la dimensión dinámica propia del Derecho procedimental. Aquí se ubicaría la conexión entre la versatilidad organizativa de lo estructural con su carácter multifuncional.

Después de esta (larga) introducción es aquí, justamente, donde nuestras reflexiones se topan con el subtítulo de nuestro trabajo: el análisis de la evolución de los aspectos organizativos en el sector ferroviario y su relevancia para lograr los objetivos liberalizadores. La respuesta es fácil de intuir: el sector ferroviario es un claro exponente de una incorporación

¹⁴ J. AGUDO GONZÁLEZ (2014b).

¹⁵ Al respecto, en materia de procedimiento administrativo, véase J. AGUDO GONZÁLEZ (2013).

¹⁶ De nuevo, aquí sigo los planteamientos de L. PAREJO ALFONSO: 2012, 171 y ss.

¹⁷ Con tal fin la organización estructural o enfoque constructivo-estático deberá resolver el encuadre organizativo en el que se ejecutará la actuación administrativa. Esto incluye asumir un modelo de organización (jerárquica, desconcentrada o descentralizada), determinar las competencias a atribuir, la organización interna del órgano o entidad (unipersonal/colegiado) y sus reglas de funcionamiento (procesos internos), del mismo modo que la elección de sus miembros y las condiciones de ejercicio del cargo (permanencia/inamovilidad), así como el régimen tanto de los medios personales y técnicos, como de los ingresos y gastos (Derecho presupuestario).

“fuerte”, pero no exclusiva, de una estrategia regulatoria fundamentalmente finalista, sustentada en soluciones organizativo-procedimentales orientadas a cumplir objetivos de apertura del mercado (liberalización) y mantenimiento de la regularidad y calidad del servicio prestado por operadores privados bajo la supervisión y el control público: lo organizativo y lo procedimental adquieren una enorme trascendencia a los efectos de ordenar la “retirada” del Estado y la apertura del mercado, pero también para programar las nuevas funciones que le corresponden a la Administración y a los operadores privados en el mercado regulado.

Sin embargo, y con esto también justificamos el subtítulo de nuestro trabajo, a lo largo de ese complejo proceso de liberalización también cabe identificar la recaída en viejos problemas que ponen de manifiesto hasta qué punto no existe una conexión racional entre los confesados objetivos legales (en la mayoría de los casos, insistimos, impuestos por el Derecho Europeo) y las soluciones organizativas¹⁸. Sintéticamente se podría decir que esas distorsiones tienen su base no sólo en errores estructurales en la composición del proceso de liberalización que vamos a analizar, sino también en una política legislativa frenética, nefasta y contaminada por el deseo difuso de retardar (o al menos no forzar) los objetivos a alcanzar, en lo que se puede calificar como un intento vano por demorar la inexorable imposición de la primacía del Derecho Europeo.

Para terminar con esta introducción, también quisiera hacer referencia a la relevancia que en sí mismo tiene analizar las cuestiones planteadas desde la perspectiva de un sector material determinado. Desde el plano metodológico, esta perspectiva sectorial permite introducir el recurso a “sectores de referencia”¹⁹, lo que no es más que la asunción como eje operativo de la ciencia jurídico-administrativa de la característica sectorialización que sufren tanto el Derecho Europeo, como los ordenamientos nacionales. Esta opción exigiría, para realizar un ejercicio metodológico completo, confrontar el análisis con otros sectores semejantes con el fin de inducir conclusiones verificables *a posteriori*. Sin embargo, debemos confesarlo, nuestra intención es más modesta: “evaluar” la relevancia de la programación organizativa en la consecución de los fines jurídicos liberalizadores en el sector ferroviario.

¹⁸ Es cierto que el incumplimiento de los objetivos podría imputarse a razones no estrictamente jurídicas. Junto a los inconvenientes estrictamente jurídicos que vamos a analizar en este trabajo, existen otros elementos puramente fácticos que llevaron a la antigua Comisión Nacional de la Competencia (CNC) a calificar a España, en su “Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España” (2013), como una “isla” cuya idiosincrasia dificulta la liberalización del transporte ferroviario. Esa “insularidad” viene determinada, por ejemplo, por el distinto ancho de vía, las particularidades de las instalaciones ferroviarias y sus efectos en la longitud de los trenes, las dificultades de los nuevos operadores para aportar la tracción, por citar sólo algunos ejemplos. Ahora bien, vistos estos elementos, quizá la responsabilidad en el fracaso de la apertura del mercado de transporte ferroviario no sólo debiera imputarse a factores extrajurídicos, sino, precisamente por lo que hemos venido señalando, a que la programación normativa ha podido no considerar adecuadamente todos esos condicionantes.

¹⁹ E. SCHMIDT-ASSMANN (2003: 128) o A. VOSSKUHLE (2007: 138).

II. BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO EUROPEO: ESTRATEGIA REGULATORIA DE LA DIRECTIVA 2012/34

En coherencia con el planteamiento metodológico realizado, en este estudio no nos vamos a detener en el largo proceso expansivo con que las sucesivas Directivas europeas han ido incidiendo de un modo cada vez más intenso en la liberalización del transporte ferroviario²⁰. Nuestro análisis previo del Derecho Europeo quiere llamar la atención sobre los contenidos de la vigente Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, tratando de confirmar si responde a una estrategia regulatoria en la que los contenidos de tipo organizativo y procedimental han adquirido una relevancia semejante a la que hemos comentado en nuestra introducción. Desde luego que el sector ferroviario es objeto de regulación por otras Directivas, pero parece razonable que de un modo puramente descriptivo se justifique preliminarmente, y respecto de la Directiva que refunde la ordenación en el sector, cuál es el tipo de estrategia regulativa asumida por la norma europea.

Creo que, en este sentido, el art. 1 de la Directiva es bastante ilustrativo. El artículo sintetiza el contenido general de la norma en los siguientes términos:

- a) Las normas aplicables a la administración de infraestructuras ferroviarias y a las actividades de transporte por ferrocarril de las empresas ferroviarias establecidas o que se establezcan en un Estado miembro, tal como constan en el capítulo II;
- b) Los criterios para la concesión, la renovación o la modificación, por un Estado miembro, de licencias destinadas a las empresas ferroviarias que estén establecidas o que se establezcan en la Unión, tal como constan en el capítulo III;
- c) Los principios y procedimientos aplicables para la determinación y percepción de cánones por la utilización de infraestructuras ferroviarias y para la adjudicación de capacidad de las mismas, tal como se establecen en el capítulo IC.

Sin perjuicio de que, desde luego, el art. 1 no es exhaustivo, sí que parece afortunado decir que alude a las materias a las que la Directiva dedica más preceptos. Así matizado el punto de partida, se puede decir que los contenidos que la propia Directiva identifica como el centro de su atención son, fundamentalmente, de carácter organizativo-procedimental. En primer lugar, podríamos decir que hay, al menos, dos contenidos que tienen una incidencia directísima en la organización administrativa: 1º) La imposición de soluciones organizativas como la separación vertical entre administradores de infraestructuras y empresas

²⁰ Nos remitimos a la mejor bibliografía: J. GARCÍA PÉREZ (1996), J. BERMEJO VERA (1999), M. CARLÓN RUIZ (2004), J. GUILLÉN CARAMÉS *et al.* (2007), A. ALONSO TIMÓN (2011 y 2012), J.J. MONTERO PASCUAL (2008 y 2009), M.I. RIVAS CASTILLO (2008 y 2010) y S. TEJADO AGUADO (2011).

ferroviarias; y 2º) La creación de un organismo regulador independiente. Asimismo, desde el punto estructural hay otros contenidos aparentemente no tan relevantes *a priori*, como la designación de la autoridad otorgante de las licencias de empresa ferroviaria²¹. Otro elemento estructural importante es la “determinación de los cánones” por la utilización de infraestructuras y servicios, en la medida en que están destinados a financiar la actividad del administrador de infraestructuras y de los explotadores de las instalaciones de servicio y, además, son determinantes para el acceso no discriminatorio a las redes.

Por lo que se refiere a la vertiente dinámica-procedimental, la Directiva 2012/34 abunda en este tipo de contenidos. No parece necesario hacer un listado de todos ellos, pero la lectura de las letras b) y c) del art. 1 antes transcrito permite deducir esta afirmación. Quizá deban ser destacadas las normas que ordenan procedimientos tales como el acceso a la red y el acceso a la infraestructura y a la prestación de los servicios ferroviarios; aquí el peso regulativo lo asume la ordenación de la obtención de la licencia de empresa ferroviaria, pero también la regulación de la adjudicación de capacidad de infraestructura²².

En las páginas que siguen vamos a centrarnos en uno de los aspectos clave del proceso liberalizador que, además, ha tenido una relevante trascendencia en la práctica y en la jurisprudencia europea: la separación vertical entre el administrador de infraestructuras y los prestadores del servicio y la consiguiente independencia funcional del primero. Para abordar el análisis de estas cuestiones seguiremos el siguiente proceso expositivo: 1º) Se remarcarán los objetivos establecidos por la Directiva y los términos en que el Derecho Europeo articula el logro de los mismos; 2º) Se identificará el tipo de solución organizativa que ha incorporado el Derecho español para satisfacer aquel objetivo; y 3º) Finalmente, se valorará si existe una desconexión entre los objetivos establecidos y la programación organizativa diseñada por el legislador nacional.

III. SOLUCIONES ORGANIZATIVAS PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN FERROVIARIA ESPAÑOLA

1. Servicios en red y monopolios naturales: separación vertical entre administración de la infraestructura y prestación del servicio

El modelo europeo de liberalización tanto en el sector ferroviario, como en otros servicios en red, se ha tenido que enfrentar al problema de integrar el mercado y la competencia en un sector que depende de una infraestructura en red que constituye un monopolio

²¹ A todo ello habría que añadir las exigencias de naturaleza estructural que imponen otras normas europeas como la Directiva 2004/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios, en el sentido de crear o designar autoridades en materia de seguridad e investigación de accidentes ferroviarios.

²² A ello habría que añadir la carga de obtener autorización y certificado de seguridad previsto en la Directiva 2004/49 por los administradores de infraestructuras y empresas ferroviarias, respectivamente.

natural²³. La existencia de economías de escala derivadas de la prestación de servicios dependientes de una infraestructura en red cuya existencia requiere una elevada inversión, tradicionalmente se ha concretado en los distintos países de nuestro entorno en la tendencia a la integración vertical de todo el servicio: precisamente porque prestar el servicio depende de altos costes fijos en infraestructuras, sólo es posible disminuir los costes por unidad, aprovechando las economías de escala, mediante la integración en un solo responsable de todas las actividades concernientes al servicio²⁴.

¿Cuál es la técnica seguida por el Derecho Europeo para abrir a la competencia la prestación del servicio? El Derecho Europeo asume un modelo común a todas las Directivas relativas a la liberalización de servicios en red²⁵: la imposición de la restructuración del sector mediante la desintegración vertical, esto es, la separación entre la administración de la infraestructura y la prestación del servicio²⁶.

La Directiva 2012/34 concreta esa separación en términos abiertos. Por un lado, se impone la independencia de los administradores de infraestructuras y de las empresas ferroviarias, aunque ello no significa necesariamente que ambas actividades no puedan quedar integradas bajo un mismo grupo o *holding*. El art. 4.1 establece, en primer lugar, que “los Estados miembros garantizarán que, por lo que se refiere a la gestión, administración y control interno de los asuntos administrativos, económicos y contables, las empresas ferroviarias directa o indirectamente propiedad de los Estados miembros o controladas por estos gocen de un estatuto independiente con arreglo al cual tengan, en especial, patrimonio, presupuestos y contabilidades separados de los del Estado”. Por otro lado, el art. 5 exige que la gestión de las empresas ferroviarias se fundamente en los principios comerciales ordinarios, independientemente de su régimen de propiedad, incluso, cuando se impongan obligaciones de servicio público.

²³ Así lo menciona expresamente el Cdo.º 71º del preámbulo de la Directiva. Como explica F.B. LÓPEZ-JURADO (2009: 769), existe monopolio natural cuando “una sola empresa pueda producir el nivel necesario a un coste total menor que el de cualquier producción combinada de más de una empresa; por lo que, si más de un productor abastece un mercado, los precios resultantes serían más elevados”. Este concepto se contrapone al de monopolio legal, pues mientras que éste tiene su origen en la Ley o en otras formas jurídicas de protección, el monopolio natural tiene su origen en las condiciones de la actividad.

²⁴ F.B. LÓPEZ-JURADO (2009: 774 y 775). El autor añade que junto a las economías de escala el monopolio natural también viene determinado por las fluctuaciones de demanda: “... cubrir una demanda de entidad, fluctuante, dispersa geográficamente, creciente, que requiere gastos fijos elevados respecto de los variables”, se lleva a cabo de forma más eficiente por una sola empresa.

²⁵ S. MUÑOZ MACHADO (2009: 170 y ss.) y R. CABALLERO SÁNCHEZ (2011: 58 y ss.). Esa separación es variable según los sectores, pero suele comenzar basándose en la separación contable entre los administradores de la red y los prestadores del servicio, continúa con la separación jurídica, sin perjuicio de que los administradores y operadores queden integrados en un mismo grupo matriz, para concluir con una separación funcional que fortalece las anteriores.

²⁶ El Cdo.º 6º de la Directiva señala que “a fin de asegurar el desarrollo futuro y la explotación eficiente del sistema ferroviario debe hacerse una distinción entre la prestación de servicios de transporte y la explotación de la infraestructura. En tales condiciones, es preciso que la administración de cada una de dichas actividades se lleve a cabo por separado y con contabilidades aparte”.

Vinculado a esta aproximación, el art. 7 de la Directiva se refiere a la separación funcional, exigiendo la independencia del administrador de infraestructuras respecto de cualquier empresa ferroviaria, en relación con las calificadas como funciones esenciales, es decir, aquéllas que según la Directiva “determinan un acceso equitativo y no discriminatorio a la infraestructura”²⁷. Estas funciones deberán encomendarse a organismos o empresas que no presten por sí mismos servicios de transporte ferroviario. El otro dato relevante desde la perspectiva organizativa es que el mismo precepto añade que este objetivo debe “demostrarse” y, por tanto, podrá cumplirse, “con independencia de las estructuras de organización”. Es decir, en principio la independencia funcional no implica necesariamente separación jurídica.

A pesar de la amplitud de soluciones que admite el art. 7.1, el apartado 2º del mismo artículo incide en la exigencia de separación funcional, precisamente, para sustentarla sobre una separación jurídica que sólo y necesariamente ha de tener lugar en los Estados miembros que opten por que la independencia entre administrador de infraestructuras y empresas ferroviarias no sea total. En estos casos, el precepto especifica que será imprescindible que las funciones relativas a la determinación de cánones por la utilización de infraestructuras y servicios y a la adjudicación de capacidad de infraestructura sean “desempeñadas respectivamente por un organismo de cánones y por un organismo de adjudicación que gocen de dicha independencia respecto a cualquier empresa ferroviaria en lo que se refiere a la forma jurídica de aquel, a su organización o a sus decisiones”.

Así pues, el objetivo estructural relativo a la separación vertical del administrador de infraestructuras de las empresas ferroviarias es articulado a través de una programación organizativa flexible que, como ha ratificado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), puede concretarse del siguiente modo:

- La desintegración vertical de los tradicionales monopolios legales no necesariamente implica una estricta separación jurídica, pero sí la separación contable entre administrador de infraestructuras y empresas ferroviarias²⁸.
- A efectos de garantizar el acceso a las redes de nuevos operadores en términos de igualdad, los Estados miembros están obligados a dotar de independencia funcional al administrador de infraestructuras en dos niveles:
 - o La Directiva establece que las funciones calificadas como esenciales han de ser ejercidas por el administrador de infraestructuras, aunque podrían ser encomendadas a otras entidades que no presten servicios de transporte

²⁷ Según el art. 7.1, son funciones esenciales: “a) la toma de decisiones sobre adjudicación de surcos, incluidas tanto la definición y la evaluación de la disponibilidad como la asignación de surcos ferroviarios concretos; y b) la toma de decisiones sobre cánones por la utilización de infraestructuras, incluidas la determinación y la recaudación de los cánones, sin perjuicio del artículo 29, apartado 1” (es decir, de la competencia de los Estados miembros para aprobar un marco normativo para los cánones).

²⁸ En este sentido, las SSTJUE de 28 de febrero de 2013 (C-555/10, Comisión c. Austria) y de 28 de febrero de 2013 (C-556/10, Comisión c. Alemania).

- ferroviario²⁹. En el ejercicio de esas funciones no es exigible una separación jurídica de las empresas ferroviarias, es decir, la independencia funcional del administrador de infraestructuras no depende de esa separación jurídica.
- o En lo atinente a la determinación de cánones y a la adjudicación de capacidad de infraestructura, la Directiva sí exige que esas funciones esenciales sean atribuidas a un organismo independiente en términos legales, organizativos y decisorios³⁰, que podrá coincidir con el administrador de infraestructuras si éste gozase de ese estatuto de triple independencia³¹. En este ámbito funcional la desintegración vertical sí entraña una separación con una caracterización jurídica más exigente que se concreta de la siguiente forma: a) En cuanto a los aspectos legal y organizativo, implica gozar de personalidad jurídica distinta de las empresas ferroviarias, así como disponer de órganos y de recursos propios³²; b) Respecto a la independencia decisoria, exige un análisis particularizado que, en todo caso, debe ajustarse a los términos de flexibilidad que ordena la Directiva³³.
 - Las empresas ferroviarias deben gozar de un estatuto independiente y gestionarse con basen en los principios comerciales que ordenan la actuación de cualquier

²⁹ Ahora bien, la STJUE de 18 de abril de 2013 (C-625/10, Comisión c. Francia) matiza que las exigencias de atribución de funciones esenciales a una entidad independiente de las empresas ferroviarias y la exigencia de independencia jurídica, organizativa y decisoria del organismo de adjudicación “no pueden separarse una de otra”: “En caso contrario, los Estados miembros podrían eludir las disposiciones de esas Directivas instituyendo un administrador de infraestructuras que, si bien independiente, delegara funciones esenciales en una empresa ferroviaria, lo que sería contrario al objetivo (de) garantizar a todas las empresas ferroviarias condiciones de acceso justas y no discriminatorias a la infraestructura ferroviaria”. q 21

³⁰ En la STJUE de 18 de abril de 2013 (C-625/10, Comisión c. Francia) estos tres requisitos se consideran exigibles de forma cumulativa.

³¹ El motivo por el que la Directiva otorga un tratamiento jurídico distinto a las funciones esenciales y, específicamente, a la determinación de cánones y a la adjudicación de capacidad se debe, como señala la STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-473/10, Comisión c. Hungría), al “objetivo de garantizar a toda empresa ferroviaria condiciones de acceso justas y no discriminatorias se expone en el undécimo considerando de la Directiva 2001/14. Según éste los sistemas de tarificación y adjudicación de capacidad deben permitir igualdad de acceso sin discriminación a todas las empresas y procurar”.

³² En este sentido, las SSTJUE de 28 de febrero de 2013 (C-555/10, Comisión c. Austria) y de 28 de febrero de 2013 (C-556/10, Comisión c. Alemania) y *a sensu contrario* la STJUE de 18 de abril de 2013 (C-625/10, Comisión c. Francia).

³³ El Tribunal ha rechazado la pretensión de la Comisión de analizar este aspecto con base en el anexo 5 del documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompañaba al Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 3 de mayo de 2006, sobre la aplicación del primer paquete ferroviario [COM (2006) 189], o bien con base en la comparación con las disposiciones reguladoras del mercado interior de la electricidad y del gas natural. En relación con lo primero, porque el TJUE considera que el citado anexo 5 porque “carece de fuerza jurídica obligatoria”. Respecto a lo segundo, porque el TJUE considera que, al contrario que las Directivas de esos otros sectores, en el sector ferroviario no se han precisado los criterios relativos a la independencia que debe asegurarse entre el administrador de infraestructuras encargado de funciones esenciales y las empresas ferroviarias. En estas condiciones, entiende el TJUE que no cabe imponer a los Estados miembros que la garantía de esa independencia se concrete en ninguno de los términos referidos, debiéndose acreditar casuísticamente la ausencia de dicha independencia.

sociedad mercantil³⁴. Por tanto, las empresas ferroviarias, abstracción hecha de su titularidad, no pueden estar sujetas a controles gubernamentales que quiebren los procedimientos ordinarios de actuación de cualquier sociedad mercantil.

2. La solución organizativa en España: adecuación entre los objetivos de la Directiva y la programación organizativa establecida por el legislador español

A. *La separación vertical entre administrador de infraestructuras y empresas ferroviarias*

La separación entre administración de la infraestructura y prestación del servicio en el sector ferroviario en España se ha articulado mediante la reestructuración de la entidad pública Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE). La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (LSF), inició ese proceso, luego pormenorizado por otras muchas disposiciones. En el Preámbulo de la LSF se afirma ya la intención del legislador de dar cumplimiento al Derecho Europeo y de llevar a cabo una reestructuración del sector que, en realidad, no es más que la consecuencia de lo anterior. El art. 2.f) de la LSF incluye entre sus objetivos “separar el régimen jurídico aplicable a las infraestructuras ferroviarias del de los servicios que sobre ellas se prestan”³⁵.

La articulación práctica del principio de separación se sustenta en la constitución de estructuras organizativas autónomas a las que se otorgan funciones diferenciadas y propias de cada ámbito de actividad. En síntesis, la reestructuración organizativa del sector ha consistido, de forma sintética, en que la entidad pública empresarial (EPE) RENFE ha pasado a denominarse Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), en la que se ha integrado el desaparecido Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF)³⁶. Por otra parte, por lo que se refiere a la prestación del servicio, se ha creado una nueva EPE denominada RENFE-Operadora como entidad prestadora del servicio de transporte ferroviario.

³⁴ La STJUE de 25 de octubre de 2012 (C-557/10, Comisión c. Portugal) afirma que los Estados miembros pueden “fijar líneas directrices de política general”, pero no mantener “un control externo de naturaleza política, que no se corresponde de ninguna manera con los procedimientos y los medios de actuación y control de que disponen los accionistas de una sociedad anónima de Derecho privado”.

³⁵ Lo paradójico es que esta proclamación general se realizara manteniendo la vigencia del art. 1.1.3º de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), en virtud del cual, en el sector del transporte por ferrocarril, el “conjunto camino-vehículo” constituía “una unidad de explotación”. Sólo por Ley 9/2013, de 4 de julio, se ha eliminado dicho inciso.

³⁶ El GIF fue creado por Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y asumió las funciones de construcción y administración de la infraestructura ferroviaria. La D.Ad. 2ª.I de la LSF se refiere a la extinción del GIF y a la subrogación de ADIF en todos sus derechos y obligaciones. Como critica E. CARBONELL PORRAS (2007: 222), el legislador optó por crear una nueva entidad (ADIF), reestructurar otra (RENFE) y extinguir otra (GIF), siendo que el GIF ya gozaba de funciones propias del administrador de infraestructuras, de modo que hubiera sido más sencillo ampliar sus funciones con las que en ese ámbito funcional todavía mantenía RENFE. Como desvela la autora, las razones para la instauración de este modelo organizativo no son estrictamente jurídicas y tienen que ver con conflictos de naturaleza laboral.

Finalmente, Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE) se ha integrado en ADIF o RENFE-Operadora en función de la adscripción de las actividades que gestionaba FEVE a la infraestructura o a las operaciones³⁷.

Entrando en el análisis pormenorizado, y por lo que se refiere a la administración de infraestructuras, es la D.Ad. 1ª.1 de la LSF, relativa a la asunción de la función de administración de las infraestructuras ferroviarias por ADIF, la que prevé que “la entidad pública empresarial RENFE pasa a denominarse Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y asume las funciones asignadas al administrador de infraestructuras ferroviarias en esta Ley”. ADIF es, pues, el administrador de infraestructuras de la Red Ferroviaria de Interés General (RFIG) y tiene por objeto el mantenimiento y la explotación de aquéllas, así como la gestión de su sistema de control, de circulación y de seguridad (art. 19.1 LSF)³⁸.

Para ser exactos, habría que decir que esa función de administración de las infraestructuras es compartida con ADIF-Alta Velocidad. El art. 20 de la LSF fue modificado por Real Decreto-Ley 15/2013, de 13 de diciembre, para eliminar la referencia que la redacción original del precepto hacía a que la administración de las infraestructuras ferroviarias, en el ámbito de competencias del Estado, correspondería “a una entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Fomento”. Tras la modificación, el artículo mantiene la misma redacción, salvo por que ahora incorpora la posibilidad de que esas funciones sean atribuidas “a una o varias entidades públicas empresariales adscritas al Ministerio de Fomento”. En este marco, el art. 1 del Real Decreto-Ley 15/2013 regula la creación de ADIF-Alta Velocidad del siguiente modo: “Con fecha 31 de diciembre de 2013, se creará la entidad pública empresarial ADIF-Alta Velocidad como organismo público de los previstos en el artículo 43.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, mediante la escisión de la rama de actividad de construcción y administración de aquellas infraestructuras ferroviarias de alta velocidad y otras que se le atribuyan y estén encomendadas hasta la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-Ley al ADIF”³⁹. Por tanto, y sintetizando, la RFIG está administrada por dos EPEs

³⁷ FEVE mantenía el monopolio de la gestión de la infraestructura y de la explotación del servicio en las vías de ancho métrico. El art. 2 del Real Decreto-Ley 22/2012, de 20 de julio, dispuso la supresión de FEVE, quedando extinguida a 31 de diciembre de 2012, subrogándose ADIF y RENFE-Operadora o las respectivas sociedades mercantiles del Grupo RENFE a las que se refiere el art. 1 del Real Decreto-Ley.

³⁸ El apartado 2º del art. 19 declara que “la administración de las infraestructuras ferroviarias es un servicio de interés general y esencial para la comunidad”. Las competencias de ADIF se concretan en el art. 21 donde se pone de relieve que una de sus funciones principales es la proyección, aprobación y construcción de infraestructuras. En este trabajo no nos vamos a detener sobre esta función fundamental de ADIF, sino en aquellas estrictamente vinculadas a la liberalización del servicio en el marco de la Directiva vigente. Por ello, tampoco nos detendremos en la incidencia en ese ámbito de la constitución de la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre (SEITT), sociedad mercantil estatal creada al amparo del art. 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, por Acuerdo del Consejo de Ministros del 29 de julio de 2005 y constituida el 30 de noviembre de 2005. Al respecto, M.I. RIVAS CASTILLO (2008: 232 y ss.; y 2010: 497 y ss.).

³⁹ La justificación de su creación la encontramos en el Preámbulo del Real Decreto-Ley 15/2013 y se concreta en la necesidad de profundizar en la racionalización del sector ferroviario en aras de lograr la máxima eficiencia en la gestión de los servicios, de forma que se asegure el cumplimiento del objetivo de estabilidad

adscritas al Ministerio de Fomento: ADIF-Alta Velocidad en lo concerniente a las líneas de alta velocidad, y ADIF para el resto⁴⁰.

A pesar de la creación de estas dos entidades, lo cierto es que existen elementos de juicio que permiten seguir hablando de una conexión íntima. En primer lugar, porque el art. 1.4 del Real Decreto-Ley 15/2013 establece que “el Presidente de la entidad pública empresarial ADIF y el Secretario de su Consejo de Administración, lo serán asimismo de ADIF-Alta Velocidad”. Finalmente, porque es llamativo que el apartado 7º del mismo precepto disponga que “ADIF-Alta Velocidad y ADIF podrán encomendarse, mediante la suscripción del oportuno convenio, la realización de determinadas actividades”, sin perjuicio de la compensación económica que correspondiese⁴¹.

La separación vertical con la administración de infraestructuras culmina con la creación de RENFE-Operadora⁴². Su creación tiene lugar en virtud de la D.Ad. 3ª.1 de la LSF: “Se crea la entidad pública empresarial RENFE-Operadora, como organismo público de los previstos en el artículo 43.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. RENFE-Operadora tiene personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar y patrimonio propio, y está adscrita al Ministerio de Fomento”. El objeto de RENFE-Operadora es la prestación de servicios de transporte ferroviario tanto de mercancías como de viajeros, incluyendo el mantenimiento del material rodante.

La estructura de RENFE-Operadora ha sido finalmente reconfigurada por Real Decreto-Ley 22/2012, de 20 de julio. El art. 1.1 del Real Decreto-Ley procede a la reestructuración a través de cuatro líneas de actividad, como indica el Preámbulo, “respetando la naturaleza de RENFE-Operadora como entidad pública empresarial”:

presupuestaria y se permita un mejor desenvolvimiento del sector. Con esta medida, se añade, se permitirá la especialización y optimización de la administración de red de alta velocidad y la de ancho convencional. Ahora bien, en última instancia, el objetivo ha sido dar cumplimiento a los nuevos criterios contables establecidos en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010).

⁴⁰ Para ser aún más exactos, habría que decir que las funciones de ADIF son asumidas en los puertos de interés general conectados a la RFIG por cada Autoridad Portuaria (art. 36.2 de la LSF, según redacción otorgada por Ley 31/2007, de 30 de octubre). Por último, y siguiendo esa línea de concreción, se ha de añadir que ADIF tampoco es el administrador de la infraestructura en el tramo Figueras-Perpiñán. TP Ferro es la empresa concesionaria que gestiona la red de ancho internacional (UIC) de este trayecto. Está participada en partes iguales por la empresa francesa Eiffage y por la española ACS.

⁴¹ Debe destacarse la dimensión que esa conexión tiene a la vista del art. 1.7.II: “En particular, ambas entidades podrán encomendarse la gestión de la capacidad de infraestructuras y, debido a la interconexión de las redes cuya administración tienen atribuida ambas entidades, y como excepción a lo previsto en el artículo 22.4 de la LSF también la gestión de los sistemas de control, de circulación y de seguridad”. Adviértase de que el art. 22.4 de la LSF dispone que “las funciones inherentes a la gestión del sistema de control, de circulación y de seguridad no podrán encomendarse a terceros”.

⁴² Hay que aclarar que esa separación no comienza, aunque sí culmina, con la creación de RENFE-Operadora. Con anterioridad, con la creación del GIF y la aprobación de los Estatutos de RENFE aprobados por Real Decreto 121/1994, de 28 de enero, ya se comenzó a abordar, sin perjuicio de su criticable recepción inicial. Al respecto, véase B. SETUÁIN MENDÍA (2009: 45 y ss.).

“La entidad pública empresarial RENFE-Operadora se estructurará en cuatro sociedades mercantiles estatales de las previstas en el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas, cuyo objeto social respectivo comprenderá, como mínimo:

- a) Las funciones y obligaciones que en la actualidad desarrolla la unidad de negocio o área operativa de viajeros de RENFE-Operadora.
- b) Las funciones y obligaciones que en la actualidad desarrolla la unidad de negocio o área operativa de Mercancías y Logística de RENFE-Operadora, que incluirán, en su caso, los correspondientes objetos sociales de Irion RENFE Mercancías, S.A. Multi RENFE Mercancías S.A, y CONTREN RENFE Mercancías, S.A.⁴³
- c) Las funciones y obligaciones que en la actualidad desarrolla la unidad de negocio o área operativa de fabricación y mantenimiento de RENFE-Operadora.
- d) La realización de operaciones de arrendamiento y otras vinculadas de los activos de material ferroviario y, subsidiariamente, la venta y otras formas de puesta en disposición de dicho material e instalaciones”.

Corresponde al Consejo de Ministros autorizar la constitución de las correspondientes sociedades, sus respectivos capitales y objetos sociales y los demás elementos necesarios para la efectiva constitución de las mismas, de conformidad con lo establecido en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP)⁴⁴.

Hecho este repaso inicial sobre la estructura organizativa que soporta la separación vertical, puede afirmarse que en España la programación organizativa de los administradores de infraestructuras y del operador incumbente⁴⁵ asume una base estructural que, en principio, va más allá de las exigencias de la Directiva: una clara separación jurídica y contable. Todos los organismos públicos estatales creados han sido categorizados como “Entidades Públicas Empresariales”, dentro de la tipología de organismos públicos establecida en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). En este sentido, la autonomía de gestión que caracteriza a las EPEs, y a cualquier otro organismo público, proclamada por el art. 42.1 de la LOFAGE, cimentada sobre su personalidad jurídica pública diferenciada y en su patrimonio y tesorería propios,

⁴³ La cita de estas sociedades se entiende a la vista de la D.Ad. 3ª.10 de la LSF que autorizaba ya a RENFE-Operadora a crear sociedades anónimas cuyo objeto social coincidiera, total o parcialmente, con las funciones propias de sus unidades de negocio o áreas corporativas. En junio de 2011 se reestructuró el área de actividad de Mercancías y Logística, segregando la comercialización de servicios de transporte ferroviario de mercancías a favor de las sociedades CONTREN, IRION, MULTI y ECOVASA.

⁴⁴ Es preciso señalar que, en virtud del art. 36 del Real Decreto-Ley 4/2013, y en el mismo sentido, el art. 36 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, los servicios de transporte de viajeros y mercancías por ferrocarril que corresponde explotar a RENFE-Operadora seguirán siendo prestados, desde la fecha de su efectiva constitución, por las sociedades mercantiles estatales en el Real Decreto-Ley 22/2012.

⁴⁵ RENFE-Operadora es el “operador incumbente” en España, es decir, el operador que, sin tener necesariamente titularidad pública, parte de una posición dominante debido a su conexión original con el prestador monopolístico o con el titular de derechos exclusivos para la prestación del servicio público.

es una solución organizativa adecuada para garantizar *a priori* la autonomía de gestión de ADIF⁴⁶ y, por extensión, la separación del operador incumbente⁴⁷.

Sin perjuicio de esta conclusión inicial, un dato relevante a tener en cuenta a estos efectos es que tanto ADIF, como ADIF-Alta Velocidad, del mismo modo que RENFE-Operadora, están todas ellas adscritas y dependen del Ministerio de Fomento⁴⁸. En el caso de ADIF y RENFE-Operadora, esa dependencia es directa del Ministro⁴⁹. El art. 43.3 de la LOFAGE establece que las EPEs dependen de un Ministerio (o de un organismo autónomo), correspondiéndole a éste las funciones de dirección estratégica, evaluación y control de los resultados de su actividad⁵⁰. Finalmente, y de acuerdo con los Estatutos de ADIF y RENFE-

⁴⁶ El art. 21.4 de la LSF establece que ADIF “actuará con autonomía de gestión, dentro de los límites establecidos por su Estatuto” y teniendo 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.

⁴⁷ Esta conclusión apriorística mantenida desde una consideración organizativa en perspectiva finalista y en el marco del cumplimiento del Derecho Europeo, no empece para admitir las críticas vertidas acerca de la configuración del ADIF como EPE desde un plano estrictamente interno. Debemos tener en cuenta que las funciones principales de ADIF son las de construcción y administración de las infraestructuras ferroviarias, lo que puede entenderse alejado del objeto de las EPEs descrito en el art. 53.1 de la LOFAGE, esto es, la “gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación”, sin perjuicio, además, de admitir que las funciones que le corresponden tienen una clara índole administrativa. En este sentido, M. CARLÓN RUIZ (2004: 365), E. CARBONELL PORRAS (2007: 223) y B. SETUÁIN MENDÍA (2009: 131 y ss.).

No tan criticable es la constitución de RENFE-Operadora como EPE. Desde luego, desde el planteamiento aquí asumido, y sin perjuicio de las críticas que más tarde se harán, porque en principio permite cumplir con las exigencias del Derecho Europeo. En este sentido, también L. RAMS RAMOS (2007: 255). En segundo lugar, porque no pueden asumirse de forma general las críticas de M. CARLÓN RUIZ (2004: 404) imputando a la creación de una EPE una ausencia de justificación, en la medida en que, como empresa ferroviaria, RENFE-Operadora no debería retener el ejercicio de potestades públicas. Desde luego que desde la perspectiva del Derecho Europeo esta crítica sería superflua y el matizado elenco comparativo de los Estados miembros lo confirma, pero también desde el plano puramente interno esta opción sigue siendo legítima en virtud de los servicios que presta. Otra cosa es que esta opción sea la idónea para la apertura del mercado. Desde esta perspectiva, con la constitución de las sociedades mercantiles adscritas a RENFE-Operadora cabe esperar una aceleración hacia la efectiva liberalización, pero la clave estará tanto en la eliminación de las ventajas que el ordenamiento otorga *ex lege* a RENFE-Operadora y sus sociedades, como en la censura de prácticas colusorias. En este sentido, es buena noticia que la CNMC (a 23 de octubre de 2014) haya incoado expediente sancionador contra RENFE-Operadora y seis de sus filiales porque existen indicios de abuso de posición dominante por la posible aplicación a otras empresas ferroviarias de condiciones comerciales discriminatorias en la prestación de servicios de tracción o en el alquiler de vagones.

⁴⁸ Aparte, la aprobación de sus Estatutos se produce por Real Decreto del Gobierno (art. 62.3 de la LOFAGE). Esto mismo se reitera en el art. 28 de la LSF para el caso de ADIF, y en el art. 1.1 del Real Decreto-Ley 15/2013 para el caso de ADIF-Alta Velocidad. También la D.Ad. 3ª.1 de la LSF dispone que es el Gobierno quien ha de aprobar los Estatutos de RENFE-Operadora: el Real Decreto 2395/2004, de 30 de diciembre, aprueba los Estatutos de ADIF y el Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, aprueba los Estatutos de RENFE-Operadora. Asimismo, el nombramiento y cese de los vocales de sus Consejos de Administración, corresponde al Consejo de Ministros. En el caso de ADIF, igualmente, el art. 15.1 de sus Estatutos y en el caso de RENFE-Operadora, el art. 8.1 de sus Estatutos.

⁴⁹ Así, en la actual organización del Ministerio, según el art. 1.4.a) y b) del Real Decreto 452/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento.

⁵⁰ La tutela ordinaria de ADIF es prevista en el art. 27 de la LSF y se concreta en el control técnico y de eficacia de su actuación por el Ministerio de Fomento, yendo desde “su intervención” en el procedimiento de aprobación de los presupuestos de explotación y capital y en el programa de actuación, inversiones y

Operadora, las decisiones tomadas por el Consejo de Administración y el Presidente (para

financiación; a la realización de auditorías y controles financieros y de gestión; la comunicación por ADIF de los datos y acuerdos relativos a las cuestiones que se determinen, pudiendo requerir la documentación que se estime necesaria, y realizar, directamente, el examen de la contabilidad u otros aspectos de la gestión, cuando se considere conveniente; o mediante la inspección de la prestación de los servicios. A dicho precepto se remite el art. 38 del Estatuto de ADIF.

Por otro lado, el art. 22.2 de la LSF dispone que el Ministerio de Hacienda y el de Fomento podrán encomendar la administración de las infraestructuras que sean de titularidad del Estado a ADIF, estableciendo las directrices básicas que hayan de presidir dicha encomienda, señalando los objetivos y fines que se deban alcanzar, determinando los niveles de inversión y proponiendo la cuantía de las aportaciones económicas del Estado, a efectos de su inclusión en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Los referidos extremos se plasmarán en un convenio o contrato-programa que garantizará la coherencia y continuidad de la gestión de la red cuya titularidad pertenece al Estado, contemplará los resultados de la misma, comprometerá el correspondiente apoyo financiero. El precepto añade que la Intervención General de la Administración del Estado emitirá un informe de control financiero sobre el grado de ejecución de las previsiones económicas del contrato-programa, en el que se recoja su opinión técnica sobre la liquidación de las aportaciones a efectuar por el Estado. El 16 de febrero de 2007 se firmó el primer contrato-programa entre ADIF y la Administración General del Estado para el periodo 2007-2010, superando la opción anterior por la celebración de convenios anuales (2005 y 2006). En este documento se incluyen las obligaciones y compromisos relativos a la administración de la RFIG, así como a la ejecución de inversiones que el Ministerio de Fomento irá encomendando a ADIF tanto sobre la red convencional como sobre la de altas prestaciones de las que es titular (encomienda que se irá efectuando mediante resoluciones de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación, previa autorización del Consejo de Ministros). La supervisión del contrato-programa correspondía a una Comisión de Seguimiento conformada por representantes de los Ministerios de Fomento, de Economía y Hacienda y ADIF, en los términos del art. 59.2 de la LOFAGE.

En relación con RENFE-Operadora, la D.Ad. 3ª de la LSF establece que “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”.

La clave de la tutela ministerial, sin embargo, se encuentra en las D.Tran. 3ª y 4ª de la LSF. Según estas disposiciones, hasta que se produjo la liberalización del transporte de viajeros, RENFE-Operadora quedaba sujeta a la LOTT. Hay que advertir de que, hasta su derogación por la LSF, el Ministerio de adscripción gozaba de la facultad de establecer las condiciones básicas de prestación de los servicios ferroviarios (art. 176.3), en el marco de las directrices básicas dictadas por el Gobierno (art. 177.2). En coherencia con lo señalado, y de acuerdo con el art. 177.3 de la LOTT y, posteriormente, con las D.Tran. 3ª y 4ª de la LSF, así como con el art. 68 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, el marco de las relaciones financieras de RENFE-Operadora con la Administración General del Estado fue definido, durante el periodo 2006-2010, en el contrato-programa aprobado por el Consejo de Ministros el 29 de diciembre de 2006. En estos casos, como ya hemos indicado en relación con ADIF, de conformidad con el art. 59.2 de la LOFAGE, el control del cumplimiento de los compromisos específicos asumidos en un contrato-programa corresponde “a la Comisión de seguimiento regulada en el propio convenio o contrato-programa, y al Ministerio de Economía y Hacienda en los supuestos previstos al efecto por la Ley General Presupuestaria”.

La D.Tran. 4ª de la LSF concreta el régimen transitorio con el marco operativo de RENFE-Operadora. Según esta disposición, hasta que se produjese la liberalización del transporte de viajeros, “las directrices básicas de actuación de RENFE-Operadora, sus niveles de inversión y los compromisos necesarios para alcanzar sus fines y objetivos, se concretarán en un contrato-programa a celebrar entre aquella y la Administración General del Estado”. En virtud del ya mencionado contrato-programa (2006-2010), RENFE-Operadora recibió aportaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, dentro de las cuales las transferencias corrientes se destinaban, por un lado, a la compensación de: 1º) Los mayores costes incurridos por la prestación de los servicios de Cercanías y Media Distancia, aunque no se identificaba cuáles eran exactamente las obligaciones de servicio

el caso de ADIF) o el Consejo de Administración (para RENFE-Operadora) agotan la vía administrativa, salvo alguna excepción menor en ADIF⁵¹. Es decir, se aplica el régimen general de la D.Ad. 15ª.3 de la LOFAGE.

De estas consideraciones se deduce que las EPEs sobre las que nos estamos pronunciando están sometidas a una tutela material (sometimiento a instrucciones, directrices, control e inspección) que permite afirmar que la relación jurídica que les vincula con la Administración General del Estado, aunque habitualmente se haya denominado como “descentralización instrumental o funcional”, está más cerca del régimen jurídico de la desconcentración. Dicho con otras palabras, que asistamos a relaciones entre personas jurídico-públicas, aunque se integren en la misma organización jurídico-pública, no supone necesariamente hablar de descentralización, ya que lo determinante es la tutela que se reserve la Administración matriz⁵².

Esa dependencia y tutela común al mismo Ministerio de Fomento ha sido objeto de críticas, en la medida en que puede contribuir a distorsionar el objetivo de la separación

público; al respecto, véase J.J. MONTERO PASCUAL (2013: 133); y 2º) A financiar las pérdidas genéricas del resto de actividades de RENFE-Operadora y las derivadas del ERE que sufrió la entidad.

El “Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España” de la CNC (2013) pone de manifiesto que este esquema funcionó hasta 2009, ya que en 2010 las transferencias corrientes se destinaron de manera exclusiva a cubrir el coste del ERE. Tras la expiración del contrato-programa la situación se ha ido definiendo mediante Acuerdos del Consejo de Ministros no publicados formalmente, el primero de los cuales data de 2 de julio de 2010. En dicho acuerdo se establecieron las bases para la fijación de las obligaciones de servicio público en los servicios de transporte ferroviario de viajeros que luego fueron concretadas en el Acuerdo de 30 de diciembre de 2010 y, de forma definitiva, por el Acuerdo de 28 de diciembre de 2012. Todos ellos se refieren a la fijación de las obligaciones de servicio público en el transporte ferroviario de viajeros, bajo un modelo que pretende satisfacer las obligaciones derivadas del Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. Al respecto, véase J.J. MONTERO PASCUAL (2013).

Una tutela parecida puede plantearse respecto de las sociedades mercantiles del Grupo RENFE que sean creadas de conformidad con el Real Decreto-Ley 22/2012 y con base en el art. 166.2 de la LPAP. El art. 176 de la LPAP establece que al autorizar la constitución de una sociedad de las previstas en el art. 166.2, el Consejo de Ministros podrá atribuir a un Ministerio, cuyas competencias guarden una relación específica con el objeto social de la sociedad, la tutela funcional de la misma. Es más, aun cuando no exista esa atribución de tutela funcional específica, el apartado 2º del art. 176 establece que esa función le corresponderá al Ministerio de Hacienda. Por otro lado, el art. 177.2 de la LPAP establece que el Ministerio de tutela instruirá a la sociedad respecto a las líneas de actuación estratégica y establecerá las prioridades en la ejecución de las mismas, y propondrá su incorporación a los Presupuestos de Explotación y Capital y Programas de Actuación Plurianual, previa conformidad, en nuestro caso, de RENFE-Operadora. El art. 177.4 establece, además, que para las sociedades en que sea necesario definir un escenario presupuestario, financiero y de actuación a medio plazo, el marco de relaciones con la Administración General del Estado se establecerá preferentemente sobre la base de un convenio o contrato-programa de los regulados en el art. 68 de la Ley General Presupuestaria, a iniciativa del Ministerio de tutela o del organismo público que sea titular de su capital, en cuyo caso, el control de la ejecución y de los resultados del contrato-programa corresponderá al Ministerio de Hacienda, sin perjuicio del control de los departamentos u organismos de los que dependan las sociedades suscriptoras del contrato-programa. Aún más, el art. 178 admite que, en casos excepcionales, debidamente justificados, el Ministro al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades para que realicen determinadas actividades, cuando resulte de interés público su ejecución.

⁵¹ Para ADIF, arts. 16.2 y 23.5 de sus Estatutos, y para RENFE-Operadora, art. 9.2 de sus Estatutos.

⁵² Sobre todo ello, A. GALLEGU ANABITARTE *et al.* (2000: 94 y 95).

vertical, así como tanto el estatus de independencia del administrador de infraestructuras y del operador incumbente, por no mencionar las eventuales afecciones en el acceso a la red de otros operadores. Ahora bien, fuera de estas consideraciones que serán afrontadas a continuación, esto no empece para admitir que, en los estrictos términos de la Directiva, el legislador español haya sumido una separación jurídica en los aspectos legal y organizativo entre el administrador de infraestructuras y la empresa ferroviaria pública, a pesar de que esta caracterización estructural sólo se exige para garantizar la independencia de los organismos de cánones y adjudicación, fundamentada en el otorgamiento de personalidad jurídica distinta de las empresas ferroviarias, así como disponer de órganos y de recursos propios. Otra cosa es, insistimos, que en el plano funcional esta relación de dependencia y tutela sí tenga relevancia,

B. La independencia funcional de ADIF

La Directiva exige a los Estados miembros que las empresas ferroviarias no ejerzan las calificadas como funciones esenciales. Esto quiere decir que esas funciones son exclusivas del administrador de infraestructuras (o de otra entidad que no preste servicios ferroviarios). Ahora bien, la independencia funcional del administrador de infraestructuras no depende de la separación jurídica de las empresas ferroviarias. Esa exigencia sólo es uno de los requisitos que caracterizan el reconocimiento de la independencia de los que Directiva denomina organismos de cánones y adjudicación.

En España se ha respetado la separación funcional entre administradores de infraestructuras y empresas ferroviarias. Según el art. 21.2 de la LSF, “el administrador de infraestructuras ferroviarias no podrá prestar servicios de transporte ferroviario, salvo aquellos que sean inherentes a su propia actividad”⁵³. Por su parte, RENFE-Operadora no tiene asignada ninguna de las denominadas funciones esenciales⁵⁴. Ahora bien, los problemas no surgen

⁵³ Creo que no debe pasar de la mera curiosidad que todavía la D.Ad. 1ª.2 de los Estatutos de ADIF disponga que “sin perjuicio del acrónimo” del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), se le podrá identificar “en sus relaciones externas como RENFE-Infraestructura”.

⁵⁴ La D.Ad. 3ª.2 de la LSF establece que “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”. Mediante convenio encomienda, de 12 de diciembre de 2005, ADIF encomendó a RENFE-Operadora la gestión integral y administración de las estaciones de cercanías. Sin embargo, no puede decirse que esto pueda suponer una quiebra de la separación funcional de ADIF. Debemos considerar a estos efectos que la STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-473/10, Comisión c. Hungría) considera que son “parte de la función esencial de adjudicación de capacidad, las actividades de naturaleza administrativa que tienen por objeto en sustancia la programación, la fijación del horario de servicio y la asignación de franjas individuales específicas”. No puede decirse que la gestión de las estaciones incida en esas funciones esenciales. Como parangón se puede utilizar la referencia que la misma Sentencia hace a la “gestión del tráfico”. Según el TJUE, “la gestión del tráfico no implica, a primera vista, tomar decisiones relativas a la asignación de franjas, que para una empresa ferroviaria equivalen a la concesión del derecho a utilizar una capacidad de infraestructura ferroviaria mediante su inclusión en el horario de servicio o por decisión específica”. A estos efectos, se afirma que “la gestión del tráfico comprende actividades que forman parte de la administración de infraestructuras, y no consiste en la adopción de decisiones sobre la asignación de franjas sino en la puesta en práctica o la

tanto desde el plano de la separación jurídica, contable y funcional, como desde la perspectiva de la salvaguardia de la independencia funcional de ADIF. Eso significa, por tanto, que el hecho de que exista esa separación respecto de RENFE-Operadora no implica que ADIF goce de independencia funcional en el ejercicio de las funciones esenciales. Aquí la tutela y la dependencia común de ambas entidades al Ministerio es la clave.

Atendiendo exclusivamente al dato organizativo de la dependencia y adscripción al Ministerio de Fomento, éste puede tener consecuencias en la independencia funcional de ADIF y, por extensión, afectar a la gestión independiente de RENFE-Operadora, aunque también, al mismo tiempo, a las condiciones de acceso a la red. Esta cuestión ha sido recurrente en diversos informes aprobados por los sucesivos organismos reguladores que han ostentado competencias en el sector ferroviario. El Comité de Regulación Ferroviaria (CRF), primer organismo regulador previsto en la LSF, en su Memoria anual de 2011, afirmó, a este respecto, que existe una “confusión de roles entre el Ministerio de Fomento y ADIF por un lado, y entre el Ministerio de Fomento y RENFE-Operadora por otro”. En la misma línea, el “Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España” de la antigua CNC (2013), hace referencia a esta cuestión, afirmando que “unos vínculos excesivamente estrechos con RENFE-Operadora (por parte de ADIF) podrían generar disfunciones en el desempeño de su actividad o en el diseño de las tasas o cánones ferroviarios”. Lo más grave es afirmado a continuación cuando se señala que “además, existen vínculos estructurales entre RENFE-Operadora y ADIF que refuerzan la vinculación entre ambas sociedades. El Presidente de RENFE-Operadora es desde febrero de 2012 miembro del Consejo de Administración de ADIF”⁵⁵. También el Documento de Reflexión sobre el Proceso de Liberalización del Transporte de Viajeros por Ferrocarril, de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia (CNMC), de 25 de junio de 2014 (PRO/DTSP/0001/14), se pronuncia, como vigente organismo regulador, abogando porque ADIF y RENFE-Operadora no mantengan su vinculación con el Ministerio de Fomento⁵⁶.

ejecución de esas decisiones. Como ha observado el Abogado General en el punto 59 de sus conclusiones, la gestión del tráfico ferroviario representa una actividad dirigida a garantizar el ejercicio efectivo, con toda seguridad, de los derechos a utilizar capacidad en la forma de franjas”.

⁵⁵ El informe también llama la atención sobre la Orden FOM/2909/2006, la cual determina los bienes, obligaciones y derechos pertenecientes a RENFE-Operadora. Con base en esta norma, RENFE-Operadora cuenta con un derecho de usufructo sobre determinados bienes (naves y campos recogidas en el anexo IC.4 de la Orden FOM/2909/2006) en terminales de ADIF, bienes que no pone a disposición del resto de empresas ferroviarias, lo que supone que el resto de compañías debe incurrir en costes adicionales, que serían evitables si RENFE-Operadora los pusiera a su disposición.

⁵⁶ Para la CNMC esa dependencia jurídica es suficiente para que, en un mercado liberalizado, los operadores privados perciban que las decisiones del Ministerio del ramo pueden repercutir directamente en la actividad y en la cuenta de resultados de la entidad pública, aunque en realidad no sea así. Asimismo, la CNMC añade que la adscripción común al mismo Ministerio puede generar una percepción de existencia, real o no, de desviaciones en el comportamiento de ADIF. Teóricamente, entiende la CNMC, existen alicientes para primar al operador incumbente con el que se comparten vínculos, frente al resto de empresas ferroviarias del mercado. Convencer a los operadores potenciales de que esto no es así es complicado desde el punto de vista práctico si se mantiene dicha dependencia simultánea.

Esta primera aproximación permitiría relativizar la separación entre ADIF y RENFE-Operadora en el plano funcional y operativo. Si así fuera, este dato sería determinante a los efectos del cumplimiento del art. 7.2 de la Directiva, en virtud del cual los Estados miembros deben garantizar que las funciones en materia de determinación de cánones y de adjudicación de capacidad de infraestructura sean atribuidas a un organismo independiente de cualquier empresa ferroviaria en lo que se refiere a “la forma jurídica de aquellos, a su organización y a sus decisiones”.

Debemos entender que el legislador español ha presupuesto que ADIF es independiente de toda empresa ferroviaria, porque ADIF ha asumido las funciones esenciales del art. 7.2. Esa independencia, como ya hemos señalado, se sustenta en una triple caracterización cumulativa que no ha sido contestada por las instituciones europeas. A diferencia de otros Estados miembros, la STJUE de 28 de febrero de 2013 (C483/10, Comisión c. España), a la que inmediatamente vamos a hacer referencia, no adujo ningún reproche en este sentido. Cambios sobrevenidos como el hecho de que el Presidente de RENFE-Operadora sea miembro del Consejo de Administración de ADIF no fueron, ni pudieron, ser tenidos en cuenta por el TJUE⁵⁷. Ahora bien, es cierto que es probable que ese dato fuera irrelevante en atención a la jurisprudencia del Tribunal acerca de la autonomía regulativa de cada sector a los efectos de concretar la caracterización jurídica de la independencia organizativa y funcional exigida por las Directivas⁵⁸. Por este motivo, las irregularidades consideradas en este marco por el TJUE no tienen que ver con ese tipo de consideraciones, sino con la tutela a la que está sometida ADIF, así como a los términos en que ese control puede servir para distorsionar el acceso al mercado de nuevos operadores.

⁵⁷ La existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro afectado al final del plazo fijado en el dictamen motivado, de modo que los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tenidos en cuenta por el TJUE [SSTJUE de 18 de noviembre de 2010 (Comisión c. España, C48/10) o de 5 de mayo de 2011 (Comisión c. Alemania, C206/10)].

⁵⁸ Recordemos la doctrina de las SSTJUE de 28 de febrero de 2013 (C-555/10, Comisión c. Austria) y de 28 de febrero de 2013 (C-556/10, Comisión c. Alemania) relativa a la inaplicación del anexo 5 del documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompañaba al Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 3 de mayo de 2006, sobre la aplicación del primer paquete ferroviario [COM (2006) 189]. Según ese documento de la Comisión el respeto de las obligaciones de independencia debería ser objeto de control por una autoridad independiente o un tercero; que deberían existir disposiciones legales o cuando menos contractuales en materia de independencia; que se debería establecer una prohibición de acumulación de funciones entre los órganos de dirección de las diferentes sociedades de la sociedad holding; que debería fijarse un plazo de incompatibilidad para el cargo en relación con el tránsito de miembros directivos de la entidad encargada de funciones esenciales enumeradas en el anexo II de la Directiva 91/440 a cualquier otra entidad de la sociedad holding; que el cese y el nombramiento de los administradores del administrador de infraestructuras ferroviarias deberían producirse bajo el control de una autoridad independiente; y que la entidad encargada de esas funciones esenciales debería tener su propio personal y ocupar locales separados. La no consideración de la pretensión de la Comisión permite entender que la acumulación de funciones, en principio, no es determinante de la ausencia de independencia funcional.

a) La independencia de ADIF en la “determinación de los cánones”

El art. 29.1 de la Directiva prevé que los Estados miembros “crearán un marco para los cánones, respetando la independencia de gestión establecida en el artículo 4”⁵⁹. El precepto añade que “a reserva de dicha condición, los Estados miembros establecerán asimismo normas específicas de fijación de cánones, o delegarán dichas facultades en el administrador de infraestructuras” y, finalmente, que “el administrador de infraestructuras determinará el canon por la utilización de infraestructuras y se encargará de su cobro, de conformidad con el marco y las normas de los cánones establecidos”. Así pues, la Directiva ordena los términos en que la Directiva establece el reparto de competencias entre los Estados miembros y el administrador de infraestructuras, correspondiendo a los Estados miembros establecer el marco normativo y al administrador de infraestructuras la determinación del canon y su cobro⁶⁰. Habría que matizar que este reparto de competencias requiere volver a reiterar una premisa clave: la atribución al administrador de infraestructuras de tales funciones sólo es conforme con la Directiva si goza de independencia jurídica, organizativa y decisoria⁶¹.

La STJUE de 28 de febrero de 2013 (C483/10, Comisión v. España) abordó la independencia funcional de ADIF en materia de cánones. A diferencia de otros Estados miembros, aquí el TJUE no pone en tela de juicio la separación jurídico-organizativa de ADIF, sino su independencia en la gestión. La Sentencia centra su atención inicial en la interpretación de los términos “determinará el canon” que también utilizaba la Directiva 2001/14 a los efectos de concretar las funciones esenciales reservadas a la entidad que asuma las funciones del organismo independiente de cánones⁶². Debemos tener en cuenta que el art. 76.1 de la LSF, en su redacción original, disponía que a ADIF le correspondía la gestión de cánones, pero, a tales efectos, sólo podía “exigir, respecto del canon por utilización de estaciones y otras instalaciones ferroviarias, la presentación de cualquier documento que sea preciso para la práctica de las liquidaciones procedentes”. Por este motivo, el Tribunal comienza señalando que “es necesario atribuir al término ‘determinará’ un sentido más amplio que al término ‘liquidación’ que se menciona en el artículo 76, apartado 1, de la LSF. En efecto, toda vez que la liquidación no es más que una fase del procedimiento de recaudación de los cánones, como indica la Comisión, aquélla debe considerarse comprendida en el término ‘cobro’” que utilizaba la Directiva 2001/14 y reitera el art. 29 de la Directiva 2012/34.

⁵⁹ El art. 4.2 de la Directiva dispone que “respetando el marco y las normas específicas establecidas por los Estados miembros en materia de cánones y de adjudicación, el administrador de infraestructuras será responsable de su gestión, administración y control interno”.

⁶⁰ En este sentido, la STJUE de 11 de julio de 2013 (C-545/10, Comisión c. República Checa).

⁶¹ La STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-473/10, Comisión c. Hungría) considera que si el administrador de infraestructuras no gozara de independencia respecto de cualquier empresa ferroviaria en los aspectos legal, organizativo o de toma de decisiones, sólo podrá estar encargado de la recaudación de los cánones, en la medida en que esa función no se considera esencial para asegurar un acceso equitativo y no discriminatorio a la infraestructura.

⁶² En términos similares, la STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-473/10, Comisión c. Hungría).

A continuación, la Sentencia analiza los términos en que se concreta la independencia real de ADIF en el contexto de la propia Directiva (FJ 44-50):

“Los administradores de infraestructuras no podrían lograr (la optimización del uso del transporte ferroviario) mediante el sistema de tarificación si su función tuviera que limitarse a calcular el importe del canon en cada caso concreto, aplicando una fórmula previamente fijada mediante orden ministerial”.

“Los administradores de infraestructuras no pueden ser incentivados para invertir en la infraestructura si no disponen de cierto margen de actuación en el marco del sistema de tarificación”.

“Las decisiones adoptadas por el administrador de infraestructuras en relación con el sistema de cánones o el nivel o estructura de los cánones por utilización de infraestructura pueden ser recurridas ante el organismo regulador. Pues bien, la existencia misma de un control de esas decisiones carecería de sentido si la función del administrador de infraestructuras estuviera limitada (...) a la fijación del canon concreto aplicando una fórmula establecida previamente mediante orden ministerial”⁶³.

“El organismo regulador (ha de ser) independiente del organismo de tarificación. Por tanto, no cabe considerar que el Ministerio de Fomento cumple su función como organismo regulador conforme a esa disposición cuando, a la vez que actúa como tal organismo regulador, el mismo Ministerio determina también el importe de los cánones”⁶⁴.

Conclusión (FJ 49): “... para garantizar la independencia de gestión del administrador de infraestructuras, éste debe disponer, en el marco de tarificación que hayan definido los Estados miembros, de un cierto margen de actuación para la determinación del importe de los cánones, de forma que pueda utilizarlo como instrumento de gestión”⁶⁵. En consecuencia (FJ 50), “el ADIF no dispone de la independencia de gestión necesaria para el ejercicio

⁶³ También en la STJUE de 11 de julio de 2013 (C-545/10, Comisión c. República Checa) (FJ 36-37) se alude a otra subrepticia limitación de la independencia funcional del organismo de cánones, en este caso, mediante la fijación de tarifas máximas: “... la fijación, mediante decisión anual del Ministerio de Hacienda, de una tarifa máxima aplicable al uso de la infraestructura ferroviaria, con arreglo al artículo 10, apartado 2, de la Ley de precios, tiene por efecto restringir el margen de actuación del administrador de infraestructuras en una medida incompatible con los objetivos de la Directiva 2001/14 (...). (E)l administrador de infraestructuras debe estar en condiciones de fijar o mantener cánones más elevados basados en el coste a largo plazo de determinados proyectos de inversión”.

⁶⁴ Esta afirmación requiere ser matizada. Los arts. 82 a 84 de la LSF crearon el CRF, pero por Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, esos artículos fueron derogados y las competencias del CRF, atribuidas a la CNMC. Ahora bien, téngase en cuenta que el CRF fue creado como un órgano “integrado en el Ministerio de Fomento”.

⁶⁵ En términos similares, las SSTJUE de 28 de febrero de 2013 (C-473/10, Comisión c. Hungría), 28 de febrero de 2013 (C-556/10, Comisión v. Alemania) y de 11 de julio de 2013 (C-545/10, Comisión c. República Checa).

de sus competencias, ya que éstas se limitan a la fijación del canon concreto en cada caso específico, aplicando una fórmula establecida previamente por orden ministerial⁶⁶.

En otros términos cabría decir que la programación normativa de las funciones de ADIF, en realidad, no le confería una capacidad decisoria que caracterizara como “independientes” a sus decisiones, incumpléndose uno de los tres requisitos que determinan la caracterización jurídica de la independencia funcional de ADIF como organismo de cánones. Existía, por tanto, una distorsión entre los objetivos marcados por la Directiva y los asumidos por el legislador español: la programación organizativa de ADIF no respondía a un juicio de adecuación dirigido a lograr los fines de independencia funcional del organismo de cánones.

Tras la STJUE de 28 de febrero de 2013 (C483/10, Comisión v. España), y con la intención expresa de cumplir con la Sentencia el TJUE, la LSF fue modificada por Real Decreto-Ley 1/2014, de 24 de enero. La modificación afectó a los arts. 77 y 81.1.j). En cuanto al art. 81.1.j), se le otorgó la literalidad siguiente⁶⁷: “El Ministerio de Fomento ejercerá las siguientes competencias: j) El desarrollo del marco general de cánones y del sistema de incentivos, así como la comprobación de que la propuesta de cánones elaborada por el administrador de infraestructuras ferroviarias se adecua al marco general de los cánones y a los objetivos y fines que se le establezcan”.

Asimismo, se modificó el art. 77 de la LSF⁶⁸, para establecer que la “propuesta de modificación o actualización de las cuantías” de los cánones por utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG y por utilización de las estaciones y otras instalaciones ferroviarias “deberá ser elaborada por el administrador de infraestructuras ferroviarias”. Dicha propuesta sería sometida a consulta de las empresas ferroviarias y a informe de la CNMC (nuevo organismo regulador), y habría de establecer los valores concretos de los parámetros de los cánones, particularizando en su caso, en cada línea, elemento de la red o periodos de aplicación. Finalmente, el apartado 2º del art. 77 disponía que “los valores así obtenidos se remitirán al Ministerio de Fomento para la comprobación de su adecuación al marco general de los cánones y al resto del marco legal y competencial vigente, y su inclusión en los anteproyectos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado”.

⁶⁶ Con anterioridad a la Sentencia, la Resolución, de 6 de febrero de 2012, del CRF, sobre los cánones ferroviarios en España y sus posibles efectos discriminatorios sobre la oferta ferroviaria (Expediente CRF 2011002), ya abogaba por una modificación de la LSF para “atribuir a ADIF la facultad de fijar las cuantías” de los cánones y cumplir, así, con la Directiva 2001/14. Dictada la Sentencia, el propio CRF volvió a insistir en esta dirección en su informe de 26 de marzo de 2013.

⁶⁷ La redacción original era la siguiente: “El Ministerio de Fomento ejercerá las siguientes competencias: j) El establecimiento, o en su caso, la modificación de la cuantía de los cánones por la utilización de las infraestructuras ferroviarias, de acuerdo con los elementos o parámetros fijados en esta Ley”.

⁶⁸ El art. 77.1 de la LSF, en su redacción original, preveía que el establecimiento de las cuantías del canon por utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG y del canon por utilización de las estaciones y otras instalaciones ferroviarias se realizaba mediante Orden Ministerial.

Por Ley 1/2014, de 28 de febrero, aparte de confirmar la modificación de los arts. 77 y 81.1.j), se modificó, con el mismo ánimo expreso de cumplir con la Sentencia del TJUE, el art. 21.1.º de la Ley, en el que se enumeran las competencias de ADIF, en concreto, su letra l). El desliz no es baladí, pues la redacción original del precepto restringía la competencia de ADIF al cobro de cánones⁶⁹. La nueva redacción se dicta en coherencia con los arts. 77 y 81.1.j): “Corresponden al administrador de infraestructuras ferroviarias las siguientes competencias: l) La propuesta de modificación y actualización de los cánones por utilización de las infraestructuras ferroviarias, su determinación, así como el cobro de éstos y, en su caso de las tarifas por prestación de servicios adicionales, complementarios y auxiliares”.

Como señala el Preámbulo de la Ley 1/2014, la modificación de la LSF se limitó a atribuir a ADIF la función de “proponer” las cuantías de los cánones ferroviarios. No se puede ocultar que este modo de programar las funciones esenciales de ADIF en materia de cánones puede ser considerado una obstrucción a la actuación independiente de ADIF⁷⁰. No es casual y, por otro lado, genera perplejidad en atención a la coherencia de la política legislativa y a la garantía de la seguridad jurídica, que por Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público, esto es, menos de siete meses después de haberse modificado la LSF por Ley 1/2014, se haya vuelto a modificar los arts. 77 y 81.1.j) de la LSF, pero no, de nuevo, el art. 21.1.l). Ahora la redacción del art. 81.1.j) confiere al Ministerio de Fomento la competencia para “el desarrollo del marco general de cánones y del sistema de incentivos a aplicar por el administrador de infraestructuras ferroviarias”, que es exactamente para aquello a lo que está habilitado por el art. 29.1 de la Directiva 2012/34.

El art. 77 limita ahora de forma determinante las funciones de tutela del Ministerio, eliminando, en primer lugar, la limitación de la competencia de ADIF a una atribución puramente propositiva: “La modificación o actualización de las cuantías” de los cánones por utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la RFIG y por utilización de las estaciones y otras instalaciones ferroviarias “deberá ser elaborada por el administrador de infraestructuras ferroviarias”. Pero la novedad más importante a los efectos de confirmar la independencia funcional de ADIF en esta materia se acoge en el apartado 2º, ya que ahora el Ministerio no se reserva ningún tipo de tutela de legalidad: “Sin perjuicio de las facultades que corresponden a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, los valores así obtenidos se remitirán al Ministerio de Fomento para su inclusión en los anteproyectos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado”.

⁶⁹ La redacción original disponía que: “Corresponden al administrador de infraestructuras ferroviarias las siguientes competencias: l) 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”.

⁷⁰ Debemos recordar que después de ser dictada la Sentencia, y mediante Real Decreto-Ley 15/2013, fue creado el nuevo administrador de infraestructuras, ADIF-Alta Velocidad. También para esta entidad son deducibles las mismas críticas en el marco de la fijación de cánones, pues el art. 1.8º del Real Decreto-Ley 15/2013 dispone que “ADIF-Alta Velocidad y ADIF formularán la propuesta de modificación o actualización de las cuantías de los cánones ferroviarios establecidos en los artículos 74 y 75 de la LSF, a la que se refiere el artículo 77 del citado texto legal”.

Si hubiera que hacer alguna valoración de la programación legislativa de las funciones de ADIF, ésta sólo podría ser calificada como un ejercicio confuso y diferido o por plazos de programación organizativa distorsionadora que ha dificultado satisfacer el objetivo de crear un organismo independiente en materia de cánones, que deja, además, un resultado incoherente al mantener la misma literalidad, totalmente contradictoria, del art. 21.1.I).

b) La independencia de ADIF en la adjudicación de capacidad de infraestructura

De acuerdo con la declaración sobre la red que el propio administrador de infraestructuras aprueba, ADIF debe proceder a adjudicar las capacidades de infraestructuras solicitadas por los candidatos⁷¹ de acuerdo con el procedimiento y los criterios establecidos en 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. La Orden fue dictada con base en la habilitación del antiguo art. 14.1 de la Directiva 2001/14 (art. 39 de la Directiva vigente), en virtud del cual los Estados miembros pueden “crear un marco para la adjudicación de capacidad de infraestructura, con sujeción a la condición de independencia de gestión” (del administrador de infraestructuras), en el que deberán establecer reglas específicas de adjudicación de la capacidad, debiéndose velar por que la capacidad se adjudique de manera justa y no discriminatoria⁷². Es en este contexto en el que se resuelve el reproche del TJUE en relación con el incumplimiento de España en materia de ordenación del marco regulatorio de la adjudicación de capacidad⁷³. Pongámonos en antecedentes.

⁷¹ Las empresas ferroviarias, una vez obtenida la licencia y el certificado de seguridad, deben resultar adjudicatarias de la capacidad de infraestructura correspondiente. El art. 3.24) de la Directiva define la “capacidad de infraestructura” como “el potencial para programar los surcos ferroviarios solicitados para un segmento de la infraestructura durante un determinado período”, teniendo en cuenta que el art. 3.27) define “surco”, como “la capacidad de infraestructura necesaria para que un tren circule entre dos puntos durante un período dado”. Los términos en que se lleva a cabo la adjudicación de la capacidad de infraestructura deben ser previamente establecidos en la “declaración de red”. Según el art. 3.26) de la Directiva, la “declaración de red” detalla las normas generales, plazos, procedimientos y criterios, así como cualquier otra información, que pueda ser necesaria para cursar solicitudes de capacidad de infraestructura. Asimismo, el art. 38.1 de la Directiva dispone que “la capacidad de infraestructura será adjudicada por el administrador de infraestructuras y, una vez atribuida a un candidato, éste no podrá transferirla a otra empresa o servicio”, quedando, además, prohibida “toda transacción relativa a la capacidad de infraestructura; si se llevare a cabo, acarreará la exclusión de la atribución ulterior de capacidad”. Según el art. 38.2, “el derecho a utilizar una capacidad de infraestructura específica en forma de surco ferroviario podrá concederse a los candidatos por una duración máxima de un período de vigencia del horario de servicio”, si bien el administrador de infraestructuras y el candidato podrán concluir un acuerdo marco para utilizar capacidad de la correspondiente infraestructura ferroviaria por un período superior a un período de vigencia del horario de servicio.

⁷² La Orden fue dictada en cumplimiento de la habilitación prevista en el art. 33 de la LSF, de acuerdo con el art. 39 de la Directiva. Téngase en cuenta que según el art. 6.2.II de la Orden “la adjudicación de capacidad comporta el derecho de acceso a una infraestructura determinada y a las correspondientes bifurcaciones y desvíos de la Red Ferroviaria de Interés General, así como a recibir el servicio de control de circulación del tren, incluida la señalización”.

⁷³ La STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-473/10, Comisión c. Hungría) define el alcance de las funciones esenciales y exclusivas reservadas al organismo independiente de adjudicación. La Sentencia considera que son “parte de la función esencial de adjudicación de capacidad, las actividades de naturaleza administrativa

El art. 7.1 de la Orden establece que ADIF debe atender, en la medida de lo posible, porque así lo exige la Directiva, “todas las solicitudes de capacidad de infraestructura que reciba”. A continuación, el precepto prosigue señalando que si esto no fuera posible serán aplicados los criterios de adjudicación contenidos en la Orden. El incumplimiento del Estado español en lo atinente a la independencia de ADIF como organismo de adjudicación, tiene su fundamento, precisamente, en uno de los criterios seleccionados y recogidos en el art. 11 de la Orden, concretamente, el numeral 1 de la letra b):

“El Administrador de Infraestructuras Ferroviarias adjudicará la capacidad de infraestructura solicitada de la siguiente forma:

- a) Si hubiere capacidad disponible para todos los candidatos, se les adjudicará.
- b) Si existiera coincidencia de solicitudes para una misma franja horaria o la red hubiere sido declarada como congestionada, se tomarán en cuenta para su asignación, por orden descendente de prioridad, las siguientes prioridades de adjudicación:
 1. Las que, en su caso, establezca el Ministerio de Fomento para los distintos tipos de servicios dentro de cada línea, tomando en especial consideración los servicios de transporte de mercancías.
 2. La existencia de infraestructuras especializadas y la posibilidad de atender dichas solicitudes en dichas infraestructuras.
 3. Los servicios declarados de interés público.
 4. La asignación y utilización efectiva por el solicitante, en anteriores horarios de servicio, de las franjas horarias cuya adjudicación se solicita.
 5. Los servicios internacionales.
 6. La eventual existencia de acuerdos marco que prevean la adjudicación de esa solicitud de capacidad.
 7. La solicitud, por un candidato, de una misma franja horaria durante varios días de la semana o en sucesivas semanas del periodo horario.
 8. La eficiencia del sistema”.

En relación con dicho criterio, la STJUE de 28 de febrero de 2013 (C483/10, Comisión v. España) recuerda que los Estados miembros deben establecer reglas específicas de adjudicación de la capacidad, pudiendo crear un marco para la adjudicación de capacidad de infraestructura. El límite a esa facultad de los Estados miembros es tanto la independencia de gestión del administrador de infraestructuras, como que las empresas ferroviarias reciban

que tienen por objeto en sustancia la programación, la fijación del horario de servicio y la asignación de franjas individuales específicas”. La STJUE de 11 de julio de 2013 (C-627/10, Comisión c. Eslovenia) incide en esta cuestión, distinguiendo funciones esenciales que no pueden ser encargadas, por tanto, a empresas ferroviarias. A estos efectos, señala que “Ferrocarriles eslovenos actúa bajo el control de la agencia ferroviaria que es la única competente para adoptar el horario de servicio y la adjudicación de franjas individuales. No obstante, habida cuenta del tenor del anexo II de la Directiva 91/440, que incluye de modo expreso ‘la definición y la evaluación de disponibilidad’ entre las funciones esenciales, no puede encomendarse a una empresa ferroviaria la totalidad de las obras preparatorias a la adopción de decisiones comprendidas entre las funciones fundamentales”.

“señales claras y coherentes de los sistemas de adjudicación de capacidad que las lleven a tomar decisiones racionales”. Partiendo de esta base, el TJUE considera con rotundidad que “las reglas específicas de adjudicación de la capacidad previstas en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2001/14 no pueden entenderse en el sentido de que atribuyan al Ministerio de Fomento una facultad de apreciación discrecional para adjudicar la capacidad de infraestructura”. Por ello, el Tribunal añade que el criterio analizado excede de lo que pueda considerar competencia de los Estados miembros para dictar “reglas específicas de adjudicación de la capacidad”. Como hemos anunciado, esta vulneración afecta a los dos límites que el vigente art. 39 de la Directiva impone a la facultad de ordenación de los Estados miembros, esto es, afecta tanto a la gestión independiente que corresponde al administrador de infraestructuras (el control de la adjudicación se sujeta a la decisión discrecional del Ministerio), como al otorgamiento justo y no discriminatorio de la capacidad, afectando, por consiguiente, a las operaciones de las empresas ferroviarias, llegándose a afirmar que “la mera existencia de esa primera prioridad de adjudicación constituye por sí misma una fuente de inseguridad jurídica para los operadores”.

La segunda censura del TJUE no tiene tanto que ver con la independencia de ADIF para adjudicar la capacidad de infraestructura, como con la distorsión del acceso en términos no discriminatorios y en condiciones favorables a RENFE-Operadora⁷⁴. Desde esta perspectiva adquiere gran relevancia la dependencia común al Ministerio de Fomento y los problemas de “confusión de roles” ya comentados. En este caso el reproche se refiere al criterio previsto en el art. 11.b).4 de la Orden. La Sentencia no es menos tajante y recuerda que la prohibición de utilizar la capacidad de la infraestructura durante un período superior a un solo período de vigencia del horario de servicio prevista en el art. 13.2 de la Directiva “pretende evitar que una empresa disfrute del derecho a utilizar una franja de manera indefinida”. Sin embargo, atendiendo al art. 11.b).4 de la Orden Ministerial, si existiese coincidencia de solicitudes para una misma franja horaria o si la red estuviera congestionada, la adjudicación tomaría en consideración si el solicitante ha utilizado de forma efectiva, en anteriores horarios de servicio, aquellas franjas horarias cuya adjudicación se solicita. A ese recordatorio, añade el Tribunal que la Directiva dispone que el administrador de infraestructuras ha de velar en especial por que la capacidad se adjudique de manera justa y no discriminatoria. Tras ello, la Sentencia afirma que (FJ 95-98):

⁷⁴ El relato no sería completo si no se indicase que la legislación española es un ejemplo claro de la reticencia a la separación definitiva entre prestación del transporte y gestión pública en monopolio del transporte de viajeros. No obstante, y sin perjuicio de considerar las características especiales de la red ferroviaria española, lo cierto es que también en el transporte de mercancías se observan graves dificultades de acceso. La apertura a la competencia del servicio de transporte ferroviario se ha completado con una serie de medidas que contribuyen a hacer perdurar la posición dominante de RENFE-Operadora. Desde la entrada en vigor de la LSF, las sucesivas normas legales que la han modificado han ido allanando el camino jurídico a RENFE-Operadora para poder actuar sin interrupción. Este tipo de disposiciones son conocidas como las “cláusulas del abuelo” porque exceptúan al incumbente de una serie de trámites obligatorios para el resto de operadores.

“El propio Reino de España reconoce (...) que el criterio de la utilización efectiva de la red, como criterio de adjudicación de la capacidad de infraestructura, es discriminatorio, ya que, cuando exista coincidencia de solicitudes para una misma franja horaria o la red esté congestionada, conduce a mantener las ventajas de los usuarios tradicionales y a impedir el acceso de nuevos operadores a las franjas horarias más atractivas”.

“El Reino de España justifica ese carácter discriminatorio en aras del objetivo consistente en garantizar una utilización más eficiente de las infraestructuras.

No obstante, suponiendo que tal objetivo pudiera justificar el carácter discriminatorio de la cuarta prioridad de adjudicación, basta con observar que para alcanzarlo no es en absoluto necesario que la medida en cuestión produzca una discriminación entre los operadores de la red ni que impida el acceso de nuevos operadores a la misma.

En efecto, la Directiva 2001/14 contiene disposiciones específicas tendentes a fomentar la utilización eficiente de la capacidad de infraestructura al tiempo que garantizan un acceso en condiciones de igualdad y no discriminatorias”.

La nueva redacción otorgada al art. 11.b) por Orden FOM/420/2014, de 7 de marzo, concreta ahora de modo diferente los criterios de adjudicación:

1. La existencia de infraestructuras especializadas y la posibilidad de atender dichas solicitudes en dichas infraestructuras.
2. Los servicios declarados de interés público.
3. Los servicios internacionales.
4. La eventual existencia de acuerdos marco que prevean la adjudicación de esa solicitud de capacidad.
5. La solicitud, por un candidato, de una misma franja horaria durante varios días de la semana o en sucesivas semanas del periodo horario.
6. La eficiencia del sistema.

La redacción reglamentaria ha suscitado, sin embargo, opiniones encontradas. El informe de la CNMC, de 17 de diciembre de 2013, relativo al proyecto de modificación de la Orden FOM/897/2005 para adaptarse al fallo de la Sentencia del TJUE, se muestra satisfecho con que se hayan eliminado los dos criterios contrarios a las Directivas⁷⁵. Pero lo que resulta extraordinariamente importante es que la CNMC apunta sin tapujos a que la modificación que se pretende realizar de la Orden FOM/897/2005 no sirve para ocultar que “persisten en la Orden una serie de elementos susceptibles de privilegiar al operador dominante que deberían eliminarse o relegarse a los últimos lugares en el orden de priori-

⁷⁵ En relación con ello, ya se habían pronunciado desfavorablemente tanto el CRF, como la CNC. La CNC en el informe IPN 30/09, en el Informe de Posición en relación con el Real Decreto-Ley 22/2012 y en el informe sobre la Competencia en el Transporte de Mercancías por Ferrocarril en España de 2013, y el CRF en la Memoria de 2012.

dad”. Sin perjuicio de reconocer la nada despreciable discrecionalidad que, a los efectos de fijar criterios de adjudicación, la Directiva atribuye a los Estados miembros, el informe de la CNMC pone de relieve, con evidente lógica, que entre los criterios que se mantienen en la redacción propuesta, “la mayor parte de ellos y primeros en el orden de prioridad (...) son susceptibles de generar una ventaja competitiva para el operador dominante, ya que resultará más difícil para otros competidores cumplir dichos criterios, bien por cuestiones normativas (las líneas especializadas y los servicios de interés general que afectan exclusivamente al tráfico de pasajeros donde, de momento, exclusivamente opera RENFE-Operadora) o por cuestiones relacionadas con el volumen de tráfico, donde se engloban el resto de los supuestos”. También llama la atención sobre el hecho de que se mantenga “la eficiencia del sistema como el último criterio dentro del orden de prioridades”⁷⁶, de forma incongruente con los objetivos de la liberalización y la promoción de la competencia⁷⁷. Por último, recuerda, que en los comienzos de los procesos de liberalización en sectores de red suele ser conveniente discriminar positivamente a los nuevos entrantes, debido a su situación de desventaja competitiva.

Ordenar procedimientos administrativos y programar las facultades decisorias de la Administración, en este caso, de los administradores de infraestructuras, se alza aquí de nuevo como un escollo que entorpece el cumplimiento de dos objetivos sustantivos establecidos en la Directiva 2012/34, a saber la independencia en el ejercicio de las funciones esenciales que en España se atribuye a ADIF, y el acceso en términos de igualdad al mercado: no existe adecuación entre los objetivos establecidos y la programación funcional de ADIF.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

1ª. En general, respecto a los efectos de la política legislativa en la actuación administrativa y en el sector ferroviario a la vista de los objetivos de liberalización. El sector ferroviario es un magnífico ejemplo de un legislador desbocado, sin dirección clara, dubitativo y cambiante. Como hemos puesto de manifiesto a lo largo de estas páginas, el número de Leyes y Real Decreto-Leyes es, en un plazo de once años, desbordante y, en bastantes casos, desconcertante. No parece que una política legislativa de esta calidad pueda contribuir a generar confianza en los nuevos operadores y, por extensión, sirva para lograr los objetivos de apertura del mercado.

Si la programación de la conducta de las Administraciones queda enmarcada en la relación entre legislador y Administración, como manifestación del principio de división de poderes, en primer lugar cabe atribuir a una nefasta política legislativa el errático papel

⁷⁶ Esta circunstancia fue ya criticada por la CNC en el IPN 30/2009, en el IP en relación con el Real Decreto-Ley 22/2012 y en el Informe sobre la Competencia en el Transporte de Mercancías por Ferrocarril en España de 2013.

⁷⁷ El informe de la CNMC hace una referencia muy interesante a las experiencias británica y alemana, a los efectos de poner en tela de juicio la relegación de los criterios estrictamente económicos.

asumido por los organismos públicos en el sector. Como hemos intentado poner de relieve, al mantener un protagonismo competencial en el Ministerio de Fomento en aspectos clave, el legislador ha dado la impresión de querer retardar, tal vez no tanto la separación vertical entre administrador de infraestructuras y prestación del servicio, como la liberación definitiva de la tutela del Ministerio de las funciones esenciales atribuidas a ADIF como organismo independiente.

2ª. Sobre la separación vertical entre administrador de infraestructuras y operador incumbente y la independencia funcional de ADIF. La jurisprudencia del TJUE avala la flexibilidad de las soluciones organizativas que permiten lograr la desintegración vertical de los antiguos monopolios estatales. Nuestro ordenamiento confirma, sin embargo, una reticencia a la descentralización e independencia funcional de los organismos públicos creados, siendo el modelo de organización elegido por el legislador, aquel que más resguarda la tutela concentrada en el Ministerio de adscripción. En este sentido, y a pesar del considerable margen de actuación que otorga el Derecho Europeo, cabe realizar las siguientes consideraciones en torno a la adecuación de las soluciones organizativas asumidas por el legislador español:

i) Aunque la desintegración vertical de los monopolios legales no necesariamente implica una estricta separación jurídica, nuestro ordenamiento ha asumido una solución organizativa que va más allá de las exigencias necesarias para lograr dicho objetivo: la desconcentración en entidades instrumentales implica una separación jurídica no exigida por el legislador europeo.

ii) En cuanto a la independencia funcional de ADIF: 1º) La programación funcional de ADIF integra todas las que a Directiva denomina funciones esenciales, sin que ninguna empresa ferroviaria y, por tanto, tampoco el operador incumbente, haya asumido ninguna atribución en esos ámbitos. Ahora bien, en la medida en que tanto ADIF, como RENFE-Operadora dependen y reciben instrucciones del mismo Ministerio, esto puede introducir distorsiones en el acceso al mercado, generando condiciones discriminatorias favorables al operador público. En cualquier caso, *a priori* el dato de la dependencia orgánica no implica la ausencia de independencia funcional; 2º) En cuanto a la garantía de que las funciones relativas a la determinación de cánones y a la adjudicación de capacidad de infraestructura sean atribuidas a un organismo independiente, cabe afirmar lo siguiente: a) La creación de una persona jurídica distinta con recursos y patrimonio específico como ADIF, permite entender que queda satisfecha la exigencia de separación jurídica y organización propia inherente a la caracterización jurídica como un organismo independiente; y b) Respecto a la independencia decisoria de ADIF, ésta quedaría en entredicho si sus decisiones quedasen sujetas o bien a una tutela previa determinante, o bien a una posterior y definitiva decisión del Ministerio de adscripción: la mera creación de una entidad instrumental no es una solución organizativa que permita garantizar la independencia funcional; esto dependerá de la tutela que mantenga el Ministerio de adscripción.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2013): Sobre la europeización del Derecho y la evolución de la teoría del procedimiento administrativo, *REDE* 45.
- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2014a): El método en el ‘Administrative Law’ inglés: entre el discurso jurídico y el discurso político, *REDA* 165.
- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2014b): La Administración del Espacio Administrativo Europeo, *RVAP* 99-100.
- ALONSO TIMÓN, A. (2011): La liberalización del transporte ferroviario de mercancías, J.A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.) y R. CABALLERO SÁNCHEZ (coord.), *Las técnicas de regulación para la competencia*, Madrid: Iustel.
- ALONSO TIMÓN, A. (2012): Medidas adoptadas en los últimos años para la introducción de la competencia en el transporte ferroviario de mercancías y efectos sobre el sector, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* XLC.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2010): Towards a third generation of administrative procedure, S. ROSE-ACKERMANN *et al.* (eds.), Cheltenham: Ed. Elgar Pub.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2012): Algunas respuestas del Derecho Administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación, J. BARNÉS VÁZQUEZ ed.) *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo 2.0*, Sevilla: Global Law Press.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2014): La transparencia: cuando los sujetos privados desarrollan actividades regulatorias, R. GARCÍA MACHO (ed.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, Madrid: Marcial Pons.
- BERMEJO VERA, J. (1999): Empresas Ferroviarias y Agentes Prestadores del Transporte. El Derecho de Acceso, M.J. MONTORO CHINER (dir.), *Infraestructuras Ferroviarias del Tercer Milenio*, Barcelona: CEDECS.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R. (2011): Las técnicas de regulación de la competencia, para la competencia y contra la competencia, y su contexto, J.A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.) y R. CABALLERO SÁNCHEZ (coord.), *Las técnicas de regulación para la competencia*, Madrid: Iustel.
- CARBONELL PORRAS, E. (2007): La entidad pública empresarial “administrador de infraestructuras ferroviarias” (ADIF), J. GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *El régimen jurídico del sector ferroviario*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- CARLÓN RUIZ, M. (2004): El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia, G. FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Transportes y competencia*, Madrid: Thomson-Civitas.

- DARNACULLETA i GARDELLA, M. (2009): La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de regulación, S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica*, tomo I, Madrid: Iustel.
- ESTEVE PARDO, J. (2009a): El encuadre de la regulación de la economía en la sistemática del Derecho Público, S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica*, tomo I, Madrid: Iustel.
- ESTEVE PARDO, J. (2009b): La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América, S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica*, tomo I, Madrid: Iustel.
- ESTEVE PARDO, J. (2010): La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía, *RAP 189*.
- ESTEVE PARDO, J. (2012): La extensión del Derecho Público, *RAP 183*.
- ESTEVE PARDO, J. (2014): Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad, *DA nueva época 1*.
- GALLEGO ANABITARTE, A., CHINCHILLA PEINADO, J.A., DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. y RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B. (2000): *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*, Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA PÉREZ, J. (1996): *Régimen jurídico del transporte por ferrocarril*, Madrid: Fundación de Ferrocarriles Españoles.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. (dir.) (2007): *El régimen jurídico del sector ferroviario*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- LÓPEZ-JURADO, F.B. (2009): Técnicas específicas de los servicios en red, S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica*, tomo I, Madrid: Iustel.
- MALARET GARCÍA, E. (1998): Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos, *RAP 145*.
- MONTERO PASCUAL, J.J. (2008): Intervención pública en la estructura de los mercados de transportes: ferrocarriles y servicios postales, *REDETI 31*.
- MONTERO PASCUAL, J.J. (2009): La transición a la competencia en el transporte ferroviario, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución 4*.
- MONTERO PASCUAL, J.J. (2013): La obligación de servicio público en el transporte ferroviario, *RDUE 25*.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2009): Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica, S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica*, tomo I, Madrid: Iustel.

- MUÑOZ MACHADO, S. (2011): *Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, A. BLASCO ESTEVE, *El Derecho Público de la crisis económica*, Madrid: INAP.
- PAREJO ALFONSO, L. (2007): *Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas*, *RAP* 174.
- PAREJO ALFONDO, L. (2012): *Transformación y ¿Reforma? del Derecho Administrativo en España*, Sevilla: Global Law Press.
- RAMS RAMOS, L. (2007): *La entidad pública empresarial RENFE-Operadora*, *J. GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *El régimen jurídico del sector ferroviario*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- RIVAS CASTILLO, M.I. (2008): *Tres años desde la entrada en vigor de la Ley del Sector Ferroviario*, *Revista Aragonesa de Administración Pública* 32.
- RIVAS CASTILLO, M.I. (2010): *Regulación y régimen del sector ferroviario*, *Derecho de la regulación económica. VI. Transportes*, Madrid: Iustel.
- RUFFERT, M. (2008): *De la Europeización del Derecho Administrativo a la Unión Administrativa Europea*, F. VELASCO y J-P. SCHNEIDER (dirs.), *La Unión Administrativa Europea*, Madrid: Marcial Pons.
- SETUÁIN MENDÍA, B. (2009): *La Administración de Infraestructuras en el Derecho Ferroviario Español*, Madrid: Iustel.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003): *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid: Marcial Pons.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2006): *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo*, J. BARNÉS VÁZQUEZ (ed.) *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla: Global Law Press.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2011): *European Composite Administration and the Role of European Administrative Law*, O. JANSEN y B. SCHÖNDORF-HAUBOLD (eds.), *The European Composite Administration*, Cambridge: Intersentia.
- TEJADO AGUADO, S. (2011): *El nuevo modelo ferroviario español*, J.A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.) y R. CABALLERO SÁNCHEZ (coord.), *Las técnicas de regulación para la competencia*, Madrid: Iustel.
- VOSSKUHLE, A. (2007): *The reform approach in the German Science of Administrative Law*, M. RUFFERT (ed.), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Groningen: Eur. Law Pub.