

EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL SECTOR FERROVIARIO EN ESPAÑA

THE ABUSE OF DOMINANT POSITION IN THE RAILWAY SECTOR IN SPAIN

Ciara VICENTE MAMPEL

Estudiante de Doctorado
Instituto de Derecho del Transporte
Universitat Jaume I de Castellón
vicentec@uji.es

RESUMEN: Alcanzar un auténtico mercado ferroviario europeo único para la prestación de servicios de transporte es el objetivo principal de la política de la Unión Europea del sector ferroviario en los últimos años. El proceso de liberalización no ha concluido todavía dadas las reticencias de los Estados miembros para trasponer las Directivas Europeas. El presente estudio analiza los posibles comportamientos anticompetitivos llevados a cabo por las empresas dominantes en el mercado ferroviario español: por un lado, RENFE Operadora en el mercado de tracción ferroviaria para la prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril, en el que posee una posición de dominio, puesta de relieve por la Resolución de la CNMC de 27 de febrero de 2017; y, por otro lado, ADIF, que ostenta un monopolio legal como administrador de las infraestructuras ferroviarias españolas.

Palabras clave: *transporte ferroviario, liberalización, posición dominante, essential facilities.*

ABSTRACT: Achieving a genuine single European rail market for the provision of transport services is the main objective of the European Union policy of the rail sector in recent years. The liberalization process has not yet concluded due to the reluctance of the Member States to transpose the European Directives. The present study analyzes the possible anticompetitive behaviors carried out in the Spanish rail market by the dominant companies: on the one hand, RENFE-Operadora in the railroad traction market for the provision of rail freight transport services in which it has a dominant position, highlighted by the Resolution of the CNMC of 28 February 2017; and, on the other hand, ADIF, which has a legal monopoly as administrator of the Spanish railway infrastructure.

Keywords: *Railway transport, liberalization, dominant position, essential facilities.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL SECTOR FERROVIARIO: 1. La separación entre la administración de las infraestructuras y las actividades de transporte. 2. La reestructuración del mercado ferroviario español.—III. LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA POR RENFE Y ADIF DE SU POSICIÓN DE DOMINIO: 1. La determinación del mercado relevante o de referencia. 2. La discriminación comercial de RENFE en el mercado de tracción ferroviaria. 3. La negativa injustificada de acceso a la infraestructura ferroviaria por parte de ADIF: 3.1. La discutible independencia de ADIF en el mercado de acceso a la infraestructura.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El sector ferroviario en Europa se ha caracterizado desde sus orígenes por la existencia de una diversidad de sistemas ferroviarios incapaces de traspasar las distintas fronteras nacionales, pues se habían construido con el fin de no ser interoperables entre ellos y de proteger los monopolios legales estatales de forma que se eliminara cualquier posible competencia dentro de los respectivos territorios. Esta falta de competencia ha producido el declive del ferrocarril como medio de transporte eficiente y competitivo en relación con otros medios de transporte más flexibles, que han ido adquiriendo protagonismo¹.

Desde esta perspectiva, se han introducido nuevas exigencias en la Unión Europea, que han venido incorporándose progresivamente en las legislaciones nacionales con la finalidad de establecer un mercado liberalizado basado en la libre competencia para, de este modo, revitalizar el sector ferroviario. Entre las medidas más significativas de la política impulsada por la Unión Europea debe destacarse el principio de separación efectiva entre la gestión de las infraestructuras ferroviarias y la prestación de los servicios de transporte.

Esta separación ha comportado la pérdida de los derechos de exclusiva de los antiguos monopolios públicos. En efecto, si bien la actividad de gestión de las infraestructuras ferroviarias sigue siendo de carácter público, la explotación de los servicios de transporte que sobre dichas infraestructuras se prestan se ha abierto a nuevos operadores (públicos o privados) en posesión de la correspondiente licencia de empresa ferroviaria. Por tanto, la entrada de nuevos operadores independientes en un sector caracterizado tradicionalmente por un fuerte intervencionismo estatal ha supuesto que los operadores públicos tradicionales deban competir en régimen de libre competencia.

No puede decirse, sin embargo, que el proceso de liberalización del sector ferroviario haya logrado en la actualidad un mercado europeo de transporte por ferrocarril competitivo. Ello se debe, en parte, a las peculiaridades que caracterizan este sector. En efecto, en la práctica no existe aún una verdadera concurrencia en el mercado, dado que los operadores de nuevo acceso al mercado ferroviario no siempre se encuentran equiparados a los operadores históricos para competir en condiciones de igualdad y de forma eficaz, como así ha podido constatarse en el mercado ferroviario español tras la resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2017, que sanciona a la mayor empresa ferroviaria española RENFE-Operadora y a su filial RENFE Mercancías (en lo sucesivo, RENFE), por infracción de los arts. 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), y de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Como quiera que uno de los objetivos fundamentales del Derecho *antitrust* en Europa es velar por que las empresas que gozan de una posición de dominio en el mercado no impidan la competencia efectiva mediante conductas abusivas, el presente trabajo se centra en el análisis del abuso de la posición

¹ Por todos, CHINEA CÁCERES, C. L., y CÁCERES ALVARADO, R. M., «La política de la Unión Europea en materia de transporte ferroviario», en PETIT LAVALL, M.^a V., y PUETZ, A. (dirs.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 708 y ss.

de dominio que la CNMC ha atribuido a RENFE en el mercado de tracción ferroviaria y la posible extensión de la doctrina contenida en su Resolución a la actuación de ADIF en el mercado de acceso a la infraestructura ferroviaria, en aras de examinar posibles distorsiones a la competencia que puedan ocasionar los dos operadores tradicionales españoles, cuyo poder de mercado se mantiene tras la extinción del antiguo monopolio estatal, ya sea por ostentar una posición de dominio en el mercado (RENFE), ya sea por ser titular de un monopolio legal (ADIF).

II. LAS CARACTERÍSTICAS DEL SECTOR FERROVIARIO

1. La separación entre la administración de las infraestructuras y las actividades de transporte

La apertura del mercado ferroviario europeo a la libre competencia ha supuesto el reconocimiento en todos los Estados miembros del principio de libre acceso de los operadores a la infraestructura ferroviaria de forma justa y no discriminatoria para la prestación de servicios de transporte, así como una reforma estructural del mercado².

En efecto, el reconocimiento a las empresas ferroviarias del derecho de acceso para la prestación de los servicios de transporte requería, en lo sustancial, de una separación entre las actividades de gestión de las infraestructuras y de explotación de los servicios que sobre ellas se prestan. Para ello, los Estados miembros debían efectuar, en un primer momento, una separación contable que distinguiera las actividades de administración de la infraestructura de las operaciones de transporte³.

Esta separación inicial entre la gestión de la infraestructura y las operaciones de transporte, con el fin de facilitar a los nuevos operadores un acceso equitativo al mercado y garantizar, así, el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la infraestructura, se ha configurado como el principio rector del proceso de liberalización del sector, por lo que se ha mantenido en toda la regulación contenida en los sucesivos «paquetes de medidas ferroviarias»⁴. En

² ROBLEDO MORALES, J.; PORTILLO, A., y NARRO VILLAMOR, J. F., *Modelos organizativos en el sector ferroviario europeo*, Madrid, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, 2007, pp. 43-45.

³ Directiva 91/440/CEE, del Consejo, de 29 de julio, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios.

⁴ Son cuatro los paquetes ferroviarios adoptados por la Unión Europea. Un primer paquete compuesto por las Directivas 2001/12/CE, 2001/13/CE, 2001/14/CE y 2001/16/CE todas ellas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero. Un segundo paquete integrado por la Directiva 2004/49/CE, la Directiva 2004/50/CE, la Directiva 2004/51/CE y el Reglamento núm. 881/2004, todos ellos del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril. Un tercer paquete formado por la Directiva 2007/58/CE, la Directiva 2007/59/CE y el Reglamento núm. 1371/2007, todos ellos del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre. Posteriormente, se aprobó la Directiva 2012/34/UE, de 21 de noviembre, por la que se establece un espacio ferroviario único, que refunde en un solo texto el primer paquete ferroviario. Y, por último, un cuarto paquete aprobado recientemente y configurado en dos bloques: i) el pilar técnico compuesto por las Directivas (UE) 2016/797 y 2016/798 y el Reglamento (UE) núm. 2016/796, todos ellos del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, y ii) el pilar de mercado compuesto por la Directiva (UE) 2016/2370 y el Reglamento núm. 2016/2338, ambos del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre y el Reglamento (UE) 2016/2337, de 14 de diciembre, por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 119/69.

este sentido, debe destacarse la importancia que tuvo la Directiva 2001/12/CE⁵ —dentro del primer paquete ferroviario—, al establecer con carácter imperativo, por primera vez, el principio de separación orgánica y no únicamente contable⁶, entre las actividades de construcción y gestión de la infraestructura y las actividades de prestación de servicios ferroviarios.

En consecuencia, el proceso de liberalización del sector ferroviario ha reestructurado el modelo tradicional de los mercados europeos —basado en una estructura unitaria de infraestructura y servicio a través de monopolios públicos verticalmente integrados—⁷, imponiendo la separación vertical entre la gestión de la infraestructura y la explotación de los servicios de transporte⁸, que deben ser desarrollados en régimen de libre competencia⁹. Ahora bien, este proceso de desintegración vertical no solo ha impuesto la separación entre el administrador de infraestructuras y los prestadores del servicio de transporte¹⁰, sino también ha reconocido con carácter imperativo la independencia e imparcialidad del primero respecto de cualquier empresa ferroviaria para garantizar un acceso equitativo y no discriminatorio a la infraestructura ferroviaria.

2. La reestructuración del mercado ferroviario español

El mercado ferroviario en España, al igual que en muchos otros países europeos, estaba configurado por un monopolio público verticalmente integrado, en el que el Estado se encargaba tanto de la gestión de la infraestructura como de la prestación de servicios de transporte, ambos encomendados a la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE)¹¹. Sin embargo, a fin de cumplir las exigencias europeas de efectuar una separación, al menos contable, entre la gestión de la infraestructura y la explotación de los servicios de transporte se creó, en un principio, el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF). GIF era, por tanto, el ente público encargado de la construcción y, en su caso, administración de las nuevas infraestructuras ferroviarias que expresamente le atribuyera el Gobierno¹².

⁵ Directiva 2001/12/CE, de 26 de febrero, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios.

⁶ El art. 6.1 de la Directiva 2001/12/CE establece que los Estados miembros deben garantizar que se lleven y se publiquen por separado las cuentas de pérdidas y ganancias y, también, balances de situación independientes para los servicios de transporte y los servicios de gestión de la infraestructura.

⁷ MONTERO PASCUAL, *RCD*, 4 (2009), p. 2.

⁸ CARLÓN RUIZ, M., «El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia», en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (coord.), *Transportes y Competencia*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 342.

⁹ BERMEJO VERA, J., «Evolución histórica del régimen jurídico del transporte por ferrocarril», en MENÉNDEZ, P. (dir.), *Régimen jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril (Tomo I)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 310-311.

¹⁰ El TJUE ratificó que esta separación no necesariamente implicaba una separación jurídica. Cfr. SSTJUE de 28 de febrero de 2013, *Comisión/Austria* (C-555/10) y de 28 de febrero de 2013, *Comisión/Alemania* (C-556/10).

¹¹ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Ordenación jurídica del Servicio de transporte por ferrocarril», en MENÉNDEZ, P. (dir.), *Régimen jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril (Tomo I)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 850-864.

¹² La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social atribuyó al ente público GIF la construcción y explotación de las nuevas infraestructuras ferro-

Con posterioridad, siguiendo el impulso de la Directiva 2001/12/CE, el principio fundamental de separación orgánica entre las actividades de gestión de la infraestructura y las actividades de transporte en el que se fundamenta el proceso de liberalización europeo se incorporó en España mediante la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario (LSF/2003)¹³. La misma efectuó una completa reorganización estructural del mercado ferroviario. Así, RENFE, hasta entonces operador exclusivo en la red ferroviaria estatal, se reestructuró mediante una segregación institucional de las áreas de gestión de la infraestructura y de las operaciones de transporte.

Por un lado, las actividades de construcción, gestión y administración de las infraestructuras reservadas al Estado se encomendaron al antiguo monopolio estatal, RENFE, que pasó a denominarse Administrador de Infraestructura Ferroviaria (ADIF) —DA 1.ª de la LSF/2003—, subrogándose en todas las relaciones jurídicas que pertenecían a GIF, que quedó extinguido (DA 2.ª de la LSF/2003). En la actualidad, la titularidad y la administración de las infraestructuras ferroviarias integradas en la Red Ferroviaria de Interés General (RFIG) corresponden a ADIF y ADIF-Alta velocidad (DA 1.ª de la LSF/2015)¹⁴.

Por otro lado, se creó *ex lege* la entidad pública empresarial RENFE-Operadora para la prestación de servicios de transporte ferroviario y el mantenimiento del material rodante (DA 3.ª LSF/2003)¹⁵. Ahora bien, esta entidad ha visto modificada su estructura en diversas ocasiones. En principio, el desarrollo de la actividad empresarial de RENFE-Operadora se articulaba en torno a tres áreas de actividad: Viajeros, Fabricación y Mantenimiento, y Mercancías y Logística. Esta última fue modificada organizativamente el 1 de octubre de 2011, al transformarse en diferentes sociedades mercantiles estatales especializadas por mercados para competir en el sector liberalizado del transporte de mercancías —Contren Renfe Mercancías, Irion Renfe Mercancías, Multi Renfe Mercancías y Pecovasa Renfe Mercancías—. Con todo, a raíz de la aprobación del Real Decreto-Ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios, RENFE se ha reestructurado a través de cuatro líneas de actividad (viajeros, mercancías y logística, fabricación y mantenimiento y gestión de activo), mediante nuevas

viarias (arts. 160 y 161). Ahora bien, la gestión y administración de las infraestructuras ferroviarias anteriores a su creación seguía correspondiendo a RENFE. Por todos, CARBONELL PORRAS, E., *El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario (Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 217-220.

¹³ La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario (LSF/2003) traspuso al ordenamiento jurídico español el Primer Paquete Ferroviario y, en concreto, impuso una «efectiva separación del régimen jurídico aplicable a las infraestructuras de los servicios de transporte que sobre ellas se presten». Ahora bien, a pesar de que esta norma se derogó con la entrada en vigor de la vigente Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (LSF/2015), la exigencia de una separación efectiva del régimen jurídico aplicable a las infraestructuras ferroviarias del de los servicios de transporte se ha mantenido, de conformidad con el art. 2.e) de la LSF/2015.

¹⁴ Con la aprobación del Real Decreto-Ley 15/2013, de 13 de diciembre, se creó ADIF-Alta velocidad el 31 de diciembre de 2013 para la construcción y administración de las infraestructuras ferroviarias de alta velocidad y cualesquiera otras que se le atribuyan.

¹⁵ Por todos, RAMS RAMOS, L., «La entidad pública empresarial RENFE-Operadora», en CARAMÉS, G. (dir.), *El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario (Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 264-268.

sociedades mercantiles estatales, cuyo capital social pertenece íntegramente a RENFE-Operadora —Renfe Viajeros, S. A., Renfe Mercancías, S. A., Renfe Fabricación y Mantenimiento, S. A., y Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S. A.—¹⁶. En consecuencia, RENFE-Operadora define la política y estrategia del grupo y gestiona las diferentes funciones corporativas, pero no presta directamente ningún servicio de transporte¹⁷.

III. LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA POR RENFE Y ADIF DE SU POSICIÓN DE DOMINIO

1. La determinación del mercado relevante o de referencia

La determinación del mercado relevante o de referencia resulta, en todo caso, imprescindible cuando se trata de conductas que infringen el art. 102 del TFUE, esto es, para determinar si existe o no una explotación abusiva de una posición de dominio¹⁸.

Al respecto, la Comisión Europea en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997, relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa de la UE en materia de competencia, distingue entre el mercado de producto de referencia y el mercado geográfico de referencia¹⁹. Por un lado, se entiende por mercado de producto de referencia aquel mercado que comprende todos los servicios que «los consumidores consideren intercambiables o sustituibles debido a sus características, su precio y el uso al que se destinan». Por otro lado, el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas prestan sus servicios.

En el transporte ferroviario de mercancías se identifican diferentes tipos de mercado de producto de referencia, pues la particularidad de las industrias en red (como es el caso del transporte ferroviario) reside en su dependencia respecto de otros mercados²⁰. En un principio, el Tribunal de Primera Instancia (hoy Tribunal General) señaló la coexistencia de dos mercados distintos en el sector ferroviario: por una parte, el mercado de los servicios ferroviarios y, por otra, el mercado de servicios de transporte²¹. Sin embargo, una vez efectuada la separación entre la administración de las infraestructuras ferroviarias y la prestación de los servicios de transporte ferroviario, la Comisión Europea ha determinado que dentro del mercado de los servicios ferrovia-

¹⁶ La operación consistió, por un lado, en la segregación parcial para constituir tres sociedades mercantiles estatales que adquieren las funciones y obligaciones que hasta el momento desarrollaban las áreas de actividad de Viajeros, Mercancías, Fabricación y Mantenimiento y, por otro, en la fusión por absorción entre Renfe Mercancías (sociedad absorbente) y las diferentes sociedades mercantiles en que esta área se organizaba (sociedades absorbidas). Finalmente, también se constituyó una nueva sociedad mercantil para las operaciones de gestión de activos. Cfr. *Informe anual de Renfe 2013* (en http://www.renfe.com/docs/Informe_anual_2013.pdf).

¹⁷ Cfr. Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2017, Expte. S/DC/0511/14 (en adelante, Resolución), pp. 11-12.

¹⁸ WHISH, R., y BAILEY, D., *Competition Law*, 8.ª ed., Oxford, United Kingdom, 2015, p. 122.

¹⁹ 97/C 372/03.

²⁰ PUETZ, A., *Derecho de vagones: Régimen jurídico-privado de la utilización de vagones de mercancías en tráfico ferroviario*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 237.

²¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (hoy Tribunal General) de 21 de octubre de 1997 (asunto T-229/94, *GVG/FS v. Comisión*).

rios existen diferentes submercados, debiendo diferenciarse, además, entre el mercado de acceso a la infraestructura ferroviaria —que constituye un mercado claramente definido— y el de tracción ferroviaria²².

En efecto, la prestación de un servicio de transporte ferroviario requiere, con carácter previo, no solo el acceso a la capacidad de infraestructura ferroviaria, que incluye la asignación de las franjas horarias correspondientes para que un tren circule entre dos puntos, sino también otros servicios y acciones²³, entre ellos, la obtención de capacidad de tracción ferroviaria, es decir, la puesta a disposición de una locomotora y de un conductor. El acceso a la infraestructura ferroviaria y el acceso a los servicios de tracción ferroviaria son, por consiguiente, presupuestos necesarios para efectuar servicios de transporte por ferrocarril. Así, el mercado de tracción y el mercado de acceso a la infraestructura constituyen mercados ascendentes respecto del mercado de prestación de servicios de transporte por ferrocarril, mercado descendente²⁴.

En concreto, la Resolución de la CNMC, que sanciona la conducta abusiva de RENFE, ha identificado como mercado de producto de referencia el mercado de tracción ferroviaria, en el que las empresas ferroviarias adquieren la capacidad de uso del material rodante para ofrecer servicios de transporte de mercancías.

En cambio, naturaleza distinta reviste el segundo caso objeto del presente análisis, pues el mercado relevante o de referencia es el de acceso a la infraestructura ferroviaria, donde ADIF explota con carácter exclusivo la administración y gestión de las infraestructuras ferroviarias en virtud del monopolio legal del que es titular y se le exige, por imperativo legal, imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus funciones²⁵.

La nota común en ambos supuestos reside en el análisis de los comportamientos de RENFE y de ADIF en dichos mercados (ascendentes), ya que un comportamiento abusivo en ellos es susceptible de afectar a otro relacionado o «conexo» con estos, en concreto, el mercado de transporte ferroviario de mercancías (mercado descendente), pudiendo producir barreras artificiales de entrada a nuevos competidores, contrarias al Derecho de defensa de la competencia.

²² Así lo señaló la Comisión en su Decisión COMP/37.685 —GVG/FS, de 27 de agosto de 2003—, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 82 del Tratado CE. La misma línea siguió el asunto COMP/M. 6150, *Veolia Transport/Trenitalia/IV*, de 20 de julio de 2011.

²³ Como, por ejemplo, la información relativa a la disponibilidad de capacidad, la gestión de peticiones de capacidad y cualesquiera otros servicios enumerados en el Anexo II de la Directiva 2012/34/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único.

²⁴ GUTIÉRREZ, A., «Abuso de posición dominante», en MASSAGUER, J.; SALA ARQUER, J. M.; FOLGUERA, J., y GUTIÉRREZ, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 3.^a ed., 2012, p. 158.

²⁵ Se prohíbe al administrador de infraestructura prestar servicios de transporte como garantía de su independencia respecto de cualquier empresa ferroviaria, en virtud del art. 23.4 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (LSF/2015) y de la Directiva 2012/34/UE. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Ordenación jurídica del Servicio de transporte por...», *op. cit.*, p. 856.

2. La discriminación comercial de RENFE en el mercado de tracción ferroviaria

La liberalización ha posicionado a RENFE como el operador dominante en el sector de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, al haber adquirido del antiguo monopolio público el material rodante necesario para la prestación del servicio de transporte ferroviario²⁶.

La jurisprudencia ha venido señalando que una posición de dominio la ostenta aquella empresa cuyo poder económico le permite actuar de manera independiente respecto de sus competidores, clientes y consumidores y, por ende, obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en un mercado relevante o de referencia²⁷. Pues bien, la CNMC ha acreditado tal posición de dominio de RENFE en el mercado de tracción ferroviaria. Para ello, se basa no solo en la cuota de mercado que esta empresa ostenta en el mercado de tracción ferroviaria para la prestación de servicios de transporte —que, siguiendo la Resolución no ha bajado del 85 por 100 tras la liberalización del sector—, sino también en otras circunstancias estructurales analizadas²⁸.

En este contexto, RENFE alcanzó dos acuerdos de cooperación comercial respecto de los servicios de tracción ferroviaria para la prestación de servicios de transporte por ferrocarril en España: por un lado, con el Grupo Deutsche Bahn²⁹ y, por otro, con el Grupo Transfesa³⁰. La finalidad de dichos acuerdos era posicionar a ambos grupos empresariales como socios preferenciales para la prestación de servicios de tracción ferroviaria. En concreto, en virtud de ambos acuerdos de cooperación RENFE (proveedor preferencial) se vinculaba a largo plazo con estas empresas (clientes preferenciales) cubriendo sus necesidades de tracción para la prestación de los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España. Por el contrario, RENFE había limitado el acceso a la capacidad de tracción a terceros operadores con los que no había mantenido ninguna relación comercial previa —en concreto, respecto de los miembros de la demandante Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (AEFP), quienes habían visto denegada la capacidad de tracción por parte de RENFE durante todo el periodo investigado (2008-2014), a pesar de tener capacidad suficiente para ello—.

Por tanto, la CNMC entiende, de conformidad con los arts. 102 del TFUE y 2 de la LDC, que el comportamiento de RENFE resultaba abusivo, pues los acuerdos contenían condiciones comerciales discriminatorias, al otorgar preferencia para el suministro de los servicios de tracción ferroviaria a las empresas con las que había suscrito sendos acuerdos (Grupo Deutsche Bahn y Grupo Transfesa), en detrimento de terceros operadores demandantes de

²⁶ DA 3.^a de la LSF/2003, por la que se crea la entidad pública empresarial RENFE-Operadora.

²⁷ Por todas, STJCE de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Comisión*, Rep. 1978-2, apartados 65 y 66, p. 207.

²⁸ Vid. Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2017 (Expte. S/DC/0511/14), p. 64.

²⁹ El acuerdo se celebró con la empresa DB SR DEUTSCHLAND, que es la principal empresa de la unidad de negocio del Grupo DB en el ámbito del transporte de mercancías por ferrocarril. Sin embargo, las condiciones comerciales acordadas en dicho acuerdo se aplicaron a todas las empresas dependientes de Deutsche Bahn AG (matriz del Grupo DB).

³⁰ TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, SEMAT e HISPANAUTO.

tracción. En concreto, concluye que RENFE ha explotado abusivamente de su posición de dominio en el mercado de tracción ferroviaria, por «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva» —conducta expresamente prohibida en los arts. 2.c) del TFUE y 2.d) de la LDC, respectivamente—.

Y esta discriminación comercial de RENFE en el mercado de tracción restringe y limita indebidamente la competencia de terceras empresas en el mercado conexo de transporte de mercancías por ferrocarril, toda vez que la prestación de tracción es una actividad económica accesoria y, consecuentemente, imprescindible para efectuar los servicios de transporte³¹. Esto es, constituye un «recurso esencial». Así lo señala la CNMC en su Resolución cuando acredita que, al no existir alternativas para contratar los servicios de tracción ferroviaria —a causa del gran poder de mercado que ostenta RENFE y el alto grado de dificultad que tienen los terceros operadores para obtener tracción ferroviaria—, se produce un cierre competitivo en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte ferroviario. En consecuencia, la imposibilidad de acceder al mercado de tracción ferroviaria alcanza un mercado distinto, pero subordinado, que es el de prestación de servicios de transporte³² y produce, por tanto, un desdoblamiento del mercado en dos: el mercado ascendente de tracción (*upstream market*) y el mercado descendente de servicios de transporte (*downstream market*).

Por tanto, resulta de aplicación al presente supuesto la llamada doctrina de los recursos esenciales (*essential facilities*) que, surgida en Estados Unidos a comienzos del siglo xx, ha sido adoptada por la jurisprudencia de la UE³³. Según esta doctrina, si una empresa tiene una posición dominante respecto de un recurso esencial en el mercado ascendente y, para favorecer su propia posición en el mercado descendente, deniega el suministro a competidores en este segundo mercado, incurre en un abuso de posición dominante³⁴. Los presupuestos necesarios para la aplicación de la doctrina de los recursos esenciales son los siguientes: i) la denegación de suministro tiene que ser respecto de un bien necesario para competir con eficacia en el mercado descendente; ii) la denegación debe dar lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente, y iii) debe redundar en perjuicio de los consumidores³⁵. Ahora bien, se requiere además que la empresa que ostenta

³¹ Para poder prestar un servicio ferroviario de transporte es indispensable obtener tracción ferroviaria. Así lo señaló la ya citada Decisión COMP/37.685 —GVG/FS, de 27 de agosto de 2003 (2004/33/CE)—. Al respecto, PUETZ, A., *Derecho de vagones: Régimen jurídico-privado de la utilización de vagones de mercancías...*, op. cit., p. 239.

³² Así, BUSTOS ROMERO, *Rev. CES. Der.*, 6, 1 (2015), p. 117.

³³ La aplicación de esta doctrina debe efectuarse con carácter restringido. *Vid.* GIPPINI FOURNIER, *GJ*, 205 (2000), p. 93.

³⁴ STJUE de 6 de marzo de 1974 (as. acumulados 6/73 y 7/73, *Commercial Solvents v. Comisión*), que es citada en la Resolución de la CNMC (Expte. S/DC/0511/14).

³⁵ Comunicación de 24 de febrero de 2009, relativa a las orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02), párrafo 82. En ella se recopila la jurisprudencia dictada hasta el momento. Por todas, *vid.* las SSTJUE de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91 P y C-418/2001, 52 (*RTE e ITP/Comisión*); de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/97 (*Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint*); de 17 de septiembre de 2007, asunto T-201/04,332 (*Microsoft/Comisión*). Al respecto, LÓPEZ MIÑO, *NotUE*, 330 (2012), p. 31.

una posición de dominio en el mercado ascendente abuse de dicha posición en beneficio propio, esto es, «que utilice su poder en un mercado para proteger o reforzar su posición de dominio en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones desfavorables»³⁶.

En efecto, el trato preferencial de RENFE en su oferta de capacidad de tracción ferroviaria impide a terceros, operadores reales o potenciales, acceder en términos competitivos a los servicios de tracción. Y al ser la tracción un requisito previo para acceder al mercado descendente de prestación de servicios de transporte por ferrocarril, se limita el acceso de estos operadores a dicho mercado, donde RENFE es también el operador principal. Por tanto, la CNMC concluye, con acierto, a la luz de la doctrina de los recursos esenciales, que RENFE ha explotado abusivamente de su posición de dominio en el mercado de tracción ferroviaria (ascendente), produciendo, a su vez, un cierre competitivo en el mercado aguas abajo de prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril.

3. La negativa injustificada de acceso a la infraestructura ferroviaria por parte de ADIF

La titularidad pública de las infraestructuras ferroviarias, cuya gestión en España —como ya se ha señalado— se ha encomendado a ADIF y ADIF-Alta velocidad (en adelante, ADIF), conlleva que el administrador tiene, por un lado, la obligación de mantenimiento y conservación de la infraestructura y, por otro, la obligación de permitir el acceso a la misma a terceros operadores, de forma que se garantice la libre prestación de los servicios de transporte ferroviario nacional e internacional³⁷. La posición de dominio de ADIF, al ser titular de un monopolio legal en el mercado de acceso a la infraestructura ferroviaria, resulta indiscutible.

Pues bien, si ADIF —como responsable de la explotación, el mantenimiento y la renovación de la red que debe garantizar un acceso justo y no discriminatorio a la misma— deniega de forma injustificada el acceso a la infraestructura ferroviaria es preciso analizar si este comportamiento es susceptible de ser, también, calificado como abusivo de conformidad con los arts. 2.2 de la LDC y 102.2 del TFUE. Debe destacarse que la LDC añade al catálogo europeo de conductas susceptibles de constituir «abuso», «la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios» [art. 2.2.c) de la LDC]. Ahora bien, el hecho de que el TFUE no la recoja expresamente no significa que la negativa de suministro (*refusal to supply*) no se considere abusiva a nivel europeo³⁸. Al respecto, conviene señalar que se ha entendido que la negativa de suministro no solo consiste en un rechazo a contratar. Por el contrario, también determinadas

³⁶ Cfr. Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1993, relativa a un procedimiento en virtud del art. 86 del Tratado CE (IV/34689 —*Sea Containers c/ Stena Sealink*— medidas provisionales, asunto 94/19/CE), apartado 66.

³⁷ Al igual que ocurre en el sector postal. Al respecto, MONTERO PASCUAL, J. J., *La liberalización de los servicios postales*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 155-165.

³⁸ Cfr. WHISH, R., y BAILEY, D., *Competition Law, op. cit.*, pp. 737-752.

prácticas asimiladas a la negativa de suministro son susceptibles de constituir un abuso de posición dominante³⁹. En particular, se encuadra bajo la denegación de venta o suministro el comportamiento del operador dominante consistente en la imposición de condiciones comerciales discriminatorias o excesivas que son imposibles de asumir por los competidores o, incluso, en la denegación de información necesaria para que una empresa pueda participar en el mercado ascendente imposibilitándole su entrada en el mercado descendente⁴⁰.

Pues bien, el acceso a la infraestructura ferroviaria (mercado ascendente) —es decir, la obtención de la necesaria franja horaria a través del procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria, cuya competencia se atribuye al administrador de infraestructura— es imprescindible para ofrecer los servicios de transporte en el mercado de prestación de servicios de transporte ferroviario de mercancías (mercado descendente)⁴¹. Por tanto, el comportamiento del administrador puede ser calificado como «abuso» cuando «[s]in justificación, cesa de suministrar bienes o servicios a un cliente existente o elimina la competencia en un mercado conexo al vincular bienes o servicios separados»⁴².

Puesto que la infraestructura ferroviaria es un recurso esencial, al resultar inviable su duplicación desde un punto de vista económico⁴³, también resulta relevante aquí la aplicación de la doctrina de las *essential facilities*, como particularidad de explotación abusiva en un mercado conexo, toda vez que la denegación de acceso a dicha infraestructura incapacita a los operadores para prestar los servicios de transporte a los usuarios⁴⁴. Sin embargo, como se ha señalado, la aplicación de esta doctrina requiere que la empresa que ocupa una posición dominante haga uso ella misma de las infraestructuras en favor de sus propias actividades en el mercado conexo. En consecuencia, desde que se produjo la efectiva separación entre la gestión de la infraestructura ferroviaria y la prestación de servicios de transporte ferroviario no es posible enjuiciar el comportamiento de ADIF a la luz de esta doctrina, debido a que no participa en el mercado de prestación de servicios de transporte ferroviario en concurrencia con otros operadores.

³⁹ ESCODA VILLACORTA, D., «Prohibición del abuso de posición dominante (II): Tipos de abuso», en BENEYTO, J. M., y MAILLO, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia, Unión Europea y España (Tomo I)*, Barcelona, Wolters Kluwer, 2017, p. 489.

⁴⁰ GARCÍA CACHAFEIRO, F., «Negativa de venta o suministro y abuso de posición dominante», en FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.; GÓMEZ SEGADE, J. A., y GARCÍA VIDAL, A. (coords.), *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 313; WHISH, R., y BAILEY, D., *Competition Law, op. cit.*, p. 737.

⁴¹ MARTÍNEZ ALIFA, *NotUE*, 292 (2009), p. 40.

⁴² *Vid.* Conclusiones del abogado general Sr. F. G. Jacobs presentadas el 28 de mayo de 1998, asunto C-7/97 (*Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint*), apartado 43.

⁴³ Así lo manifestó la Comisión en la ya mencionada Decisión COMP/37.685 - GVG/FS, por la que consideró que «la infraestructura ferroviaria puede considerarse como instalación esencial ya que cumple las dos condiciones principales: imprescindibilidad de la instalación y eliminación de toda competencia del otro operador si no se concede acceso».

⁴⁴ Díez-CANSECO NÚÑEZ, *ThemisRD*, 61 (2012), pp. 65-93.

3.1. *La discutible independencia de ADIF en el mercado de acceso a la infraestructura*

El principio de independencia entre el administrador de infraestructuras y las empresas ferroviarias continúa siendo uno de los puntos más controvertidos de la liberalización del sector ferroviario en la Unión Europea. Dicha independencia debe garantizarse, en todo caso, para promover una gestión eficiente y no discriminatoria de la infraestructura, pues al administrador le competen funciones tan esenciales como la adjudicación de la capacidad de la infraestructura ferroviaria y el establecimiento y cobro de los cánones por su uso. Sin embargo, la inadecuada aplicación de este principio en los ordenamientos jurídicos nacionales ha dado lugar a diferentes procedimientos por incumplimiento de la normativa europea⁴⁵, al no haberse adoptado, en algunos casos, las medidas legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la independencia del administrador de infraestructuras ferroviarias⁴⁶; y, en otros, las medidas necesarias para asegurar que el operador de los servicios ferroviarios no tenga atribuido el ejercicio de determinadas funciones esenciales⁴⁷.

Aun cuando no puede aplicarse a ADIF —como se ha expuesto— la doctrina de las *essential facilities*, dados los estrictos requisitos que dicha doctrina requiere para su aplicación, ello no impide que la actuación de ADIF pueda ser objeto de control por otras vías, ya sea por infringir la normativa sectorial, ya sea por vulnerar otra prohibición tipificada en el Derecho *antitrust*.

Ciertamente, en el mercado ferroviario español existen circunstancias que limitan a los nuevos operadores el acceso a las infraestructuras o, al menos, les imponen condiciones menos favorables que a la operadora tradicional, RENFE, quien, por un lado, sigue siendo el operador que ostenta mayor cuota de mercado en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril y, por otro, ostenta un monopolio público en el de transporte de viajeros⁴⁸. En concreto, el hecho de que la llamada *declaración sobre la red*⁴⁹ priorice los ser-

⁴⁵ PADRÓS REIG, *Rdt*, 12 (2013), pp. 115 y ss.

⁴⁶ Ya sea en relación con la fijación de la tarificación del acceso a la infraestructura y con la adjudicación de las capacidades de la infraestructura ferroviaria (SSTJUE de 28 de febrero de 2013, asunto C-483/10, *Comisión/Reino de España* y de 3 de octubre de 2013, asunto C-369/11, *Comisión/República Italiana*), ya sea en relación con la obligación de adoptar una adecuada separación contable que garantice el equilibrio de las cuentas del administrador de las infraestructuras (STJUE de 28 de octubre de 2012, asunto C-557/10, *Comisión/República Portuguesa*).

⁴⁷ Entre otras, la STJUE de 18 de abril de 2013, asunto C-625/10, *Comisión/República Francesa*, determinó que, aunque en Francia el administrador de la infraestructura ferroviaria (RFF) sea un organismo independiente de la SNCF (operador de los servicios ferroviarios), esta última se encarga de algunas funciones esenciales en materia de adjudicación de franjas (estudios técnicos de ejecución necesarios para la tramitación de las solicitudes de franjas y la adjudicación de franjas de último minuto). Dichas funciones le corresponden a DCF, que se integra dentro de la SNCF y no es independiente de ella en los aspectos legal, organizativo y decisorio. Por tanto, el tribunal entendió que entre la SNCF y DCF no se cumplía el criterio de independencia jurídica.

⁴⁸ *Documento de reflexión sobre el proceso de liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril*, de 25 de junio de 2014, PRO/DTSP/0001/14, p. 11.

⁴⁹ Documento elaborado y publicado por el administrador de infraestructuras de acuerdo con una estructura armonizada para todos los países europeos que ofrece toda la información de

vicios de viajeros frente a los de mercancías para la asignación de capacidad de infraestructura⁵⁰ e, incluso, que se exima a RENFE de realizar el trámite para la obtención del título habilitante, que sí se exige al resto de operadores para su participación en el mercado⁵¹, suponen un uso preferente y menos costoso de acceso a la red ferroviaria para RENFE. Ello se evidencia, aún más si cabe, por el hecho de que todavía existe un fuerte vínculo entre ambas compañías públicas (ADIF y RENFE) y de estas con el Ministerio de Fomento, contrario a los mandatos europeos de separación efectiva entre el administrador de infraestructuras y las empresas ferroviarias⁵².

Por su parte, no puede obviarse que la política común europea del sector ha permitido, desde sus inicios, que la gestión de la infraestructura y la explotación de los servicios de transporte puedan quedar integradas bajo un mismo grupo o *holding*, al no exigirse una efectiva separación jurídica. Por el contrario, se concede a los Estados miembros la posibilidad de optar entre diferentes estructuras organizativas, siempre que se garantice una gestión y explotación eficaz de la infraestructura⁵³. Así lo señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dos procedimientos de infracción contra la República Austríaca y la República Federal Alemana, relativos al incumplimiento de los mecanismos eficaces para garantizar la independencia del administrador de infraestructuras —integrado, en ambos casos, en una sociedad *holding* que supervisa también a empresas ferroviarias—, que tiene encomendado el ejercicio de las funciones esenciales de adjudicación de infraestructura y de tarificación por su uso⁵⁴. Es decir, si bien las estructuras integradas verticalmente han sido cuestionadas debido a las incompatibilidades y los conflictos de interés que pueden presentar para los operadores del sector ferroviario, su admisión se mantiene, a día de hoy, con la aprobación del Cuarto Paquete Ferroviario —Directiva 2016/2370/UE—.

la red ferroviaria sobre los requisitos previos a la adquisición de la capacidad disponible, las condiciones de acceso, el procedimiento de adjudicación, los cánones y los principios de tarificación (art. 3 de la Directiva 2001/14/CE y arts. 32, 33, 35, 39, 42, 45, etc., de la LSF/2015). Al respecto, RIVAS CASTILLO, M.^a I., «Regulación y régimen del sector ferroviario», en MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J. (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, Madrid, Iustel, 2010, p. 519.

⁵⁰ *Acuerdo por el que se emite informe relativo a las declaraciones sobre la Red 2016 de Adif y Adif-Alta velocidad*, STP/DTSP/001/16, de 21 de enero de 2016, p. 3 (en <https://www.cnmc.es/node/345517>).

⁵¹ DT 1.^a de la LSF/2015.

⁵² *Informe del Consejo de supervisión del mercado de transporte ferroviario mercancías*, de 21 de diciembre de 2016, INF/DTSP/002/16, p. 31 (en <https://www.cnmc.es/expedientes/infdtsp00216>).

⁵³ Concretamente, los Estados miembros pueden optar entre: i) la separación vertical del gestor de infraestructura y del prestador del servicio, independientes desde un punto de vista institucional y organizativo; ii) una estructura integrada para la gestión de la infraestructura y explotación de los servicios, pero regulada por un órgano independiente, y iii) la aplicación simultánea de ambas, es decir, la separación vertical y la creación de un organismo independiente. Al respecto, MONTERO PASCUAL, J. M., «La transición a la competencia...», *op. cit.*, p. 2; SCORDAMAGLIA, D., «The fourth railway package. Another step towards a Single European Railway Area», *European Parliament Research Service*, 2016, pp. 10-12.

⁵⁴ SSTJUE de 28 de febrero de 2013 (asunto C-555/10) y de 28 de febrero de 2013 (asunto C-556/10). En ninguno de los casos pudo acreditarse por parte de la Comisión una falta de independencia del administrador en los aspectos legal, organizativo y de toma de decisiones. Por el contrario, se constató que el administrador de infraestructuras disponía, por un lado, de personalidad jurídica distinta de la sociedad *holding*, y, por otro, de órganos y de recursos propios diferentes a los de dicha sociedad.

En este sentido, debe destacarse que el legislador europeo ha abierto un nuevo debate sobre la independencia entre el administrador de infraestructuras y las empresas ferroviarias en España ante la posible futura integración de ADIF y RENFE en un *holding* empresarial⁵⁵. Esta situación reestructuraría el modelo ferroviario español, ocasionando un diferente escenario jurídico, ya que ADIF, en su condición de administrador de infraestructuras ferroviarias, y RENFE, en su condición de prestador de servicios de transporte, se integrarían en un *holding* ferroviario público, aunque ambas entidades mantendrían su personalidad jurídica. En este escenario, la denegación de acceso a terceros operadores por parte de ADIF a la infraestructura ferroviaria de forma injustificada y discriminatoria sí podría ser susceptible de constituir una explotación abusiva de su posición de dominio. ADIF estaría reservando a una entidad jurídica de su grupo (RENFE) el desarrollo de una actividad económica en un mercado conexo (el mercado de prestación de servicios de transporte). Consecuentemente, ADIF, aunque a través de sociedades formalmente independientes, participaría en el mercado de acceso a la infraestructura y en el de prestación de servicios de transporte. Por tanto, siguiendo la jurisprudencia europea resultaría de aplicación la doctrina de los recursos esenciales. Así lo señaló la ya citada Decisión de la Comisión de 27 de agosto de 2003, relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 82 del Tratado CE⁵⁶, con remisión al asunto *Telemárketing*⁵⁷, por el que el TJUE determinó que «constituye un abuso a efectos del art. 86 (hoy, 102 del TFUE) el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado concreto, se reserve o reserve a una empresa perteneciente al mismo grupo, y sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que podría ser realizada por una tercera empresa como parte de las actividades de esta en un mercado afín, pero distinto, con la posibilidad de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa».

En todo caso, debe garantizarse que ADIF sea responsable de la gestión de la infraestructura como una entidad jurídicamente distinta de cualquier otra entidad jurídica del grupo. En palabras del legislador europeo, la falta de una efectiva separación en las estructuras *holding* conduce a conflictos de interés y a una falta de transparencia que incrementa el riesgo de las subvenciones cruzadas, al transferir los ingresos procedentes de la explotación de la infraestructura para financiar la empresa ferroviaria (en este caso, RENFE)⁵⁸. Por ello, la reciente legislación europea introduce salvaguardas más estrictas para proteger la independencia del administrador de infraestructuras, sobre todo, en los casos de integración vertical, que deberán ser obligatoriamente adoptadas y respetadas por las autoridades nacionales competentes de cada Estado miembro⁵⁹.

⁵⁵ Entre otras noticias (en https://www.elconfidencial.com/empresas/2016-07-12/bruselas-holding-renfe-adif_1231193/, <http://www.elmundo.es/economia/2016/12/09/584ae140468aeb4b2a8b45c7.html>).

⁵⁶ COMP/37.685 GVG/FS (2004/33/CE).

⁵⁷ STJCE, de 3 de octubre de 1985, *Telemárketing*, asunto 311/84.

⁵⁸ En efecto, «las asimetrías de información hacen que las empresas históricas tengan ventajas competitivas y existe un riesgo persistente de subvención cruzada por falta de una total transparencia financiera». *Vid.* Comunicación de la Comisión, de 30 de enero de 2013, relativa al «Cuarto Paquete Ferroviario: completar el Espacio Ferroviario Europeo Único para fomentar la competitividad y el crecimiento europeos», COM(2013) 25 final.

⁵⁹ Todas ellas relativas a la independencia de las funciones esenciales del administrador, a su imparcialidad respecto de la gestión del tráfico y planificación del mantenimiento de la red, a la

En definitiva, las salvaguardas constituyen un conjunto de garantías en aras de preservar la independencia e imparcialidad efectiva del administrador de infraestructuras ferroviarias respecto de los operadores de transporte.

IV. CONCLUSIONES

La práctica empresarial llevada a cabo por RENFE y por ADIF es susceptible de ser calificada como abuso de posición dominante por realizar prácticas comerciales discriminatorias, como ya ha concluido la CNMC respecto de la primera. El establecimiento de condiciones menos favorables a los nuevos operadores produce un cierre del mercado de tracción ferroviaria y de acceso a la infraestructura ferroviaria, presupuestos esenciales para competir en el mercado de prestación de servicios de transporte por ferrocarril. De hecho, la doctrina de los recursos esenciales representa un caso particular de explotación abusiva de una posición de dominio en un mercado conexo cuando la empresa dominante dispone en exclusiva de un recurso que es esencial para poder participar en el mercado descendente y la niega en beneficio propio.

En el caso de ADIF, a día de hoy, no resulta aplicable esta doctrina, toda vez que no participa en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte (al contrario de lo que podría ocurrir si ADIF y RENFE efectivamente se integrasen en un grupo o *holding*). Sin embargo, el establecimiento de condiciones discriminatorias por parte de ADIF, favoreciendo a la operadora tradicional RENFE, es una conducta de exclusión vertical que produce un cierre competitivo en el mercado descendente e impide la entrada de nuevos competidores para la prestación de servicios de transporte.

Con todo, del mismo modo que RENFE no puede establecer relaciones comerciales discriminatorias con terceros operadores ferroviarios en su oferta de servicios de tracción ferroviaria, ADIF tampoco puede negar el acceso a la infraestructura de forma injustificada, ni imponer condiciones de acceso inasumibles para los nuevos operadores. Los derechos históricos de las compañías tradicionales, en nuestro caso RENFE, deben limitarse únicamente a situaciones específicas que no den lugar a comportamientos anticompetitivos, como pueden ser aquellas que le eximen, por disposición legal, de realizar trámites que, por el contrario, resultan obligatorios para los operadores de nuevo acceso al mercado ferroviario.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERMEJO VERA, J., «Evolución histórica del régimen jurídico del transporte por ferrocarril», en MENÉNDEZ, P. (dir.), *Régimen jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril (Tomo I)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 263-342.
- BUSTOS ROMERO, M. F., «El abuso de posición dominante en el régimen jurídico español», *Revistas CES Derecho*, vol. 6, núm. 1, 2015, pp. 111-122.
- CARBONELL PORRAS, E., «La entidad pública empresarial “administrador de infraestructuras ferroviarias” (ADIF)», en CARAMÉS, G. (dir.), *El Régimen Jurídico del Sector Fe-*

externalización y compartición de funciones y a la transparencia financiera y el establecimiento de mecanismos de coordinación, de conformidad con los nuevos arts. 7 bis a 7 sexies de la Directiva 2012/34/UE, que ha sido modificada por la Directiva (UE) 2016/2370.

- rroviario (*Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*), Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 217-242.
- CARLÓN RUIZ, M., «El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia», en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (coord.), *Transportes y Competencia*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 287-411.
- CHINEA CÁCERES, C. L., y CÁCERES ALVARADO, R. M., «La política de la Unión Europea en materia de transporte ferroviario», en PETIT LAVALL, M.^a V., y PUETZ, A. (dirs.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 707-723.
- DÍEZ-CANSECO NÚÑEZ, J. L., «Teoría del cuello de botella: las facilidades esenciales», *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 61, 2012, pp. 65-93.
- ESCODA VILLACORTA, D., «Prohibición del abuso de posición dominante (II): Tipos de abuso», en BENEYTO, J. M., y MAILLO, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia, Unión Europea y España (Tomo I)*, Barcelona, Wolters Kluwer, 2017, pp. 459-504.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Ordenación jurídica del Servicio de transporte por ferrocarril», en MENÉNDEZ, P. (dir.), *Régimen jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril (Tomo I)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 850-864.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F., «Negativa de venta o suministro y abuso de posición dominante», en FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.; GÓMEZ SEGADÉ, J. A., y GARCÍA VIDAL, A. (coords.), *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 307-321.
- GIPPINI FOURNIER, E., «“Essential facilities” y la aplicación del art. 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 205, enero-febrero de 2000, pp. 77-95.
- GUTIÉRREZ, A., «Abuso de posición dominante», en MASSAGUER, J.; SALA ARQUER, J. M.; FOLGUERA, J., y GUTIÉRREZ, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 3.^a ed., 2012, pp. 143-266.
- LÓPEZ MIÑO, A., «Abuso de posición de dominio», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 330, 2012, pp. 27-41.
- MARTÍNEZ ALIFA, E., «La “Doctrina europea de los recursos esenciales” en el transporte ferroviario», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 292, 2009, pp. 39-45.
- MONTERO PASCUAL, J. J., *La liberalización de los servicios postales*, Madrid, Trotta, 2005.
- MONTERO PASCUAL, J. M., «La transición a la competencia en el transporte ferroviario», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 4, 2009, pp. 1-10.
- PADRÓS REIG, C., «Liberalización económica y transformación de la administración pública: el caso del ferrocarril en la jurisprudencia reciente del TJUE», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 12, 2013, pp. 107-137.
- PUETZ, A., *Derecho de vagones: Régimen jurídico-privado de la utilización de vagones de mercancías en tráfico ferroviario*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- RAMS RAMOS, L., «La entidad pública empresarial RENFE-Operadora», en CARAMÉS, G. (dir.), *El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario (Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 247-280.
- RIVAS CASTILLO, M.^a I., «Regulación y régimen del sector ferroviario», en MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J., *Derecho de la regulación económica*, Iustel, 2010, pp. 409-533.
- ROBLEDO MORALES, J.; PORTILLO, A., y NARRO VILLAMOR, J. F., *Modelos organizativos en el sector ferroviario europeo*, Madrid, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, 2007.
- SCORDAMAGLIA, D., «The fourth railway package. Another step towards a Single European Railway Area», *European Parliament Research Service*, 2016, pp. 1-28.
- WHISH, R., y BAILEY, D., *Competition Law*, 8.^a ed., Oxford, United Kingdom, 2015.