

# REGULACIÓN Y COMPETENCIA EN EL ACCESO A LAS INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS: LA POSICIÓN DEL GESTOR EN LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES EUROPEOS\*

Por

CIARA VICENTE MAMPEL  
Profesora Ayudante Doctora (acred.) de Derecho Mercantil  
Instituto de Derecho del Transporte  
Universitat Jaume I de Castellón

vicentec@uji.es

*Revista General de Derecho de los Sectores Regulados* 11 (2023)

**RESUMEN:** A pesar de que el control del poder de mercado en el sector ferroviario se articula mediante la regulación específica, que contiene un marco común de acceso a la red y de determinación de cánones por su utilización, el recurso al Derecho de la competencia es fundamental para la consecución de un espacio ferroviario europeo único. El presente trabajo aborda esta doble perspectiva y su incidencia en el acceso a las infraestructuras ferroviarias, cuya gestión monopolística se mantiene hoy día. Para ello, trae a colación el conocido asunto Lithuanian Railways, no solo por tratarse del último en el que las normas de competencia han sido aplicadas al transporte ferroviario, sino, sobre todo, porque se pone de manifiesto las dificultades que se suscitan en torno a los conflictos de interés que surgen como consecuencia de una deficiente separación de la gestión de la infraestructura respecto de las operaciones de transporte en los supuestos de integración vertical, cuando el administrador de infraestructuras se integra en una estructura que controla a una o más empresas ferroviarias.

**PALABRAS CLAVE:** transporte ferroviario, liberalización, regulación, competencia, acceso a las infraestructuras.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN DEL ACCESO A LA INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA: EL CONTROL EX ANTE: 1. Las medidas de la liberalización y la necesaria la regulación del acceso a la infraestructura. 2. El acceso a la infraestructura y la tarificación por su uso. III. ACCESO A LA INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA: EL CONTROL EX POST: 1. Introducción. 2. El administrador de la infraestructura como monopolista en un mercado ascendente. 3. La denegación de acceso y el abuso de posición dominante en el mercado. 4. La supresión de un tramo ferroviario como conducta abusiva. 4.1. Planteamiento de la cuestión. 4.2. La supresión de un tramo ferroviario como supuesto de denegación de acceso. 4.3. La valoración del Tribunal de Justicia. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto I+D+i “El transporte ante el desarrollo tecnológico y la globalización: nuevas soluciones en materia de responsabilidad y competencia” (Ref. PID2019-107204-C33), financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/. Investigadores principales: M.ª V. Petit Lavall y A. Puetz.

## REGULATION AND COMPETITION IN ACCESS TO RAILWAY INFRASTRUCTURES: THE POSITION OF THE MANAGER IN THE DOCTRINE OF THE EUROPEAN COURTS

**ABSTRACT:** Although the control of market power in the railway sector is articulated through specific regulation, which contains a common framework for access to the network and the determination of charges for its use, the use of competition law is essential for the achievement of a single European railway area. This paper addresses this dual perspective and its impact on access to rail infrastructures, the monopolistic management of which is still in place today. To this end, it brings up the well-known Lithuanian Railways case, not only because it is the latest case in which competition rules have been applied to rail transport, but above all because it highlights the difficulties arising from the conflicts of interest that arise as a result of the inadequate separation of infrastructure management from transport operations in cases of vertical integration, where the infrastructure manager is integrated into a structure that controls one or more railway undertakings.

**KEYWORDS:** rail transport, liberalisation, regulation, competition, access to infrastructures.

### I. INTRODUCCIÓN

La Decisión (UE) 2020/2228 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de diciembre de 2020<sup>1</sup>, declaró 2021 el Año Europeo del Ferrocarril (*European Year of Rail*). Se trataba de un año importante para la política ferroviaria europea, ya que representó el primer año completo en el que resultaron de aplicación en toda la Unión Europea las normas adoptadas en el cuarto y último paquete ferroviario, en especial, las relativas a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte ferroviarios de viajeros, efectiva desde el 14 de diciembre de 2020. Con ellas finalizaba, al menos por el momento, el largo y paulatino proceso de liberalización del sector iniciado en la década de los noventa, en virtud del cual se modificó el tradicional modelo de explotación monopolística del transporte ferroviario.

Como es sabido, el grado de intervención estatal en el sector ferroviario ha sido siempre elevado, al igual que en otras industrias de red. En efecto, si bien originariamente la gestión y explotación del transporte ferroviario en la mayoría de los países europeos se realizaba por empresas ferroviarias privadas en régimen concesional, distintas circunstancias sociales, políticas y económicas condujeron a su nacionalización durante la primera mitad del siglo XX<sup>2</sup>. De este modo, el mercado ferroviario en la Unión Europea se configuró como un monopolio público verticalmente

---

<sup>1</sup> DOUE L 437, de 28 de diciembre de 2020.

<sup>2</sup> Sobre la cuestión, en detalle, GARCÍA PÉREZ, Juan (1996): *Régimen jurídico del transporte por ferrocarril*, Madrid, Marcial Pons, 472 págs. (en concreto, págs. 71-80).

integrado en el que el Estado se encargaba tanto de la gestión de la infraestructura como de la prestación de los servicios de transporte<sup>3</sup>.

La existencia de monopolios legales en los distintos Estados miembros de la Unión Europea hizo que surgiera una estructura fragmentada a nivel europeo, que obstaculizó los servicios internacionales de transporte por ferrocarril e impidió cualquier posible competencia dentro de los territorios nacionales de cada uno de ellos<sup>4</sup>. La vinculación entre las empresas ferroviarias nacionales y los poderes públicos condicionó el desarrollo del sector, pues las decisiones sobre su funcionamiento estaban basadas en criterios más políticos, que económicos o comerciales. Esta situación constató la ineficiencia de la gestión monopolística, sin que las subvenciones públicas pudieran evitar el declive del sector ferroviario en Europa.

Pese a ello, las instituciones europeas continuaron con el convencimiento de que las características del ferrocarril podían hacer de él un modo de transporte cada vez más atractivo en Europa. Ello debía lograrse mediante su revitalización y la corrección del equilibrio intermodal, reorientando la demanda hacia el transporte ferroviario, así como mediante el desarrollo de una política de liberalización que abriera progresivamente los mercados nacionales a la competencia, para la consecución de un espacio ferroviario europeo único<sup>5</sup>.

Desde entonces, el sector ferroviario se vio inmerso en un proceso de liberalización que, a semejanza de lo que había ocurrido en otras industrias de red, se ha llevado a cabo de manera gradual, a través de diferentes paquetes ferroviarios<sup>6</sup>. Hasta la fecha, se

---

<sup>3</sup> En España, ambas actividades se encomendaron a la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles o RENFE, por virtud de la Ley de Bases de Ordenación Ferroviaria y de los Transportes por carretera, de 24 de enero de 1941 (BOE nº 28, de 28 de enero). Sobre la cuestión, con más detalle, BERMEJO VERA, José (1973): "La nacionalización ferroviaria de 1941", *Revista de Administración Pública*, nº 2, págs. 73-125.

<sup>4</sup> Al respecto, CARLÓN RUIZ, Matilde (2004): "El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia", en G. Fernández Farreres (coord.), *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia*, Madrid, Civitas, págs. 285-413 (en concreto, pág. 290); STEVENS, Handley (2004): *Transport policy in the European Union*, New York, Palgrave Macmillan, 296 págs. (en concreto, pág. 39); ALTZELAI ULIONDO, Igone (2012): "Hacia un espacio ferroviario europeo único", *Revista de Derecho del Transporte*, nº 10, 2012, págs. 79-105 (en concreto, pág. 80).

<sup>5</sup> Así lo declaró la Comisión Europea en su Libro Blanco de 30 de julio de 1996, "Una estrategia para la revitalización de los ferrocarriles comunitarios", COM(96) 421 final.

<sup>6</sup> Junto a ellos, cabe recordar que el primer paso importante hacia la apertura de los mercados ferroviarios a la competencia lo dio un conjunto de Directivas adoptadas en los noventa, que contenían el primer marco normativo común del sector en Europa. Se trataba, en particular, de la Directiva 91/440/CEE, del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios (en adelante, Directiva 91/440/CEE) (DOCE L 237, de 2 de agosto de 1991); la Directiva 95/18/CE, del Consejo, de 19 de junio de 1995, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias (DOCE L 143, de 27 de junio de 1995); y la Directiva 95/19/CE, del Consejo, de 19 de junio de 1995, sobre adjudicación de capacidades de infraestructura ferroviaria y la fijación de los correspondientes cánones de utilización (DOCE L 143, de 27 de junio de 1995). No

han adoptado cuatro paquetes, en 2001, 2004, 2007 y 2016, respectivamente. Los textos legales que los integran -alrededor de una veintena- componen el marco regulatorio común del sector, en virtud del cual finalmente se garantiza el acceso de todos los operadores de los distintos Estados miembros de la Unión Europea a las infraestructuras ferroviarias sin discriminación, al mismo tiempo que se instaura una reglamentación técnica común para la efectiva interoperabilidad y seguridad de los sistemas ferroviarios nacionales. No obstante, al margen de los paquetes, adquiere especial relevancia la Directiva 2012/34/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único (en adelante, Directiva 2012/34/UE)<sup>7</sup>, pues es la que, en su versión consolidada, contiene, en la actualidad, los principios que rigen la política ferroviaria europea.

Las distintas medidas liberalizadoras adoptadas en el seno de la Unión Europea son de una indudable trascendencia jurídica e importancia práctica para la revitalización del sector. La legislación europea y, siguiendo la misma, la nacional correspondiente, ha implicado que las antiguas empresas ferroviarias dejen de ser monopolios estatales para convertirse en empresas capaces de competir en un mercado liberalizado, donde se esperaba que la competencia fuera intensa. No obstante, como se ha adelantado, la liberalización del sector se ha implantado de forma gradual, en parte porque ha sido persistente el interés de algunos Estados en no perder competencia a favor de las instancias europeas y en proteger los intereses de sus operadores ferroviarios, en parte porque continúan siendo elevadas las barreras técnicas, legales y económicas de entrada a las que se enfrentan terceros operadores para acceder al mercado.

En efecto, el escepticismo de muchos gobiernos frente a la apertura del sector a la competencia, por un lado, y sus propias características, por otro, han hecho que el proceso haya sido considerablemente lento, hasta el punto de poder afirmar que, más de treinta años después, los resultados todavía son, en el mejor de los casos, modestos. El ferrocarril sigue sin ser un modo de transporte eficiente y competitivo en comparación con otros, y sin ver incrementada su cuota de mercado. De hecho, de esta situación parte la mencionada Decisión (UE) 2020/2228, para remarcar que “[s]iguen existiendo numerosos obstáculos para lograr un verdadero espacio ferroviario europeo único”, cuya superación “permitirá que el ferrocarril explote todo su potencial” (Considerando 9). Del

---

obstante, estas primeras normas no fueron suficientes para cambiar el *statu quo* de los mercados ferroviarios en la Unión Europea. Por ello, las instituciones europeas, conscientes de la necesidad de revitalizar el ferrocarril para que fuese un modo de transporte eficiente y viese incrementada su cuota de mercado respecto de la de otros, aceleraron el proceso de liberalización.

<sup>7</sup> DOUE L 343, de 14 de diciembre de 2012.

mismo modo lo hace la Comisión en su Séptimo y último Informe de seguimiento de la evolución del mercado ferroviario de 2021<sup>8</sup>.

Sin lugar a dudas, la clave del éxito de la liberalización no sólo reside en una correcta transposición y cumplimiento de las distintas medidas adoptadas en el seno de la Unión Europea<sup>9</sup>, sino también de las pertenecientes al ámbito del Derecho de defensa de la competencia, al que actualmente queda sometido. Es cierto que la relación que existe entre la regulación y las normas de competencia no siempre ha sido una cuestión pacífica, dado que ambas persiguen idéntico fin, esto es, proteger el interés general y fomentar la competencia en el mercado<sup>10</sup>. No obstante, en la actualidad, no es controvertido el hecho de que la aplicación de una no excluye la otra, sino que ambas deben serlo simultáneamente. Así lo ha venido interpretando la jurisprudencia europea en el ámbito de otros sectores regulados, tradicionalmente gestionados en régimen de monopolio público<sup>11</sup>. De hecho, así lo ha vuelto a recordar, para el transporte ferroviario, en particular, el Abogado General Sr. Athanasios Rantos en sus conclusiones presentadas el 7 de julio de 2022, en el asunto *Lithuanian Railways*<sup>12</sup>, señalando expresamente que “[l]os controles *ex post* derivados del Derecho de la competencia completan el marco normativo *ex ante*”. Y es que, lamentablemente, a pesar de que el

---

<sup>8</sup> Informe de la Comisión al parlamento Europeo y al Consejo, de 13 de enero de 2021, “Séptimo informe de seguimiento de la evolución del mercado ferroviario de conformidad con el artículo 14, apartado 4, de la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo”, COM(2021) 5 final, pág. 17.

<sup>9</sup> Pese a ello, los Estados no siempre han cumplido con lo previsto en las Directivas, como así lo declaró en su momento el Tribunal de Justicia en distintos procedimientos de infracción incoados por la Comisión contra muchos de ellos, incluida España. Cfr. entre otros, SSTJUE (Sala Primera) de 28 de febrero de 2013, asunto C-483/10, *Comisión Europea/Reino de España*, (ECLI:EU:C:2012:524); de 28 de febrero de 2013, asunto C-473/10, *Comisión Europea/Hungría* (ECLI:EU:C:2013:113); de 18 de abril de 2013, asunto C-625/10, *Comisión Europea/República Francesa* (ECLI:EU:C:2013:243); de 30 de mayo de 2013, asunto C-512/10, *Comisión Europea/República de Polonia* (ECLI:EU:C:2013:338); de 11 de julio de 2013, asunto C-545/10, *Comisión Europea/República Checa* (ECLI:EU:C:2013:509); de 11 de julio de 2013.

<sup>10</sup> Al respecto, entre otros, PEDRET CUSCÓ, Vicenç (2017): “EU Transport and EU Transport Policy”, en L. Ortiz Blanco y B. Van Houtte (eds.), *EU Regulation and Competition Law in the Transport Sector*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, págs. 3-35 (en concreto, pág. 48); HELLWIG, Martin (2008): “Competition Policy and Sector-Specific Regulation for Network Industries”, *Discussion Paper Series of the Max Planck Institute for Research Collective Goods 2008/29*, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, págs. 1-36 (en concreto, págs. 6-8).

<sup>11</sup> Puede verse, entre otras, STPI (Sala Quinta ampliada) de 10 de abril de 2008, asunto T-271/03, *Deutsche Telekom AG/Comisión*, apdos. 101-124 (ECLI:EU:T:2008:101), confirmada por STJUE (Sala Segunda) de 14 de octubre de 2010, asunto C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG/Comisión*, apdo. 92 (ECLI:EU:C:2010:603). También, STGUE (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012, asunto T-336/07, *Telefónica, S.A., y Telefónica de España, S.A./Comisión*, apdo. 293 (ECLI:EU:T:2012:172), confirmada por STJUE (Sala Quinta) de 10 de julio de 2014, asunto C-295/12 P, *Telefónica, S.A., y Telefónica de España, S.A./Comisión*, apdo. 128 (ECLI:EU:C:2014:2062).

<sup>12</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Athanasios Rantos, presentadas el 7 de julio de 2022, asunto C-42/21 P, *Lietuvos geležinkeliai AB/Comisión* (ECLI:EU:C:2022:537).

marco normativo común del sector contiene las medidas necesarias para garantizar unas condiciones de acceso al mercado ferroviario a todos los operadores sin discriminación, estas no siempre resultan suficientes para que exista una concurrencia efectiva.

Pues bien, es precisamente aquí, en la relación entre regulación y competencia, donde se contextualiza el presente trabajo, que tiene por objeto abordar la incidencia de ambas para controlar el poder de mercado de las empresas que operan en el sector, en especial, en lo que atañe al acceso a las infraestructuras ferroviarias, a propósito del último asunto en el que las normas europeas de competencia han sido aplicadas al transporte ferroviario. Para ello, el presente trabajo se centra en la legislación europea, aunque sin perder de vista el ámbito nacional, tratando de dar una visión general de aquellas medidas que instauran el marco legal de acceso a las infraestructuras ferroviarias (*sub. II*)<sup>13</sup>, sobre el que se analiza después la aplicación del Derecho de la competencia (*sub. III*).

## **II. LA REGULACIÓN DEL ACCESO A LA INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA: EL CONTROL *EX ANTE***

### **1. Las medidas de la liberalización y la necesaria regulación del acceso a la infraestructura ferroviaria**

La liberalización del sector ferroviario en Europa ha incidido, como no podía ser de otro modo, en el desarrollo de las legislaciones nacionales con el fin de abrir el mercado ferroviario a la libre competencia. Para ello, se ha sustituido el tradicional modelo de explotación de los mercados ferroviarios nacionales basados en monopolios públicos de explotación, en los que tanto la gestión de las infraestructuras como la prestación de los servicios de transporte estaban encomendados en exclusiva al Estado, por un modelo de separación vertical de ambas actividades, que exige una gestión separada e independiente de las infraestructuras respecto de los servicios de transporte.

En efecto, la infraestructura ferroviaria reviste características de monopolio natural, puesto que su capacidad es limitada y está sujeta a elevados costes fijos, lo que conlleva que su duplicación sea antieconómica<sup>14</sup>. Así, mientras que su gestión sigue siendo de carácter público y se encomienda en exclusiva a un solo operador –el administrador de infraestructuras– los servicios de transporte por ferrocarril que se prestan sobre la misma

---

<sup>13</sup> No puede ser objeto de este estudio el análisis exhaustivo de toda la legislación sectorial específica. Para ello, vid. VICENTE MAMPEL, Ciara (2022): *Liberalización y competencia en el sector ferroviario*, Madrid, Marcial Pons, 2022, 390 págs. (en concreto, págs. 67-213).

<sup>14</sup> SLOT, Piet Jan y SKUDDER, Andrew (2001): “Common features of community law regulation in the network-bound sectors”, *Common Market Law Review*, nº 38, págs. 87-129 (en concreto, pág. 87).

–actividad en la que por sus características sí cabe, en principio, competencia<sup>15</sup>– se han abierto a una pluralidad de operadores, públicos o privados, bajo el cumplimiento de determinados requisitos exigidos por la legislación.

El acceso de nuevos competidores a la red debe ser justo y no discriminatorio, lo que solo es posible si no existen conflictos de interés entre los administradores de infraestructuras y las empresas ferroviarias, en especial, las históricas, herederos de los antiguos monopolios públicos, y se garantiza un verdadero acceso equitativo a la red para la explotación de servicios nacionales e internacionales de transporte por ferrocarril, tanto de mercancías como de viajeros. Por ello, la separación entre las actividades de gestión de la infraestructura y la explotación de los servicios de transporte, y la consiguiente independencia de los administradores de infraestructuras respecto de las empresas ferroviarias constituye el núcleo de la política ferroviaria europea, al ser, en definitiva, un requisito para la exitosa liberalización del sector<sup>16</sup>.

Para su logro, la legislación europea vigente<sup>17</sup> ordena a los Estados miembros que garanticen una separación, al menos contable, entre las actividades de gestión de la infraestructura y de prestación de servicios de transporte, siendo la separación organizativa o jurídica meramente opcionales (art. 6 Directiva 2012/34/UE)<sup>18</sup>. Asimismo,

---

<sup>15</sup> MONTERO PASCUAL, Juan José (2007): "Acceso a la red ferroviaria", en J. Guillén Caramés (dir.), *El régimen jurídico del sector ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, págs. 491-522 (en concreto, pág. 492); CUERDO MIR, Miguel (2007): "La liberalización del sector ferroviario. La apertura del transporte ferroviario a la competencia", en J. Guillén Caramés (dir.), *El régimen jurídico del sector ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003...*, op. cit., págs. 85-126 (en concreto, pág. 107).

<sup>16</sup> Cfr. LÓPEZ GARRIDO, Diego (1993): "La liberalización del transporte ferroviario", *Revista de Administración Pública*, nº 132, págs. 417-444 (en concreto, págs. 418-420); FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2014): "Ordenación jurídica del servicio de transporte por ferrocarril", en P. Menéndez (dir.), *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, T. I, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, págs. 883-888 (en concreto, págs. 850-864); CARBONELL PORRAS, Eloísa (2014): "Infraestructuras de transporte terrestre y sector público estatal", en P. Menéndez (dir.), *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre...*, op. cit., págs. 889-998 (en concreto, págs. 891-896).

<sup>17</sup> La separación entre la gestión de la infraestructura y las operaciones de transporte se ha configurado como el principio rector del proceso de liberalización del sector. No obstante, las normas dirigidas al logro de una auténtica separación entre ambas actividades en el sector han sido adoptando paulatinamente, desde que esta fuera establecida por la Directiva 91/440/CE hasta hoy en día, pasando por las distintas modificaciones realizadas en el marco de los paquetes ferroviarios. En este sentido, conviene señalar la relevancia que tuvo dentro del primer paquete ferroviario la Directiva 2001/12/CE, La Directiva 2001/12/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE (en adelante, Directiva 2001/12/CE) (DOCE L 75, de 15 de marzo de 2001), al establecer con carácter imperativo, por primera vez, la separación jurídica y no únicamente contable la separación entre la gestión de las infraestructuras y la explotación de los servicios de transporte.

<sup>18</sup> Conviene recordar que esta ha sido la opción escogida por el legislador español. A grandes rasgos, la reestructuración del mercado ferroviario se produjo con la adopción de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario (en adelante, LSF/2003) (BOE nº 276, de 18 de noviembre de 2003), antecesora de la actual Ley 38/2015, de 29 de septiembre, de idéntico título (en adelante, LSF/2015) (BOE nº 234, de 30 de septiembre de 2015). Con ella se segregaron las

exige que las funciones esenciales del administrador de infraestructuras, esto es, la adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria y la fijación de cánones por su utilización, se lleven a cabo por una entidad que no explote al mismo tiempo servicios de transporte o, en el caso de las estructuras integradas verticalmente, por unidades con gestión y contabilidad separadas (art. 7.1 Directiva 2012/34/UE). No obstante, no se exige una efectiva separación jurídica entre los administradores de infraestructuras y las empresas ferroviarias.

Al respecto, debe destacarse que las estructuras integradas verticalmente han sido cuestionadas en muchas ocasiones<sup>19</sup>, debido a su falta de independencia. A pesar de ello, se mantienen en la actualidad, al permitirse que la gestión de la infraestructura y la explotación de los servicios de transporte puedan ser llevadas a cabo por un mismo grupo o *holding*. En este contexto, adquieren especial relevancia los requisitos de separación de ambas actividades adoptados por el legislador europeo en el cuarto paquete ferroviario, en particular la Directiva (UE) 2016/2370<sup>20</sup>, por la que se modifica la

---

áreas de gestión de la infraestructura y de operaciones de transporte, hasta entonces competencia de RENFE. Por un lado, las actividades de construcción, gestión y administración de las infraestructuras reservadas al Estado, esto es, las integradas en la denominada "Red Ferroviaria de Interés General" siguieron encomendándose al antiguo monopolio estatal, que pasó a denominarse Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) (disp. adic. 1.ª LSF/2003). Por otro lado, se creó *ex lege* la entidad pública empresarial RENFE-Operadora para la prestación de los servicios de transporte ferroviario y el mantenimiento del material rodante (disp. adic. 3.ª LSF/2003). Con todo, en la actualidad, la titularidad y la administración de las infraestructuras ferroviarias corresponden a ADIF y ADIF-Alta Velocidad (disp. adic. 1.ª LSF/2015). Por su parte, RENFE-Operadora se ha reestructurado a través de cuatro líneas de actividad, mediante nuevas sociedades mercantiles estatales, cuyo capital social pertenece íntegramente a aquella, mediante Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Renfe-Operadora (BOE nº 315, de 31 de diciembre de 2004).

<sup>19</sup> Especial relevancia suscitaron, en este sentido, las SSTJUE (Sala Primera) de 28 de febrero de 2013, asunto C-555/10, *Comisión/República de Austria* (ECLI:EU:C:2013:115); y (Sala Primera) de 28 de febrero de 2013, asunto C-556/10, *Comisión/República Federal de Alemania* (ECLI:EU:C:2013:116). Si bien el Tribunal de Justicia declaró en sendos procedimientos de infracción recaídos contra la República austríaca y la República Federal Alemana, que las estructuras integradas verticalmente, en las que el administrador de la infraestructura se integra en un grupo de empresas que, al mismo tiempo, controla empresas ferroviarias, no implican una falta de independencia *per se*, estas continúan cuestionándose hoy día. Así lo concluyó, por ejemplo, la *Monopolkommission* alemana, recomendando una mayor separación de las actividades de administración de la infraestructura ferroviaria y de prestación de los servicios de transporte dentro del grupo Deutsche Bahn AG para aumentar el nivel de competencia en el sector. Cfr. Commission presents 7<sup>th</sup> Sector Report on German railway markets: Quality and Competition on the Railway", of 25 July 2019, en: [https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/presse\\_7sg\\_rail\\_eng.pdf](https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/presse_7sg_rail_eng.pdf) (último acceso: 10 de marzo 2023). Ello se debe, fundamentalmente, al evidente riesgo que existe de que en ellas la infraestructura se gestione de acuerdo con sus propios intereses, en detrimento de las empresas ferroviarias competidoras. De hecho, así se constata en el referido asunto *Lithuanian Railways*, que se analizará *infra*.

<sup>20</sup> Directiva (UE) 2016/2370, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2016, que modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias (DOUE L 352, de 23 de diciembre de 2016). En particular, esta norma ha modificado el artículo 7 de la Directiva 2012/34/UE y se han incorporado los nuevos artículos 7 *bis* a 7 *septies*, introduciendo nuevos requisitos de separación que están relacionados, en esencia, con la



Directiva 2012/34/UE, dirigidos a garantizar la independencia e imparcialidad de los administradores de infraestructuras, que deben ser obligatoriamente adoptados y respetados por los Estados miembros.

A diferencia de la administración de las infraestructuras ferroviarias, los servicios de transporte están plenamente liberalizados hoy día, de acuerdo con el artículo 10 de la Directiva 2012/34/UE. Para ello, se han venido reconociendo progresivamente derechos de acceso a las infraestructuras ferroviarias de todos los Estados miembros a una pluralidad de operadores para la explotación de servicios de transporte nacionales e internacionales, tanto de viajeros como de mercancías, lo que ha comportado la pérdida de los derechos de exclusividad de las empresas ferroviarias históricas<sup>21</sup>. En concreto, los servicios nacionales e internacionales de transporte ferroviario de mercancías están abiertos a la competencia desde el 1 de enero de 2007<sup>22</sup>. Por su parte, los servicios internacionales de transporte de viajeros están liberalizados desde el 1 de enero de 2010<sup>23</sup>. En definitiva, desde el 1 de enero de 2019 sucede lo propio con respecto de los

---

independencia e imparcialidad de los órganos de dirección del administrador de infraestructuras, el ejercicio de sus funciones esenciales y la externalización de funciones, y la transparencia financiera.

<sup>21</sup> El inicio de la apertura del transporte ferroviario a la competencia se produjo, fuera de los paquetes ferroviarios, con la Directiva 91/440/CEE, cuyo artículo 10 reconoció el derecho de acceso a las infraestructuras a las agrupaciones internacionales para la explotación de servicios internacionales de transporte y a las empresas ferroviarias para la prestación de servicios de transporte internacional combinado de mercancías. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho de acceso se reveló de inmediato insuficiente. Por ello, como se decía, la legislación europea y, siguiendo la misma, la nacional correspondiente estableció un calendario de apertura a la competencia.

<sup>22</sup> La primera ampliación de los derechos de acceso a las infraestructuras se produjo con la adopción del primer paquete ferroviario, en particular, la Directiva 2001/12/CE, por la que se modificó la Directiva 91/440/CEE, reconociendo los mismos a todas las empresas ferroviarias establecidas en la Unión Europea para la explotación de servicios internacionales de transporte de mercancías. Posteriormente, el segundo paquete ferroviario, en concreto, la Directiva 2004/51/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se modifica la Directiva 91/440/CEE (DOUE L 164, de 30 de abril de 2004) liberalizó el transporte nacional de mercancías, incluyendo el cabotaje. En consecuencia, los transportes ferroviarios nacionales e internacionales de mercancías están abiertos a la competencia desde el 1 de enero de 2007, a pesar de que algunos Estados miembros ya permitían el acceso a sus redes ferroviarias a empresas ferroviarias distintas del operador tradicional, como así ocurrió en España. En efecto, además de la liberalización de los servicios internacionales de transporte de mercancías (disp. adic. 1.<sup>a</sup> LSF/2003), tres años antes de lo previsto por la legislación europea, el 31 de diciembre de 2004, el legislador español liberalizó los servicios nacionales de transporte de mercancías. Con todo, solo se reconocieron los derechos de acceso a la infraestructura a las empresas ferroviarias de aquellos Estados miembros que hubiesen liberalizado también este tipo de tráfico en sus respectivos territorios (reciprocidad) (disp. trans. 2.<sup>a</sup> LFS/2003).

<sup>23</sup> La liberalización del transporte de viajeros en España se postergó, hasta que así lo exigiera el marco normativo europeo (disp. trans. 3.<sup>a</sup> LSF/2003). Fue, en concreto, el tercer paquete ferroviario, en particular, la Directiva 2007/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007 (DOUE L 315, de 3 de diciembre de 2007), de nuevo modificando la Directiva 91/440/CEE, el que, suprimiendo cualquier referencia al término agrupaciones internacionales, liberalizó, a partir del 1 de enero de 2010, los servicios internacionales de transporte de viajeros, incluyendo el cabotaje. Su transposición en España se produjo en idénticos términos por la

servicios nacionales de transporte ferroviario de viajeros de carácter comercial, aunque el servicio no pudo prestarse hasta el 14 diciembre de 2020<sup>24</sup>.

Con todo, aunque el transporte por ferrocarril se ha liberalizado, sigue siendo un sector regulado. La gestión monopolística de las infraestructuras y el evidente poder de mercado que mantienen los operadores históricos, herederos de los antiguos monopolios públicos, respecto de los nuevos participantes, o que al menos mantenían en la etapa inmediatamente posterior a la liberalización, ha hecho necesario que la libertad de acceso se complete con un adecuado marco normativo, que regule las condiciones equitativas de acceso a las infraestructuras, así como una gestión eficiente de la red. De este modo, la entrada de nuevos competidores al mercado de prestación de servicios de transporte ferroviario está condicionada no solo a una gestión eficiente e independiente de la infraestructura, sino también a la igualdad de condiciones de prestación del servicio de todos los operadores de transporte, de forma que no se produzca una discriminación en el acceso al mercado, en especial, con un trato de favor hacia las empresas ferroviarias tradicionales.

En efecto, los derechos de acceso a las infraestructuras para la explotación de los servicios de transporte ferroviario solo pueden ejercerse por los operadores que estén en posesión de todos los requisitos exigidos por la legislación ferroviaria europea y, siguiendo la misma, la nacional correspondiente. En concreto, son dos las condiciones indispensables, aunque no suficientes, que deben reunir los operadores para el acceso a la prestación de servicios de transporte dentro del territorio europeo: la necesidad de contar con una licencia de explotación que les habilite para ello y les otorgue la condición de empresa ferroviaria<sup>25</sup>; así como poseer tracción ferroviaria, esto es, una locomotora y un conductor<sup>26</sup>. Ahora bien, la concesión de la licencia no otorga por sí misma el derecho de acceso a la infraestructura ferroviaria. Por el contrario, se requiere, además, la posesión de un certificado de seguridad, que acredite el cumplimiento de unas normas mínimas que garanticen la seguridad de la circulación ferroviaria, y la obtención de la

---

disposición final 1.ª Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (BOE núm. 273, de 12 de noviembre de 2009), que modificó la disposición adicional 10.ª LSF/2003.

<sup>24</sup> Los servicios nacionales de transporte por ferrocarril continuaron cerrados hasta la adopción del cuarto y último paquete ferroviario adoptado hasta la fecha. Este paquete instauró el derecho de acceso de las empresas ferroviarias a la red para la prestación de servicios nacionales de transporte ferroviario de viajeros de carácter comercial a partir del 14 de diciembre de 2020 [arts. 3.2 Directiva (UE) 2016/2370 y 47.2 LSF/2015, y disp. trans. 1.ª LSF/2015].

<sup>25</sup> Así lo prevé, en la actualidad, el artículo 17.4 de la versión consolidada de la Directiva 2012/34/UE y, en nuestro Derecho interno, el artículo 4.1 LSF/2015.

<sup>26</sup> Así deriva del propio concepto de empresa ferroviaria contenido en la normativa europea y nacional, según el cual una empresa ferroviaria no reviste la consideración de tal y, por ende, no puede prestar servicios de transporte por ferrocarril, si no aporta la tracción necesaria para su explotación (art. 3.1 Directiva 2012/34/UE, art. 48 LSF/2015 y art. 58 RSF).

capacidad de infraestructura en la que se desea explotar el servicio de transporte concreto, lo que se conoce como surcos ferroviarios<sup>27</sup>.

Pues bien, desde la perspectiva que aquí nos interesa, especial relevancia adquiere la capacidad de infraestructura, ya que la prestación de servicios de transporte resulta inviable sin su correspondiente asignación<sup>28</sup>. En efecto, el acceso a la infraestructura ferroviaria se configura como una actividad económica imprescindible para efectuar los servicios de transporte por ferrocarril, al tiempo que constituye, como se analizará después, un mercado independiente, pero complementario, respecto del mercado de transporte ferroviario. No obstante, al ser limitada o escasa, la falta de surcos ferroviarios constituye una barrera de entrada al mercado de transporte por ferrocarril y, por ende, un obstáculo a la libre competencia en el sector<sup>29</sup>, máxime ante la creciente congestión del tráfico derivada del hecho de que todos los servicios de transporte están liberalizados en la actualidad. Por ello, el acceso a la infraestructura ferroviaria, al igual que la fijación de los cánones por su utilización, han sido objeto de regulación.

## 2. El acceso a la infraestructura ferroviaria y la tarificación por su uso

El libre acceso al mercado de prestación de servicios de transporte ha requerido de un minucioso y complejo procedimiento de adjudicación de la capacidad, que, instaurado por la Directiva 95/19/C, se ha ido completando y mejorando a lo largo de los distintos paquetes ferroviarios, con el fin de conceder un trato equitativo a todos los operadores y de optimizar la utilización de la infraestructura. En la actualidad, el procedimiento de adjudicación de capacidad se contiene a nivel europeo en el Capítulo IV, Sección 3, artículos 38 a 54, de la Directiva 2012/34/UE<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> El artículo 3.24 de la Directiva 2012/34/UE y el Anexo I.5 de la LSF/2015 definen capacidad de infraestructura ferroviaria como el potencial para programar los surcos ferroviarios o franjas horarias ferroviarias solicitados para un segmento de la infraestructura durante un periodo determinado de tiempo. Por su parte, los surcos ferroviarios o franjas horarias ferroviarias se definen como la capacidad de infraestructura necesaria para que un tren circule entre dos puntos durante un periodo dado (art. 3.27 Directiva 2012/34/UE y Anexo I.10 LSF/2015).

<sup>28</sup> Es, pues, un requisito de acceso previo e indispensable para la prestación de servicios de transporte, CARLÓN RUIZ, Matilde (2004): "El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario...", op. cit., pág. 320; RIVAS CASTILLO, M.ª Isabel (2010): "Regulación y régimen del sector ferroviario", en S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. I., Iustel, Madrid, págs. 409-533 (en concreto, págs. 519-522); MONTERO PASCUAL, Juan José, RAMOS MELERO, Rodolfo y GANINO, Mariarosaria (2019): *Competencia en el mercado ferroviario. La liberalización del transporte de viajeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 324 págs. (en concreto, págs. 226-235).

<sup>29</sup> CNMC, "Estudio sobre la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril", de 1 de julio de 2019, E/CNMC/004/19, disponible en: <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00419-0> (último acceso: 10 de marzo de 2023), pág. 49.

<sup>30</sup> En España se contiene en el Título II, Capítulo VII, artículos 33 a 38 de la LSF/2015.

Por adjudicación de capacidad, se entiende la asignación por un administrador de infraestructuras del derecho a servirse de capacidad de infraestructura, lo que otorga a los operadores un derecho de uso sobre la misma en forma de surcos ferroviarios, al tiempo que les proporciona otros servicios accesorios necesarios para la explotación de los servicios de transporte (paquete de acceso mínimo)<sup>31</sup>. En efecto, corresponde a los administradores de infraestructuras, dentro del marco legal establecido por los Estados miembros, adjudicar la capacidad de la infraestructura, siguiendo los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y no discriminación (art. 39.1 Directiva 2012/34/UE), para proporcionar el acceso al mercado a todos los operadores ferroviarios y propiciar una competencia leal en la prestación de sus servicios (Considerando 42 Directiva 2012/34/UE). Asimismo, el procedimiento de adjudicación debe permitir al administrador de infraestructuras comercializar la capacidad disponible y fomentar la utilización eficiente de la misma (art. 26 Directiva 2012/34/UE). Así, sobre la base de estos principios, el procedimiento de adjudicación de capacidad ha quedado regulado en distintas fases: elaboración y publicación de la llamada declaración sobre la red, que es el documento que otorga transparencia al mismo (art. 27 Directiva 2012/34/UE); periodo de solicitudes (art. 44 Directiva 2012/34/UE); programación (art. 45 Directiva 2012/34/UE); coordinación en caso de incompatibilidad de solicitudes de capacidad (art. 46 Directiva 2012/34/UE); y adjudicación en caso de insuficiencia de capacidad o, lo que es lo mismo, en caso de que se declarase la infraestructura como congestionada (art. 47 Directiva 2012/34/UE).

Al respecto, cabe destacar que el derecho a solicitar capacidad de infraestructura se reconoce a los denominados “candidatos” (art. 41 Directiva 2012/34/UE). Este término hace referencia no solo a las empresas ferroviarias sino también a otras personas físicas o jurídicas que tengan un interés comercial o de servicio público en la adquisición de capacidad de infraestructura para la explotación de un servicio ferroviario en sus respectivos territorios (autoridades públicas, consignatarios, cargadores y operadores de transporte combinado), si así lo prevé la legislación nacional (art. 3.19 Directiva 2012/34/UE). De este modo, el derecho de uso de capacidad difiere del derecho de acceso a la infraestructura ferroviaria. En efecto, mientras que el primero se reconoce a todos aquellos que, cumpliendo los requisitos establecidos por la legislación, soliciten capacidad de infraestructura, el segundo se concede a todas las empresas ferroviarias que estén en posesión de la correspondiente licencia de explotación. Ahora bien, cuando el solicitante de capacidad de infraestructura no es una empresa ferroviaria, sino

---

<sup>31</sup> Así se desprende a nivel europeo de los artículos 3.24 y 27, y 13.1, de la Directiva 2012/34/UE, desarrollados por su Anexo II, seguidos en nuestra legislación interna por los artículos 20.1 y 33 de la LSF/2015, completados por su Anexo I.

cualquier otro candidato habilitado para ello, este está obligado a designar a una empresa ferroviaria que haga uso de la capacidad de infraestructura adjudicada. Por tanto, son solo las empresas ferroviarias las que pueden explotar servicios de transporte en una determinada infraestructura ferroviaria.

Sea como fuere, la legislación otorga a los administradores de infraestructuras amplias facultades para la comercialización de la capacidad disponible, entre las que destaca su asignación en caso de congestión o su asignación a través de acuerdos marco. En efecto, la asignación de capacidad es especialmente controvertida debido al incremento de tráfico derivado del hecho de que todos los servicios de transporte están liberalizados hoy día. En ausencia de surcos ferroviarios disponibles, el administrador de infraestructuras debe declarar la infraestructura como congestionada. De esta forma, su adjudicación se realiza directamente por él siguiendo unos criterios de prioridad. Estos criterios, lamentablemente, no son uniformes a nivel europeo, ya que se ha facultado a los Estados para establecerlos<sup>32</sup>. Asimismo, la legislación faculta al administrador de infraestructuras para adjudicar la capacidad a través de acuerdos marco. Dichos acuerdos constituyen una excepción a la regla general, que limita el derecho de uso de la capacidad a una duración máxima de un año, permitiendo asignarla por un periodo superior, de hasta diez años (arts. 42 Directiva 2012/34/UE)<sup>33</sup>. Su finalidad es garantizar que los operadores dispongan para la prestación del transporte de capacidad a largo plazo, dadas las elevadas inversiones necesarias para acceder al mercado. De hecho, en virtud de estos acuerdos marco, se produjo la adjudicación de la capacidad de infraestructura para la prestación de servicios nacionales de transporte de viajeros de carácter comercial de alta velocidad en España, lo que ha comportado la entrada en el mercado español de dos empresas ferroviarias privadas, distintas de la histórica.

Pues bien, por la asignación de capacidad, los operadores deben satisfacer al administrador de infraestructuras un canon ferroviario. Este constituye la principal fuente

---

<sup>32</sup> En efecto, para la asignación directa de la capacidad de infraestructura en los supuestos de congestión, se ha otorgado cierto margen de discrecionalidad a los Estados para adoptar, en condiciones no discriminatorias, las medidas necesarias para dar prioridad a determinados servicios de transporte (art. 47.4 Directiva 2012/34/UE). Sin embargo, esta solución ha planteado problemas en la práctica, como así lo ha constatado también el Tribunal de Justicia en los distintos procedimientos de infracción incoados por la Comisión contra muchos Estados miembros. De nuevo aquí nuestro país es paradigmático de esta situación, pues las prioridades de adjudicación contenidas en la legislación española fueron declaradas contrarias a la normativa europea. Ello fue así, entre otras cosas, porque contemplaba la aplicación de la regla de los *grandfather's rights*, favoreciendo a la empresa histórica, en detrimento de los competidores. Sobre esta cuestión, VICENTE MAMPEL, Ciara (2022): *Liberalización y competencia...*, op. cit., págs. 148 y 149.

<sup>33</sup> Dicho precepto, transpuesto a nuestro Derecho interno por el artículo 38 LSF/2015, ha sido desarrollado por virtud del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/545 de la Comisión, de 7 de abril de 2016, sobre los procedimientos y criterios relativos a los acuerdos marco de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria (DOUE L 94, de 8 de abril de 2016).

de financiación del administrador de infraestructuras<sup>34</sup>, al tiempo que es uno de los principales costes de explotación de las empresas ferroviarias y puede, por ende, obstaculizar su acceso al mercado<sup>35</sup>. Por ello, el marco de acceso a las infraestructuras también ha debido completarse con un adecuado sistema de cánones por el acceso a las mismas y su utilización. Instaurados también por la Directiva 95/19/CE, los principios de fijación de cánones pronto se revelaron insuficientes, dada su vaguedad y falta de uniformidad. De hecho, las consecuencias de la falta de normas comunes en la Unión Europea se agravaron por dos motivos. En primer lugar, por el incumplimiento por parte de algunos Estados miembros del régimen previsto en la legislación europea<sup>36</sup>. En segundo lugar, por la constatación de prácticas que favorecían a los operadores históricos, que seguían siendo responsables de la fijación de los cánones. En consecuencia, se han ido promulgando en los distintos paquetes nuevas normas más precisas que las anteriores.

En la actualidad, también es la Directiva 2012/34/UE la que contiene el régimen de los cánones por la utilización de las infraestructuras. Nada exento de complejidad, este se basa en criterios de eficiencia, transparencia y no discriminación, a fin de garantizar una gestión óptima de las infraestructuras, así como unas condiciones equitativas de acceso de todos los operadores al mercado. De acuerdo con este marco, cabe señalar que la legislación de la Unión Europea ordena a los Estados miembros que establezcan las normas concretas de fijación de cánones ferroviarios. No obstante, la determinación y recaudación de los cánones que las empresas ferroviarias deben satisfacer por el acceso a las infraestructuras ferroviarias es, en todo caso, una prerrogativa del administrador de infraestructuras. De este modo, los administradores de infraestructuras disponen, dentro del marco de tarificación estatal definido por los Estados, de cierto margen de actuación que les permita fijar su importe, de forma que puedan utilizarlo como instrumento de gestión apto para garantizar una gestión óptima de la infraestructura, como exigen los artículos 4 y 29.1 de la Directiva 2012/34/UE. No obstante, los Estados no siempre han cumplido con lo previsto en la legislación promulgando unas normas mínimas en aras de una tarificación eficiente y no discriminatoria, siendo el incumplimiento de la

---

<sup>34</sup> Así, CARLÓN RUIZ, Matilde (2004): "El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario...", op. cit., págs. 306, 307 y 324. De hecho, los cánones ferroviarios representan más del 80% de los ingresos de los administradores de infraestructuras ferroviarias europeos. Cfr. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 13 de enero de 2021, "Séptimo informe de seguimiento de la evolución del mercado...", cit., pág. 8.

<sup>35</sup> CNMC, "Estudio sobre la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril", cit., págs. 6-8 y 46.

<sup>36</sup> De nuevo aquí debemos remitirnos a los procedimientos por incumplimiento de la normativa europea de infracción incoados por la Comisión contra muchos Estados miembros (vid. *supra*, nota 9).

independencia de gestión del administrador de infraestructuras uno de los motivos principales para ello. De hecho, así sucedía hasta hace relativamente poco en España<sup>37</sup>.

### **III. ACCESO A LA INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA: EL CONTROL EX POST**

#### **1. Introducción**

El sector está sometido actualmente al Derecho de defensa de la competencia, que, como se ha adelantado, desempeña un papel fundamental para el desarrollo de una concurrencia efectiva, al igual que la experiencia lo ha venido demostrando en otros sectores regulados. De hecho, la apertura del transporte ferroviario a la competencia ya ha comportado la existencia de prácticas anticompetitivas, que frustran su fin último, esto es, la consecución de un espacio ferroviario europeo único.

Hasta la fecha, la práctica *antitrust* ha puesto de manifiesto la existencia de los típicos problemas que suelen suscitarse en aquellas industrias de red, que pasan de un régimen de monopolio legal a uno de libre mercado. Se trata, en particular, de los conflictos que se producen en un mercado de servicios de transporte abierto a la competencia, pero con unas infraestructuras explotadas en régimen de monopolio, especialmente cuando los administradores forman parte de un grupo en el que se integran una o más empresas ferroviarias. Asimismo, ha puesto de relieve que los problemas que suelen suscitarse son semejantes a los existentes en otros sectores regulados, ya que determinados bienes o servicios, continúan estando en poder de los operadores históricos, como sucede con la tracción y las instalaciones de servicio, sin los cuales las empresas ferroviarias no pueden llevar a cabo el transporte.

---

<sup>37</sup> El régimen de los cánones en España está contenido en la LSF/2015 (arts. 96 a 100) y en sus normas de desarrollo, siguiendo la normativa europea. Poco claro y con falta de sistemática, en existían deficiencias relevantes. Al configurarse los cánones en nuestro país como tasas (art. 96.1 LSF/2015), su determinación dependía de las leyes de presupuestos generales del Estado. Ello restringía el principio de independencia de gestión de los administradores de infraestructuras (art. 4 Directiva 2012/34/UE), además de que no constituía un instrumento apto para optimizar el uso de la infraestructura (art. 29.1 Directiva 2012/34/UE). En consecuencia, era necesaria una revisión en profundidad del sistema nacional de cánones, como así se declaró en otro lugar (VICENTE MAMPEL, Ciara (2022): *Liberalización y competencia...*, op. cit., págs. 178-179). Pues bien, esta se ha plasmado ya en la Ley 26/2022, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (BOE nº 304, de 20 de diciembre de 2022). Con esta norma, los cánones ferroviarios se consideran "prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario". Así, dejarán de tener la consideración de tasas y, por consiguiente, su establecimiento y modificación dejarán de contenerse en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, pasando a determinarse directamente por los administradores de infraestructuras ferroviarias. Con todo, la Ley establece un periodo transitorio, que mantiene vigente el sistema de tarificación actual la aprobación y publicación oficial de los valores obtenidos conforme al nuevo sistema (disp. trans. 1.ª).

Dejando al margen este segundo grupo de conflictos apuntado, cuyo examen no se ajusta a los objetivos aquí planteados<sup>38</sup>, a continuación, se tratará de dar una visión general de la problemática que se suscita en relación con el acceso a las infraestructuras ferroviarias desde la óptica del Derecho de la competencia, para luego analizar el referido asunto *Lithuanian Railways*, que establece una doctrina de calado en relación con la posición de los administradores de infraestructuras, a fin de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de acceso de los distintos operadores al mercado ferroviario.

## **2. El administrador de la infraestructura como monopolista en un mercado ascendente**

La determinación del mercado relevante dentro del cual se aplican las normas de competencia resulta, en todo caso, necesaria cuando se trata de conductas que infringen el artículo 102 TFUE, esto es, para determinar si existe o no una conducta abusiva<sup>39</sup>. La Comisión Europea recoge este concepto en su Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, que diferencia entre el mercado de producto de referencia y el mercado geográfico de referencia<sup>40</sup>. Desde la perspectiva que aquí nos interesa, adquiere especial relevancia el primero, pues, una de las características de las industrias de red, como es el caso del transporte ferroviario, reside en su dependencia respecto de otros mercados<sup>41</sup>.

En efecto, se identifican en el transporte por ferrocarril diferentes tipos de mercado de producto de referencia. Es cierto que, en un primer momento, el entonces Tribunal de Primera Instancia 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

---

<sup>38</sup> Sobre la cuestión, VICENTE MAMPEL, Ciara (2022): *Liberalización y competencia...*, op. cit., págs. 312-326.

<sup>39</sup> SOUSA FERRO, Miguel (2019): *Market definition in EU Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 384 págs. (en concreto, págs. 56-96).

<sup>40</sup> DOCE C 372, de 9 de diciembre de 1997. 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.

<sup>41</sup> PUETZ, Achim (2012): *Derecho de Vagones. Régimen jurídico-privado de la utilización de vagones de mercancías en tráfico ferroviario*, Marcial Pons, Madrid, 352, págs. (en concreto, págs. 237-240); LAROUCHE, Pierre (2000): “Relevant market definition in network industries: air transport and telecommunications”, *Journal of Network Industries*, nº 1, págs. 407-445; BENDER, Christian M., GÖTZ, Georg y PAKULA, Benjamin (2011): “«Effective competition» in telecommunications, rail and energy markets”, *Intereconomics: Review of European Economic Policy*, Vol. 46, nº 1, págs. 4-35.



de servicios de transporte<sup>42</sup>. Sin embargo, una vez impuesta legalmente la separación entre la administración de las infraestructuras ferroviarias y la prestación de los servicios de transporte, la Comisión determinó que, dentro del mercado de los servicios ferroviarios, existen diferentes submercados, debiendo diferenciarse, en todo caso, entre el mercado de acceso a la infraestructura ferroviaria y el de tracción ferroviaria<sup>43</sup>.

En consecuencia, el mercado de acceso a las infraestructuras ferroviarias constituye un mercado claramente definido e independiente respecto del mercado de prestación de servicios de transporte, donde el administrador de infraestructuras explota con carácter exclusivo las infraestructuras ferroviarias en virtud del monopolio del que es titular y se le exige, por imperativo legal, imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus funciones. Como se ha adelantado, los derechos de acceso a las infraestructuras de todos los Estados miembros para la explotación de los servicios de transporte por ferrocarril, solo pueden ejercerse por las empresas ferroviarias establecidas en el territorio europeo que estén en posesión de todos los requisitos exigidos por la Directiva 2012/34/UE y, siguiendo la misma, la nacional correspondiente, entre ellos, tener asignada la capacidad de infraestructura en forma de surcos ferroviarios para que un tren pueda circular de un punto a otro durante un periodo de tiempo concreto. El acceso a la infraestructura ferroviaria es, por tanto, un presupuesto necesario para efectuar servicios de transporte por ferrocarril. Así, el mercado de acceso a la infraestructura y el mercado de tracción constituyen mercados ascendentes respecto del mercado de prestación de servicios de transporte por ferrocarril, mercado descendente; esto es, se trata de mercados previos, aunque distintos, para efectuar los transportes por ferrocarril.

### **3. La denegación de acceso y el abuso de posición dominante en el mercado**

La liberalización ha conducido, como se decía, a la creación de distintos mercados ferroviarios, pero relacionados o conexos al mercado descendente de transporte, lo que lo hace especialmente vulnerable frente a comportamientos anticompetitivos en

---

<sup>42</sup> STPI (Sala Primera ampliada) de 21 de octubre de 1997, asunto T.229/94, *Deutsche Bahn AG/Comisión*, apdo. 118 (ECLI:EU:T:1997:155). Concretamente, declaró que “el mercado de los servicios ferroviarios constituye un submercado distinto del mercado de los transportes por ferrocarril en general”, puesto que el primero de ellos “ofrece un conjunto específico de prestaciones, en particular, la puesta a disposición de las locomotoras, su tracción y el acceso a la infraestructura ferroviaria que, ciertamente, se suministra en función de la demanda de los operadores de transporte por ferrocarril pero que no es intercambiable ni compete en modo alguno con las prestaciones de estos últimos” (apdo. 55).

<sup>43</sup> Así lo señaló, en concreto, la Decisión de la Comisión 2004/33/CE, de 27 de agosto de 2003, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE (COMP/37.685 GVG/FS) (DOUE L 11, de 16 de enero de 2004). La misma línea siguió en la Decisión de 20 de julio de 2011, por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (asunto COMP/M. 6150 - *Veolia Transport/Trenitalia/JV*) sobre la base del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, apdo. 42 (DOUE C 249, de 26 de agosto de 2011).

mercados antepuestos. En efecto, en ocasiones, ostentar una posición de dominio en un mercado puede suponer un peligro para la libre competencia en otro mercado diferente, pero vinculado con aquel en el que la empresa goza de dominio, sobre todo, cuando el acceso de terceros a los bienes o servicios prestados en el primer mercado es necesario e imprescindible para que exista competencia en el segundo, esto es, cuando se trata de un “recurso esencial”<sup>44</sup>. Esta situación suele conllevar problemas de acceso al mercado, que dan lugar a la existencia de conductas de negativa de suministro o de trato discriminatorio contrarias al artículo 102 TFUE<sup>45</sup>, conforme al cual se declara prohibida la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mercado común<sup>46</sup>.

Con la finalidad de garantizar el acceso de nuevos operadores al mercado de transporte, se ha aplicado en el sector la doctrina de las *essential facilities*<sup>47</sup>. Según esta doctrina, que en nuestro ordenamiento jurídico se subsume bajo la negativa de suministro (*refusal to supply*)<sup>48</sup>, si una empresa tiene una posición dominante respecto de un recurso esencial en el mercado ascendente y, para favorecer su posición en el mercado descendente, deniega sin justificación objetiva el acceso a este segundo

---

<sup>44</sup> DÍEZ ESTELLA, Fernando (2003): “La Doctrina del abuso en los mercados conexos: del «*monopoly leveraging*» a las «*essential facilities*»”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 248, págs. 555-603 (en concreto, págs. 570-584).

<sup>45</sup> STEHMANN, Oliver y ZELLHOFER, Georg (2004): “Dominant Rail Undertakings under European Competition Policy”, *European Law Journal*, Vol. 10(3), págs. 327-353 (en concreto, pág. 335); MONTERO PASCUAL, Juan José, RAMOS MELERO, Rodolfo y GANINO, Mariarosaria (2019): *Competencia en el mercado ferroviario...*, op. cit., pág. 258; GANINO, Mariarosario. (2020): “Competition law challenges in domestic rail Passenger services”, en M. Finger y J. Montero (eds.), *Handbook on Railway Regulation. Concepts and Practice*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, págs. 284-303 (en concreto, pág. 284).

<sup>46</sup> Este principio de prohibición se enuncia en nuestro Derecho interno, como es sabido, en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE nº 159, de 4 de julio de 2007).

<sup>47</sup> De referencia en nuestra doctrina sobre la materia son los estudios de los profesores CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana (2012): *La doctrina de las facilidades esenciales en derecho antitrust europeo*, Madrid, La Ley, 424 págs. y VILLAR ROJAS, Francisco José (2004): *Las instalaciones esenciales para la competencia: un Derecho público económico*, Granada, Comares, 410 págs.

<sup>48</sup> Se trata de una conducta abusiva que no está expresamente recogida en el TFUE, a diferencia de lo que ocurre a nivel nacional en el artículo 2.2.c) LDC, en virtud del cual se 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”. No obstante, a pesar de que el TFUE no la recoja de forma expresa, la negativa de suministro se considera abusiva a nivel europeo, siendo finalmente recogida en la Comunicación de la Comisión, de 24 de febrero de 2009, “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes”, apdos. 75-90 (DOUE C 45, de 24 de febrero de 2009).

mercado a terceros que lo solicitan, incurre en un abuso de posición dominante<sup>49</sup>. En efecto, una conducta puede encuadrarse bajo la denegación de acceso o de suministro cuando el operador dominante del recurso esencial deniega de forma injustificada el acceso al mismo a un competidor o lo concede en condiciones menos favorables, con el fin de proteger o reforzar su posición en el mercado que domina o en otros mercados relacionados<sup>50</sup>. De este modo, el ejercicio de un derecho exclusivo de propiedad puede limitarse en beneficio de una competencia no falseada en el mercado, siempre que concurren los requisitos excepcionales para la aplicación de la doctrina de las *essential facilities*, que han venido siendo interpretados por la jurisprudencia de forma muy restrictiva<sup>51</sup>.

Y es que la infraestructura ferroviaria es el ejemplo por excelencia de lo que constituye una *essential facility* en el sector<sup>52</sup>, ya que los dos requisitos comunes a todo recurso esencial se cumplen respecto de ella: por un lado, su duplicación económicamente ineficiente al revestir características de monopolio natural; por otro lado, el acceso a la infraestructura es indispensable para poder prestar servicios de transporte por ferrocarril, tanto de viajeros como de mercancías. De este modo, una denegación injustificada por parte del administrador de infraestructuras de los derechos de acceso a la infraestructura ferroviaria es susceptible de eliminar la competencia efectiva en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte por

---

<sup>49</sup> TEMPLE LANG, John (2000): "The principle of essential facilities in European Community Competition Law - The position since Bronner", *Journal of Network Industries*, nº 1, págs. 375-405 (en concreto, pág. 379).

<sup>50</sup> GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando (2010): "Negativa de venta o suministro y abuso de posición dominante", en J. A. Gómez Segade y A. García Vidal (coords.), *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Madrid, Marcial Pons, págs. 307-321 (en concreto, pág. 307).

<sup>51</sup> Desde que así lo declarara la jurisprudencia europea, a raíz de la conocida STJCE (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/97, *Oscar Bronner* (ECLI:EU:C:1998:569). Se trata, en particular, de los siguientes: a) la denegación de suministro tiene que ser respecto de un producto o servicio "objetivamente necesario" para que los operadores puedan competir de manera eficaz en el mercado descendente; b) la denegación debe ser de tal naturaleza que implique la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente; c) la denegación debe redundar en un perjuicio para los consumidores; y, por su puesto, d) la denegación debe carecer de justificación objetiva. Así, vid. Comunicación de la Comisión, de 24 de febrero de 2009, cit., apdo. 81.

<sup>52</sup> WHISH, Richard y BAILEY, David (2021): *Competition Law*, 10th Ed., United Kingdom, Oxford, 1184 págs. (en concreto, pág. 739). De hecho, el origen de esta doctrina se sitúa en el asunto *Terminal Railroad Association* (1912) del Tribunal Supremo estadounidense, que justamente trataba de la denegación de acceso a una infraestructura ferroviaria. Para los antecedentes, puede verse CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana (2012): *La doctrina de las facilidades esenciales...*, op. cit., págs. 57-93; VILLAR ROJAS, Francisco José (2004): *Las instalaciones esenciales...*, op. cit., págs. 13-31. También, DOHERTY, Barry (2001): "Just What are essential facilities?", *Common Market Law Review*, nº 38, págs. 397-436 (en concreto, págs. 398-404); CAPOBIANCO, Antonia (2001): "The essential Facility Doctrine: similarities and differences between the American and the European approach", *European Law Review*, nº 26, págs. 548-550.

ferrocarril. De hecho, a pesar de que el acceso a la infraestructura está regulado, no han sido infrecuentes en la práctica los supuestos en que se ha denegado a terceros operadores, en especial, cuando los administradores de infraestructuras forman parte de un grupo del que también forma parte la empresa ferroviaria histórica<sup>53</sup>. En efecto, cuando estos ejercen el control sobre la infraestructura a la que los operadores deben acceder para poder prestar servicios de transporte, existe el riesgo de que su gestión se lleve a cabo de acuerdo con sus propios intereses, en detrimento de sus competidores.

Con todo, debe destacarse que la finalidad de que concurran los requisitos excepcionales para la aplicación de la doctrina de las *essential facilities* es garantizar que el deber impuesto a una empresa en posición dominante de proporcionar acceso a su recurso esencial no limite la competencia, disuadiéndola del incentivo inicial para invertir en él. No obstante, el incentivo de una empresa en situación de posición dominante para invertir no subsiste en dos situaciones, especialmente relevantes en el caso de mercados liberalizados, como lo es el ferroviario<sup>54</sup>: por un lado, cuando el marco normativo aplicable ya impone una obligación de suministro a la empresa dominante; y, por otro lado, cuando la posición dominante que la empresa ha adquirido en el mercado se deriva de un antiguo monopolio legal.

Pues bien, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de enero de 2023, asunto *Lithuanian Railways*<sup>55</sup>, es paradigmática de la situación objeto de análisis, relativa al carácter abusivo del comportamiento del administrador de infraestructuras. Con ella se confirma la Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2020<sup>56</sup>, que falló a favor de la Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 2017<sup>57</sup>, por la que se sancionó a la empresa ferroviaria lituana de propiedad estatal *Lietuvos geležinkeliai AB* (en adelante, LG), que opera como administrador de infraestructuras y como prestador de servicios de transporte ferroviario en Lituania, al constatar una infracción del artículo 102 TFUE. Así, la autoridad de competencia y los tribunales europeos han tenido la oportunidad de pronunciarse de nuevo sobre el alcance de la doctrina de las *essential facilities* en el sector, que esencialmente se refiere

---

<sup>53</sup> Así lo constató, por ejemplo, la Comisión en la Decisión de 27 de agosto de 2003, asunto GVG. Para un análisis en profundidad, VICENTE MAMPEL, Ciara (2022): *Liberalización y competencia...*, op. cit., págs. 300 y ss.

<sup>54</sup> Comunicación de la Comisión, de 24 de febrero de 2009, cit., apdo. 82.

<sup>55</sup> STJUE (Sala Tercera) de 12 de enero de 2023, asunto C-42/21, *Lietuvos geležinkeliai AB/Comisión Europea y Orlen Lietuva AB* (ECLI:EU:C:2023:12).

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal General (Sala Primera ampliada) de 18 de noviembre de 2020, asunto T-814/17, *Lietuvos geležinkeliai AB/Comisión* (ECLI:EU:T:2020:545).

<sup>57</sup> Commission Decision of 2 October 2017, relating to proceedings under Article 102 of the Treaty of the Functioning of the European Union, Asunto AT.39812-Baltic Rail, C(2017) 6544 final.

a las circunstancias en las que la negativa o denegación de acceso por parte de una empresa en posición dominante puede ser abusiva, o no, a la luz del artículo 102 TFUE.

#### **4. La supresión de un tramo ferroviario como conducta abusiva**

##### *4.1. Planteamiento de la cuestión*

El litigio tiene su origen en una denuncia presentada ante la Comisión Europea en 2010 por *OB ORLEN Lietuva* (en adelante, Orlen). Orlen es una empresa lituana, propiedad de la polaca *Polski Koncern Naftowy Orlen S.A.*, especializada en el refinado de petróleo y en la venta de productos petrolíferos refinados, que posee y explota, entre otras instalaciones, la única refinería existente en los tres Países Bálticos, situada en Mažeikiai, en el noroeste de Lituania, cerca de la frontera con Letonia. Su producción de productos petrolíferos refinados se exportaba en parte vía marítima a países de Europa occidental, a través de Lituania en tren hasta el puerto marítimo de Klaipėda, y en parte por tren a Letonia o a través de ella, principalmente mediante la línea ferroviaria “*Bugeniai-Mažeikiai-Rengė*”, una ruta que iba desde la refinería, situada cerca del nudo ferroviario de Mažeikiai, hasta la ciudad de Rengė (Letonia), de los cuales 34 km se situaban en territorio lituano (en adelante, “la ruta corta a Letonia”), aunque también por la línea “*Bugeniai-Kužiai-Joniškis-Meitene*”, una ruta más larga, de 152 km, que se situaba en territorio lituano (en adelante, “ruta larga hacia Letonia”). Concretamente, para transportar sus productos petrolíferos en la parte lituana de la ruta corta a Letonia (desde la refinería hasta la frontera), Orlen utilizaba los servicios de LG, en virtud de un acuerdo firmado entre ellas en 1999, en el que se establecieron las condiciones de prestación de los servicios de transporte. LG, a su vez, subcontrató los servicios de la empresa ferroviaria nacional de Letonia *Latvijas dzelzceļš* (en adelante, LDZ) para el transporte por la parte letona de la ruta.

A principios de 2008, se inició una disputa comercial entre Orlen y LG, consecuencia de las tarifas de transporte abonadas por la primera, lo que le condujo a valorar la posibilidad de contratar directamente con LDZ los servicios de transporte ferroviario de sus productos petrolíferos en la ruta corta a Letonia y reorganizar sus actividades de exportación marítimas desde Klaipėda (Lituania) a los puertos marítimos de Riga y Ventspils, en Letonia. Poco tiempo después, debido a un supuesto defecto en la infraestructura y con vistas a garantizar la seguridad de la circulación ferroviaria, LG suspendió el tráfico en un tramo de 19 km de longitud de la ruta corta a Letonia, entre Mažeikiai y la frontera con Letonia, hasta que finalmente dicho tramo ferroviario fue suprimido en su integridad. Ante estos hechos, Orlen presentó una denuncia formal a la Comisión, acusando a LG de que, en su condición de administrador de las

infraestructuras ferroviarias públicas lituanas, había suprimido la totalidad de un tramo ferroviario, con el fin de hacer indisponible la ruta corta a Letonia, para que así Orlen tuviera que recurrir a otra ruta más larga para transportar en tren la parte de su producción hacia o a través de Letonia, y, en definitiva, evitar que trasladara sus exportaciones marítimas a los puertos de Letonia utilizando los servicios de transporte de LDZ.

#### *4.2. La supresión de un tramo ferroviario como supuesto de denegación de acceso al mercado*

La cuestión fue resuelta por la Comisión en la citada Decisión de 2 de octubre de 2017<sup>58</sup>. En ella, la autoridad de competencia constató que LG, en virtud del monopolio legal que tiene atribuido por la legislación interna, ostenta una posición de dominio en el mercado ascendente de gestión de las infraestructuras ferroviarias en Lituania, al tiempo que ostentaba tal posición en el mercado descendente de transporte ferroviario de mercancías en Lituania, al ser la única empresa activa en dicho mercado, a excepción de LDZ. Y concluyó que dicha empresa, en su condición de administrador de infraestructuras, había abusado de su posición de dominio en el mercado lituano de gestión de las infraestructuras ferroviarias, al suprimir sin justificación objetiva un tramo ferroviario que conduce desde Lituania a la frontera con Letonia, que podía producir el efecto anticompetitivo de excluir la competencia en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte ferroviario de productos petrolíferos entre la refinería y los referidos puertos marítimos. De ese modo, la conducta del administrador de infraestructuras se encuadró bajo una denegación de acceso o de suministro contraria al artículo 102 TFUE, sancionando a LG al pago de una multa de 27.873.000 euros.

En concreto, la Comisión consideró que LG había eliminado apresuradamente dicha infraestructura, sin haber garantizado los fondos necesarios y sin llevar a cabo ninguno de los pasos preparatorios para su renovación, siendo dicha práctica contraria a la estándar en el sector<sup>59</sup>. Asimismo, LG era consciente tanto de la intención que Orlen tenía de empezar a desarrollar su actividad en los puertos marítimos de Letonia utilizando los servicios de LDZ, como del riesgo de perder todo el negocio de Orlen si se

---

<sup>58</sup> Commission Decision of 2 October 2017..., cit.

<sup>59</sup> En efecto, el comportamiento llevado a cabo por el administrador de infraestructuras fue del todo inusual, incluso en la práctica de la industria ferroviaria, ya que la clausura de una línea o tramo ferroviario suele suceder cuando el mismo es abandonado o reemplazado por otro, y las obras requeridas para ello suelen realizarse durante intervalos que interrumpen el tráfico por un periodo de tiempo concreto, sin que puedan, por su puesto, comenzar antes de concluir el correspondiente procedimiento administrativo que las aprueba. *Ibid.*, apdos. 182, 184 y 193-196.

reconstruía el tramo ferroviario<sup>60</sup>, habiendo tomado medidas para convencer al Gobierno lituano para que no procediese a su reconstrucción<sup>61</sup>. En consecuencia, de conformidad con el artículo 102 TFUE, el comportamiento de LG resultaba abusivo, pues el tramo ferroviario permitía utilizar la ruta más corta y atractiva desde la refinería hasta el puerto marítimo de Letonia, de tal forma que su supresión produjo un cierre competitivo en el mercado descendente de transporte ferroviario de productos petrolíferos<sup>62</sup>. En efecto, a pesar de que la Comisión estimó que LDZ tenía una oportunidad creíble de transportar los productos petrolíferos de Orlen para su exportación por vía marítima a los puertos de Letonia a través de la ruta corta a Letonia, la supresión del tramo ferroviario por parte del administrador de infraestructuras impidió, o al menos dificultó, su entrada en el mercado lituano, dado que todo el transporte ferroviario desde la refinería hasta el puerto marítimo de Letonia tenía que prestarse en territorio lituano a través de una ruta mucho más larga, siendo la única alternativa que tenía LDZ para competir con LG, sin que su comportamiento estuviera justificado por razones objetivas<sup>63</sup>.

Con posterioridad, la Decisión de la Comisión fue recurrida en apelación ante el Tribunal General; recurso que, sin embargo, fue desestimado por la Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2020<sup>64</sup>, aunque con una reducción considerable de la multa impuesta, dado el limitado alcance territorial de la infracción. Entre los motivos invocados por la recurrente en apoyo a su pretensión, especial interés suscita el primero, que se basó en errores de apreciación y de Derecho en la aplicación del artículo 102 TFUE, al no apreciar si su comportamiento cumplía las circunstancias excepcionales que justifican la aplicación de la doctrina de las *essential facilities*, que establece un umbral más restrictivo a la hora de considerar abusivas las negativas a suministrar a un competidor en un mercado descendente<sup>65</sup>. En concreto, entendía la recurrente que el acceso al tramo ferroviario lituano suprimido no era indispensable para que LDZ compitiera con ella en el mercado descendente de transporte ferroviario, ya que existía otra ruta ferroviaria alternativa, aunque fuera menos ventajosa. En consecuencia, exigirle que realizara inversiones sustanciales en una instalación “no esencial”, que además

---

<sup>60</sup> Ibid., apdo. 199.

<sup>61</sup> Ibid., apdo. 201.

<sup>62</sup> Ibid., apdos. 202-324.

<sup>63</sup> Ibid., apdo. 357.

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal General (Sala Primera ampliada) de 18 de noviembre de 2020, cit.

<sup>65</sup> NOVAK, Vladimir, NOBBS, Katherine, ARSLAN, Basak, et. al (2020): “The General Court Rejects The Essential Facilities Doctrine in Rail Sector”, *EU Competition Law Newsletter*, págs. 1-10 (en concreto, págs. 1-3).

estaba deteriorada y sin uso, con el fin de facilitar la entrada de un solo competidor en el mercado, restringía sus derechos de libertad de empresa y de propiedad privada.

Con todo, el Tribunal General –siguiendo la misma postura que adoptó en el asunto *Slovak Telekom*<sup>66</sup>– rechazó los argumentos de LG, entendiendo que su comportamiento no debía analizarse a la luz de la doctrina de las *essential facilities*, puesto que el incentivo de una empresa en situación de posición dominante para que invierta en la construcción y el desarrollo de infraestructuras esenciales, que es la verdadera finalidad de que concurran los requisitos excepcionales para la aplicación de dicha doctrina, no subsiste cuando el marco normativo aplicable ya impone una obligación de suministro a la empresa dominante, ni cuando la posición dominante que la empresa ha adquirido en el mercado se deriva de un antiguo monopolio legal<sup>67</sup>, como aquí acontece. En efecto, LG ocupa una posición dominante en el mercado lituano de gestión de infraestructuras ferroviarias públicas derivada de un monopolio legal, sin que, además, haya invertido en la red ferroviaria lituana, que pertenece al Estado lituano y que se construyó y desarrolló con fondos públicos<sup>68</sup>. Asimismo, la legislación de la UE y, siguiendo la misma, la legislación interna correspondiente, impone a LG, en su condición de administrador de infraestructuras, la obligación de conceder acceso a las infraestructuras ferroviarias públicas, así como de garantizar el buen estado de la red y la seguridad de la circulación ferroviaria<sup>69</sup>. En consecuencia, estimó el Tribunal General que la Comisión no había incurrido en error alguno, al no apreciar si el comportamiento de LG cumplía o no las circunstancias excepcionales que justifican la aplicación de la doctrina de las *essential facilities*, pues no era necesario, y confirmó que, efectivamente, la conducta del administrador de infraestructuras resultaba abusiva y contraria al artículo 102 TFUE.

#### 4.3. La valoración del Tribunal de Justicia

Como era de esperar, LG recurrió en casación, solicitando al Tribunal de Justicia que anulara íntegra o parcialmente la Sentencia del Tribunal General, o, en su caso, que redujera aún más la multa impuesta. Para ello, de nuevo aquí la recurrente invocó en apoyo a su pretensión, entre otros motivos, la existencia de errores de apreciación y de Derecho en la aplicación del artículo 102 TFUE, en lo que respecta al carácter abusivo

---

<sup>66</sup> STGUE (Sala Novena ampliada) de 13 de diciembre de 2018, asunto T-851/14, *Slovak Telekom a.s./Comisión* (ECLI:EU:T:2018:929).

<sup>67</sup> Comunicación de la Comisión, de 24 de febrero de 2009, cit., apdo. 82. También, Sentencia del Tribunal General (Sala Primera ampliada) de 18 de noviembre de 2020, cit., apdos. 91, 92 y 93, y la jurisprudencia allí citada.

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal General (Sala Primera ampliada) de 18 de noviembre de 2020, cit., apdo. 94.

<sup>69</sup> *Ibid.*, apdo. 95.



de la conducta a la luz de la doctrina de las *essential facilities*. Pues bien, seis años después, se ha puesto fin a la controversia mediante la citada STJUE de 12 de enero de 2023. Al abordar la cuestión, el Tribunal de Justicia sigue la postura del Tribunal General que considera inaplicable la doctrina de las *essential facilities*, aunque no por los motivos expuestos, sino porque no se trata de una práctica anticompetitiva consistente en una negativa de suministro.

En efecto, el comportamiento enjuiciado, consistente en la supresión por parte del administrador de infraestructuras de una vía ferroviaria, no es encuadrable, a juicio del Tribunal de Justicia, en un supuesto de denegación de acceso al mercado a la luz del artículo 102 TFUE. Está claro que dicha conducta no es una negativa expresa de suministro, esto es, aquella que consiste en un rechazo a contratar. Ello es así porque el competidor potencial, la empresa ferroviaria LDZ, continuaba teniendo la posibilidad de acceder a la red ferroviaria lituana por otras vías y, en cualquier caso, porque el comportamiento del administrador de infraestructuras en modo alguno consistió en denegar el acceso. Pero tampoco el comportamiento del administrador de infraestructuras, a su juicio, puede encuadrarse en las denominadas negativas de suministro constructivas o *constructive refusal to supply*, esto es, aquellas prácticas asimiladas a la negativa de suministro por conducir *de facto* al mismo resultado<sup>70</sup>.

Es cierto que, en un principio, podía parecer que sí, dado que el comportamiento del administrador de infraestructuras presentaba una problemática común a la de cualquier supuesto de denegación de acceso al mercado, como son los efectos de exclusión. No obstante, el Tribunal de Justicia -siguiendo las conclusiones del Abogado General- despeja la incógnita, precisamente, analizando el comportamiento del administrador de infraestructuras a la luz de los requisitos de aplicación de la doctrina de las *essential facilities* y declarándola inaplicable a la presente litis. Y es que entiende que el supuesto de que una empresa dominante destruya una infraestructura debe diferenciarse del de una denegación o negativa de acceso a la misma. En efecto, mientras que en este último estamos ante situaciones en las que una empresa dominante dispone en exclusiva de un recurso que es esencial para poder participar en el mercado descendente y lo niega en beneficio propio, la destrucción de una parte de la infraestructura no plantea un "problema de acceso". Ello es así por cuanto, como consecuencia de la supresión del

---

<sup>70</sup> En particular, 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, el retraso sucesivo, injustificado o indebido de respuesta a la oferta de compra presentada. Comunicación de la Comisión, de 24 de febrero de 2009, cit., apdo. 79; WHISH, Richard y BAILEY, David (2021): *Competition Law*, op. cit., pág. 735; GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso (2020): "Artículo 2. Abuso de posición dominante", en J. Massaguer Fuentes, J. M. Sala Arquer, J. Folguera Crespo y A. Guitiérrez (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 6.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, págs. 251-383 (en concreto, pág. 313).

tramo ferroviario, el recurso esencial (la infraestructura) no resulta inutilizable solo para los competidores de LG, reales o potenciales, sino también para la propia empresa dominante (el administrador de infraestructuras), que, además, sacrifica un activo y asume costes adicionales.

En consecuencia, ni la Comisión Europea, primero, ni el Tribunal General, después, incurren en error alguno por abstenerse de enjuiciar el comportamiento de la recurrente a la luz de la doctrina de las *essential facilities*, como se alegaba de contrario. Y es que no era necesario aquí examinar si dicho comportamiento resultaba abusivo, de acuerdo con los requisitos excepcionales que esta exige para su aplicación, máxime cuando solo se veía afectado un tramo ferroviario y no el resto de la red lituana -sin que el competidor viera impedido el acceso a la misma por otra vía-; y la regulación ya impone una obligación de suministro a la empresa dominante. En este sentido, si bien entiende el Tribunal de Justicia que la existencia de una obligación legal de conceder acceso a la infraestructura no dispensa a la Comisión de probar la existencia de un abuso a la luz del artículo 102 TFUE, la imposición de dicha obligación tiene como consecuencia que la empresa dominante no puede denegar el acceso como tal, dejando a salvo su autonomía decisoria en relación con las condiciones de conceder dicho acceso. En definitiva, el comportamiento del gestor de infraestructuras no constituye un supuesto de denegación de acceso, aunque sí una forma independiente de abuso, integrado en los denominados “*non-pricing abuses that are harmful to the internal market*”<sup>71</sup>, en todo caso, restrictivo de la competencia por su objeto (*naked restrictions*), por producir un cierre competitivo en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte, impidiendo la entrada a un competidor<sup>72</sup>. De ese modo, el Tribunal de Justicia nuevamente subraya el carácter no exhaustivo de la lista de conducta abusivas expresamente recogidas en el artículo 102 TFUE.

#### IV. CONCLUSIONES

El largo proceso de liberalización del sector ferroviario en Europa ha concluido, al menos, en lo que respecta al reconocimiento de los derechos de acceso a las infraestructuras ferroviarias de todos los Estados miembros para la prestación de servicios nacionales e internacionales de transporte por ferrocarril, tanto de viajeros como de mercancías. Sin duda, su ejercicio efectivo y, en definitiva, el éxito de la liberalización, quedan condicionados a la correcta transposición y cumplimiento del

---

<sup>71</sup> WHISH, Richard y BAILEY, David (2021): *Competition Law*, op. cit., págs. 747-748.

<sup>72</sup> Ibid., pág. 206. También, MAZIARZ, Aleksander (2022): “Recent Developments in the Essential Facility Doctrine: *Bronner Is Still Alive*”, *CoRe*, Vol. 6, nº 2, págs. 120-128 (en concreto, pág. 126).

marco regulatorio establecido *ex ante*, que detalla las condiciones equitativas de acceso al mercado. La necesidad de su instauración reside en las propias características de los sectores regulados, tradicionalmente gestionados en régimen de monopolio público. Con todo, el mantenimiento de la gestión monopolística de las infraestructuras y el evidente poder de mercado que mantienen los operadores tradicionales tras la liberalización, que actualmente son empresas públicas con un gran poder de mercado, hace que garantizar el derecho de acceso de forma justa y no discriminatoria a todos los operadores no siempre resulte sencillo. Por ello, la aplicación de las normas de competencia al sector también resulta esencial para la consecución de un espacio ferroviario europeo único.

En concreto, y centrándonos en el objeto de este estudio, la práctica *antitrust* ha revelado la incompatibilidad que existe entre un mercado de servicios de transporte en el que son muchos los sujetos que pueden concurrir con un mercado de infraestructuras explotado en régimen de monopolio por los administradores de infraestructuras, que ostentan, por ende, una posición de dominio en toda o la mayor parte de la red ferroviaria de un Estado. Ello se debe, en esencia, a los conflictos de interés que surgen como consecuencia de una deficiente separación de la gestión de la infraestructura respecto de los servicios de transporte, sobre todo, cuando el administrador está integrado verticalmente en una estructura que supervisa o controla a una o más empresas ferroviarias. Por ello, aunque se mantienen hoy día, este tipo de estructuras han sido cuestionadas durante toda la liberalización del sector.

Buena prueba de ello lo constituye el asunto *Lithuanian Railways* objeto de análisis, en el que se ha constatado que el administrador de infraestructuras lituano, que presta al mismo tiempo servicios de transporte, ha hecho uso de su poder para suprimir un tramo ferroviario, lo que ha impedido la entrada de un competidor en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte, constituyendo esta actuación un abuso de posición de dominio en virtud del artículo 102 TFUE. A propósito del mismo, la Comisión y los tribunales europeos han tenido la oportunidad de pronunciarse de nuevo sobre el alcance de la doctrina de las *essential facilities* en el sector, ante los conflictos de interés que surgen como consecuencia de una deficiente separación de la gestión de la infraestructura respecto de las operaciones de transporte, en especial, en los supuestos de integración vertical. Con todo, el Tribunal de Justicia finalmente ha concluido que el comportamiento enjuiciado del administrador de infraestructuras no se encuadra en un supuesto típico de denegación de acceso al mercado, sino que constituye una forma independiente de abuso, subrayando una vez más el carácter no exhaustivo del artículo 102 TFUE.

## BIBLIOGRAFÍA

ALTZELAI ULIONDO, Igone (2012): "Hacia un espacio ferroviario europeo único", *Revista de Derecho del Transporte*, nº 10, 2012, págs. 79-105.

BENDER, Christian M., GÖTZ, Georg y PAKULA, Benjamin (2011): "«Effective competition» in telecommunications, rail and energy markets", *Intereconomics: Review of European Economic Policy*, Vol. 46, nº 1, págs. 4-35.

BERMEJO VERA, José (1973): "La nacionalización ferroviaria de 1941", *Revista de Administración Pública*, nº 2, págs. 73-125.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana (2012): *La doctrina de las facilidades esenciales en derecho antitrust europeo*, Madrid, La Ley, 424 págs.

CAPOBIANCO, Antonia (2001): "The essential Facility Doctrine: similarities and differences between the American and the European approach", *European Law Review*, nº 26, págs. 548-550.

CARBONELL PORRAS, Eloísa (2014): "Infraestructuras de transporte terrestre y sector público estatal", en P. Menéndez (dir.), *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, T. I, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, págs. 889-998.

CARLÓN RUIZ, Matilde (2004): "El nuevo régimen jurídico del sector ferroviario: un tímido paso hacia la competencia", en G. Fernández Farreres (coord.), *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia*, Madrid, Civitas, págs. 285-413.

CUERDO MIR, Miguel (2007): "La liberalización del sector ferroviario. La apertura del transporte ferroviario a la competencia", en J. Guillén Caramés (dir.), *El régimen jurídico del sector ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, págs. 85-126.

DÍEZ ESTELLA, Fernando (2003): "La Doctrina del abuso en los mercados conexos: del «monopoly leveraging» a las «essential facilities»", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 248, págs. 555-603.

DOHERTY, Barry (2001): "Just What are essential facilities?", *Common Market Law Review*, nº 38, págs. 397-436.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2014): "Ordenación jurídica del servicio de transporte por ferrocarril", en P. Menéndez (dir.), *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, T. I, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, págs. 883-888.

GANINO, Mariarosario. (2020): "Competition law challenges in domestic rail Passenger services", en M. Finger y J. Montero (eds.), *Handbook on Railway Regulation. Concepts and Practice*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, págs. 284-303.

GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando (2010): “Negativa de venta o suministro y abuso de posición dominante”, en J. A. Gómez Segade y A. García Vidal (coords.), *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Madrid, Marcial Pons, págs. 307-321.

GARCÍA PÉREZ, Juan (1996): *Régimen jurídico del transporte por ferrocarril*, Madrid, Marcial Pons, 472 págs.

GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso (2020): “Artículo 2. Abuso de posición dominante”, en J. Massaguer Fuentes, J. M. Sala Arquer, J. Folguera Crespo y A. Gutiérrez (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 6.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, págs. 251-383.

HELLWIG, Martin (2008): “Competition Policy and Sector-Specific Regulation for Network Industries”, *Discussion Paper Series of the Max Planck Institute for Research Collective Goods 2008/29*, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, págs. 1-36.

LAROCHE, Pierre (2000): “Relevant market definition in network industries: air transport and telecommunications”, *Journal of Network Industries*, nº 1, págs. 407-445.

LÓPEZ GARRIDO, Diego (1993): “La liberalización del transporte ferroviario”, *Revista de Administración Pública*, nº 132, págs. 417-444.

MAZIARZ, Aleksander (2022): “Recent Developments in the Essential Facility Doctrine: *Bronner Is Still Alive*”, *CoRe*, Vol. 6, nº 2, págs. 120-128.

MONTERO PASCUAL, Juan José (2007): “Acceso a la red ferroviaria”, en J. Guillén Caramés (dir.), *El régimen jurídico del sector ferroviario. Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, págs. 491-522.

MONTERO PASCUAL, Juan José, RAMOS MELERO, Rodolfo y GANINO, Mariarosaria (2019): *Competencia en el mercado ferroviario. La liberalización del transporte de viajeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 324 págs.

NOVAK, Vladimir, NOBBS, Katherine, ARSLAN, Basak, et. al (2020): “The General Court Rejects The Essential Facilities Doctrine in Rail Sector”, *EU Competition Law Newsletter*, págs. 1-10.

PEDRET CUSCÓ, Vicenç (2017): “EU Transport and EU Transport Policy”, en L. Ortiz Blanco y B. Van Houtte (eds.), *EU Regulation and Competition Law in the Transport Sector*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, págs. 3-35.

PUETZ, Achim (2012): *Derecho de Vagones. Régimen jurídico-privado de la utilización de vagones de mercancías en tráfico ferroviario*, Marcial Pons, Madrid, 352, págs.

RIVAS CASTILLO, M.<sup>a</sup> Isabel (2010): “Regulación y régimen del sector ferroviario”, en S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la regulación económica*, Vol. I., Iustel, Madrid, págs. 409-533.

SLOT, Piet Jan y SKUDDER, Andrew (2001): “Common features of community law regulation in the network-bound sectors”, *Common Market Law Review*, nº 38, págs. 87-129.

SOUSA FERRO, Miguel (2019): *Market definition in EU Competition Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 384 págs.

STEMMANN, Oliver y ZELLHOFER, Georg (2004): “Dominant Rail Undertakings under European Competition Policy”, *European Law Journal*, Vol. 10(3), págs. 327-353.

STEVENS, Handley (2004): *Transport policy in the European Union*, New York, Palgrave Macmillan, 296 págs.

TEMPLE LANG, John (2000): “The principle of essential facilities in European Community Competition Law - The position since Bronner”, *Journal of Network Industries*, nº 1, págs. 375-405.

VICENTE MAMPEL, Ciara (2022): *Liberalización y competencia en el sector ferroviario*, Madrid, Marcial Pons, 2022, 390 págs.

VILLAR ROJAS, Francisco José (2004): *Las instalaciones esenciales para la competencia: un Derecho público económico*, Granada, Comares, 410 págs.

WHISH, Richard y BAILEY, David (2021): *Competition Law*, 10th Ed., United Kingdom, Oxford, 1184 págs.