Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)

de 28 de febrero de 2013 *

«Incumplimiento de Estado — Transporte — Desarrollo de los ferrocarriles comunitarios — Directiva 91/440/CEE — Artículo 6, apartado 3, y anexo II — Directiva 2001/14/CE — Artículos 4, apartado 2, y 14, apartado 2 — Administrador de infraestructuras — Independencia organizativa y decisoria — Estructura de sociedad holding — Transposición incompleta»

En el asunto C-555/10,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento en virtud del artículo 258 TFUE, interpuesto el 26 de noviembre de 2010,

Comisión Europea, representada por los Sres. H. Støvlbæk, B. Simon, G. Braun y R. Vidal Puig, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

y

República de Austria, representada por las Sras. C. Pesendorfer y U. Zechner, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

apoyada por:

República Italiana, representada por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. S. Fiorentino, avvocato dello Stato, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte coadyuvante,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. A. Tizzano, Presidente de Sala, y los Sres. A. Borg Barthet (Ponente), E. Levits y J.-J. Kasel, y la Sra. M. Berger, Jueces;

Abogado General: Sr. N. Jääskinen;

Secretaria: Sra. C. Strömholm, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 23 de mayo de 2012;

* Lengua de procedimiento: alemán.

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 6 de septiembre de 2012;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su demanda la Comisión Europea solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 6, apartado 3, y del anexo II de la Directiva 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios (DO L 237, p. 25), según su modificación por la Directiva 2001/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001 (DO L 75, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 91/440»), así como de los artículos 4, apartado 2, y 14, apartado 2, de la Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización (DO L 75, p. 29), según su modificación por la Directiva 2007/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007 (DO L 315, p. 44) (en lo sucesivo, «Directiva 2001/14»), al no adoptar las medidas necesarias para garantizar que la entidad a la que se atribuye el ejercicio de funciones esenciales enumeradas en el anexo II de la Directiva 91/440 sea independiente de la empresa que presta los servicios de transporte ferroviario.

Marco jurídico

El Derecho de la Unión

La Directiva 91/440

2 El cuarto considerando de la Directiva 91/440 expone:

«Considerando que el futuro desarrollo y una explotación eficaz de la red ferroviaria pueden verse facilitados por una separación entre la explotación de los servicios de transporte y la administración de la infraestructura; que en tales condiciones es preciso que, en todos los casos, la administración de cada una de dichas actividades se [lleve] a cabo por separado y con contabilidades aparte».

3 El artículo 6, apartados 1 a 3, de esa Directiva establece:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se lleven y se publiquen por separado las cuentas de pérdidas y ganancias y los balances relativos, por una parte, a la explotación de servicios de transporte de empresas ferroviarias y, por otra, a la administración de la infraestructura ferroviaria. Las ayudas estatales que se abonen con destino a una de tales áreas no podrán transferirse a la otra.

Las contabilidades de estas dos áreas deberán reflejar esta prohibición.

2. Además, los Estados miembros podrán disponer que dicha separación suponga la existencia de divisiones orgánicas diferenciadas en el seno de una misma empresa, o que la gestión de la infraestructura corra a cargo de una entidad distinta.

3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las funciones que determinan un acceso equitativo y no discriminatorio a la infraestructura, enumeradas en el anexo II, se encomienden a entidades o empresas que no presten a su vez servicios de transporte ferroviario. Con independencia de las estructuras de organización, deberá demostrarse que se ha cumplido este objetivo.

No obstante, los Estados miembros podrán asignar a las empresas ferroviarias o a cualquier otro organismo el cobro de los cánones y la responsabilidad de gestionar la infraestructura ferroviaria, tal como la inversión, el mantenimiento y la financiación.»

4 El anexo II de la citada Directiva contiene la lista de las funciones esenciales previstas en el artículo 6, apartado 3:

«– preparación y toma de decisiones relativas a la concesión de licencias de empresas ferroviarias, incluida la concesión de licencias individuales;

– toma de decisiones relacionadas con la adjudicación de franjas, incluidas tanto la definición y la evaluación de disponibilidad como la asignación de franjas para trenes concretos;

– toma de decisiones relacionadas con la percepción de cánones por uso de infraestructura;

– supervisión del cumplimiento de las obligaciones de servicio público que requiere la prestación de determinados servicios.»

La Directiva 2001/14

5 Los considerandos 11 y 16 de la Directiva 2001/14 manifiestan:

«(11) Los sistemas de tarifación y adjudicación de capacidad deben permitir igualdad de acceso sin discriminación a todas las empresas y procurar, en la medida de lo posible, atender las necesidades de todos los usuarios y tipos de tráfico de manera justa y no discriminatoria.

[...]

(16) Los sistemas de tarifación y adjudicación de la capacidad deberían propiciar la competencia leal en la prestación de servicios ferroviarios.»

6 El artículo 4, apartado 2, de esa Directiva dispone:

«Si en los aspectos legal, organizativo o de toma de decisiones el administrador de infraestructuras no gozara de independencia respecto de cualquier empresa ferroviaria, las funciones descritas en el presente capítulo distintas de la recaudación de los cánones serán desempeñadas por un organismo de tarifación que goce de dicha independencia respecto de cualquier empresa ferroviaria.»

7 A tenor del artículo 14, apartados 1 y 2, de la misma Directiva:

«1. Los Estados miembros podrán crear un marco para la adjudicación de capacidad de infraestructura, sin dejar de respetar la independencia de gestión amparada por el artículo 4 de la Directiva 91/440. Deberán establecerse reglas específicas de adjudicación de la capacidad. El procedimiento de adjudicación correrá a cargo del administrador de infraestructuras. En particular, velará por que la capacidad se adjudique de manera justa y no discriminatoria, y de conformidad con el Derecho comunitario.

2. Si en los aspectos legal, organizativo o de toma de decisiones el administrador de infraestructuras no fuere independiente de cualquier empresa ferroviaria, las funciones mencionadas en el apartado 1 y que se describen en el presente capítulo serán ejercidas por un organismo adjudicador que en los aspectos legal, organizativo y de toma de decisiones sea independiente de toda empresa ferroviaria.»

El Derecho austriaco

8 La segunda parte de la Ley de Ferrocarriles federales (Bundesbahngesetz) (BGBl. 825/1992), según su modificación (BGBl. I, 95/2009), que comprende los artículos 2 a 4, se titula «ÖBB-Holding [...]».

9 El artículo 2 de esa Ley, titulado «Constitución y creación», dispone en su apartado 1:

«1. El Ministro Federal de Transportes, Innovación y Tecnología deberá constituir y crear una sociedad anónima dotada de un capital social de 1.900 millones de euros, denominada "Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft" (en lo sucesivo, "ÖBB- Holding AG […]"), con domicilio social en Viena, y cuyas acciones estarán reservadas exclusivamente al Estado federal. La constitución de dicha sociedad no será objeto de examen.»

10 A tenor del artículo 3 de dicha Ley, titulado «Gestión de los títulos representativos del capital»:

«La gestión de los títulos representativos del capital en nombre del Estado federal corresponderá al Ministro Federal de Transportes, Innovación y Tecnología.»

11 El artículo 4 esa misma Ley prevé:

«1. ÖBB-Holding [...] tendrá por objeto social el ejercicio de sus derechos de propiedad en las sociedades en las que tenga una participación directa o indirecta, con el fin de fijar una orientación estratégica.

2. Las tareas principales de la sociedad consistirán en:

1) asegurar la coordinación general de la elaboración y ejecución de las estrategias de las sociedades;

2) garantizar la transparencia de los fondos públicos aportados.

3. ÖBB-Holding […] podrá también adoptar todas las medidas que estime necesarias u oportunas a la luz del objeto social que se le ha asignado y de sus principales tareas. En materia de recursos humanos podrá tratarse, en particular, de medidas estratégicas relativas a la compensación de personal entre sociedades.»

12 La tercera parte de la Ley de Ferrocarriles federales se titula «Reorganización de la sociedad de ferrocarriles federales austriacos».

13 El artículo 25 de esa Ley establece:

«Con objeto de llevar a cabo la reorganización de la sociedad de ferrocarriles federales austriacos, ÖBB-Holding […] deberá constituir y crear, a más tardar el 31 de mayo de 2004, una sociedad anónima dotada de un capital social de 70.000 euros, denominada "ÖBB-Infrastruktur Betrieb Aktiengesellschaft" (en lo sucesivo, "ÖBB-Infrastruktur […]"), con domicilio social en Viena.»

14 El artículo 62 de la Ley de ferrocarriles (Eisenbahngesetz, BGB1. 60/1957), según su modificación (BGBl. I, 95/2009), se titula «Organismo adjudicador»:

«1. El organismo adjudicador será la empresa de infraestructura ferroviaria.

2. No obstante, una empresa de infraestructura ferroviaria independiente de toda empresa ferroviaria en los aspectos legal, organizativo y de toma de decisiones podrá confiar, total o parcialmente, mediante contrato otorgado por escrito, los cometidos vinculados a la función de organismo adjudicador a Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH o a otra empresa o entidad competentes.

3. Los cometidos vinculados a la función de organismo adjudicador no podrán sin embargo ser asumidos por una empresa de infraestructura ferroviaria que no goce de independencia respecto de cualquier empresa ferroviaria en los aspectos legal, organizativo o de toma de decisiones. Por tanto, tal empresa de infraestructura ferroviaria deberá confiar todos los cometidos relacionados con la función de organismo adjudicador, mediante contrato otorgado por escrito, a Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH o a otra empresa o entidad competentes – siempre y cuando, en éstos dos últimos casos, éstas gocen de independencia respecto de cualquier empresa ferroviaria en los aspectos legal, organizativo o de toma de decisiones–, las cuales deberán asumir, bajo su propia responsabilidad y en lugar de dicha empresa, los cometidos que incumben a un organismo adjudicador; el contrato no podrá contener disposición alguna que obstaculice o impida el ejercicio, conforme a la ley, de los cometidos vinculados con la función de organismo adjudicador.

4. Las empresas de infraestructura ferroviaria deberán comunicar a Schienen-Control GmbH la denominación de la empresa a la que hayan confiado por contrato, total o parcialmente, los cometidos vinculados con la función de organismo adjudicador.»

15 El artículo 74 de la referida Ley, titulado «Supervisión de la competencia», establece:

«1. La comisión de control ferroviario actuará de oficio para:

1) imponer un comportamiento no discriminatorio o prohibir un comportamiento discriminatorio a un organismo adjudicador en lo relativo al acceso a la infraestructura ferroviaria, incluidas todas las condiciones correspondientes en términos de modalidades administrativas, técnicas y financieras, como, por ejemplo, los derechos de utilización, así como en lo relativo a la prestación de otros servicios, incluidas las condiciones correspondientes en términos de modalidades administrativas, técnicas y financieras, como, por ejemplo, el adecuado reembolso de gastos y la tarifación practicada en el sector, o

2) imponer un comportamiento no discriminatorio o prohibir un comportamiento discriminatorio a una empresa de transporte ferroviario en lo relativo al suministro de servicios y a la prestación suplementaria de servicios de clasificación, incluidas las condiciones correspondientes en términos de modalidades administrativas, técnicas y financieras como, por ejemplo, el adecuado reembolso de gastos y la tarifación practicada en el sector, o

3) declarar la nulidad, total o parcial, de las condiciones discriminatorias de utilización de la red ferroviaria, las condiciones generales de venta discriminatorias, los contratos discriminatorios o los documentos discriminatorios.

2. Estas disposiciones no afectarán a las competencias del tribunal de defensa de la competencia.»

16 El artículo 70 de la Ley de sociedades anónimas (Aktiengesetz, BGBl. 98/1965), titulado «Administración de la sociedad anónima», dispone:

«1. El consejo de administración deberá dirigir la sociedad bajo su propia responsabilidad, tal como exija el interés de la empresa, habida cuenta de los intereses de los accionistas y trabajadores y del interés público.

2. El consejo de administración podrá estar formado por una o varias personas. Si un miembro del consejo de administración es designado presidente, su voto tendrá carácter dirimente en caso de empate, salvo que los estatutos dispongan otra cosa.»

17 El artículo 75 de la Ley de sociedades anónimas, titulado «Nombramiento y cese del consejo de administración», dispone:

«1. Los miembros del consejo de administración serán nombrados por el consejo de vigilancia, por un plazo máximo de cinco años. En caso de nombramiento de un miembro del consejo de administración por un plazo determinado de mayor duración, por un plazo indeterminado o sin indicación de plazo, su mandato tendrá una duración de cinco años. Dicho mandato será renovable; no obstante, dicha renovación deberá ser confirmada por escrito por el presidente del consejo de vigilancia. Estas disposiciones se aplicarán, *mutatis mutandis*, al contrato de trabajo.

2. Las personas jurídicas o las sociedades personalistas (sociedad colectiva o sociedad comanditaria) no podrán ser nombradas miembros del consejo de administración.

3. En caso de que se nombren varios miembros del consejo de administración, el consejo de vigilancia podrá designar a uno de ellos presidente del consejo de administración.

4. El consejo de vigilancia podrá cesar a un miembro del consejo de administración o al presidente del consejo de administración por causas graves. Podrá tratarse, en particular, de un incumplimiento grave, de la incapacidad de garantizar una buena administración de la sociedad, o de una pérdida de confianza por parte de la junta general, salvo que dicha pérdida de confianza se deba a causas manifiestamente subjetivas. La presente disposición se aplicará también al consejo de administración nombrado por el primer consejo de vigilancia. El cese conservará su validez mientras no sea declarado ineficaz por una decisión que haya adquirido fuerza de cosa juzgada, sin que ello afecte a los derechos creados por el contrato de trabajo.»

18 El artículo 3, apartado 4, de los estatutos de ÖBB-Infrastruktur, en su versión de 30 de junio de 2010, establece:

«La realización de dicho objeto social forma también parte del interés común de las sociedades en las que [ÖBB-Holding] posea, directa o indirectamente, una participación mayoritaria, y deberá respetar los objetivos estratégicos generales, en la medida en que ello no obstaculice la independencia legal, organizativa o decisoria, prevista en el Derecho comunitario y la Ley de Ferrocarriles, de ÖBB-Infrastruktur […] frente a las empresas de transporte ferroviario (en particular en lo relativo a la adjudicación de franjas, la tarifación de franjas, la certificación de la seguridad y el establecimiento de reglas de funcionamiento).»

Procedimiento administrativo y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

19 En mayo de 2007 la Comisión envió un cuestionario a las autoridades austriacas para comprobar la transposición por la República de Austria de las Directivas 2001/12, 2001/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, por la que se modifica la Directiva 95/18/CE del

Consejo sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias (DO L 75, p. 26), y 2001/14 (en lo sucesivo, designadas conjuntamente «primer paquete ferroviario»). Ese Estado miembro contestó con un escrito de 2 de agosto de 2007.

20 Por escrito de requerimiento de 27 de junio de 2008 la Comisión instó a la República de Austria a dar cumplimiento a las Directivas 91/440, 95/18 y 2001/14.

21 Mediante escrito de 30 de septiembre de 2008 la República de Austria respondió a dicho escrito de requerimiento.

22 El 19 de marzo de 2009 se reunieron en Bruselas representantes de la Comisión y del Gobierno austriaco para examinar la compatibilidad de la legislación y del sistema ferroviario austriacos con las Directivas del primer paquete ferroviario. A raíz de esa reunión la Dirección General «Energía y transportes» de la Comisión envió a la República de Austria el 9 de junio de 2009 un escrito al que ésta respondió con otro de 16 de julio de 2009.

23 Por escrito de 8 de octubre de 2009 la Comisión envió a la República de Austria un dictamen motivado, en el que manifestaba que ese Estado miembro no había cumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 6, apartado 3, y del anexo II de la Directiva 91/440, así como de los artículos 4, apartado 2, y 14, apartado 2, de la Directiva 2001/14. La Comisión instó a Austria a adoptar las medidas necesarias para atenerse al dictamen motivado en un plazo de dos meses desde su recepción.

24 Mediante escrito de 9 de diciembre de 2009 la República de Austria respondió al dictamen motivado y refutó el incumplimiento que le reprochaba la Comisión.

25 Insatisfecha por la respuesta de la República de Austria, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

26 Por auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 26 de mayo de 2011 se admitió la intervención de la República Italiana en apoyo de las pretensiones de la República de Austria.

Sobre el recurso

Alegaciones de las partes

27 La Comisión mantiene que la entidad a la que se haya atribuido el ejercicio de las funciones esenciales previstas en el anexo II de la Directiva 91/440 debe ser independiente económica, y no sólo jurídicamente, de la empresa que presta los servicios de transporte ferroviario.

28 Afirma acerca de ello que, aun si el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 91/440 no exige expresamente que la entidad a la que se atribuya el ejercicio de esas funciones esenciales sea «independiente» de las sociedades que prestan los servicios de transporte ferroviario, el término «empresa» empleado en esa disposición debe interpretarse no obstante, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como comprensivo de todas las entidades que, aun cuando sean jurídicamente distintas, actúen como una «unidad económica».

29 Según la Comisión, se debe interpretar el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 91/440 en el sentido de que las funciones esenciales enumeradas en el anexo II de esa Directiva han de ser asumidas por una entidad no sólo distinta de las empresas ferroviarias en el plano jurídico sino también independiente de éstas en los aspectos organizativos y decisorios.

30 La Comisión alega a continuación que, cuando esas funciones esenciales se ejercen por una sociedad dependiente de una sociedad holding ferroviaria, como es el caso de ÖBB-Infrastruktur, hay que valorar en qué medida y en qué condiciones esa sociedad, que por otro lado es el administrador de infraestructuras ferroviarias encargado de ejercer esas mismas funciones esenciales, puede ser considerada «independiente» de la empresa que presta los servicios de transporte ferroviario, a saber la sociedad holding y las sociedades dependientes de ésta que prestan los servicios de transporte de personas y de mercancías, a pesar de su pertenencia a un mismo grupo.

31 Pues bien, la República de Austria no ha previsto mecanismos eficaces para garantizar la independencia organizativa y decisoria del administrador de infraestructuras ferroviarias, ÖBB-Infrastruktur. La Comisión deduce de ello que este Estado miembro ha incumplido así las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 6, apartado 3, y del anexo II de la Directiva 91/440, así como de los artículos 4, apartado 2, y 14, apartado 2, de la Directiva 2001/14.

32 Para examinar si los Estados miembros pueden acreditar que sus sociedades holdings ferroviarias nacionales u otros organismos reguladores garantizan la necesaria independencia de las funciones esenciales enumeradas en el anexo II de la Directiva 91/440, que la sociedad matriz y la filial no pueden constituir una entidad económica y no pueden actuar como una empresa única y que se evitan los conflictos de intereses, la Comisión dio a conocer a partir de 2006 los criterios en los que se basaría para examinar la independencia exigida por la Directiva 2001/14 y las medidas previstas para garantizar esa independencia. Se trata de los criterios mencionados en el anexo 5 del documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña al Informe de 3 de mayo de 2006 sobre la aplicación del primer paquete ferroviario [COM(2006) 189] (en lo sucesivo, «anexo 5»).

33 La Comisión alega al respecto en primer lugar que la observancia de las obligaciones de independencia debe ser objeto de control por una autoridad independiente, como la autoridad de regulación ferroviaria, o un tercero. Los competidores deberían tener la posibilidad de presentar denuncias en caso de inobservancia de la obligación de independencia. La Comisión considera que la República de Austria no respeta ninguna de ambas disposiciones.

34 En segundo término la Comisión estima que deberían existir disposiciones legales o cuando menos contractuales en materia de independencia en la relación entre la sociedad holding y la entidad encargada de funciones esenciales enumeradas en el anexo II de la directiva 91/440, entre esta última y otras empresas del grupo que presten servicios ferroviarios, o los otros órganos controlados por la sociedad holding, en especial la junta de accionistas de la entidad encargada de las referidas funciones esenciales.

35 La Comisión mantiene que el hecho de que el artículo 3 de los estatutos y el artículo 10, apartado 3, del reglamento interno del consejo de vigilancia de ÖBB-Infrastruktur establezcan que el consejo de administración de dicha sociedad no estará sujeto a las instrucciones del consejo de vigilancia o de ÖBB-Holding en el ejercicio de dichas funciones esenciales no es suficiente para excluir eventuales conflictos de intereses entre los directivos del administrador de infraestructuras y la sociedad holding, dado que dichos directivos, que pueden ser nombrados y cesados por ésta, se ven incitados a no tomar decisiones contrarias a los intereses económicos de su sociedad holding.

36 En tercer lugar la Comisión afirma que los miembros del consejo de administración de la sociedad holding y de otras empresas de la sociedad holding no deben formar parte del consejo de administración de la entidad encargada de funciones esenciales enumeradas en el anexo II de la Directiva 91/440.

37 En efecto, según la Comisión es difícil afirmar que el consejo de administración de la entidad encargada de esas funciones esenciales es independiente en el plano decisorio del consejo de administración de la sociedad holding, cuando los dos consejos de administración están integrados por las mismas personas. La Comisión destaca que ninguna disposición legal se opone a que se produzca esa situación.

38 En cuarto lugar, ninguna norma prohíbe a los administradores de la entidad encargada de funciones esenciales enumeradas en el anexo II de la Directiva 91/440 y a los directivos relacionados con esas funciones esenciales que acepten cualquier puesto de dirección en la sociedad holding o en otros órganos sujetos a su control, durante un número razonable de años después de haber cesado en la entidad de que se trata. A este respecto, el artículo 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, invocado por la República de Austria, que reconoce un derecho fundamental a la libertad profesional y al derecho al trabajo, está no obstante sujeto a la reserva general de legalidad prevista en el artículo 52 de dicha Carta. Por tanto, una limitación razonable del ejercicio de una actividad profesional está justificada.

39 En quinto término la Comisión alega que el consejo de administración de la entidad encargada de funciones esenciales enumeradas en el anexo II de la Directiva 91/440 debe ser designado según condiciones claramente definidas y con compromisos jurídicos que garanticen la independencia total en su toma de decisiones. Debería ser designado y cesado bajo el control de una autoridad independiente.

40 En sexto lugar la Comisión mantiene que la entidad encargada de esas funciones esenciales debe tener su propio personal y ocupar locales separados o de acceso protegido.

41 Por último, la Comisión alega que las medidas de salvaguardia adoptadas para garantizar la independencia de ÖBB-Infrastruktur frente a ÖBB-Holding no son suficientes.

42 Por otro lado, la Comisión también ha puesto de relieve la existencia en otros sectores regulados de disposiciones reglamentarias que recogen los criterios mencionados en el anexo 5. De esa forma, en su dictamen motivado citó los períodos de incompatibilidad entre algunas funciones previstas en las disposiciones aplicables al mercado interior de la electricidad y al mercado interior del gas natural.

43 La República de Austria alega que no es exigible una «independencia económica» del administrador de infraestructuras, ya que las disposiciones del primer paquete ferroviario están orientadas, por una parte, hacia los objetivos que se deben alcanzar previstos en el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 91/440 y, por otra parte, a las funciones a las que se refieren los artículos 4, apartado 2, y 14, apartado 2, de la Directiva 2001/14. El artículo 6, apartado 3, de la Directiva 91/440 obliga únicamente a alcanzar un objetivo, a saber, el de confiar las funciones esenciales enumeradas en el anexo II de esa Directiva a entidades o empresas independientes, y los artículos 4, apartado 2, y 14, apartado 2, de la Directiva 2001/14 imponen la forma de ejercer dichas funciones, a saber, mediante un organismo independiente de las empresas ferroviarias en los aspectos legal, organizativo y de toma de decisiones.

44 Así pues, a tenor de las disposiciones del primer paquete ferroviario, carece de pertinencia que ÖBB-Infrastruktur, como «entidad» en el sentido del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 91/440, sea «económicamente» independiente.

45 Acerca de los criterios de examen aplicables a la prueba de la independencia previstos en el anexo 5, la República de Austria afirma que éstos no concuerdan con las disposiciones obligatorias pertinentes en el presente asunto, establecidas en el artículo 6, apartado 3, y en el anexo II de la Directiva 91/440 así como en los artículos 4, apartado 2, y 14, apartado 2, de la Directiva 2001/14. Además, ese documento no se ha publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y no es un acto jurídico obligatorio. Por tanto, no cabe invocarlo en el presente procedimiento.

46 La República Italiana recuerda que la obligación de separación prevista por el legislador de la Unión en relación con las funciones de transporte ferroviario y de administración de la infraestructura es de naturaleza contable.

47 Ese Estado miembro destaca que la Comisión defiende un criterio contradictorio acerca del modelo de holding, toda vez que llega a una conclusión de incompatibilidad, pese a que ese modelo está legalmente reconocido, pero afirma que sólo podría ser compatible con las Directivas de que se trata si la sociedad holding no tuviera ni ejerciera ninguna de las prerrogativas propias de tal sociedad holding.

48 La legislación de la Unión no ha querido en modo alguno establecer una obligación de separación de las estructuras de propiedad o regímenes organizativos que tengan efectos equivalentes en el plano de la autonomía de gestión, sino que se ha propuesto respetar y garantizar la facultad discrecional de los Estados miembros y de las empresas interesadas para adoptar diferentes tipos de modelo de organización.

Apreciación del Tribunal de Justicia

49 Con su único motivo la Comisión reprocha a la República de Austria no haber adoptado medidas específicas que permitan garantizar la independencia del administrador de infraestructuras ferroviarias, ÖBB-Infrastruktur, a quien se han atribuido algunas funciones esenciales previstas en el anexo II de la Directiva 91/440, siendo así que ÖBB-Infrastruktur pertenece a una sociedad holding, ÖBB-Holding, que comprende empresas de transporte ferroviario.

50 En efecto, la Comisión considera que es necesario que el Estado miembro adopte reglas específicas y detalladas, como las contenidas en el anexo 5, para que se garantice la independencia de ese administrador en los aspectos legal, organizativo y de toma de decisiones, en el sentido de los artículos 4, apartado 2, y 14, apartado 2, de la Directiva 2001/14.

51 Acerca de ello hay que recordar que el artículo 6, apartados 1 y 2, de la Directiva 91/440 sólo exige una separación contable entre las actividades de transporte desarrolladas por las empresas ferroviarias y las actividades de administración de la infraestructura ferroviaria, pudiendo realizarse la separación entre la explotación de servicios de transporte por empresas ferroviarias y la administración de la infraestructura ferroviaria por medio de divisiones orgánicas diferenciadas en el seno de una misma empresa, como es el caso en una sociedad holding.

52 No obstante, el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 91/440 prevé que, para asegurar un acceso equitativo y no discriminatorio a la infraestructura, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las funciones enumeradas en el anexo II de la misma Directiva se encomienden a entidades o empresas que no presten a su vez servicios de transporte ferroviario, y que, con independencia de las estructuras de organización, deberá demostrarse que se ha cumplido este objetivo.

53 En cualquier caso, los artículos 4, apartado 2, y 14, apartado 2, de la Directiva 2001/14 prevén que las entidades encargadas de las funciones de tarifación y de adjudicación sean independientes en los aspectos legal, organizativo y de toma de decisiones.

54 En el presente asunto, ÖBB Infrastruktur está integrada, en su condición de administrador de infraestructuras ferroviarias, en la empresa ÖBB- Holding, que, como sociedad holding, supervisa también a empresas ferroviarias. Por consiguiente, para poder asumir las funciones de tarifación y de adjudicación ÖBB Infrastruktur debe ser independiente de ÖBB-Holding en los aspectos legal, organizativo y de toma de decisiones.

55 No se discute al respecto que ÖBB-Infrastruktur dispone de personalidad jurídica distinta de la de ÖBB-Holding, por un lado, y por otro de órganos y de recursos propios diferentes de los de ÖBB-Holding.

56 Por lo demás, la Comisión alega en su demanda que deben aplicarse los criterios previstos en el anexo 5 para apreciar la independencia decisoria de un administrador de infraestructuras que, como ÖBB Infrastruktur, está integrado en una empresa de la que algunas unidades son empresas ferroviarias.

57 De tal forma ese anexo prevé que el respeto de las obligaciones de independencia debería ser objeto de control por una autoridad independiente o un tercero, que deberían existir disposiciones legales o cuando menos contractuales en materia de independencia, que se debería establecer una prohibición de acumulación de funciones entre los órganos de dirección de las diferentes sociedades de la sociedad holding, que debería fijarse un plazo de incompatibilidad para el cargo en relación con el tránsito de miembros directivos de la entidad encargada de funciones esenciales enumeradas en el anexo II de la Directiva 91/440 a cualquier otra entidad de la sociedad holding, y que el cese y el nombramiento de los administradores del administrador de infraestructuras ferroviarias deberían producirse bajo el control de una autoridad independiente.

58 Es preciso observar en primer término que el anexo 5 carece de fuerza jurídica obligatoria. En efecto, nunca fue publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y se hizo público cinco años después de la entrada en vigor de la Directiva 2001/14, esto es tres años después de finalizar el plazo para la transposición de ésta. Así pues, en el momento de dar cumplimiento a las Directivas 91/440 y 2001/14 los criterios enunciados en ese anexo no existían. Además y con independencia de ese desfase cronológico, ese anexo y los criterios contenidos en él no se han recogido en el texto de la Directiva 91/440 ni en el de la Directiva 2001/14, ni en ningún otro instrumento legislativo. Por consiguiente, no cabe reprochar a un Estado miembro no haber incorporado esos criterios en las disposiciones legales o reglamentarias de transposición de las Directivas 91/440 y 2001/14.

59 En segundo lugar, no se puede acoger la comparación que hace la Comisión con las disposiciones reguladoras del mercado interior de la electricidad y del mercado interior del gas natural. En efecto, la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE (DO L 211, p. 55) y la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE (DO L 211, p. 94) confieren a la autoridad reguladora amplias prerrogativas de supervisión en lo referente a la independencia del gestor de la red de transporte. Conforme al artículo 19, apartado 2, de ambas Directivas, la autoridad reguladora podrá oponerse al nombramiento y al cese de personas responsables de la gestión ejecutiva y de miembros de los órganos administrativos del gestor de la red de transporte. El artículo 19, apartado 3, de ambas Directivas prevé que no se podrá haber ocupado ningún cargo o tenido ninguna responsabilidad profesional ni interés ni haber mantenido una relación comercial, directa o indirecta, con la empresa integrada verticalmente o cualquier parte de ella o sus accionistas mayoritarios, con excepción del gestor de la red de transporte, durante un período de tres años antes del nombramiento de las personas responsables de la gestión y/o los miembros de los órganos administrativos del gestor de la red de transporte. Conforme al artículo 19, apartado 4, de ambas Directivas, los empleados del gestor de la red de transporte no ocuparán ningún otro cargo en cualquier otra parte de la sociedad holding del sector de la energía. El artículo 19, apartado 7, de las Directivas 2009/72 y 2009/73 prevé un período de incompatibilidad entre el ejercicio de funciones en el gestor de la red de transporte y la ocupación de un cargo en cualquier otra parte de la empresa verticalmente integrada.

60 Así pues, esas dos Directivas prevén expresamente reglas sobre las condiciones de ejercicio de actividades en la sociedad gestora de la red y períodos de incompatibilidad, lo que no hace la Directiva 2001/14, que no precisa los criterios relativos a la independencia que debe asegurarse entre el

administrador de infraestructuras encargado de funciones esenciales enumeradas en el anexo II de la Directiva 91/440 y las empresas ferroviarias, por lo que esos criterios no pueden ser deducidos de las Directivas 91/440 y 2001/14, ni cabe exigir su observancia a la República de Austria.

61 Siendo así, es preciso constatar que la falta de transposición en el Derecho austriaco de los criterios derivados del anexo 5 no puede llevar por sí sola a deducir la inexistencia de independencia decisoria de ÖBB Infrastruktur, en calidad de administrador de infraestructuras, en relación con ÖBB-Holding.

62 Pues bien, según reiterada jurisprudencia, en un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 258 TFUE, corresponde a la Comisión probar la existencia del incumplimiento alegado. Es la Comisión quien debe aportar al Tribunal de Justicia los datos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin poder basarse en una presunción (véanse en particular las sentencias de 26 de abril de 2005, Comisión/Irlanda, C-494/01, Rec. p. I-3331, apartado 41; de 6 de octubre de 2009, Comisión/Finlandia, C-335/07, Rec. p. I-9459, apartado 46, y de 10 de diciembre de 2009, Comisión/Reino Unido, C-390/07, apartado 43).

63 Sin embargo, la Comisión no ha presentado ninguna prueba concreta acreditativa de que ÖBB Infrastruktur no es independiente de ÖBB- Holding en lo que se refiere a las modalidades de toma de decisiones.

64 Por consiguiente, la Comisión no ha logrado probar que la República de Austria debía necesariamente adoptar medidas positivas para garantizar la independencia jurídica, organizativa y decisoria entre el administrador de infraestructuras encargado de funciones esenciales enumeradas en el anexo II de la Directiva 91/440 y las empresas ferroviarias.

65 En ese aspecto, como ha señalado el Abogado General en los puntos 95 y 99 de sus conclusiones, la obligación de establecer una regla prohibitiva de la duplicidad de funciones y la de exigir al administrador de infraestructuras que disponga de personal y locales propios no constituyen obligaciones que se puedan deducir del artículo 6, apartado 3, de la Directiva 91/440. La Comisión tampoco ha demostrado por qué las cláusulas de protección de confidencialidad estipuladas en los contratos de los colaboradores no son suficientes.

66 En consecuencia, incumbía a la Comisión, atendiendo no sólo a los objetivos de las Directivas 91/440 y 2001/14, sino también a todos los aspectos, incluidos los de naturaleza privada, que enmarcan las relaciones entre ÖBB Infrastruktur y ÖBB-Holding, probar que ÖBB Infrastruktur no disponía en la práctica de independencia decisoria en relación con ÖBB-Holding.

67 De las precedentes consideraciones resulta que debe desestimarse el recurso de la Comisión.

Costas

68 En virtud del artículo 138, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que la República de Austria ha solicitado la condena en costas de la Comisión y los motivos de ésta se han desestimado, procede condenarla en costas.

69 En aplicación del artículo 140, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, la República Italiana cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:

1) Desestimar el recurso.

2) Condenar en costas a la Comisión Europea.

3) La República Italiana cargará con sus propias costas.

Firmas