

ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICA LA LEY 38/2015, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DEL SECTOR FERROVIARIO.

CONSEJO. PLENO

IPN/CNMC/014/18

Presidente

D. José María Marín Quemada

Vicepresidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 25 de julio de 2018

En el ejercicio de las competencias de que atribuye el artículo 5.2.a) de la Ley 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el Consejo acuerda emitir el siguiente informe relativo al Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (en adelante, Ley 38/2015).

I. OBJETO DEL INFORME Y HABILITACION COMPETENCIAL

El presente informe se aprueba a solicitud de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento, efectuada mediante oficio de fecha 7 de mayo de 2018, en aplicación de lo previsto en el artículo 5.2.a) de la ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC) en ejercicio de las competencias consultivas de la CNMC en el proceso de elaboración de normas que afecten al ámbito de sus competencias en los sectores sometidos a su supervisión.

II. ANTECEDENTES

El 23 de diciembre de 2016 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea, la Directiva 2016/2370¹ que fija, en su artículo 2, que los Estados miembros adoptarán y publicarán a más tardar el **25 de diciembre de 2018**, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada Directiva.

La Directiva 2016/2370 forma parte de las modificaciones introducidas para **finalizar el proceso de liberalización del sector ferroviario**, que comenzó con la aprobación del primer paquete ferroviario en 2001². En 2012 fue aprobada la Directiva 2012/34/UE³ (RECAST) que compilaba las normas anteriores a la vez que establecía reglas sobre la fijación de los cánones ferroviarios y reforzaba el papel del regulador.

Los paquetes ferroviarios señalados anteriormente han pivotado sobre los siguientes elementos:

- **Acceso** regulado de todas las empresas ferroviarias y demás candidatos **a las infraestructuras ferroviarias**, tanto a la red como a otras instalaciones de servicio, incluyendo las condiciones operativas y económicas.
- **Independencia** de los gestores y operadores con respecto a los órganos del Estado y, en particular, **de los gestores de las infraestructuras** en relación con sus funciones esenciales.
- **Liberalización progresiva** de los servicios ferroviarios: i) mercancías (2007); ii) transporte internacional de viajeros (2010) y, finalmente; iii) transporte nacional de viajeros (2020).
- Creación de un **regulador nacional independiente** con funciones en diferentes ámbitos del sector ferroviario.

¹ Directiva 2016/2370 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 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 por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias.

² Directiva 2001/13/EC; Directiva 2001/24/EC y Directiva 2001/16/EC. Posteriormente fueron aprobados el Segundo paquete ferroviario (Directiva 2004/49/EC; Directiva 2004/50/EC; y Directiva 2004/51/EC) y el tercero (Directiva 2007/58/EC; Directiva 2007/59/EC).

³ 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.

De esta forma, el marco normativo europeo se ha ido construyendo de forma progresiva a través de los diferentes paquetes ferroviarios. Por tanto, la adecuada transposición del marco regulador europeo debe considerar, necesariamente, el conjunto de normas anteriores y no, únicamente, las modificaciones derivadas de la Directiva 2016/2370. Por ello, cabe recordar que la Comisión Europea ha expuesto determinados elementos que ponen en duda la **adecuada incorporación al marco jurídico español de la Directiva RECAST**, con la apertura de dos procedimientos de infracción⁴.

Por otra parte, la elaboración de las normas a nivel nacional debe considerar la situación del mercado con el fin de que, de *facto*, se cumplan los objetivos del marco europeo. En este sentido, las condiciones de la red española, caracterizada por un ancho de vía diferente, generando una situación de aislamiento en determinados aspectos relevantes de la prestación de los servicios ferroviarios, o la situación del operador histórico en determinados ámbitos del mercado, requieren **adoptar algunas medidas** no previstas en las Directivas europeas para conseguir los fines que se persiguen en el caso español. En este sentido, como se detallará posteriormente, el acceso al material rodante o a las instalaciones de mantenimiento, por los motivos anteriores, presentan una casuística particular que debe ser tratada desde la perspectiva nacional.

Por último, el Ministerio de Fomento, ha impulsado, en estos últimos meses, diferentes iniciativas normativas:

- Se ha modificado el Reglamento del Sector Ferroviario, mediante [Real Decreto 271/2018, de 11 de mayo](#). Esta modificación fue objeto de informe por la CNMC el [14 de noviembre de 2017](#).
- Está pendiente de publicación las modificaciones de las Órdenes FOM/897/2005, sobre la declaración sobre la red y adjudicación de capacidad, y FOM/189/2015, sobre el sistema de incentivos a los cánones. Éstas también fueron objeto de informe por la CNMC el [14 de noviembre de 2017](#).

Finalmente, y como la propia Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley señala, la modificación de la Ley 38/2015 pretende, además de transponer las nuevas disposiciones previstas en la Directiva 2016/2370, incorporar algunas

⁴ El 14 de julio de 2017, la Comisión Europea informó sobre la apertura de un procedimiento a España por la incompleta transposición de la Directiva RECAST (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1577_es.htm). Posteriormente, el 17 de mayo de 2018 informó del envío de una carta de emplazamiento por la incorrecta transposición de dicha Directiva (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-3446_es.htm).

medidas de la Directiva RECAST. Sin embargo, como se detallará a lo largo del presente informe, el conjunto de iniciativas anteriores **no aborda aspectos que, a juicio de este Consejo, deben ser recogidos en la normativa nacional al provenir del marco europeo**, como la fijación de cánones, las competencias de la CNMC, en tanto que regulador independiente, y el acceso a las instalaciones de servicio, entre otras.

III. CONTENIDO

El Anteproyecto de Ley remitido se estructura en un artículo único, que tiene cincuenta y siete apartados, y que modifica esencialmente, los siguientes aspectos de la vigente Ley 38/2015:

- La **liberalización del transporte nacional de pasajeros**, que se prevé para el horario de servicio que comienza el 14 de diciembre de 2020, regulando su interacción con las obligaciones de servicio público (OSP) existentes.
- **Actividad del administrador de infraestructura**, donde destaca, especialmente, la transposición de las medidas dirigidas a garantizar su independencia e imparcialidad con respecto a las empresas ferroviarias. En este sentido, se transpone, en línea con la Directiva 2016/2370, el concepto de **empresa integrada verticalmente** para recoger situaciones en las que gestor de infraestructuras y empresa ferroviaria están vinculadas, por ejemplo, a través de un *holding* propietario de ambos, así como su regulación, más estricta que en los casos de separación estructural. Adicionalmente, se contemplan modificaciones en la definición de infraestructura ferroviaria, su planificación y se introduce la obligación para el administrador de coordinarse con los distintos agentes del sector.
- **Instalaciones de servicio ferroviario y los servicios prestados en ellas**, entre los cuales se incluye su régimen económico y el tratamiento de la autoprestación, realizando una adaptación parcial al Reglamento de Ejecución 2017/2177⁵ (en adelante, RE 2017/2177). Estas modificaciones no derivan de la incorporación de la Directiva 2016/2370 sino de aspectos no correctamente transpuestos de la Directiva RECAST.

⁵ Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2177 de la Comisión de 22 de noviembre de 2017 relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos.

- Supresión de las **obligaciones que existen sobre el Grupo RENFE** para prestar sus servicios de alquiler de material rodante y de mantenimiento en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, a través de la **derogación de la Disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2015**.
- **Otros aspectos**, entre los cuales destacan las adiciones al sistema de cánones ferroviarios, que ya fueron incluidas en la modificación de la citada Orden FOM/189/2015, algunos artículos relativos a la seguridad ferroviaria, incluyendo la colaboración entre la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (en adelante, AESF) y la CNMC y, por último, se incluyen algunas definiciones no incorporadas de la Directiva RECAST.

Finalmente, el Anteproyecto de Ley se cierra con una **disposición derogatoria** de las Órdenes Ministeriales de títulos habilitantes⁶ y de transporte de viajeros con finalidad prioritariamente turística⁷, y **tres disposiciones finales** sobre el Título competencial sobre el que se dicta esta Ley (artículo 149.1.21^a CE), la incorporación al Derecho nacional del contenido de la Directiva RECAST, modificada por la Directiva 2016/2370, y la entrada en vigor de la norma.

Por último, junto con el Anteproyecto de Ley, la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento ha remitido la Memoria del Análisis del Impacto Normativo, así como un resumen de las observaciones efectuadas por diferentes organismos respecto al Anteproyecto de Ley.

IV. VALORACIÓN

IV.1. Valoración general

Como se ha señalado, el Anteproyecto de Ley prevé la incorporación al ordenamiento jurídico interno de dos elementos modificados por la Directiva 2016/2370: i) la **liberalización del transporte interior de viajeros** por ferrocarril y; ii) las normas que refuerzan la **independencia e imparcialidad de los administradores ferroviarios**.

⁶ Orden FOM/1977/2015, de 29 de septiembre, sobre el procedimiento de licitación para el otorgamiento del título habilitante para la realización del transporte ferroviario de viajeros previsto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de junio de 2014, por el que se determina el número y vigencia de títulos habilitantes para la prestación de servicios de transporte ferroviario de viajeros en régimen de concurrencia en determinadas líneas y tramos de la Red Ferroviaria de Interés General

⁷ Orden FOM/1403/2013, de 19 de julio, sobre servicios de transporte ferroviario de viajeros con finalidad prioritariamente turística

La transposición de estos aspectos debe valorarse positivamente en la medida en que aportará certidumbre a los entrantes potenciales sobre el cumplimiento del calendario establecido en la normativa europea.

Es importante recordar que iniciar efectivamente la prestación de los servicios ferroviarios supone acometer importantes inversiones, así como acciones encaminadas a desarrollar aspectos tan relevantes como la homologación del material, habilitación del personal, diseñar la operativa de la actividad, su comercialización, etc. Además, los plazos que se requieren para estas acciones, en algunos casos, son muy dilatados, como ha demostrado la experiencia italiana⁸.

Por otra parte, difícilmente un entrante potencial acometerá estas inversiones e iniciará su proyecto de operador alternativo sin contar con la certidumbre de que la apertura del mercado se producirá de acuerdo con lo establecido en el 4º Paquete Ferroviario.

Sin embargo, la transposición del marco europeo que dibuja el Anteproyecto de Ley es parcial. En particular, la **Directiva 2016/2370 amplía las competencias del organismo regulador**, como organismo supervisor del cumplimiento de las nuevas normas, en relación con las nuevas funciones de los administradores de infraestructuras cubiertas por obligaciones de imparcialidad o la valoración del conflicto de intereses. El Anteproyecto de Ley no incluye modificación alguna al respecto, por lo que se entiende que la **transposición de la Directiva 2016/2370 no se completará mediante el presente Anteproyecto de Ley**.

A las nuevas competencias que no se incluyen en el Anteproyecto de Ley, se le añaden otras que derivan de la **inadecuada transposición de la Directiva RECAST**, en relación con la supervisión de los cánones, la resolución de conflictos de oficio o la imposición de medidas encaminadas a solventar situaciones discriminatorias o que distorsionen el mercado, como ya puso de manifiesto la CNMC en su informe al [Anteproyecto de la vigente Ley del Sector Ferroviario](#).

En definitiva, a juicio de este Consejo, el marco normativo ferroviario en España no contempla adecuadamente las competencias que las Directivas otorgan al regulador independiente.

⁸ El mercado ferroviario italiano se abrió a la competencia legalmente el 1 de enero de 2001. En 2006 fue creado el operador NTV (Nuovo Trasporto di Viaggiatori), si bien no pudo empezar a operar hasta abril de 2012. NTV obtuvo su certificado de seguridad en 2008, mientras que la compra, fabricación y homologación de su nuevo material rodante supuso 3 años adicionales, hasta 2011.

Por otra parte, si bien las disposiciones encaminadas a la **liberalización completa del sector se transponen de forma adecuada**, en términos generales, existen elementos que, a juicio de esta Comisión, son contrarios a las disposiciones europeas o podrían dificultar la apertura del mercado y el nivel de competencia alcanzado, por lo que se propone su modificación. En particular, cabe señalar:

- El texto modificado del **artículo 59.7** (apartado 34 del artículo único del Anteproyecto de Ley) que prevé que, mediante Orden Ministerial, se establezcan los supuestos en los que la entrada de un nuevo servicio comercial puede poner en peligro el equilibrio económico de un contrato de servicio público. Es preciso recordar que, de acuerdo con las Directivas europeas, la capacidad de negar el acceso a la red ferroviaria a una empresa entrante, por el motivo anterior, recae exclusivamente en el organismo regulador independiente, como se recoge tanto en la Directiva 2016/2370 como en el propio Anteproyecto. Esta separación se justifica en el carácter técnico del regulador independiente y para evitar en su caso posibles **conflictos de interés** en la autoridad administrativa que define y financia las OSP y, por tanto, quien puede solicitar la realización de la prueba de equilibrio económico.

Por ello, **no puede ser el propio Ministerio de Fomento**, a través de una Orden Ministerial ni de cualquier otra regulación, **quien establezca los criterios a analizar por el organismo regulador** el equilibrio económico de una OSP.

Dicha **Orden Ministerial sería contraria a la normativa europea y entraría en conflicto con el Reglamento de Ejecución** sobre la metodología a aplicar para la prueba de equilibrio económico que la Comisión Europea debe aprobar antes del 16 de diciembre de 2018, de conformidad con el artículo 11.4 de la Directiva 2012/34/UE modificado por la Directiva 2016/2370.

Por tanto, las previsiones anteriores incluidas en la modificación del citado artículo 59.7 de la Ley 38/2015 prevista en el Anteproyecto de Ley remitido deben eliminarse (párrafos 4º y 5º).

- En el mismo sentido de retroceso en las medidas encaminadas a asegurar la apertura efectiva de los servicios ferroviarios destaca la supresión de la Disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2015 (en adelante, DA 16ª), que establece **obligaciones a empresas del Grupo RENFE en sus actividades de alquiler y mantenimiento** de material rodante, que resultan básicas a la vista de la realidad del mercado ferroviario español,

como se ha puesto de manifiesto en la Resolución de 23 de mayo de 20189.

La **derogación de dicha Disposición**, que no se justifica a la vista de los aspectos señalados en la Exposición de motivos de la Ley, **es contraria a los propios objetivos de liberalización del Anteproyecto**. El modelo de transferencia directa del material rodante a empresas del Grupo RENFE le confiere una ventaja de la que no gozan sus competidores. Lo mismo puede concluirse de las instalaciones de mantenimiento, que fueron construidas en un periodo en el que este grupo contaba con derechos exclusivos.

Es importante señalar que, en otros países europeos, este modelo ha sido distinto, con el objetivo de eliminar estas ventajas del operador histórico, mediante la creación de entidades independientes de alquiler de material rodante (los denominados Rolling Stock Leasing companies o ROSCOs en Reino Unido¹⁰), o transfiriendo la propiedad de talleres y demás instalaciones a los administradores de infraestructuras, como entes independientes de las empresas ferroviarias.

La CNMC consideró que debía optarse por la creación de empresas independientes de alquiler de material rodante en el [Documento de reflexión sobre el proceso de liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril \(PRO/DTSP/0001/14\)](#).

Dicho documento señalaba que “el acceso de los mercados conexos de material rodante y mantenimiento del mismo es esencial para garantizar un acceso adecuado para los nuevos operadores y el buen funcionamiento del mercado ferroviario”. Por tanto, no se alcanzan a entender las razones por las que, cuando llega el momento de la apertura efectiva de estos mercados, el Ministerio de Fomento opta por suprimir las únicas medidas que permitían el acceso a estos inputs con unas garantías regulatorias mínimas.

Eliminar las obligaciones actualmente impuestas en relación con estos **activos del operador histórico supone otorgarle una ventaja injustificada sobre sus competidores**, tanto en el mercado de transporte de mercancías como de viajeros. De hecho, como se describe en la citada Resolución de 23 de mayo de 2018 (STP/DTSP/055/17)

⁹ Resolución sobre las condiciones de acceso al material rodante de RENFE Alquiler de Material Rodante, S.P.E. por parte de las empresas ferroviarias: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2036340_2.pdf

¹⁰ <http://orr.gov.uk/about-orr/who-we-work-with/industry-organisations/rolling-stock-companies>

citada anteriormente, Renfe Alquiler de Material Rodante, S.P.E. (en adelante, RENFE Alquiler) está alquilando un número relevante de locomotoras a las empresas competidoras.

Además, esta derogación se une a la de la Disposición transitoria quinta del Reglamento del Sector Ferroviario, señalado anteriormente, que incluía obligaciones relativas a la prestación de los servicios de mantenimiento por parte de las empresas del Grupo RENFE.

Finalmente, como esta Comisión ya ha señalado¹¹, el Anteproyecto de Ley remitido no aborda otros aspectos como: i) la necesidad de un **sistema de fijación de cánones ferroviarios** coherente con la Directiva RECAST y que incorpore unos mínimos de predictibilidad exigidos por los agentes del mercado, junto con la independencia que debe tener el administrador de infraestructuras para su gestión y; ii) la regulación de las **instalaciones ferroviarias y sus servicios**, prevista tanto en la Directiva RECAST como en el RE 2017/2177.

IV.2. Valoración de los aspectos incluidos en el Anteproyecto de Ley

En este apartado se valorarán las principales modificaciones introducidas en la Ley 38/2015 por el Anteproyecto de Ley remitido, en relación con los siguientes aspectos: liberalización del transporte nacional de pasajeros, administrador de infraestructuras, instalaciones de servicio, obligaciones al grupo RENFE y otros aspectos.

IV.2.1. Liberalización del transporte nacional de pasajeros

La Directiva 2016/2370 supone la culminación de la liberalización del sector ferroviario, con la **apertura de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril**. En esta línea, el punto 26 del artículo Único del Anteproyecto de Ley añade un nuevo párrafo al artículo 47.2 de la Ley 38/2015 para incluir el derecho de acceso de las empresas ferroviarias a la infraestructura. Asimismo, el calendario de esta apertura se incluye en el punto 49, que modifica la Disposición transitoria primera, donde se establece que será de aplicación a partir del **1 de enero de 2019**, a tiempo para el acceso a la infraestructura en el horario de servicio que se inicie el 14 de diciembre de 2020.

a) Licitación de los servicios sujetos a OSP

El punto 33 del artículo Único del Anteproyecto de Ley modifica el **artículo 59.2** de la Ley 38/2015, que se refiere al proceso que debe seguirse para la

¹¹ Ver informes citados de 14 de noviembre de 2017.

adjudicación de los servicios sujetos a OSP, remitiéndose al Reglamento 1370/2007¹². A este respecto, el artículo 5.7 de ese Reglamento permite, en determinados casos, su adjudicación directa, previendo *“la posibilidad de solicitar una evaluación de la resolución motivada adoptada por la autoridad competente, efectuada por un organismo independiente designado por el Estado miembro de que se trate”*.

Si bien dicho Reglamento es de aplicación directa, es claro que, al menos en este aspecto, se requiere de la transposición de quién debe ser considerado el “organismo independiente” a estos efectos, en la medida en que la normativa comunitaria no se remite al organismo regulador independiente. Dado que podría optarse por la licitación competitiva de conformidad con el Reglamento 1370/2007, este Consejo considera que la redacción del artículo 59.2 de la Ley 38/2015 **debería incluir la referencia a que en España dicho organismo independiente es la CNMC.**

A juicio de este Consejo, la CNMC cuenta con el conocimiento del mercado, así como con los datos de su evolución y, en aplicación de sus competencias, sobre los costes subyacentes de producción de operadores y administradores de infraestructuras. Este conocimiento hace que **la CNMC sea el organismo mejor posicionado** para realizar el análisis previsto en el citado Reglamento comunitario.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que las modificaciones introducidas en el citado Reglamento 1370/2007 van encaminadas a la apertura del mercado de prestación de los servicios sujetos a OSP, mediante su licitación competitiva, siendo subsidiaria la opción de asignación directa.

En esta misma línea se ha posicionado la CNMC en diferentes ocasiones, como en el informe al Anteproyecto de la vigente Ley del Sector Ferroviario, señalando que resultaba *“crucial una apuesta decidida por la opción de acudir a una licitación pública respecto a las OSP que se consideren necesarias”*, a la vista de los ahorros en costes que se habían observado, como ha señalado la Comisión Europea¹³, así como mejoras en la calidad del servicio.

Sin embargo, el Anteproyecto de Ley no modifica la Disposición transitoria octava que establece que, **“[H]asta que, de conformidad con la legislación de la Unión Europea, se acuerde la plena apertura al mercado del transporte**

¹² Reglamento 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de viajeros por ferrocarril y carretera, modificado por el Reglamento 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016.

¹³ Ver informe de la Comisión Europea sobre el 4º Paquete ferroviario.

ferroviario de viajeros y en la medida en que no contravenga dicha legislación, la autorización para la prestación de servicios ferroviarios sujetos a obligaciones de servicio público será objeto de adjudicación directa cuando el coste anual de prestación del servicio no exceda de un millón de euros, cuando no exista una pluralidad de oferta de servicios en el mercado ferroviario suficiente para acudir a la licitación o cuando se refiera a servicios de alta densidad y elevado volumen de tráfico en áreas metropolitanas de gran población”.

Este Consejo considera que el calendario transitorio fijado por el Reglamento 1370/2007, modificado por el 2016/2338, debería adelantarse en España para introducir las eficiencias observadas en los países que han optado por la licitación competitiva de la prestación de los servicios ferroviarios sujetos a OSP.

b) Prueba de equilibrio económico

Especialmente relevante en relación con la liberalización de los servicios de transporte de pasajeros es el punto 34 del artículo Único del Anteproyecto de Ley, que modifica el **artículo 59.7** de la Ley 38/2015, sobre las posibilidades de restringir el acceso a la red ferroviaria en caso de que se ponga en peligro el equilibrio económico de un servicio sujeto a OSP y así lo acuerde la CNMC.

A este respecto, los párrafos cuarto y quinto de este nuevo artículo 59.7 establecen que: *“Para determinar si está en peligro el equilibrio económico del servicio, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia llevará a cabo un análisis económico objetivo y tomará su decisión atendiendo a criterios que se determinarán reglamentariamente.*

Mediante una Orden del Ministro de Fomento se enumerarán los supuestos en que se puede poner en peligro el equilibrio económico de un contrato de servicio público y los casos en los que será posible volver a examinar y realizar un nuevo análisis”.

Sin embargo, el artículo 11.4 de la Directiva RECAST, en su redacción modificada por la Directiva 2016/2370, establece que: *“[B]asándose en la experiencia de los organismos reguladores, de las autoridades competentes y de las empresas ferroviarias, y en las actividades de la red contemplada en el artículo 57, apartado 1, la Comisión adoptará a más tardar el 16 de diciembre de 2018 actos de ejecución en los que se establezcan normas detalladas sobre el procedimiento y los criterios que deban seguirse para la aplicación de los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo en lo que respecta a los servicios nacionales de transporte de viajeros. Estos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen contemplado en el artículo 62, apartado 3”* (el subrayado es añadido).

Es decir, y según se ha señalado anteriormente, el marco europeo establece que **la Comisión Europea es la única instancia habilitada para establecer esas**

normas detalladas que debe seguir el organismo regulador para efectuar la prueba de equilibrio económico. Por tanto, a juicio de este Consejo, contraviene las Directivas europeas que cualquier desarrollo reglamentario nacional, como la referida Orden del Ministro de Fomento o cualquier otra normativa, puede preestablecer las normas a seguir por los organismos reguladores.

A este respecto, la Comisión Europea, con el fin de cumplir con el plazo establecido en la Directiva, ha sometido recientemente a consulta pública su propuesta de Reglamento para establecer los procedimientos y criterios para realizar el test de equilibrio económico¹⁴. Este proyecto de Reglamento prevé, en su considerando 16 y artículo 15, que los organismos reguladores adopten y publiquen una metodología para realizar la citada prueba.

Por su parte, **el párrafo primero del artículo 11.3 de la Directiva RECAST**, en la redacción adoptada por la Directiva 2016/2370, establece que “[E]l organismo regulador expondrá los motivos de su decisión y precisará dentro de qué plazo y bajo qué condiciones cualquiera de los siguientes podrá solicitar una revisión de la decisión” (el subrayado es añadido). De acuerdo con la redacción del quinto párrafo del artículo 59.7, la pretendida Orden Ministerial también fijaría “los casos en los que será posible volver a examinar y realizar un nuevo análisis”, aspectos que, de acuerdo con las **previsiones europeas están dentro del marco competencial del regulador independiente**. De hecho, este Consejo estima que debería incluirse esta previsión de la Directiva en la Ley española.

Pero es que, además de ser contrario al marco europeo, este precepto supondría una importante **fuerza de incertidumbre para los potenciales entrantes** al proceso de liberalización del sector dado que, la misma instancia que puede solicitar la prueba de equilibrio económico – el Ministerio de Fomento, como autoridad encargada de definir y financiar los servicios sujetos a OSP –, es también, de acuerdo con el Anteproyecto de Ley, quien establecerá los “supuestos en que se puede poner en peligro el equilibrio económico de un contrato de servicio público”.

Como se ha dicho, esta tarea corresponde a la CNMC de acuerdo con los criterios de un próximo Reglamento de la Comisión Europea por lo que, por ser contrario a la normativa comunitaria, se considera que **deben suprimirse los párrafos cuarto y quinto** de la nueva redacción propuesta para el **artículo 59.7** de la Ley 38/2015, para dar la necesaria certidumbre a los entrantes potenciales al mercado.

¹⁴ http://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-2106355_en

Finalmente, **el párrafo primero del artículo 11.2 de la Directiva RECAST**, en la redacción adoptada por la Directiva 2016/2370, establece un **plazo límite de un mes** para que las entidades habilitadas puedan solicitar al organismo regulador la prueba del test de equilibrio económico. Este plazo no ha sido incluido en el Anteproyecto de Ley remitido, de modo que se propone su inclusión en el párrafo segundo del nuevo artículo 59.7 de la Ley 38/2015.

c) Sistema integrado de información y venta de billetes

En relación con el proceso de liberalización, el punto 31 del artículo Único del Anteproyecto de Ley introduce un apartado nuevo 5 al **artículo 58** de la Ley 38/2015, habilitando al Ministerio de Fomento a exigir a las empresas ferroviarias que exploten servicios nacionales de transporte de viajeros participar en sistemas comunes de información y de integración de la oferta de billetes, billetes combinados y reservas. Igualmente se señala que dichos sistemas no podrán distorsionar el mercado ni discriminar entre empresas.

Estos sistemas son importantes para asegurar el éxito de la liberalización del transporte ferroviario nacional de viajeros, permitiendo la conexión entre diferentes servicios de empresas ferroviarias, complementando la oferta de unas con otras y permitiendo alcanzar economías de red a este modo de transporte. Sin embargo, es también preciso destacar los potenciales riesgos para la competencia que dichos sistemas pueden suponer, en particular, en caso de mecanismos que supongan un tratamiento discriminatorio a los servicios de determinadas empresas ferroviarias, etc.

En este sentido, la propia Directiva 2016/2370 señala, en su considerando 32, que estos sistemas deben ser interoperables y no discriminatorios, velando *“por la confidencialidad de la información comercial, la protección de datos de carácter personal y las normas de competencia”*. De esta forma, los sistemas integrados de información y oferta de billetes deberán combinar un acceso efectivo y no discriminatorio de todas las empresas ferroviarias, incorporando mecanismos que aseguren que únicamente se compartirá la información imprescindible para este fin, impidiendo el intercambio de aspectos comercialmente sensibles que puedan poner en riesgo el funcionamiento competitivo del mercado.

Dadas las competencias del regulador independiente en la supervisión del mercado ferroviario y de su correcto funcionamiento, reconocidas en el marco europeo y español, se considera que debe modificarse este artículo 58.5 de la Ley 38/2015 para que **la CNMC sea consultada sobre dichos sistemas, incluyendo la posibilidad de que pueda imponer modificaciones** sobre los mismos para asegurar una situación de competencia adecuada entre las partes, evitando distorsiones en el mercado.

IV.2.2. *El administrador de las infraestructuras ferroviarias*

Otro cambio relevante que incluye el Anteproyecto de Ley se refiere a las garantías adicionales que prevé la Directiva 2016/2370 en relación con la independencia de los administradores de infraestructuras. A continuación, se evaluará la transposición de estos preceptos además de otras modificaciones introducidas en la Ley 38/2015.

a) Garantías sobre la independencia de gestión

La Directiva RECAST, en su artículo 4, obliga a asegurar la independencia de gestión de los operadores presentes en el mercado, tanto gestores de infraestructuras como empresas ferroviarias. Además, en el caso de los primeros, se establecen determinadas garantías de independencia con respecto a las empresas ferroviarias, ahora reforzadas en la Directiva 2016/2370. Éstas se desarrollan en los puntos 3, 4, 8, 9, 15 y 16 del artículo Único del Anteproyecto de Ley que modifican los artículos 21, 22 y, parcialmente, el 19, 23 y 32.

Dichos artículos transcriben lo previsto en el artículo 7 de la Directiva RECAST, según la redacción de la Directiva 2016/2370, en relación con: i) la independencia del gestor de las infraestructuras, incluyendo que los miembros encargados de la administración de la red no tengan conflictos de intereses (art. 19.1, 21.1 (letras a-d) y 21.2.b); ii) independencia de las funciones esenciales, impidiendo que ninguna empresa ferroviaria ejerza una influencia decisiva sobre los gestores de las infraestructuras (art. 21.2 (letras a y c)); iii) Imparcialidad sobre la gestión de tráfico y mantenimiento (art. 21.5); iv) externalización de las funciones del administrador (art. 21.6, 22.2 y 32.4) y; v) transparencia financiera (art. 21.3 y 21.4).

En este contexto, es importante señalar que las salvaguardas establecidas de conformidad con la Directiva 2016/2370 relativas a los casos de **empresas verticalmente integradas** no son de aplicación en la situación actual, dado que los gestores de infraestructuras están separados estructuralmente de las empresas ferroviarias. Por el contrario, su transposición sería relevante en caso que se optara por la creación de un conglomerado empresarial que englobara ambas entidades.

Por su parte, el nuevo **artículo 23.5** de la Ley, añadido mediante el punto 15 del artículo Único del Anteproyecto, se refiere a que “[L]os administradores generales de infraestructura no podrán encomendar a terceros la realización de funciones inherentes a la gestión del sistema de control, de circulación y de seguridad”. Si bien este precepto no deriva directamente de las disposiciones establecidas en el artículo 7 de la Directiva RECAST, esta previsión parece consistente con las funciones del administrador de infraestructuras, en particular, referidas a la prestación del paquete mínimo de acceso, sin perjuicio de que esta función ya se incluye en la versión vigente del artículo 19.1 de la Ley 38/2015.

Finalmente, se observa, en relación con la externalización de funciones de los administradores de infraestructuras, cierta **inconsistencia entre los artículos 19.4 y 22.2 de la Ley 38/2015**, que no son objeto de modificación en el presente Anteproyecto, en lo que respecta al órgano para asignar estas competencias a otras entidades, ya que en el primero de ellos se indica que es el Ministro de Fomento, mientras que, en el segundo, es el Consejo de Ministros.

b) Definición de infraestructura ferroviaria

Por otra parte, el punto 1 del artículo Único del Anteproyecto de Ley redacta un nuevo artículo 3 de la Ley 38/2015, relativo a la infraestructura ferroviaria, y se complementa mediante el punto 57, que incluye un nuevo Anexo IV sobre otros elementos que forman parte de esta infraestructura.

Sin embargo, la redacción elegida, manteniendo algunos elementos que componen la infraestructura ferroviaria en el artículo 3 mientras que otros se remiten a un nuevo Anexo, provoca cierta dispersión que dificulta la interpretación de estos preceptos, por lo que sería preferible bien **incluir todos los elementos en el propio artículo 3 o bien remitirlos al Anexo**. A este respecto, la propia Directiva RECAST incluye la lista de los elementos de la infraestructura ferroviaria únicamente en el Anexo I.

c) Planificación ferroviaria

En relación con la **planificación ferroviaria**, la competencia para la aprobación de los estudios informativos corresponde, según el artículo 5.3 de la Ley 38/2015, al Ministerio de Fomento, si bien, el punto 2 del artículo Único del Anteproyecto de Ley ha añadido que *“[E]n el caso de modificaciones sustanciales, que estén vinculadas a operaciones de integración urbana, de líneas ya incluidas en la Red Ferroviaria de Interés General, corresponderá al administrador de infraestructuras ferroviarias la tramitación y aprobación de los correspondientes estudios informativos”*. En sintonía con ello, el punto 10 del artículo Único del Anteproyecto añade, entre las competencias de los administradores generales de infraestructuras, la aprobación de los estudios informativos en estos casos.

Este es un aspecto que se refiere al ámbito de distribución de competencias internas entre el Ministerio de Fomento y el administrador de infraestructuras, de modo que no tiene por qué suponer afecciones a terceros.

Por su parte, el punto 6 del artículo Único del Anteproyecto de Ley transpone las obligaciones de coordinación del administrador de infraestructuras con los otros agentes, indicando, en particular, los siguientes: *“explotadores de instalaciones de servicio y cargaderos, empresas ferroviarias, candidatos autorizados, así como con los usuarios de los servicios de transporte ferroviario de mercancías y*

viajeros y, cuando proceda, con las administraciones del Estado, de las Comunidades Autónomas y locales”.

Sobre esta coordinación es preciso recordar que debe circunscribirse a los aspectos recogidos en el articulado, es decir: “[L]a coordinación se referirá, entre otros aspectos, a la capacidad de las infraestructuras, su mantenimiento y desarrollo, objetivos de rendimiento, contenido y aplicación de la declaración sobre la red, cuestiones de intermodalidad, seguridad e interoperabilidad, y cualquier otra relacionada con las condiciones de acceso a la infraestructura y la calidad de los servicios prestados”.

De este modo, este mecanismo debe entenderse como una vía para que los administradores de infraestructuras puedan integrar en su actividad las opiniones del resto de agentes del sector. Sin embargo, ello no debe implicar que se replanteen decisiones previamente adoptadas según los cauces legalmente establecidos y que excedan de los aspectos objeto de coordinación. Por ejemplo, si el administrador de infraestructuras se encuentra en fase de construcción de una obra, con estudio informativo y proyecto aprobado, no debe entenderse que esa coordinación pueda implicar una reconsideración de las actuaciones ya superadas.

Por último, los puntos 55 y 56 introducen una modificación en el contenido del anexo III de la Ley, relativo al **contenido de la declaración de red** de los administradores de infraestructuras. De esta forma se elimina la referencia a las tarifas sustituyéndola por precios, de modo que resulta coherente con la denominación de precios privados adoptada en las instalaciones de servicio.

Asimismo, con respecto a la información a suministrar sobre los cánones ferroviarios y los precios por prestación de servicios, se especifica que debe referirse tanto a costes como a cánones o precios.

Las anteriores modificaciones deben valorarse positivamente al ser coherentes con las observaciones realizadas por este Consejo en los sucesivos informes de la Declaración de Red del administrador de infraestructura¹⁵, donde se señalaba la falta de información facilitada en relación con los costes directamente imputables del sistema de cánones.

¹⁵ Ver, por todos, [Acuerdo de 25 de enero de 2018 por el que se emite informe relativo a las Declaraciones sobre la Red 2018 de ADIF y ADIF Alta Velocidad](#).

d) Condiciones económicas de acceso a las infraestructuras

El punto 48 del artículo único del Anteproyecto de Ley añade una Disposición adicional referente a los criterios para introducir adiciones a los cánones ferroviarios. Este aspecto ya fue incluido con motivo de la modificación de la Orden FOM/189/2015, informada por la CNMC en el citado Acuerdo de 14 de noviembre de 2017.

A este respecto, este Consejo ya se pronunció favorablemente, indicando que “*transpone literalmente lo establecido en la Directiva RECAST (artículo 32.1 y Anexo VI)*”, si bien, se añadía que “*su transposición tendrá efectos limitados en la fijación de los cánones ferroviarios*”. Sin perjuicio de lo anterior, en el presente informe se indicarán en el epígrafe 0, los elementos que, a juicio de este Consejo, deberían modificarse en el sistema de fijación de los cánones ferroviarios para lograr un impacto real en el sector de las previsiones anteriores.

IV.2.3. Instalaciones de servicio ferroviarias

La regulación de las instalaciones de servicio ferroviarias y los servicios prestados en ellas son uno de los aspectos que, si bien no ha sido modificado sustancialmente en virtud de la Directiva 2016/2370, debe cambiarse en profundidad debido a la inapropiada transposición de la Directiva RECAST. A este aspecto, se le añade la reciente publicación del RE 2017/2177.

a) Calificación de los servicios prestados en instalaciones de servicio

En primer lugar, el punto 21 del artículo Único del Anteproyecto de Ley introduce, en el **artículo 42.1** de la Ley 38/2015, el concepto de **servicio básico** prestado en una instalación de servicio, incluyendo tanto las que son propiedad de los administradores de infraestructuras (puntos 12 y 13) como las situadas en los puertos de interés general (punto 25). Además, el punto 53 también modifica la definición de explotador de instalación de servicio contenida en el anexo I de la Ley 38/2015, para recoger este aspecto.

Las **modificaciones anteriores son valoradas muy positivamente** dado que, en su actual redacción, la legislación española era contraria tanto a la Directiva como al RE 2017/2177, lo que generaba una importante incertidumbre dada la aplicación directa de este último.

Por otra parte, mediante los puntos 19, 20, 51 y 52 del artículo Único del Anteproyecto de Ley se actualiza, tomando como referencia la Directiva RECAST, el **catálogo de instalaciones de servicios** del artículo 42.1 de la Ley 38/2015 así como los **servicios complementarios y auxiliares** incluidos en los puntos 18 y 19 del Anexo I de la misma. En particular, cabe destacar la eliminación, como servicios complementarios, del suministro de combustible y la

manipulación de unidades de transporte intermodal (UTIs) y, como servicio auxiliar, las maniobras.

De nuevo, **las modificaciones anteriores son bienvenidas** al homogeneizar la calificación de los servicios complementarios y auxiliares con la Directiva RECAST, lo que facilita la implementación del RE 2017/2177.

Sin embargo, para ser totalmente acorde con ésta, el punto 52 del artículo Único del Anteproyecto debería suprimir la referencia “a cualquier otro servicio relacionado con las operaciones del tren” ya que dichos servicios no se encuentran entre los citados en el Anexo II punto 4 de la Directiva RECAST. Además, este término resulta excesivamente ambiguo, lo que podría generar incertidumbre para los explotadores a la hora de calificar sus servicios en las terminales.

Adicionalmente, la redacción actual del punto 18 del anexo I de la Ley 38/2015 establece una lista cerrada y exhaustiva de los servicios complementarios, incompatible, a juicio de este Consejo, con el punto 3 del Anexo II de la Directiva RECAST, que únicamente señala los servicios que “*pueden ser*” servicios complementarios, sin obligar a que lo sean. Por ello, se propone que el punto 51 del artículo Único del Anteproyecto de Ley **abra la lista de servicios complementarios** en línea con la Directiva RECAST.

Este aspecto resulta de especial relevancia en este momento en que se está implementando el RE 2017/2177 dado que, en su artículo 4.2.d), otorga al explotador de la instalación, la capacidad de elegir la tipología de los servicios que presta (básicos, complementarios y auxiliares). Igualmente, según el artículo 6.1 del mismo, el regulador podrá exigir la justificación de la calificación de los servicios al explotador. Es evidente la contradicción de que el explotador pueda considerar un servicio como complementario si no está entre la lista cerrada de acuerdo con la actual redacción del punto 18 del Anexo I de la Ley 38/2015 y, viceversa.

Finalmente, debe también **eliminarse la Disposición adicional decimoquinta** de la Ley 38/2015, que habilita al Ministro de Fomento a modificar la calificación de determinados servicios complementarios para incluirlos en la relación de servicios auxiliares. Como se ha señalado anteriormente, esta capacidad es, de acuerdo con el RE 2017/2177, exclusiva del explotador.

b) Acceso a las instalaciones y los servicios que se prestan

El punto 22 del artículo Único del Anteproyecto modifica el primer párrafo del **artículo 42.2** para eliminar las limitaciones en la aplicación de las obligaciones de acceso a las instalaciones que prestarán servicios a un único cliente final. Efectivamente, la Directiva RECAST permite excluir de la aplicación del artículo

13 las “*redes de propiedad privada utilizadas solo por su propietario para sus propias operaciones de transporte de mercancías*”.

La redacción vigente del artículo 42.2 de la Ley 38/2015 excluía también, a juicio de este Consejo, de forma inapropiada, las instalaciones que solo prestan servicios a un cliente final, por lo que se valora positivamente su modificación.

El punto 23 del artículo Único del Anteproyecto modifica el primer párrafo del **artículo 42.3** para eliminar la obligación de que la independencia de una instalación de servicio propiedad de una empresa dominante en el mercado de transporte ferroviario se realice a través de una personalidad jurídica diferenciada. Si bien esta modificación es coherente con lo establecido en el artículo 13.3 de la Directiva RECAST, a juicio de este Consejo, la **redacción vigente** de la Ley 38/2015 **resulta más efectiva para garantizar la independencia** en la gestión de las instalaciones de servicio, por lo que se recomienda mantenerla.

En el punto 24 del artículo Único del Anteproyecto se añade un nuevo párrafo al **artículo 44.3** de la Ley 38/2015, que se refiere a la prestación de servicios auxiliares. Esta modificación excluye de las obligaciones de prestación de estos servicios a terceros cuando sean sociedades de un mismo grupo, indicándose que debe considerarse como autoprestación.

Esta modificación tiene un destinatario claro, RENFE Fabricación y Mantenimiento, S.P.E. (RENFE Mantenimiento), dado que, en general, presta sus servicios de mantenimiento configurados como servicios auxiliares exclusivamente a sociedades de su grupo (RENFE Alquiler, RENFE Viajeros o RENFE Mercancías). Sin embargo, como ya se ha señalado, RENFE Mantenimiento fue beneficiaria de la transmisión de toda una serie de activos heredados de un periodo en que gozaba de derechos exclusivos, otorgando, por tanto, una ventaja a las empresas pertenecientes al Grupo RENFE con respecto a sus competidores.

Así las cosas, y como volverá a señalarse al analizar la derogación de la DA 16^a, **este Consejo considera injustificada dicha desregulación en el caso de España**, por los motivos anteriores, sin perjuicio que, de acuerdo con el marco europeo, las obligaciones establecidas para los servicios complementarios no sean de aplicación en el caso de la autoprestación.

Finalmente, debe **modificarse el artículo 43.3** para incluir las competencias de la CNMC en las instalaciones ferroviarias, de conformidad con el artículo 13.5 de la Directiva RECAST, que indica que el organismo regulador “*examinará el caso y tomará medidas según convenga para garantizar que una parte adecuada de la capacidad se concede a dicho candidato*”. Efectivamente, el marco regulador debe habilitar a la CNMC a adoptar las medidas apropiadas en estos casos.

c) Condiciones económicas aplicables a los servicios en instalaciones

El Anteproyecto de Ley también modifica la regulación económica aplicable a los servicios prestados en las instalaciones de servicio mediante cambios en los artículos 101 y 102 de la Ley 38/2015.

Por una parte, el punto 39 del artículo Único modifica el **artículo 101.1** de la Ley 38/2015 sobre la regulación económica de los servicios en estas instalaciones, en el que parece englobar todos los servicios prestados en ellas, señalando que cuando *“sean prestados por un solo proveedor, los precios que éste aplique no podrán superar el coste de su prestación más un beneficio razonable”*.

A este respecto, el artículo 31.7 de la Directiva RECAST señala que la tarifa exigida *“para el acceso por vía férrea a las instalaciones de servicio, previsto en el anexo II, punto 2, y la prestación de servicios en dichas instalaciones no superará el coste de su prestación más un beneficio razonable”*. Por su parte, en su artículo 31.8, que regula las condiciones económicas de los servicios complementarios y auxiliares, señala que cuando éstos *“son prestados por un solo proveedor, el canon aplicado por tales servicios no superará el coste de su prestación más un beneficio razonable”*.

Por tanto, las modificaciones del Anteproyecto de Ley recogen apropiadamente lo previsto en el artículo 31.8 de la Directiva RECAST. Sin embargo, con la actual redacción, la **legislación española no transpone las condiciones económicas para el acceso a las instalaciones de servicio** del Anexo II, punto 2 de la Directiva RECAST (incluidas en el artículo 42 de la Ley 38/2015) **y la prestación de servicios** (denominados básicos según el RE 2017/2177) que, según el marco europeo, deben fijarse no superando los costes más un beneficio razonable. Es decir, en el caso de los servicios básicos, la orientación a costes de los servicios básicos es en todo caso y no, como se incorpora en el Anteproyecto, cuando solo haya un prestador.

En definitiva, se considera necesario **modificar la nueva redacción del artículo 101.1 de la Ley 38/2015** para incluir lo establecido en el artículo 31.7 de la Directiva RECAST.

Además, el punto 40 del artículo Único suprime el **artículo 102** de la Ley 38/2015. Este artículo establecía el informe previo de la CNMC en relación con las propuestas tarifarias de los servicios complementarios. En relación con este punto cabe señalar que la Directiva RECAST no prevé este control previo por parte del regulador, sin perjuicio de las capacidades de actuación, de oficio o por denuncia, sobre los precios de estos servicios previstos en el artículo 56.1 y 56.2 de la Directiva RECAST.

Este Consejo **valora positivamente eliminar este procedimiento**, que permitirá a los explotadores de los servicios una mayor agilidad en su respuesta

a los requerimientos del mercado. Sin embargo, esta derogación debe ir aparejada con la **correcta transposición de las competencias de la CNMC** que, como se ha dicho, no se contempla en el actual Anteproyecto de Ley.

Por último, el punto 50 del artículo Único del Anteproyecto suprime los párrafos segundo y tercero de la **Disposición transitoria segunda**, referidos al acceso a la autoprestación del servicio auxiliar de maniobras. Esta Disposición, como ya señaló este Consejo en su Acuerdo de 25 de enero de 2018¹⁶, establece la obligación de ofrecerla en las instalaciones titularidad de los administradores de infraestructuras que no es compatible con el RE 2017/2177, dado que: i) la competencia para ofrecer la autoprestación debe ser exclusivamente del explotador (y en última instancia del regulador), por lo que no puede ser impuesta de forma genérica y; ii) esta posibilidad no puede limitarse a servicios auxiliares.

Por tanto, si bien se valora positivamente que se eliminen los párrafos señalados, a juicio de este Consejo, debería derogarse **en su totalidad la disposición transitoria segunda**, al objeto de evitar situaciones incoherentes entre la normativa nacional y comunitaria, en particular, el RE 2017/2177, de aplicación directa.

IV.2.4. Obligaciones sobre las actividades de alquiler y mantenimiento de material impuestas a empresas del Grupo RENFE

El punto 46 del artículo Único del Anteproyecto de Ley **suprime la DA 16^a**, que establece obligaciones a empresas del Grupo RENFE en relación con las actividades de alquiler de material rodante y su mantenimiento. En particular, dicha Disposición obliga a RENFE Alquiler y a RENFE Mantenimiento a prestar sus servicios de forma, transparente, objetiva y no discriminatoria, y a RENFE Operadora a asegurar la independencia entre los miembros del consejo de administración de ambas sociedades y a velar por la confidencialidad en el manejo de la información.

En esta misma línea, la modificación reciente del Reglamento del Sector Ferroviario¹⁷ también ha suprimido la disposición transitoria quinta, que obligaba a RENFE Operadora a prestar a otras empresas ferroviarias el servicio de mantenimiento de material rodante en caso de no existir una oferta alternativa en el mercado.

Como se ha señalado anteriormente, la transposición de las normas europeas no debe suponer únicamente la traslación de los artículos de las Directivas a

¹⁶ Ver nota al pie 28.

¹⁷ Real Decreto 271/2018, de 11 de mayo.

disposiciones españolas, sino que, además, debe considerarse qué elementos difieren en España del resto de países para, a través de un marco regulador apropiado, asegurar el cumplimiento de los fines de las diferentes Directivas.

En este sentido, debe reconocerse, como la CNMC ha señalado en diversas ocasiones, las peculiaridades del mercado de alquiler del material rodante y del mantenimiento en España. Elementos como el ancho de vía, la ausencia de talleres independientes para el mantenimiento, junto con otros factores, hacen que las barreras a la entrada que ya suponen estos factores en otros Estados miembros, sean especialmente relevantes en el caso español.

a) Alquiler del material rodante de mercancías

En relación con el alquiler del material rodante, debe evaluarse la necesidad de las obligaciones sobre RENFE Alquiler diferenciando entre el material de mercancías y de viajeros. En relación con el primero, este Consejo ha demostrado, en la citada Resolución de 23 de mayo de 2018¹⁸, que:

- Las **características técnicas de la red ferroviaria española**, en particular, el ancho de vía, hacen que las dificultades para acceder al material rodante, tanto nuevo como de segunda mano, sean especialmente costosas para los entrantes en España.
- La **situación del mercado** de transporte de mercancías por ferrocarril, con una cuota modal decreciente e inferior al 5%¹⁹, desaconsejan imponer costes mayores al sistema, haciendo necesaria una correcta asignación de los activos, en particular, aquéllos que se demuestren ociosos.
- Ni RENFE Mercancías, S.P.E. (RENFE Mercancías) ni RENFE Alquiler cuentan con los incentivos apropiados para poner a disposición de terceros el material rodante excedentario en condiciones apropiadas, a pesar de los positivos resultados que esta actividad aporta al Grupo.

A pesar del limitado parque con que cuenta RENFE Alquiler y su calidad, la aplicación de la DA 16ª ha servido para **dinamizar el mercado del alquiler del material rodante en España**. Efectivamente, las empresas ferroviarias alternativas han alquilado 16 locomotoras a esta empresa, lo que supone el 25% del total de su parque. De hecho, como igualmente se señala en la citada Resolución, existe una demanda insatisfecha que contrasta con el material

¹⁸ Ver nota al pie 9.

¹⁹ Ver, además del epígrafe IV.3.2 de la Resolución de 23 de mayo de 2018, el [Informe de la CNMC de supervisión del mercado de transporte ferroviario de mercancías \(2016\)](#).

ocioso o infrautilizado propiedad de RENFE Mercancías. La derogación de esta Disposición supondría una importante incertidumbre para estas locomotoras y sus condiciones de alquiler.

Asimismo, según las alegaciones que el Ministerio de Fomento ha recibido al Anteproyecto de Ley, tanto la asociación de propietarios y operadores de vagones FAPROVE, como TRANSFESA RAIL, consideran que la eliminación de la disposición adicional decimosexta “*convertirá en quimera la liberalización y comprometería la competencia.*”

En definitiva, **este Consejo considera injustificada la derogación de las obligaciones impuestas a RENFE Alquiler** en relación con el acceso a su material. Al contrario, las **obligaciones sobre las empresas del Grupo RENFE deberían reforzarse**, asignando competencias a la CNMC en:

- La supervisión de la oferta de servicios de RENFE Alquiler y las condiciones de acceso.
- La determinación del material rodante de mercancías susceptible de ser alquilado, incluyendo la posibilidad de instar a RENFE Mercancías a que ceda material rodante ocioso para su alquiler a terceros.

La incorporación de las obligaciones anteriores, así como los mecanismos de supervisión de la CNMC anteriores, se consideran necesarios para conseguir un transporte de mercancías por ferrocarril más competitivo, favoreciendo el cumplimiento de los objetivos de cambio modal señalados en el Libro Blanco²⁰ de la Comisión Europea.

b) Alquiler del material rodante de viajeros

El Anteproyecto de Ley remitido aborda, en línea con la Directiva 2016/2370, la liberalización del transporte nacional de viajeros por ferrocarril. Como en el caso del mercado de mercancías, el **acceso al material rodante**, dados sus elevados costes²¹, supone una **elevada barrera a la entrada**. Además, la falta de interoperabilidad en las redes europeas hace que sea difícil su venta, por lo que dicha inversión se convierte, en la mayoría de los casos, en **costes hundidos**.

²⁰ Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible, COM (2011) 144 final. Este documento prevé la sustitución del 30% del transporte por carretera a distancias superiores a los 300 km al ferrocarril para 2030 y el 50% para 2050.

²¹ El coste de un tren de alta velocidad asciende a entre 25 y 30 millones de euros.

En el caso español, y al contrario de lo que sucede en el mercado de las mercancías, RENFE parece no contar con material rodante excedentario, al menos de alta velocidad, si bien, de acuerdo con los datos disponibles, su utilización estaría por debajo de la de otros operadores ferroviarios europeos. Sin embargo, es también necesario señalar que RENFE adjudicó la compra de 15 trenes, posteriormente ampliada en otros tantos, a TALGO a finales de 2016, con un plazo de fabricación de 38 meses.

De esta forma, en el momento de la liberalización, RENFE habrá recibido las primeras unidades de este tipo de trenes, contando con mayor capacidad disponible entre su material rodante. Además, RENFE cuenta con una importante flota de trenes de ancho variable, imprescindibles para prestar algunos servicios relevantes, en particular, en el corredor norte.

Ante esta situación, este Consejo considera injustificada la derogación de la DA 16ª, siendo necesario, de forma transitoria, en relación con el **material de viajeros**, que se mantengan las **actuales obligaciones sobre RENFE Alquiler** en relación con facilitar un acceso transparente, objetivo y no discriminatorio.

Además, se debe incluir, dado que, como se ha señalado, RENFE contará con nuevos trenes, un **acceso temporal** a material rodante de viajeros que debe ir acompañado de compromisos de inversión por parte de las empresas potencialmente competidoras, de forma que en el medio plazo, la **competencia se base entre operadores con flota propia**.

El objetivo de esta obligación temporal es, a la vista de los plazos de fabricación y homologación del material rodante, asegurar que, en el momento de la apertura del mercado prevista en el propio Anteproyecto de Ley, los entrantes potenciales cuenten con acceso a estos activos.

En este sentido, la CNMC deberá contar con capacidad de supervisión del tipo y cantidad de material rodante que se transfiere a RENFE Alquiler, así como de las condiciones que se fijen para su acceso.

c) Acceso a las instalaciones de mantenimiento

El acceso a las **instalaciones de mantenimiento del material rodante** supone, como muestra la experiencia internacional²², otra de las barreras a la entrada

²² En Italia, por ejemplo, la construcción del taller conjunto de NTV (operador alternativo) con ALSTOM tuvo un coste de 90 millones de euros. Igualmente, el operador alternativo sueco, MTR alegó que la construcción de un centro de mantenimiento propio suponía un coste muy elevado dada su participación en el mercado, en torno al 10%. Asimismo, este operador señaló la dificultad de acceso a los centros de mantenimiento propiedad del operador histórico.

más importantes para los nuevos operadores, dado que requiere de importantes costes para su construcción además de complejos trámites administrativos.

En el caso español, esta situación se opondría a la que disfruta el operador histórico, que cuenta con **estas instalaciones ya construidas y heredadas** de un periodo de monopolio, actualmente propiedad de RENFE Mantenimiento, lo que le confiere una ventaja con respecto a los potenciales entrantes.

Además, los pliegos de condiciones de las adquisiciones de material rodante realizadas por RENFE desde el año 2000, cuando era el único operador habilitado para la prestación de los servicios ferroviarios, incluyeron la participación de la división industrial de RENFE en la fabricación de los trenes (hasta un 20%) y en su mantenimiento (hasta un 50%).

La fórmula elegida finalmente para la participación de RENFE fue la creación de **sociedades mercantiles conjuntas**, con participación del 51% del fabricante y del 49% de Renfe Operadora. De este modo, se crearon entre 2002 y 2008 un total de seis sociedades de mantenimiento:

- Nertus: participada por Siemens, S.A. (51%) y que realiza el mantenimiento, además de otros modelos, de los trenes de la serie S-103 en las instalaciones de Madrid-Santa Catalina y La Sagra.
- Actren: participada por Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. (CAF) y que mantiene, entre otros trenes, 56 trenes de alta velocidad y ancho variable en las instalaciones de Madrid-Santa Catalina, La Sagra, Madrid-Fuencarral A.V. y Barcelona-Can Tunis A.V.
- Btren, participada por Bombardier European Holdings S.L.U., manteniendo, entre otros, 46 trenes de alta velocidad en Madrid-Santa Catalina y Málaga-Los Prados y otros 45 de ancho variable en las instalaciones de Madrid-Fuencarral A.V. y Barcelona-Can Tunis A.V.
- Irvia, participada por Alstom Transporte, S.A. y que realiza actividades de mantenimiento de diferentes series además de tener alquilados locales en instalaciones de RENFE Mantenimiento en Madrid-Cerro Negro.

Además, RENFE Mantenimiento participa, como en los casos anteriores, al 49% en Erion, junto con el fabricante Stadler Rail Valencia, S.A.U. y en Albitren.

Por tanto, además de contar con las instalaciones de mantenimiento ya construidas durante un periodo en el que no afrontó competencia en el mercado nacional de viajeros, en dicho periodo la compra de material se vinculó al establecimiento de sociedades compartidas con los principales fabricantes de material rodante. Esto ha provocado que los operadores entrantes no puedan

acudir a **instalaciones independientes propiedad de los principales fabricantes a los que acudirán para adquirir los trenes de alta velocidad.**

Para equilibrar esta ventaja de RENFE, heredada del periodo de monopolio, debe **mantenerse la obligación de acceso** en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias **a servicios prestados por RENFE Mantenimiento** prevista en la DA 16ª de la Ley 38/2015, **extendiéndose al acceso a sus instalaciones**, para que los operadores entrantes puedan concluir, a su vez, acuerdos con los fabricantes para su mantenimiento.

Además, la supervisión del cumplimiento de las obligaciones anteriores debe recaer, por su impacto en la situación competitiva, en la CNMC, en tanto que regulador sectorial.

Por todo lo anterior, este Consejo considera que **debe mantenerse la DA 16ª** de la Ley 38/2015 con el objeto de asegurar una prestación transparente, objetiva y no discriminatoria tanto de los servicios de alquiler como de mantenimiento.

Además, las obligaciones de acceso que establece dicha Disposición han de reforzarse con el establecimiento de mecanismos adecuados de supervisión por parte de la CNMC para garantizar un acceso transparente, objetivo y no discriminatorio. En particular, la Comisión ha de tener la capacidad de pronunciarse y adoptar medidas sobre la cantidad y calidad del material rodante que debe transferirse a RENFE Alquiler.

Sin perjuicio de lo anterior, la CNMC ha identificado los problemas potenciales que derivan de la propiedad común de empresas prestadoras de servicios ferroviarios (Renfe Viajeros y Renfe Mercancías) y de las señaladas anteriormente (Renfe Alquiler y Renfe Mantenimiento), que prestan servicios esenciales a terceros, lo que crea *“incentivos a no comportarse de manera eficiente y a atender a objetivos ajenos a la propia eficiencia en la prestación del servicio”* (ver [Documento de reflexión sobre el proceso de liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril](#))²³.

Por ello, este Consejo considera, como medida que eliminaría los incentivos inadecuados señalados anteriormente, que debería desvincularse del incumbente las unidades de alquiler de material rodante y su mantenimiento, segregándose, a su vez, en distintas empresas, permitiendo la entrada de capital privado.

²³ Documento de reflexión de la CNMC de 25 de junio de 2014, sobre el proceso de liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril (PRO/DTSP/0001/14).

IV.2.5. Otros aspectos incluidos en el Anteproyecto de Ley

Finalmente, el punto 45 del artículo único del Anteproyecto modifica la Disposición adicional decimocuarta, para transponer adecuadamente las obligaciones de **colaboración entre las autoridades de seguridad y los reguladores independientes** previstas en la Directiva RECAST. De esta forma, la nueva redacción de la legislación española prevé que la CNMC y la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF) “*deberán desarrollar conjuntamente un marco de intercambio de información y colaboración con vistas a prevenir posibles efectos negativos para la competencia o la seguridad del mercado ferroviario*”. Además, se indica que este marco debe permitir a cada organismo emitir recomendaciones en el ámbito de sus competencias, debiendo ser examinadas por el otro organismo, que deberá motivar su decisión si decide apartarse de ellas.

La interacción entre los ámbitos competenciales de la AESF y la CNMC son evidentes, como se ha mostrado en diferentes resoluciones adoptadas por este Consejo. Por tanto, la incorporación efectiva de esta previsión de la Directiva RECAST es bienvenida, siempre recordando, en línea con el texto del Anteproyecto, la independencia de ambos organismos en el ejercicio de sus funciones.

IV.3. Aspectos adicionales que debiera incluir el Anteproyecto de Ley

Como se ha indicado anteriormente, las modificaciones de la Ley 38/2015 incluidas en el Anteproyecto de Ley resultan insuficientes para que, a juicio de este Consejo, se transpongan de forma efectiva las Directivas RECAST y 2016/2370, como se indican a continuación.

IV.3.1. Competencias del organismo regulador

El Anteproyecto de Ley no incluye modificación alguna de las competencias asignadas a la CNMC, en tanto que regulador independiente. A este respecto es preciso señalar que, como en otros paquetes ferroviarios, la presencia del regulador independiente, con los medios y competencias adecuadas, es una parte consustancial del 4º Paquete Ferroviario.

Por tanto, es preciso hacer hincapié en la **necesaria trasposición íntegra de las competencias de la CNMC** en el ámbito ferroviario, incluyendo tanto las ya incluidas en la Directiva RECAST, algunas de las cuales no habían sido transpuestas, como las nuevas incorporadas en la Directiva 2016/2370.

A este respecto, debe destacarse especialmente la **falta de transposición adecuada de los artículos 56 y 57 de la Directiva RECAST**, relativos a las funciones del organismo regulador y a la cooperación entre organismos reguladores. Así, la capacidad de iniciar expedientes en relación con elementos

esenciales de las infraestructuras ferroviarias e instalaciones de servicio (artículo 56, puntos 1 y 2 de la Directiva RECAST), incluyendo la supervisión de las nuevas funciones sujetas a obligaciones de imparcialidad de los administradores de infraestructuras señaladas en la Directiva 2016/2370, la capacidad de adoptar las medidas necesarias para solventar distorsiones en el mercado o discriminaciones (artículo 56.9) o de analizar las posibles ayudas de estado (artículo 56.12), son algunos ejemplos de las competencias no incorporadas al ordenamiento jurídico nacional.

Adicionalmente, es preciso que la **Ley incluya los incentivos necesarios para que las decisiones del organismo regulador puedan tener aplicación práctica** sobre los agentes del sector. Por este motivo, la Directiva RECAST establece, en el segundo párrafo del artículo 56.9 que “[E]l organismo regulador estará facultado para hacer cumplir sus decisiones aplicando las sanciones adecuadas, incluidas las multas pertinentes”.

A este respecto, el incumplimiento de las Resoluciones de la CNMC solo está tipificado como infracción muy grave en el caso de ponerse en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del tráfico ferroviario. Sin embargo, la propia naturaleza de las resoluciones de la CNMC muy raramente se va a circunscribir a este caso.

La práctica totalidad de las mismas son resoluciones que se pronuncian sobre aspectos que afectan al mercado ferroviario, pero sin una conexión directa con la seguridad, de modo que su incumplimiento se tipificaría como infracción grave en materia de transporte ferroviario, cuya sanción sería según el artículo 109.1. b) de **multa comprendida entre los 751 hasta los 6.300 euros**.

Estas sanciones son, desde todo punto de vista, **insuficientes** para que la CNMC pueda hacer cumplir sus resoluciones de forma eficaz, contrastando con las cantidades previstas en otros sectores regulados²⁴.

Por tanto, cabe modificar el régimen sancionador tipificando como una infracción muy grave, el incumplimiento de las resoluciones de la CNMC en materia de transporte ferroviario. Además, deberá tipificarse como infracción muy grave el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información de esta Comisión. Todo ello en línea con lo establecido en otros ordenamientos sectoriales sobre los cuales esta Comisión ejerce igualmente funciones de supervisión y control.

²⁴ A título de ejemplo, la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, establece que el incumplimiento de las Resoluciones de la CNMC puede sancionarse con multas de hasta 20 millones de euros en caso de ser muy graves y de 2 millones de euros en caso de ser graves.

Además, este Consejo considera necesario revisar, ante la liberalización del mercado de viajeros, el régimen sancionador previsto en el artículo 109 de la Ley 38/2015, en el que las sanciones muy graves ascienden, como máximo, a 380.000 euros. Este importe es insuficiente en el nuevo contexto de mercado, por lo que se propone modificar las cuantías previstas, sustituyéndolas por una graduación en porcentaje sobre el volumen de negocio de la empresa afectada.

Finalmente es necesario recordar que la Directiva RECAST también establece, en su artículo 56.3, que los *“Estados miembros garantizarán que la gestión y la dotación de personal del organismo regulador sean las adecuadas para garantizar su independencia”*. Así, debe señalarse la necesidad de que se prevean los mecanismos necesarios para asegurar que el organismo regulador cuente con los recursos suficientes para realizar su actividad.

En definitiva, **este Consejo debe insistir**, como ya se señaló en el informe al Anteproyecto de la actual Ley del Sector Ferroviario, **en la necesidad de transponer íntegramente el marco comunitario** para hacer efectiva la liberalización del sector ferroviario, para lo que **es imprescindible que el organismo regulador cuente con todas las herramientas previstas en las Directivas**. Además, el incumplimiento de las Resoluciones de la CNMC, cuando resulten en perjuicio relevante para el sistema, deben equipararse a las infracciones muy graves previstas en el artículo 106.2 de la Ley 38/2015, con cuantías superiores a las actuales, fijadas como proporción del volumen de negocio de la empresa, como se ha señalado anteriormente.

IV.3.2. Modificación del sistema de cánones

A pesar de que diferentes informes²⁵ y actores²⁶ señalan que la actual configuración de los cánones ferroviarios supone importantes limitaciones para el funcionamiento del sector ferroviario, el Anteproyecto de Ley remitido no aborda ninguna modificación al respecto. Este Consejo **coincide con la**

²⁵ La Comisión técnico-científica para el estudio de mejoras en el sector ferroviario, constituida por el Ministerio de Fomento, señaló, en su informe de junio de 2014, que *“[S]ería conveniente que se intentara avanzar en la idea de transformar los cánones en precios, de tal manera que fuera fácil y directo que pudieran adecuarse a las condiciones del mercado, abandonando la actual concepción como tasas”*. Asimismo, incide en la idea de la previsibilidad y estabilidad, apuntando que *“[A]l igual que el resto de los gestores de infraestructura europeos, se tendría que implementar un criterio de estabilidad, que permitiera a los operadores conocer el montante del peaje que van a tener que pagar por sus servicios en plazos más largos que los actuales de dos años”*.

²⁶ En el resumen de las alegaciones enviado por el Ministerio de Fomento, la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas señala que *“[L]os cánones ferroviarios no pueden seguir siendo considerados como tasas e incluirlos en los PGE”*

necesidad de cambiar sustancialmente la actual regulación de los mismos, por las razones que se exponen a continuación.

a) Fijación de los cánones ferroviarios

La actual regulación, al definir los cánones como tributos, de conformidad con el artículo 96 de la Ley 38/2015, establece su reserva de ley tanto sobre sus elementos esenciales, en sus artículos 97 y 98, incluyendo el hecho y la base imponible, como en la propia fijación de su cuantía, señalándose que la propuesta de los administradores de infraestructuras debe incluirse en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (PGE), según su artículo 100.

Esta **configuración de los cánones ferroviarios en España podría ser**, a juicio de este Consejo, **contraria a lo dispuesto en la Directiva RECAST**, a pesar de las modificaciones introducidas en el procedimiento de aprobación nacional como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 28 de febrero de 2013²⁷ y del papel que la Directiva RECAST otorga a los Parlamentos nacionales (artículo 29.1), aspecto no contemplado en la citada Sentencia.

El actual modelo de fijación de los cánones ferroviarios **impide o limita el cumplimiento de diferentes artículos de la Directiva RECAST** como: i) **artículo 4** sobre la independencia de gestión de los administradores de infraestructuras, incluyendo la fijación de los cánones; ii) **artículo 26** dado que la inclusión de los cánones en los PGE impide que los administradores de infraestructuras puedan modificarlos durante el periodo de vigencia del mismo, impidiendo el objetivo establecido en el la Directiva RECAST de optimizar el uso y la comercialización de la capacidad ferroviaria; iii) el **artículo 27**, por la discrepancia temporal en la información publicada en la Declaración sobre la red y puesta de manifiesto por la CNMC en el Informe de 25 de enero de 2018²⁸; iv) **artículo 32**, porque, como se señalaba en el citado informe de la CNMC de 14 de diciembre de 2017, la reserva de ley impuesta sobre los cánones ferroviarios limita las posibilidades de diferenciación en los recargos que pueden fijar los gestores de infraestructuras, y; v) **artículo 56**, por la imposibilidad de modificar los cánones, de oficio o ante conflicto, por parte de la CNMC una vez aprobados en los PGE como se señaló en el Informe de 2015 sobre el Anteproyecto de Ley del Sector Ferroviario²⁹.

²⁷ Sentencia de 28 de febrero de 2013 (Asunto C-483/10), sobre la transposición de la Directiva 2001/14/UE en España.

²⁸ Ver nota al pie 15.

²⁹ <https://www.cnmc.es/2015-05-27-la-cnmc-publica-el-informe-sobre-el-anteproyecto-de-ley-del-sector-ferroviario-323295>

En este sentido, este Consejo ya señaló, en el Informe aprobado el pasado 14 de noviembre de 2017, que *“debería reflexionarse sobre la pertinencia de dicho marco ante los cambios legales que exigirá la transposición de la Directiva 2016/2370 en la Ley 38/2015”*. Por tanto, la modificación de la Ley que regula el sector ferroviario es una oportunidad para abordar estos cambios, para hacer coherente la fijación de los cánones ferroviarios al marco europeo.

b) Aprobación de los cánones ferroviarios

Pero es que, además, la forma de aprobación de los cánones ferroviarios y su periodicidad son aspectos relevantes para la liberalización del transporte nacional de viajeros por ferrocarril, dada su importancia en la estructura de costes de prestación de los servicios ferroviarios, en particular de alta velocidad que, como la CNMC ha señalado, puede superar el 40%.

De nuevo, el Informe aprobado el pasado 14 de noviembre de 2017 indicó que la necesidad establecida en el artículo 100.2 de la Ley 38/2015 de que cualquier revisión de los cánones ferroviarios deba ser incluida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado *“hace que los plazos de publicación previa (...) no sean efectivos para dar certidumbre sobre su evolución. Así, este procedimiento somete a las empresas ferroviarias y candidatos a una incertidumbre sobre el nivel de cánones que no se corresponde con lo el marco europeo”*. Dado lo anterior, en dicho Informe se concluía que *“debería reflexionarse sobre la pertinencia de dicho marco ante los cambios legales que exigirá la transposición de la Directiva 2016/2370 en la Ley 38/2015”*.

Por este motivo, resulta esencial que ADIF y ADIF Alta Velocidad cuenten con las herramientas necesarias para **dar certidumbre** a las empresas ferroviarias, tanto establecidas como potenciales, **sobre la evolución de los cánones ferroviarios**.

Por otra parte, el artículo 26 de la Directiva RECAST señala que *“[L]os Estados miembros velarán por que los sistemas de cánones y adjudicación de capacidad aplicados a la infraestructura ferroviaria se ajusten a los principios instaurados en la presente Directiva, y por que permitan al administrador de infraestructuras comercializar la capacidad disponible y optimizar su uso”*. Es claro que la fijación de los cánones ferroviarios en los PGE elimina la flexibilidad tarifaria que le otorga la regulación comunitaria a los administradores de infraestructuras.

Por todo lo anterior, se considera necesario que los gestores de las infraestructuras puedan **aprobar y publicar un plan plurianual** que establezca la evolución de los cánones ferroviarios durante un plazo de, al menos, 5 años, sin perjuicio de las medidas de flexibilidad y ajuste que puedan requerir para asegurar un uso óptimo de la red.

Por el contrario, la actual fórmula de **fijación anual en los PGE** no parece poder dar respuesta a esta necesidad por lo que se propone, sin perjuicio del cumplimiento de la Directiva RECAST, **reevaluar la reserva de ley en relación con la fijación de la cuantía de los cánones ferroviarios**, una vez establecidos los elementos esenciales del tributo en la Ley 38/2015³⁰.

En este sentido, la experiencia del sector aeroportuario podría servir de precedente dada la modificación que introdujo la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, en relación con la regulación de las tasas aeroportuarias.

Por último, en materia de cánones, es preciso suprimir de tal consideración los correspondientes a la utilización de las instalaciones de servicio titularidad de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias, incluidos en el artículo 98 de Ley 38/2015. Este aspecto, se explicará con detalle en el siguiente epígrafe centrado en las instalaciones de servicio.

En definitiva, este Consejo considera necesario **modificar el sistema de cánones ferroviarios** para permitir, por una parte, la **predictibilidad** de los mismos a medio plazo, de modo que se aporte certidumbre a las empresas ferroviarias, y por otro, **posibilitar la independencia de gestión de los administradores**, que resulta exigible según la legislación comunitaria.

IV.3.3. Instalaciones de servicio ferroviario

El anteproyecto de Ley aborda algunas modificaciones puntuales de la Ley 38/2015 en materia de instalaciones de servicio ferroviarias, que fueron valoradas en el epígrafe IV.2.3. Sin embargo, es preciso realizar modificaciones adicionales de mayor calado para compatibilizar nuestro ordenamiento jurídico con el marco comunitario, constituido por la Directiva RECAST, modificada por la Directiva 2016/2370, y el RE 2017/2177.

³⁰ Al Sentencia del Tribunal Constitucional STC 63/2003, de 27 de marzo, sobre la reserva de ley en cánones portuarios señala que el alcance de la reserva de ley no recae con la misma fuerza sobre todos los elementos del tributo, sino que la misma es máxima en lo relativo al hecho imponible, pero que se suaviza en lo referente al tipo de gravamen y la base imponible. En concreto, dicha Sentencia señala que “*el grado de concreción exigible a la ley es máximo cuando regula el hecho imponible. (...) Pero la concreción requerida a la ley es menor cuando se trata de regular otros elementos, como el tipo de gravamen y la base imponible*”.

a) Regulación de las instalaciones propiedad de los administradores de infraestructuras

En primer lugar, la Ley 38/2015 realiza un tratamiento diferenciado de las instalaciones titularidad de los gestores de las infraestructuras de las del resto de explotadores. Por el contrario, la filosofía de la Directiva RECAST se centra en la actuación de estos últimos, no realizando distinciones regulatorias en función de su propiedad. Por tanto, el marco europeo, al contrario que el español, trata, desde el punto de vista regulatorio, a todos los explotadores de las instalaciones de forma análoga.

Esta aproximación resulta absolutamente justificada dado que el actual tratamiento diferenciado provoca distorsiones en el funcionamiento del mercado, con instalaciones con diferentes obligaciones, cuando la titularidad sea de ADIF, aunque éste no tenga ninguna responsabilidad en su explotación. Por esta razón, debería **modificarse el artículo 45 de la Ley 38/2015**, que, en su redacción actual, únicamente se refiere a la prestación de servicios en las instalaciones titularidad de los administradores ferroviarios.

b) Condiciones económicas aplicables a las instalaciones propiedad de los administradores de infraestructuras

En relación con las condiciones económicas aplicables en las instalaciones de servicio, la Ley 38/2015 establece, de nuevo, un tratamiento diferente para las instalaciones titularidad de los gestores de infraestructuras. Así, el artículo 98 de la Ley 38/2015 califica las tarifas aplicadas en estas instalaciones como canon por la utilización de instalaciones de servicio cuando su titularidad es del administrador de infraestructuras, orientándolos, en todo caso, a costes.

Como se ha dicho anteriormente, el artículo 13 y 31 de la Directiva RECAST no diferencia entre instalaciones propiedad de los administradores de infraestructuras del resto de instalaciones. Por tanto, un trato igualitario de todas ellas no parece compatible con la fijación de un canon para ciertas actividades en las instalaciones propiedad de ADIF o ADIF Alta Velocidad.

Por otra parte, la regulación establecida en el artículo 98 parece calificar todos los servicios que se prestan en las instalaciones de servicio de ADIF y ADIF Alta Velocidad como básicos, al orientarlos a los costes. Pero es que, incluso en este escenario, que no tiene por qué ser cierto, dicha orientación a costes no es consistente con lo establecido en el artículo 31.7 de la Directiva RECAST, que señala que las tarifas de dichos servicios no superarán *“el coste de su prestación más un beneficio razonable”*. El artículo 98 de la Ley 38/2015 no prevé la posibilidad de que los gestores de las infraestructuras obtengan un beneficio razonable en la prestación de dichos servicios.

Por el contrario, ya se ha señalado en el epígrafe IV.2.3.c) que, al contrario de lo establecido en el marco europeo, los servicios básicos prestados en el resto de instalaciones de servicio, de acuerdo con la normativa española, no se encuentran orientados a costes más un beneficio razonable.

En definitiva, la actual redacción sobre regula las tarifas que deben fijar los gestores de las infraestructuras, orientando en todo caso a costes sus servicios, sin prever un beneficio razonable, a la vez que no regula las tarifas de los servicios básicos del resto de explotadores.

Además, la calificación de las tarifas fijadas por ADIF y ADIF Alta Velocidad en estas instalaciones como cánones conlleva toda una serie de limitaciones en relación con su fijación y gestión que, como se ha expuesto en el epígrafe anterior, no resultan apropiadas en un contexto cada vez más liberalizado del mercado ferroviario.

De hecho, en el caso de las tarifas aplicables en las instalaciones de servicio, cabe cuestionarse de forma todavía más acusada la justificación de su calificación como tributos. Así, cabe recordar que la Ley 39/2003 no contenía esta figura, a pesar de que ADIF prestaba ya algunos de estos servicios a través de contratos privados con empresas ferroviarias y cargadores, lo que hace cuestionarse su reserva de ley.

Por otra parte, algunas instalaciones de los gestores de las infraestructuras compiten con las de otros explotadores, por lo que su calificación como tributos genera distorsiones en el mercado, tanto para el propio ADIF, que ve limitada su capacidad competitiva, como para el resto de explotadores que, dada la competencia del gestor público, no pueden fijar un beneficio razonable en línea con lo dispuesto por el marco europeo.

Finalmente, señalar que, en una misma instalación ferroviaria, ADIF y ADIF Alta Velocidad fijan tarifas reguladas en virtud del artículo 101 y 102 de la Ley 38/2015 (servicios complementarios y auxiliares), cánones ferroviarios, considerados tributos de acuerdo con artículo 98 de la misma Ley y, finalmente, en caso que opte por la gestión a riesgo y ventura, de acuerdo con el artículo 45.1 de la Ley 38/2015, recibirá un alquiler por ocupación del dominio público, cuyo importe no está regulado. Estas diferencias en el tratamiento no están justificadas, siendo necesaria un tratamiento homogéneo de estas tarifas coherente con un entorno tendente a la competencia.

Por tanto, este Consejo considera que **la regulación de las tarifas** de todos los servicios prestados en terminales, **con independencia de su titularidad, debe regirse por lo establecido en el artículo 101 de la Ley 38/2015** modificado de conformidad con el Anteproyecto objeto de informe, con las modificaciones señaladas en el epígrafe IV.2.3 anterior. De forma coherente con lo anterior, debe **suprimirse el artículo 98** de la Ley 38/2015.

V. CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto, la CNMC concluye que:

- 1) El Anteproyecto de Ley objeto del presente informe prevé la incorporación al ordenamiento jurídico interno de dos elementos modificados por la Directiva 2016/2370: i) la liberalización del transporte interior de viajeros por ferrocarril y; ii) las normas que refuerzan la independencia e imparcialidad de los administradores ferroviarios.

La transposición de estos aspectos debe valorarse positivamente en la medida en que aportará certidumbre a los entrantes potenciales sobre el cumplimiento del calendario establecido en la normativa europea.

Sin embargo, el presente APL no realiza una transposición completa de determinados aspectos y se requieren de modificaciones legislativas adicionales para transponer de forma adecuada el marco regulador europeo a la legislación nacional.

- 2) En relación con **la liberalización de los servicios nacionales de viajeros** es preciso modificar los siguientes puntos del Anteproyecto de Ley:

- 2.1) El punto 34 del Anteproyecto de Ley, referido al nuevo artículo 59.7 de la Ley 38/2015, debe suprimir el párrafo cuarto y quinto, añadir en el párrafo segundo el plazo de un mes para solicitar la prueba de equilibrio económico y transponer completamente el artículo 11.3 de la Directiva RECAST, en la redacción dada por la Directiva 2016/2370.

- 2.2) El punto 33 sobre el nuevo artículo 59.2, referente a la adjudicación de las obligaciones de servicio público, debe incluir que la CNMC es el organismo independiente que en España puede evaluar la resolución motivada adoptada por la autoridad competente en ciertos supuestos de adjudicación directa, contemplados en el Reglamento 1370/2007.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que el espíritu de las modificaciones introducidas en el citado Reglamento 1370/2007 es la apertura del mercado de prestación de los servicios sujetos a OSP, mediante su licitación competitiva, por lo que debe considerarse la opción anterior, esto es, la asignación directa, como subsidiaria y limitada a los escenarios descritos en el propio Reglamento.

En este sentido, este Consejo considera que debería apostarse por la licitación competitiva de los servicios sujetos a OSP, adelantando el calendario transitorio fijado por el Reglamento 1370/2007, con el objetivo de introducir las eficiencias observadas en los países que han optado ya por su liberalización.

- 2.3) El punto 31, que añade un nuevo artículo 58.5, debe prever que la CNMC sea consultada sobre los sistemas comunes de información y de integración de la oferta de billetes, incluyendo la posibilidad de que pueda imponer modificaciones sobre los mismos para asegurar una situación de competencia adecuada entre las partes.

Además, estos sistemas deberán combinar un acceso efectivo y no discriminatorio de todas las empresas ferroviarias, incorporando mecanismos que aseguren que únicamente se compartirá la información imprescindible para este fin, impidiendo el intercambio de aspectos comercialmente sensibles que puedan poner en riesgo el funcionamiento competitivo del mercado

- 3) Sobre los aspectos relacionados con el **administrador de las infraestructuras** ferroviarias deben modificarse:

- 3.1) El punto 4 y/o 9 del Anteproyecto de Ley para establecer de un modo concordante, en los artículos 19.4 y 22.2 de la Ley, cuál es el órgano competente para otorgar a otras entidades funciones que son propias del administrador de infraestructuras.
- 3.2) El punto 1 y/o el 57 del Anteproyecto, de modo que los elementos que forman parte de la infraestructura ferroviaria puedan encontrarse de un modo homogéneo en el artículo 3 de la Ley o en un anexo, pero no como indica la propuesta en ambos sitios.
- 3.3) El punto 6 debe modificar el tercer párrafo del nuevo artículo 20.2 para recoger que la coordinación de mantenimiento y desarrollo de la capacidad de las infraestructuras deba tener en cuenta las necesidades de los candidatos, así como explicar cuáles son los objetivos de rendimiento objeto de coordinación.

- 4) Entre las propuestas formuladas en el Anteproyecto, referentes a las **instalaciones de servicio ferroviarias**, deben acometerse los siguientes cambios:

- 4.1) El punto 51, que modifica el anexo I.18 de la Ley, debe abrir la lista de servicios complementarios.

- 4.2) El punto 52, debe dejar sin contenido la letra f) del anexo I.19, relativo a los servicios auxiliares.
 - 4.3) El punto 39, referido al artículo 101.1 de la Ley, debe transponer el artículo 31.7 de la Directiva RECAST, sobre la orientación a costes para el acceso y la prestación de servicios en las instalaciones del anexo II.2.
 - 4.4) El punto 50 debe suprimir íntegramente la disposición transitoria segunda referida a la autoprestación en las instalaciones de servicio del administrador de infraestructuras.
 - 4.5) Debe modificarse el artículo 43.3 para incluir las competencias de la CNMC en las instalaciones ferroviarias, de conformidad con el artículo 13.5 de la Directiva RECAST
 - 4.6) Asimismo, debe suprimirse la disposición adicional decimoquinta de la Ley 38/2015, que habilita al Ministro de Fomento para modificar la calificación de determinados servicios complementarios para incluirlos en la relación de servicios auxiliares
- 5) Por otra parte, dadas las características del mercado del alquiler y del mantenimiento de material rodante en España, no puede aceptarse la derogación de la disposición adicional decimosexta, que el Anteproyecto de Ley propone suprimir. Por ello, **debe eliminarse el punto 46 del artículo único del Anteproyecto de Ley.**

Al contrario, como se ha expuesto, y a la vista de las ventajas que derivan de la herencia de determinados activos a empresas del Grupo RENFE con respecto a sus competidores, se estima que las obligaciones previstas en la citada Disposición se complementen con la supervisión efectiva de la CNMC, de acuerdo con lo señalado en el epígrafe IV.2.4. En particular, dado el coste y plazos de fabricación y homologación de trenes y locomotoras, la CNMC ha de tener la capacidad de pronunciarse y adoptar medidas sobre la cantidad y calidad del material rodante que debe transferirse a RENFE Alquiler, asegurando un acceso efectivo de terceros.

Sin perjuicio de lo anterior, y dados los incentivos que conlleva la propiedad conjunta de estas empresas junto con la prestación de los servicios ferroviarios, este Consejo considera que deberían desvincularse del incumbente las unidades de alquiler de material rodante y su mantenimiento, segregándose en distintas empresas y permitiendo la entrada de capital privado.

6) El **Anteproyecto de Ley debe incluir otros aspectos** no contemplados en el documento remitido que resultan necesarios para la adecuada transposición al ordenamiento interno de la normativa comunitaria, como los señalados a continuación:

6.1) Transposición adecuada de las **competencias del organismo regulador**, incluidas tanto en la Directiva RECAST, en particular en su artículo 56 y 57, como en su modificación por la Directiva 2016/2370.

Esto implica también adoptar medidas adecuadas para que, según establece la Directiva, el organismo regulador pueda hacer cumplir sus decisiones, mediante el **establecimiento de sanciones y multas adecuadas** a la vez que cuenta con los recursos y capacidad organizativa para realizar sus funciones.

De esta forma se considera que el incumplimiento de las Resoluciones de la CNMC, cuando resulten en perjuicio relevante para el sistema, deben equipararse a las infracciones muy graves previstas en el artículo 106.2 de la Ley 38/2015, con cuantías superiores a las actuales, fijadas como proporción del volumen de negocio de la empresa, como se ha señalado en el epígrafe IV.3.1.

6.2) Modificar **el sistema de cánones ferroviarios** para permitir, por una parte, la **predictibilidad** de los mismos a medio plazo de modo que se aporte certidumbre a las empresas ferroviarias, y por otro, posibilitar **la independencia de gestión de los administradores**, que resulta exigible según la legislación comunitaria.

6.3) Por lo que se refiere a los **cánones en las instalaciones de servicio**, se propone suprimir el artículo 98 de la Ley 38/2015, regulándose los precios de los servicios prestados en las instalaciones de servicio de los gestores de las infraestructuras de acuerdo con el régimen general establecido en el artículo 101, que resulta de aplicación para todo tipo de instalaciones con independencia del titular o explotador de la misma.

6.4) Asimismo, en materia de **instalaciones de servicio** deben modificarse las previsiones que se refieren exclusivamente a la prestación de servicios en las instalaciones de titularidad del administrador de infraestructuras ferroviarias, para que sea de aplicación genérica a todas las instalaciones y explotadores, de conformidad con lo establecido en la Directiva.