



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA



**INFORME SOBRE PROYECTO DE ORDEN  
DE LA DECLARACIÓN SOBRE LA RED Y  
AL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN  
DE CAPACIDAD DE INFRAESTRUCTURA  
FERROVIARIA**

**17 de diciembre 2013**

## Índice

I. Antecedentes	3
II. Contenido	4
III. Observaciones	4

## **INFORME RELATIVO AL PROYECTO DE ORDEN DE LA DECLARACIÓN SOBRE LA RED Y AL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE CAPACIDAD DE INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA**

---

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su reunión de 17 de diciembre de 2013, ha aprobado el presente informe, relativo al Proyecto de Orden Ministerial de la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria (en adelante, el POM) en el que se analizan las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el 2 de diciembre de 2013, incluyendo una versión del texto del APL que se acompañaba de la Memoria del Análisis del Impacto Normativo (MAIN).

Este informe se aprueba, a solicitud del Ministerio de Fomento, en ejercicio de las competencias consultivas de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, en aplicación del 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.

### **I. ANTECEDENTES**

La *Directiva 2001/14/CE<sup>1</sup>, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de seguridad* establece las líneas generales en materia de adjudicación de capacidad y otorga a los Estados miembros la competencia para determinar reglas específicas de adjudicación de capacidad.

La trasposición al ordenamiento jurídico español de la citada Directiva se realizó a través de la *Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario<sup>2</sup>* (LSF) y en el *Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario (RSF)<sup>3</sup>*, cuyas disposiciones en materia de asignación de capacidad han sido desarrolladas mediante la *Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria*.

De acuerdo con esta normativa, la adjudicación de capacidad de infraestructura es *la asignación por parte del administrador de infraestructuras ferroviarias de aquellas franjas horarias, definidas en la declaración sobre la red, a los correspondientes candidatos con el fin de que un tren pueda circular, entre dos puntos, durante un período de tiempo determinado*.

---

<sup>1</sup> Forma parte del Primer Paquete Ferroviario.

<sup>2</sup> Capítulo VII de la LSF.

<sup>3</sup> Artículo 47 del RSF.

En aquellos casos en los que la red haya sido declarada como congestionada, la normativa vigente contempla un orden de prioridades en la adjudicación de capacidad que recientemente ha sido declarada contraria a la Directiva 2001/14/CE por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>4</sup>.

Por ello, el POM tiene por objeto dar cumplimiento a esta sentencia e incorporar al ordenamiento jurídico nacional el contenido de la Directiva 2001/14/CE en materia de adjudicación de capacidad.

## II. CONTENIDO

El POM objeto de análisis se compone de un artículo único y tres disposiciones finales.

El **artículo único** supone la modificación del artículo 11.b) de la Orden FOM/897/2005, que recoge un orden de prioridad para la adjudicación de capacidad en caso de las redes declaradas como congestionadas.

Las **disposiciones finales** establecen el título competencial habilitante del POM, la incorporación de derecho de la UE<sup>5</sup> y su entrada en vigor.

## III. OBSERVACIONES

La asignación de capacidad de infraestructura es el procedimiento mediante el cual se habilita a los operadores ferroviarios a acceder a un determinado tramo de la red en un horario definido. La concreción de los principios y criterios que guíen esta asignación no es inocua a efectos de competencia, ya que la existencia de unos principios poco claros y/o discrecionales puede favorecer al operador incumbente y desincentivar la entrada en el mercado de nuevos competidores. Es por ello que debe aprovecharse esta oportunidad para configurar un buen sistema de asignación de capacidad de infraestructura que elimine las barreras a la entrada de nuevos operadores y que permita favorecer una mayor competencia en el mercado.

Este procedimiento de asignación de capacidad de infraestructuras y los criterios de adjudicación que deben regir el mismo se encuentran regulados en la Orden FOM/897/2005, objeto de modificación. Estos cambios en la normativa vienen motivados por la Sentencia del TJUE que exige a España, entre otros temas, adecuar las prioridades de adjudicación a los principios recogidos en la Directiva 2001/14/CE.

---

<sup>4</sup> Asunto C-483/10 Comisión Europea contra Reino de España. Junto a éste, existen otros dos aspectos que se han declarado contrarios a la Directiva: la competencia por parte del Ministerio de Fomento para la determinación de los cánones ferroviarios y la ausencia de un sistema de incentivos en el sistema de tarificación.

<sup>5</sup> De la Directiva 2001/14/CE.

Los artículos 33 y 35 de la LSF y el artículo 47 del RSF disponen que el desarrollo del procedimiento de adjudicación de capacidad se realice mediante orden ministerial.

La normativa dispone que *la adjudicación de capacidad comporta el derecho de acceso a una infraestructura determinada y a las correspondientes bifurcaciones y desvíos de la Red Ferroviaria de Interés General, así como a recibir el servicio de control de circulación del tren, incluida la señalización*<sup>6</sup>. Además, se establece la prohibición de realizar cualquier negocio jurídico sobre la capacidad de infraestructura adjudicada<sup>7</sup>.

Por otra parte, el artículo 15 de la mencionada Orden determina el derecho de los candidatos a que el acceso a la RFIG se produzca en **condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias** y, además, se establece la **competencia del regulador ferroviario para conocer de los asuntos relacionados con la adjudicación de capacidad**<sup>8</sup>.

El presente POM propone la modificación de su artículo 11.b con objeto de dar cumplimiento a la sentencia del TJUE, que había determinado la falta de adecuación respecto al Primer Paquete Ferroviario. En concreto, este artículo en su redacción original recoge los criterios de adjudicación de capacidad por parte del administrador de infraestructuras y, en su apartado b) determina un orden descendente de prioridad en el caso de que la red haya sido declarada como congestionada<sup>9</sup>. La redacción actual de la orden que debe modificarse es la siguiente:

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

*a) Si hubiera capacidad disponible para todos los candidatos, se les adjudicará.*

*b) Si existiera coincidencia de solicitudes para una misma franja horaria o la red hubiera sido declarada como congestionada, se tomará en cuenta para su asignación, por orden descendente de prioridad, las siguientes prioridades de adjudicación:*

- 1. Las que, en su caso, establezca el Ministerio de Fomento para los distintos tipos de servicios dentro de cada línea, tomando en especial consideración los servicios de transporte de mercancías.*
- 2. La existencia de infraestructuras especializadas y la posibilidad de atender dichas solicitudes en dichas infraestructuras.*

<sup>6</sup> Artículo 2 párrafo 2º de la Orden FOM/897/2005.

<sup>7</sup> Artículo 14.3 de la Orden FOM/897/2005.

<sup>8</sup> Artículos 7.4 y 16.2.f) de la Orden FOM/897/2005.

<sup>9</sup> Tramo de infraestructura para el cual no puede atenderse plenamente la demanda de capacidad de infraestructura durante determinados períodos, ni siquiera tras la coordinación de las distintas solicitudes de capacidad.

3. *Los servicios declarados de interés público.*
4. *La asignación y utilización efectiva por el solicitante, en anteriores horarios de servicio, de las franjas horarias cuya adjudicación se solicita.*
5. *Los servicios internacionales.*
6. *La eventual existencia de acuerdos marco que prevean la adjudicación de esa solicitud de capacidad.*
7. *La solicitud, por un candidato, de una misma franja horaria durante varios días de la semana o en sucesivas semanas del periodo horario.*
8. *La eficiencia del sistema.».*

El TJUE determinó el incumplimiento del primer y cuarto criterios. La CNMC **valora positivamente la eliminación de estos dos criterios** de la norma.

- Por una parte, el primer motivo, tal y como han establecido en diversas ocasiones los extintos CNC y CRFA<sup>10</sup>, concede un **excesivo grado de discrecionalidad** al Ministerio de Fomento que es, tal y como determina el TJUE, contrario al artículo 14.1 de la mencionada Directiva que prevé de forma expresa que los Estados miembros deberán establecer reglas específicas de adjudicación de capacidad<sup>11</sup>. Además, teniendo en cuenta que el operador incumbente es una entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Fomento, esta discrecionalidad del Ministerio podría suponer un incentivo a un trato más favorable a RENFE-Operadora y, por tanto, podría obstaculizar la actividad de nuevos entrantes al mercado.
- Por otra parte, el cuarto motivo **favorece asimétricamente a RENFE-Operadora como operador dominante**<sup>12</sup>, siendo el único operador que se encuentra implantado en toda la RFIG. En efecto, en caso de coincidencia de solicitudes, se concedería dicho surco al operador que previamente hubiera hecho uso del mencionado trayecto, que en la mayoría de los casos sería RENFE-Operadora. Además, el TJUE lo considera contrario al artículo 13.2 de la Directiva, que limita el derecho a utilizar una capacidad de infraestructura específica a un período de vigencia del horario de servicio<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> La CNC en el IPN 30/09 y en el *Informe sobre la Competencia en el Transporte de Mercancías por Ferrocarril en España* de 2013 y la *Memoria e Informe del CRFA en España 2012*.

<sup>11</sup> El TJUE considera que este motivo constituye por sí mismo una fuente de inseguridad jurídica para los operadores. Además, tal y como establece el TJUE, el decimotercer considerando de la Directiva determina que *las empresas ferroviarias deberán recibir señales claras y coherentes de los sistemas de adjudicación de capacidad que las lleven a tomar decisiones racionales*.

<sup>12</sup> Tal y como establece la CNC en el IPN 30/09, el Informe de Posición (IP) en relación con el Real Decreto-ley 22/2012 y el Informe sobre la Competencia en el Transporte de Mercancías por Ferrocarril en España.

<sup>13</sup> *El derecho a utilizar una capacidad de infraestructura específica en forma de franja ferroviaria podrá concederse a los candidatos por una duración máxima de un período de vigencia del horario de servicio.*

No obstante, a pesar de que la eliminación de estos criterios se valora de manera positiva por parte de la CNMC, **aún persisten en la Orden una serie de elementos susceptibles de privilegiar al operador dominante** que deberían eliminarse o relegarse a los últimos lugares en el orden de prioridad.

En este sentido, ya se ha pronunciado en diversas ocasiones la CNC<sup>14</sup>, que ha señalado que *“los criterios establecidos actualmente en la aludida Orden FOM/897/2005, siendo válidos, son susceptibles de favorecer al operador dominante, RENFE-Operadora, que parte de una situación privilegiada al estar ya establecido en toda la Red y por tanto beneficiarse de las eficiencias derivadas de su grado de implantación”*.

Además, la Directiva 2001/14/CE relativa a la capacidad de infraestructura ferroviaria es ciertamente flexible en cuanto a los criterios de adjudicación de la capacidad de infraestructura, remitiéndose de forma general (por ejemplo, en los artículos 14 y 22) al cumplimiento de una serie de principios inspiradores (no discriminación igualdad de trato) por parte de los Estados miembros. Por lo tanto, **la elección de los criterios recogidos en el art. 11 de la Orden FOM/897/2005 es plenamente decisión de las autoridades nacionales.**

Entre los criterios que se mantienen en la redacción propuesta por el POM, la mayor parte de ellos y primeros en el orden de prioridad (existencia de infraestructuras especializadas, servicios de interés público, servicios internacionales, acuerdos marco existentes, solicitudes de una misma franja horaria varios días a la semana o en sucesivas semanas del período horario) son susceptibles de generar una **ventaja competitiva para el operador dominante** (RENFE-Operadora), ya que resultará más difícil para otros competidores cumplir dichos criterios, bien por cuestiones normativas (las líneas especializadas y los servicios de interés general que afectan exclusivamente al tráfico de pasajeros donde, de momento, exclusivamente opera RENFE-Operadora) o por cuestiones relacionadas con el volumen de tráfico, donde se engloban el resto de los supuestos.

En particular, este es el caso del criterio relativo a la solicitud por un operador de una misma franja horaria durante varios días de la semana o en sucesivas semanas del periodo horario que podría favorecer al operador con mayor implantación en el mercado, es decir, RENFE-Operadora. Si el objetivo de este criterio es favorecer la planificación y el uso de las infraestructuras, se sugiere adoptar, en su lugar, el de servicios regulares que atiende al mismo fin pero resulta menos susceptible de favorecer al operador con mayor implantación en el mercado.

Por otra parte, se mantiene la **eficiencia del sistema como el último criterio** dentro del orden de prioridades, circunstancia ya criticada por la CNC en el IPN 30/2009 *“existe una clara preeminencia de criterios discrecionales o no*

---

<sup>14</sup> IPN 30/09, IP en relación al Real-Decreto-ley 22/2012 y el *Informe sobre la Competencia en el Transporte de Mercancías por Ferrocarril en España* de 2013.

*relacionados con una verdadera fundamentación económica, mientras que, por ejemplo, la eficiencia del sistema queda relegada al último lugar*<sup>15</sup>. La relegación de este criterio al último lugar, en favor de otros criterios carentes de fundamentación económica, puede estar impidiendo la entrada de nuevos operadores al mercado y limitando los beneficios derivados de la liberalización del sector.

Esta circunstancia no acontece en la regulación de otros países. Por ejemplo, en el Reino Unido, los Reglamentos de 2005 que regulan el acceso y la gestión de infraestructuras determinan, en el caso de que una línea sea declarada como congestionada, los siguientes criterios de prioridad: i) tener en cuenta la importancia de un servicio a la sociedad en relación con los otros servicios que dejarán de prestarse y ii) asegurar los tráficos de mercancías, en particular los tráficos de carácter internacional. El primer criterio de prioridad en la asignación de capacidad establece el coste de oportunidad del servicio, por lo que se introduce un criterio de clara fundamentación económica. Pero además, el regulador británico (Office of Rail Regulation) ha elaborado un documento en 2011 relativo a los criterios y procedimientos para la aprobación de los contratos de acceso, donde presenta las líneas y principios básicos que deben guiar su actuación. En el apartado relativo a la asignación de capacidad, se enfatiza, de nuevo, la importancia del principio de eficiencia en el uso de capacidad de infraestructura y para el caso concreto de las infraestructuras congestionadas se *“pretende asegurar que la asignación de capacidad escasa se produzca de la manera más beneficiosa posible”*.

Más aún, existen otros países de la UE-6 donde la regulación de la asignación de capacidad va más allá y se adopta un **proceso de concurrencia competitiva**, ya apuntado en otras ocasiones por la CNC, que señalaba que *“extraña que, si bien los principios apuntados son necesarios, no se contemplen con el principio de concurrencia competitiva, que otorgaría un marco suficiente para asegurar una adjudicación próxima a la naturaleza de un mercado liberalizado. Es decir, entendiendo que la capacidad de infraestructura ferroviaria será limitada en muchas ocasiones, de ser imposible la competencia “en el mercado”, debe asegurarse al menos la competencia “por el mercado”*”.

La regulación alemana de asignación de capacidad de infraestructura ferroviaria supone un claro ejemplo. En la Declaración de Red<sup>16</sup> de 2014 de DB Netze AG<sup>17</sup> se recogen las reglas de prioridad, que se concretan en las siguientes: i) los servicios regulares y servicios integrados; ii) los trenes

---

<sup>15</sup> Esta circunstancia también se pone de manifiesto en el Informe de Posición (IP) de la extinta CNC en relación con el Real Decreto-ley 22/2012 y el Informe sobre la Competencia en el Transporte de Mercancías por Ferrocarril en España de 2013.

<sup>16</sup> La Declaración de Red aprobada y publicada por los administradores de infraestructuras establece las características básicas de las infraestructuras que configuran la red e informa sobre la capacidad de cada tramo y las condiciones de acceso. Asimismo detalla las normas generales relativas a plazos, tarifas y servicios ferroviarios.

<sup>17</sup> El administrador de infraestructuras de Alemania.

transfronterizos; iii) los tráficos de mercancías. En el caso de que no sea posible resolver el conflicto de acuerdo con estas reglas, se aplicará un procedimiento en el que se compararán los cobros en el trayecto afectado por parte de los distintos servicios y se tendrá en cuenta el número total de días de servicio de la línea ferroviaria en horario de servicio respecto al itinerario global. La prioridad se concederá a la solicitud que suponga un mayor ingreso. Si, aun así, no fuera posible adoptar una decisión bajo la aplicación de este procedimiento, se procederá a la aplicación del procedimiento del “mejor postor”. Para ello, el administrador de infraestructuras solicitará a los operadores implicados que presenten una oferta y el tramo se adjudicará a la oferta más elevada.

Al regular la asignación de capacidad, el artículo 11 propuesto en el POM relega la eficiencia del sistema al último puesto entre los criterios a aplicar, de forma incongruente con los objetivos de la liberalización y la promoción de la competencia. La CNMC no comparte el mantenimiento en el POM de criterios que no favorecen la entrada de nuevos entrantes al mercado. Adicionalmente, se recuerda que en los comienzos de los procesos de liberalización en sectores de red suele ser conveniente discriminar positivamente a los nuevos entrantes, al partir éstos de una evidente situación de desventaja competitiva.

En definitiva, en línea con los comentarios realizados, **la CNMC considera que, sería conveniente que el POM no se limitara a realizar los ajustes necesarios para adaptar los criterios de asignación de capacidad a lo dispuesto en la sentencia del TJUE en el caso 483/10, sino que planteara una revisión en profundidad de dichos criterios, con el objetivo de aumentar su fundamentación económica y de que resulten más favorables a la incorporación de nuevos entrantes en el mercado.**

Por último, cabe recordar que en la sentencia del TJUE se pone de manifiesto otras dos cuestiones por las que España también ha sido condenada: la competencia del Ministerio de Fomento en la determinación de los cánones ferroviarios que resta autonomía de gestión al administrador de infraestructuras y la ausencia de un sistema de incentivos en el sistema de tarificación de la infraestructura.

Se trata de cuestiones en las que ya se han pronunciado en diversas ocasiones la CNC y el CRFA<sup>18</sup>. La CNMC valora positivamente que se hayan producido

---

<sup>18</sup> En materia de cánones, el CRFA publicó una resolución el 6 de febrero de 2012 en la que envió también comentarios la CNC y la CNC en su Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España de 2013 puso de manifiesto que la actual estructura de los cánones favorece al operador incumbente y “no sigue un proceso transparente y objetivo que incentive la utilización eficiente de las infraestructuras ferroviarias”. Por su parte, en relación a la competencia del Ministerio de Fomento para la determinación de cánones también ha sido criticada por ambos organismos en el Informe de

iniciativas por parte del Ministerio de Fomento dirigidas a corregir esta situación, tal es el caso del *Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social*, donde se establece la competencia del administrador de infraestructuras para la determinación de la cuantía de los cánones<sup>19</sup>, así como la inclusión de manera explícita de un sistema de incentivos en la determinación de los cánones. No obstante, aún están pendientes de desarrollo normativo, mediante orden ministerial, los principios básicos de aplicación de los sistemas de bonificaciones e incentivos aplicados a los cánones que se establecen en este Real Decreto-ley. **La CNMC sugiere al Ministerio de Fomento que introduzca con celeridad la normativa necesaria para cumplir con las exigencias del TJUE en esta materia.**

---

la CNC sobre competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España de 2013 y por parte del CRFA en la Memoria e Informe en España 2012.

<sup>19</sup> Artículo 2.



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

