

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS FERROVIARIAS PRIVADAS EN RELACIÓN CON LOS PROCESOS DE SELECCIÓN Y CONTRATACIÓN DEL PERSONAL DE CONDUCCIÓN FERROVIARIO POR PARTE DE RENFE OPERADORA, S.A.

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

STP/DTSP/053/17

Presidenta

D.^a María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 21 de diciembre de 2017

De acuerdo con las funciones establecidas en el artículo 11 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), la Sala de Supervisión Regulatoria, emite la siguiente Resolución:

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 21 de julio de 2016, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) escrito de la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (en adelante, AEFP) solicitando la intervención de la CNMC en relación con la situación creada tras las últimas convocatorias de empleo relativas al personal de conducción realizadas por RENFE Operadora, S.P.E. (en adelante, RENFE). En particular, la AEFP denunciaba que RENFE no había planificado la renovación de su plantilla de maquinistas ni había realizado la formación de maquinistas necesaria para hacer frente a sus propias necesidades de renovación de plantilla, a pesar de contar con 10 centros de formación en toda España que la AEFP califica de “facilidad esencial”. En su lugar, según la denuncia, RENFE habría contratado un número muy elevado de los maquinistas que necesitaba cubrir entre los

maquinistas en activo contratados y formados por el resto de las empresas ferroviarias. Esta práctica estaría afectando gravemente al normal desarrollo de las actividades de las empresas ferroviarias.

Como consecuencia de dicho escrito de AEFP, se acordó la apertura del procedimiento tramitado bajo referencia STP/DTSP/044/17. Con fecha 7 de noviembre de 2017, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia declaró caducado el citado procedimiento (STP/DTSP/044/17) por transcurso del plazo máximo establecido y, en consecuencia, ordenó el archivo de las actuaciones practicadas en el mismo, con los efectos previstos en el artículo 95 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

SEGUNDO.- Con fecha 14 de noviembre de 2017, la Dirección de Transportes y Sector Postal (en adelante, DTSP) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acordó la apertura del procedimiento como consecuencia de la solicitud de la AEFP en relación con la situación creada tras las últimas convocatorias de empleo relativas al personal de conducción realizadas por RENFE, y confirió plazo de diez días hábiles para formular alegaciones y aportar documentos en relación con el objeto del procedimiento.

En dicho escrito, la DTSP también señalaba, en aras del principio de eficacia, que quedaban incorporados todos los actos y trámites realizados tanto en el marco del procedimiento tramitado bajo referencia STP/DTSP/044/17, declarado caducado por la Sala de Supervisión Regulatoria, como la información y documentación aportada por las partes en el trámite de información previa acordado el 19 de septiembre de 2016 tras escrito de intervención presentado por la AEFP y la del propio procedimiento declarado caducado.

TERCERO.- Con fecha 30 de noviembre de 2017 se comunicó a los interesados, a los efectos de lo previsto en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la apertura del trámite de audiencia, otorgándose un plazo de diez días para formular alegaciones.

CUARTO.- Con fecha 30 de noviembre de 2017 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de la AEFP señalando, en relación con el Antecedente anterior, que reiteraba las alegaciones vertidas en el contexto del citado expediente STP/DTSP/044/17.

SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con el artículo 11.Uno. de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, esta Comisión debe supervisar y controlar el correcto funcionamiento del sector ferroviario, en particular, según el punto primero de dicho artículo, ejerciendo sus competencias para *“salvaguardar la pluralidad de la oferta en la prestación de los servicios sobre la Red Ferroviaria de Interés General y sus zonas de servicio ferroviario, así como velar por que éstos sean prestados en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias”*.

Estas competencias de la CNMC deben ser interpretadas de conformidad con la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre de 2012 (en adelante, Directiva RECAST), por la que se establece un espacio ferroviario único que, en su artículo 56.9, al determinar las funciones del organismo regulador, establece que *“[S]in perjuicio de las facultades de las autoridades de competencia nacionales en materia de protección de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, el organismo regulador decidirá por iniciativa propia, cuando corresponda, las medidas adecuadas para corregir discriminaciones en perjuicio de los candidatos, distorsiones del mercado y otras situaciones indeseables en estos mercados (...)”*.

La CNMC resulta por consiguiente competente para pronunciarse sobre las cuestiones objeto del presente procedimiento.

Por otra parte, atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y el artículo 14.1.b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el órgano decisorio competente para la resolución del presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

- **Alcance de las competencias del regulador sectorial**

RENFE señala en sus alegaciones que las **funciones de la CNMC** en el mercado ferroviario que se incluyen en el artículo 11.Uno de la LCNMC y siguen, de acuerdo con su lectura, lo establecido en la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y el Consejo de 21 de noviembre de 2012 por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, se centrarían en: *“(i) El régimen de entrada al mercado ferroviario (licencias, etc.); (ii) La regulación del acceso a la infraestructura ferroviaria; y (iii) Otras funciones menores como la determinación del carácter internacional de determinados servicios, o el impacto de nuevos servicios en obligaciones de servicio público”*.

Igualmente, RENFE alega que la función prevista en el citado artículo 11.Uno.1 relativa a **la salvaguarda de la pluralidad de la oferta** *“no puede ser interpretada como una habilitación a la CNMC para adoptar cualquier medida que considere conveniente para regular el sector ferroviario”* dado que la

LCNMC no establece una norma habilitante para la, a su juicio, “*significativa ablación del derecho a la libre empresa*” que supondría esta interpretación.

A la vista de las alegaciones anteriores, esta Sala considera, en primer lugar, que la descripción que realiza RENFE de las **funciones de la CNMC en relación con el sector ferroviario no se ajusta al marco regulador vigente**. Por una parte, la CNMC no cuenta con funciones relacionadas con la entrada de las empresas ferroviarias al mercado, como señala RENFE, dado que la concesión de licencias y evaluación de los requisitos a cumplir por las empresas ferroviarias son, de acuerdo con los artículos 48 y siguientes de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, competencia de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF).

Por otra parte, si bien es cierto que la **determinación de las condiciones de acceso a la red ferroviaria** es una parte esencial de las funciones del regulador ferroviario, **no es cierto que sean las únicas** y que el resto sean “*funciones menores*”. Así, considerando la legislación europea, como señala la propia RENFE, la Directiva RECAST, en su considerando (3) advierte que “[D]ebe mejorarse la eficiencia del sistema ferroviario a fin de integrarlo en un mercado competitivo, teniendo en cuenta, a la vez, las características especiales de los ferrocarriles”. De este modo queda patente que la finalidad de la eficiencia en el sistema ferroviario se persigue para integrar dicho sistema en un mercado que sea competitivo.

Igualmente, la Directiva RECAST reitera la necesidad de la existencia de un organismo regulador que supervise la aplicación de las normas establecidas en la propia Directiva para la gestión eficiente y la utilización justa y no discriminatoria de la infraestructura ferroviaria. Por tanto, en la medida en la que la razón de ser de los organismos reguladores nacionales está vinculada a la eficiencia del sistema ferroviario en un marco competitivo, los instrumentos competenciales atribuidos a la CNMC (en su condición de organismo regulador) también deben estar en consonancia con la búsqueda y garantía de una competitividad óptima en los distintos segmentos del mercado ferroviario así como el uso eficiente de las redes ferroviarias.

Por este motivo se observa un refuerzo de las competencias relacionadas con el acceso a las infraestructuras y a los servicios ferroviarios. En particular, el artículo 56.2 de la Directiva RECAST establece que “(...), *el organismo regulador estará facultado para supervisar la situación de la competencia en los mercados de los servicios ferroviarios (...)*”, concretándose en el punto 9 del mismo artículo, citado por RENFE, que “(...), *el organismo regulador decidirá por iniciativa propia, cuando corresponda, las medidas adecuadas para corregir discriminaciones en perjuicio de los candidatos, distorsiones del mercado y otras situaciones indeseables en estos mercados, en particular respecto a lo dispuesto en el apartado 1, letras a) a g)*”.

De la lectura de los artículos anteriores difícilmente puede concluirse que las “medidas adecuadas” que pueden adoptar los reguladores únicamente se refieran al acceso a la red ferroviaria. Por tanto, el término “en particular” del artículo citado anteriormente no puede ser interpretado como una lista exhaustiva dado que, de otra forma, quedarían limitadas las funciones de supervisión otorgadas por la propia Directiva RECAST.

De hecho, el ámbito de las competencias del regulador fue señalado por la Comisión Europea en su carta de emplazamiento en el procedimiento de infracción abierto al Estado español por la incorporación a la normativa nacional del denominado primer paquete ferroviario, al establecer que *“el mandato del artículo 10.7 de la Directiva 91/440/CEE –«el organismo regulador... supervisará la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, incluido el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril»– no deja a los Estados miembros margen de actuación; implica que el organismo regulador ha de desempeñar una función permanente y regular de seguimiento del mercado, con vistas a detectar posibles comportamientos anticompetitivos, y que esta función debe ejercerse no solo a instancia de las partes interesadas, sino a iniciativa propia....”*.

En definitiva, **la legislación europea habilita a los organismos reguladores** a supervisar la **situación competitiva** en los mercados de los servicios ferroviarios y **adoptar las medidas** necesarias para corregir: i) discriminaciones en perjuicio de los candidatos; ii) distorsiones del mercado y; iii) otras situaciones indeseables en estos mercados.

En el mismo sentido, **la legislación española tampoco limita las competencias del regulador al acceso a la red ferroviaria**, habilitando a la CNMC a controlar y supervisar el correcto funcionamiento del mercado ferroviario. Efectivamente, el artículo 11.Uno de la LCNMC señala que la CNMC *“(...) supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector ferroviario”*, ejerciendo en particular, pero no exclusivamente, las funciones citadas en los apartados 1 a 12. Como señala RENFE, algunas de dichas funciones se refieren a la regulación del acceso a la red de los gestores de infraestructuras como la supervisión de los procesos de consultas llevados a cabo por los gestores de infraestructuras, evitar situaciones discriminatorias en el acceso a la red o supervisar las condiciones económicas fijadas (cánones ferroviarios).

Sin embargo, **otras funciones deben entenderse vinculadas con carácter general a la función de supervisión y control de la CNMC** para que el mercado afectado funcione de manera correcta (competitiva y no discriminatoria) y, en particular, en las dos siguientes funciones:

- *Salvaguardar la pluralidad de la oferta en la prestación de los servicios sobre la red ferroviaria de interés general y sus zonas de servicio*

ferroviario, así como velar por que éstos sean prestados en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias

- *Garantizar la igualdad entre empresas, así como entre cualesquiera candidatos, en las condiciones de acceso al mercado de los servicios ferroviarios*

Para que la **CNMC pueda ejercitar ambas funciones** (apartados 1 y 2, del artículo 11.Uno) **ineludiblemente ha de interpretarse que la CNMC ostenta la capacidad de adoptar las medidas que a su juicio resulten necesarias para corregir el funcionamiento del sector ferroviario**, una vez detectada una situación o un comportamiento que impidiera el funcionamiento del sector en las concretas condiciones reseñadas en dichos apartados (pluralidad de oferta, prestación de los servicios ferroviarios en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, igualdad entre empresas o candidatos en las condiciones de acceso al mercado de los servicios ferroviarios), e incluso ostenta la habilitación para **imponer las necesarias específicas obligaciones a las empresas ferroviarias** cuyo comportamiento pudiera estar afectando a las condiciones competitivas objeto de salvaguarda y garantía por parte de la CNMC. Ello resulta así, dado que la norma nacional ha configurado dichas previsiones como **habilitaciones competenciales en sí mismas** que no precisan de un desarrollo normativo ulterior y, además, resulta conforme con la normativa comunitaria, en particular, el contenido del artículo 56.9 de la Directiva 2012/34/UE.

En este sentido, procede indicar que de conformidad con el artículo 112 de la Ley 38/2015, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será competente para imponer las sanciones por el incumplimiento de sus resoluciones, incumplimiento tipificado como infracción en los artículos 106, apartado 1.2 y 107, apartado 2.1.

Finalmente señalar que, dada la redacción del artículo 11.Uno de la LCNMC, no se entiende por qué RENFE considera que no son necesarias normas habilitantes concretas para que el regulador ferroviario, por ejemplo, aplique sus funciones para determinar las condiciones de acceso a la red ferroviaria, previstas en los puntos 5 y 6 de dicho artículo, mientras que, para aplicar la función de salvaguarda de la pluralidad de la oferta, la CNMC debería, según este agente, contar con un desarrollo normativo específico.

En definitiva, esta Sala considera que la **salvaguarda de la pluralidad de la oferta** prevista en el artículo 11.Uno.1 de la LCNMC habilita a la CNMC, en línea con sus funciones de supervisión y control del sector ferroviario, a **adoptar medidas para corregir situaciones distorsionadoras del mercado**, como igualmente se establece en el artículo 56.9 de la Directiva RECAST.

- **Paralelismo de la habilitación competencial analizada con otras atribuidas a la CNMC en sectores regulados**

RENFE señala que la experiencia en otros sectores regulados también indica la necesidad de la existencia de una norma que desarrolle la posibilidad de imponer medidas ante competencias similares. Así, RENFE destaca los conflictos que generó esta competencia entre los reguladores y la autoridad de competencia y, citando jurisprudencia tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo, este operador concluye, de nuevo, con que es necesario la existencia *“de normas específicas que doten de mayor concreción la intervención destinada a “salvaguardar la pluralidad de la oferta”*.

En relación con las alegaciones anteriores cabe señalar que, efectivamente, se han producido numerosos pronunciamientos judiciales respecto de Resoluciones de diferentes reguladores en el ejercicio de sus competencias en otros sectores. En particular, en el sector de telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), con diversos matices, también ha tenido asignadas desde su creación competencias relativas a la salvaguarda de la condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y a velar por la libre competencia en el citado mercado así como por la pluralidad de oferta del servicio¹.

Al respecto, ha sido bastante prolija la intervención judicial respecto de los pronunciamientos dictados por dicho organismo, confirmando la **capacidad del regulador de adoptar medidas encaminadas a salvaguardar la pluralidad de la oferta**².

¹ En el ámbito jurisprudencial el análisis se ciñó en particular a la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, así como la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Según rezaba el artículo 48.3.e) de la citada Ley 32/2003, *“en las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones: e) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. [...]”*.

² A título incidental, cabe señalar que en sus alegaciones RENFE se refiere a una sentencia de la Audiencia Nacional (SAN de 26 de mayo de 2014) que ha sido recientemente casada por el Tribunal Supremo, mediante sentencia de 3 de mayo de 2017 (RJ/2017/2030). Aun cuando en dicho caso la habilitación competencial que dio lugar a la intervención de la CNMC era distinta que la que es objeto de consideración en el presente procedimiento, resulta ilustrativo señalar que en su sentencia el Tribunal Supremo reafirma la importancia de dotar al regulador sectorial de los medios necesarios para poder llevar a cabo las funciones de supervisión del mercado

Así, la Sentencia del **Tribunal Supremo** (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) de 17 de diciembre de 2008 (RJ\2009\232) señaló que “(...) lo cierto es que la ley habilita expresamente a este organismo imponer obligaciones de comportamiento a determinados operadores a fin de evitar prácticas anticompetitivas, si bien la aplicación directa general de las normas de defensa de la competencia no se encuentran dentro de las competencias propias de la CMT. Por consiguiente, en el supuesto de apreciar una práctica que puede ser contraria a la "pluralidad de ofertas", el organismo regulador puede imponer obligaciones de diferente naturaleza, de hacer o no hacer, sobre los operadores, y, en caso de inobservancia del mandato, podrá la CMT, ejercer sus potestades sancionadoras”.

En este mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8ª) de 25 de noviembre de 2009 (JUR\2009\496359) concluía que “la redacción del art. 48 en su versión actual aplicable en el momento de los hechos enjuiciados permite al organismo sectorial imponer a los operadores medidas concretas, singulares y específicas, esto es, determinar obligaciones vinculantes para los operadores, de forma individualizada, siempre con la finalidad expresada, [...]”.

Esta Sala no puede tampoco compartir las afirmaciones de RENFE que señalan que las resoluciones del regulador sectorial (en los casos analizados, la CMT) en salvaguarda de la pluralidad de la oferta se apoyaron en las normas de defensa de la competencia. La Sentencia del **Tribunal Supremo** (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) de 10 de diciembre de 2008 (RJ\2009\214) consideró que “[L]a sociedad actora incurre en un error conceptual al calificar la resolución administrativa impugnada en la instancia como una decisión sancionadora, error que vicia toda su argumentación. En efecto, la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones carece de naturaleza sancionadora, por lo que efectivamente no se cita ni se funda dicha decisión en ningún precepto de la Ley de Defensa de la Competencia o de otra norma legal que tipifique la conducta en cuestión como infracción, razón que explica igualmente la ausencia de cita normativa que la recurrente denuncia como falta de motivación. (...) La decisión adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se enmarca, por el contrario, en las funciones que ostenta sobre salvaguarda de la competencia en el sector

que se le han encomendado. A estos efectos, según el Tribunal Supremo, “la imposición de la obligación en cuestión se apoya sin problemas en las atribuciones que la normativa ya reproducida otorga al órgano regulador, en particular a la función de supervisión de que el mercado afectado funcione de manera competitiva y no discriminatoria, objetivo éste que constituye en último término la razón de ser del organismo, y en la capacidad para imponer obligaciones de transparencia”.

de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, y se configura como una medida preventiva para asegurar la competencia en dichos ámbitos. La medida se apoya, por tanto, en los apartados 1 y 2.c) y 2.f) del artículo 1.Dos de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones, preceptos cuya infracción se alega en el segundo motivo y a cuyo examen procedemos en el siguiente fundamento de derecho”.

Por otra parte, también resulta relevante en el **ámbito del sector energético**, lo señalado por la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 21 de octubre de 2015 (recurso 103/2014) y Sentencia de 21 de julio de 2016³ (recurso 141/2014) en la medida que, como antes ha sido señalado, del ejercicio de la función de supervisión y control de este sector derivado de los apartados 1 y 2, del artículo 11.Uno de la citada Ley 3/2013, **se deriva necesariamente la adopción de medidas por el regulador**, pudiéndose advertir a estos efectos cierta similitud y/o paralelismo con el artículo 56.9 de la Directiva RECAST.

En conclusión, la CNMC en el sector ferroviario cuenta con una habilitación competencial similar a la que contaba el regulador sectorial de telecomunicaciones, incluyendo la “salvaguarda de la pluralidad de la oferta”. Así, la **jurisprudencia** señalada anteriormente **confirma que el regulador sectorial puede adoptar medidas preventivas** para asegurar el correcto funcionamiento del mercado ferroviario y la pluralidad de la oferta. Por otra parte, de forma coherente con los precedentes anteriores, el documento sometido a audiencia no calificó las conductas realizadas por RENFE como prácticas anticompetitivas de acuerdo con el derecho de la competencia, manteniendo las medidas propuestas el ámbito estrictamente regulatorio.

- **Antecedentes históricos**

RENFE alega que el Real Decreto 2387/2004, sobre el Reglamento del Sector Ferroviario, si bien está derogado en lo relativo a las competencias y estructura del Comité de Regulación Ferroviario sirve, en su opinión, para determinar, de modo exhaustivo, las funciones amparadas en el marco genérico que supone la “salvaguarda de la pluralidad de la oferta”.

Sin embargo, esta Sala considera que **las competencias fijadas en el Reglamento del Sector Ferroviario no son extrapolables al momento actual**. En primer lugar porque los diferentes paquetes y leyes ferroviarias aprobadas han reforzado el papel del regulador sectorial. Así, a modo ilustrativo, cabe citar el Preámbulo de la Ley 38/2015 que señala como uno de los cambios principales “*el robustecimiento de la independencia y atribuciones*

³ Esta última no es firme al haber sido recurrida por IBERGEN e IBERCUR.

de los organismos reguladores del mercado”, entre los que se incluye, lógicamente, la CNMC.

En segundo lugar, las previsiones tanto del citado Reglamento de 2004 junto con otras previsiones relativas al regulador ferroviario en la Ley 39/2003⁴ fueron objeto de un **procedimiento de infracción** por la Comisión Europea⁵. Es preciso recordar, por ejemplo, que el Reglamento de 2004 citado por RENFE preveía elementos claramente superados actualmente en relación con el papel del regulador en el mercado ferroviario, como el hecho que sus resoluciones pudieran ser recurridas en alzada ante el Ministro de Fomento (artículo 152).

En definitiva, el marco regulatorio que pretende señalar RENFE como referente ha sido claramente superado tanto por la Ley de Economía Sostenible como por la propia LCNMC y la Ley 38/2015, por lo que **no cabe interpretar la “salvaguarda de la pluralidad de la oferta” en el sentido de un Reglamento de 2004.**

II. SOLICITUD DE INTERVENCIÓN DE LA AAFP

La AAFP denuncia las siguientes convocatorias de empleo para personal de conducción realizadas por RENFE entre 2014 y 2016:

- **Convocatoria de 16 de junio de 2014** con el objetivo de cubrir 50 plazas de maquinistas en régimen de contratación temporal así como para la creación de una bolsa de reserva para necesidades futuras. En esta convocatoria se recibieron 587 solicitudes, siendo admitidas 487 y siendo aprobados 185.
- **Convocatoria de 1 de octubre de 2015** para la selección de personal de conducción para la creación de una bolsa complementaria a la resultante de la convocatoria anterior, al objeto de dar cobertura a las bajas previstas en 2016. Es decir, la convocatoria de 2015 no tenía un objetivo concreto de plazas. En

⁴ Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

⁵ La Comisión Europea desistió, en el recurso interpuesto contra el Reino de España de 6 de octubre de 2010, de dos motivos del procedimiento de infracción relativos a la independencia del regulador y su insuficiencia de medios como consecuencia de la aprobación, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

esta ocasión se recibieron 483 solicitudes, siendo aceptadas 449 y aprobando 326.

- **Convocatoria de 20 de mayo de 2016** para la incorporación de personal fijo en el marco de la consolidación del empleo temporal así como la creación de una bolsa de reserva por un total de 510 plazas (340 de empleo fijo y 170 para la bolsa de reserva).

Las convocatorias anteriores han ido a compensar las bajas que se han producido en este periodo en la plantilla de maquinistas de RENFE debidas al expediente de regulación de empleo acometido por la empresa durante 2014, y que afectó a 175 empleados, jubilaciones y otras causas, como el plan de desvinculaciones voluntarias vigente durante 2016.

A partir de los elementos anteriores, en la tabla siguiente se muestra la evolución de la plantilla de maquinistas de RENFE, detallando tanto las bajas como las incorporaciones descritas en los párrafos precedentes.

Tabla 1. Evolución de la plantilla de personal de conducción

	2013	2014	2015	2016
RENFE (efectivos medios)	5.327	5.216	5.145	5.128
<i>Bajas</i>	38	235	38	457
<i>Incorporaciones</i>	-	50	280	206

Fuente. Elaboración propia a partir de los datos suministrados por RENFE.

El incremento en el número de contrataciones por parte de RENFE en relación con el personal de conducción ha tenido un impacto sobre las plantillas de las empresas ferroviarias privadas, como confirma la AESF en su escrito, cuya afectación se detalla en la tabla siguiente:

Tabla 2. Impacto de las convocatorias de RENFE en las plantillas de las empresas alternativas
[CONFIDENCIAL]

Fuente. AESF.

Como se observa en la tabla anterior, **algunas empresas ferroviarias alternativas habrían perdido unos porcentajes muy sustanciales de sus plantillas**. Las de mayor tamaño habrían perdido entre el 17 y el 40% de sus maquinistas.

La nueva convocatoria de RENFE a que se refiere el escrito de la AEFP de 15 de marzo de 2017 pretendía contratar, en periodo de formación, a un total de 220 maquinistas que fueron incorporados en junio y que afectó, según la AEFP, a **[CONFIDENCIAL]** maquinistas que venían prestando sus servicios en empresas ferroviarias alternativas.

III. ACCESO AL PERSONAL DE CONDUCCIÓN FERROVIARIO

La habilitación del personal ferroviario y, por tanto, de los maquinistas, así como su intensa regulación, incluyendo su formación y certificación, ha sido objeto de análisis por parte de la CNMC⁶. Por otra parte, como también señaló la CNMC en la respuesta a la consulta pública de la Comisión Europea sobre la Directiva 2007/59/CE⁷, “[L]a regulación vigente sobre los maquinistas así como las divergencias entre los Estados Miembros erigen barreras a la movilidad de los maquinistas con efectos sobre la competencia en el mercado, como sucede en el caso español”. Por estos motivos, **el acceso al personal de conducción** se ha considerado una de las **principales barreras a la entrada al mercado** del transporte por ferrocarril en general y de mercancías en particular⁸.

Las consideraciones anteriores son pertinentes en el análisis de la denuncia objeto del presente procedimiento por lo que, en los siguientes apartados, se analizarán tanto los requisitos exigidos al personal de conducción como la forma de obtención de sus habilitaciones. Finalmente se analizará la disponibilidad de este tipo de personal como consecuencia de las convocatorias de empleo descritas en el apartado anterior.

III.1. Requisitos requeridos al personal de conducción

El procedimiento de habilitación del personal de conducción se encuentra en un periodo transitorio entre el sistema de **título de conducción y habilitación**, regulado en la Orden FOM/2520/2006⁹, y el de **licencia y certificado** establecido en la Orden FOM/2872/2010¹⁰, derivado de la incorporación al

⁶ Ver Propuesta referente a la regulación de los títulos habilitantes para el desarrollo de profesiones ferroviarias con incidencia en la seguridad (PRO/CNMC/003/15).

⁷

https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/ParticipacionCNMC/160520_NotaInformativa_RespostaCNMC_ConsultaCE_Maquinistas.pdf

⁸ Ver Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España de la Comisión Nacional de la Competencia.

⁹ Orden FOM/2520/2006, de 27 de julio, por la que se determinan las condiciones para la obtención de títulos y habilitaciones que permiten el ejercicio de las funciones del personal ferroviario relacionadas con la seguridad, así como el régimen de los centros de formación de dicho personal y de los de valoración de su aptitud psicofísica.

¹⁰ Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre, por la que se determinan las condiciones para la obtención de los títulos habilitantes que permiten el ejercicio de las funciones del personal ferroviario relacionadas con la seguridad en la circulación, así como el régimen de los centros homologados de formación y de los de reconocimiento médico de dicho personal.

marco legal español de la Directiva 2007/59/CE¹¹. El periodo transitorio fue regulado por la Orden FOM/679/2015¹² donde se estableció que, si bien la formación en cuanto a horas y contenidos fuera similar, su distribución variara de forma significativa, siendo la carga lectiva contenida en los certificados mucho mayor que en las habilitaciones. Como se ha señalado, la CNMC ya ha señalado las áreas de mejora que podrían introducirse en este ámbito tanto a nivel nacional como comunitario¹³.

Dado que los nuevos maquinistas deben formarse de acuerdo con el sistema de licencia y certificado establecido en la Directiva 2007/59/CE y las órdenes de trasposición al régimen español, no cabe describir los requisitos del régimen anterior. Así, un maquinista, para que pueda realizar su actividad, debe disponer de:

- Una **licencia y diploma de conducción**, de validez comunitaria, emitida por la autoridad nacional de cualquier estado europeo. Para poder acceder a esta titulación, se comprobará el cumplimiento, por parte del candidato, de los requisitos de acceso en términos de edad mínima, formación académica, idioma y aptitud psicofísica, requisitos en general similares a los aplicables al antiguo título de conducción. La licencia y diploma de conducción se obtienen, en el caso español, una vez superado el examen realizado por la AESF.
- Una serie de **certificados complementarios** emitidos por las empresas ferroviarias y que son de dos categorías: i) Categoría A, para maniobras y trenes de trabajo en condiciones limitadas y, ii) Categoría B, para trenes de transporte de viajeros y/o mercancías. Estos certificados establecen las **infraestructuras** por las que el titular está autorizado a conducir y el **material rodante** que tiene permitido utilizar.

Estos **certificados son responsabilidad de la empresa ferroviaria**, que debe definir los contenidos y dirigir los procesos de

¹¹ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre la certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes en el sistema ferroviario de la Comunidad.

¹² Orden FOM/679/2015, de 9 de abril, por la que se modifica la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre, por la que se determinan las condiciones para la obtención de los títulos habilitantes que permiten el ejercicio de las funciones del personal ferroviario relacionadas con la seguridad en la circulación, así como el régimen de los centros homologados de formación y de los de reconocimiento médico de dicho personal.

¹³ Ver notas al pie 2 y 3.

formación en centros homologados así como el proceso de examen y evaluación. De esta forma, **las certificaciones decaen al cambiar de empresa** y su financiación corresponde a la empresa ferroviaria.

Por tanto, de forma previa a prestar sus servicios en cualquier empresa ferroviaria, el **personal de conducción debe contar con una licencia y los certificados pertinentes** relativos a la infraestructura y material rodante. De acuerdo con la Recomendación Técnica 2/2016 de la AESF¹⁴, el programa formativo de un curso conjunto de **licencia más diploma** (excluyendo los certificados que debe otorgar la empresa) supone una formación teórica de 650 horas y 500 horas de práctica, lo que requiere **entre 9 y 12 meses**.

Una vez contratados por la empresa ferroviaria, los maquinistas deberán conseguir el **certificado** señalado anteriormente relativo a las líneas que va a operar, el material rodante que va a conducir y la formación en el Sistema de Gestión de Seguridad de la empresa de que se trate. El periodo necesario para esta formación asciende, de acuerdo con la AESF, **en torno a los 3 meses**.

III.2. Proceso de obtención de las habilitaciones del personal de conducción

En el apartado anterior se han descrito los requisitos que se le exige al personal de conducción para desarrollar su profesión, entre los que resaltan las exigencias formativas que en España supone la obtención de la licencia y el certificado de maquinista. En el presente epígrafe se detallará el proceso para su obtención.

En primer lugar, **la formación** para la obtención de la licencia y el diploma de conducción debe realizarse en un **centro homologado**. Estos centros solicitan la autorización a la AESF para las convocatorias de cursos para la obtención de los títulos relativos al personal de conducción. La AESF evalúa la suficiencia de los contenidos del curso así como los tiempos asignados a cada materia, de conformidad con las líneas generales establecidas en la citada Recomendación Técnica 2/2016 y, en su caso, autoriza la realización del curso¹⁵.

Actualmente son **8 los centros que están homologados** para la formación del personal de conducción: 2 pertenecen a las entidades públicas RENFE y ADIF, 3 a empresas ferroviarias (Acciona, COMSA y Low Cost Rail) y otros 3 son

¹⁴ Recomendación Técnica 2/2016 de la AESF sobre criterios para la elaboración de programas formativos para personal de conducción.

¹⁵ De acuerdo con el escrito de la AESF, hasta la fecha todas las peticiones de cursos formuladas por los centros homologados de formación han sido autorizadas.

centros de formación privados (CEFF, CREATE y CETREN, con la salvedad que este último está constituido en parte por capital de las empresas públicas). De acuerdo con la AESF, solo **5 centros han estado activos desde 2008**, esencialmente el asociado a RENFE (casi el 60% de los maquinistas formados) y los privados Centre Formación, S.L. (CENTREN), con un 16% del total de maquinistas formados, y el Centro Europeo de Formación Ferroviaria, S.L.U. (CEFF) con el 12%.

El centro de formación asociado a RENFE cuenta, de acuerdo con la información remitida por esta empresa, con capacidad para 250 alumnos por curso distribuidos entre la sede central y 9 delegaciones¹⁶. Asimismo, de acuerdo con la propia RENFE, sus centros pueden impartir dos cursos anuales, lo que le daría una capacidad formativa de 500 maquinistas anuales. De esta forma, **los centros de RENFE son los que cuentan con más recursos** para realizar la formación del personal de conducción.

Sin embargo, a pesar de este hecho, cabe concluir que **los centros de formación de RENFE no pueden considerarse una facilidad esencial** como señala la AEF. Así, los centros no controlados por RENFE habrían formado 240 maquinistas en el periodo 2013-2015, cuando la actividad formativa de RENFE estuvo paralizada.

III.3. Disponibilidad de personal ferroviario habilitado

En los apartados precedentes se han puesto de manifiesto las necesidades de maquinistas de las empresas ferroviarias, incluyendo los procesos de contratación de RENFE así como la oferta formativa durante el periodo afectado por las convocatorias denunciadas por la AEF. De todo lo anterior puede concluirse que:

- **RENFE paralizó prácticamente su formación en 2012**, no siendo hasta enero de 2016 cuando reinició sus actividades formativas con un curso de 228 maquinistas que concluyó el 23 de noviembre de 2016.
- **RENFE retomó en 2015 y 2016 la contratación de maquinistas de forma intensa**, tanto en formación como incorporando personal de conducción a plantilla, de acuerdo con las convocatorias detalladas en el punto II anterior.

¹⁶ Las delegaciones se encuentran, además de en Madrid donde se sitúa la sede central, en: L'Hospitalet de Llobregat, Valencia, León, Sevilla, Bilbao, Santiago de Compostela, Miranda de Ebro y El Berrón y Santander para ancho métrico.

Esta disfunción entre formación y contratación por parte de RENFE, operador que tiene contratado el 97% del personal de conducción en España, habría provocado, según la AEFM, una distorsión en el mercado, afectando a la capacidad productiva de las empresas alternativas. Por el contrario, según manifiesta RENFE, las acciones formativas tanto propias como de otros centros habrían asegurado que en 2017 todavía existiera una bolsa de maquinistas “*en condiciones de prestar servicio de 928*”, cantidad con la que a su juicio “*podría darse cobertura a las necesidades que se produzcan en el sector*”.

En definitiva, la contratación por parte de RENFE de los 536 maquinistas que efectivamente se incorporaron a este operador en el periodo 2014 y 2016 (ver tabla 1) debió nutrirse bien de la bolsa de maquinistas formados, incluyendo los derivados de la oferta formativa de los centros no pertenecientes a RENFE, o bien de los maquinistas de las empresas ferroviarias alternativas dado que los primeros maquinistas formados en sus centros no concluyeron sus cursos hasta después de dichas incorporaciones.

A este respecto, la AESF señala en su escrito que “*[E]n condiciones normales de reposición de maquinistas y crecimiento de las empresas privadas, el ritmo de formación mantenido hasta ahora era suficiente, teniendo en cuenta que estas empresas sólo emplean el 3% de los maquinistas del sector. (...) Sin embargo, la puesta en marcha a finales de 2015 de un plan de incorporaciones en Renfe, para dar respuesta a su necesidad de renovar en un periodo muy corto un porcentaje muy elevado de maquinistas de su plantilla, está provocando un desajuste importante en el sector*”.

En este contexto, y al contrario de lo señalado por RENFE, la AESF señala que aunque teóricamente habría disponibles en torno a 150 maquinistas formados, éstos tendrían otras profesiones o estarían prestando sus servicios en otros países de la Unión Europea lo que provocaría que “*la posibilidad de contratación efectiva de maquinistas en la actualidad sea casi inexistente, como lo demuestra el que los aspirantes que resultan aptos en las últimas convocatorias, a partir de la contratación masiva por Renfe en noviembre de 2015, antes de ser examinados por la AESF están ya pre contratados*”.

No pueden compartirse las afirmaciones de RENFE en relación con los problemas de retención de las empresas privadas de sus trabajadores, por lo que “*sería recomendable su colaboración con el sistema educativo del que se nutren, es decir, las escuelas para, a través del feedback que reciban de ambas partes, poder planificar las futuras necesidades y contingencias que se avecinan*”. Al contrario, como señala la AESF, las necesidades de las empresas alternativas estaban perfectamente cubiertas por los cupos formativos de los centros homologados no asociados a RENFE. Sin embargo, fue la decisión de contratación de forma masiva y en un contexto de

paralización de la formación por parte de RENFE la que distorsionó la situación en el mercado.

En definitiva, cabe concluir que **RENFE no previó sus necesidades de renovación de personal de conducción**, creando los cursos formativos necesarios, lo que provocó, una vez realizadas las convocatorias de empleo, una **importante distorsión en el mercado**, suponiendo la fuga masiva de las empresas alternativas.

Resumen de las alegaciones y consideraciones de la Sala de Supervisión Regulatoria

- **Consolidación de la competencia en el mercado y barreras a la formación**

En relación con las consideraciones anteriores, RENFE alega que la **competencia en el mercado** de los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril **está consolidada** y el volumen alcanzado por las empresas competidoras, con una cuota de mercado en el transporte de mercancías del 37,31%, permitiría, en su opinión, una gestión eficiente de los recursos humanos de las empresas alternativas. Si no es el caso, la solución radicaría en la consolidación del sector, con empresas que alcanzaran un tamaño óptimo, en vez de regular a la empresa histórica. RENFE señala, a efectos comparativos, que los operadores alternativos a Telefónica de España, S.A.U. tenían, en el 4º trimestre de 2016, una cuota en el mercado de telefonía fija del 35,47%, *“inferior a la de las empresas ferroviarias alternativas, a pesar de que el mercado se abrió plenamente a la competencia mucho antes, en concreto en diciembre de 2008”*.

Por otra parte, RENFE alega también que **no hay barreras a la formación de nuevos maquinistas** por lo que, en un entorno de competencia, *“debe ser el mercado el que regule en número de trabajadores que desean ejercer la profesión de maquinista, las plazas disponibles en los centros de formación y las plazas ofertadas por cada empresa ferroviaria”*.

En relación con estas alegaciones es necesario advertir, en primer lugar, que la **competencia en el mercado** del transporte de mercancías por ferrocarril **y su consolidación no son relevantes en el contexto del presente procedimiento**. Así, la demanda del personal de conducción por parte de las empresas ferroviarias no se limita al transporte de mercancías, mercado efectivamente liberalizado, sino que es global a todo el sector, incluyendo los servicios de transporte de viajeros, actualmente no abiertos a la competencia, en su tramo nacional. A este respecto, y si bien RENFE señaló a contestación del requerimiento realizado que *“desagregar la plantilla según el servicio al que en principio están adscritos los trabajadores del colectivo de conducción, transporte de Viajeros y/o transporte de mercancías, no aporta valor a la*

información que se solicita y podría dar lugar a confusión (...)”, lo cierto es que su diferenciación permite poner en relación **el segmento de maquinistas que efectivamente afronta competencia** del que se dedica al transporte de viajeros, donde RENFE ostenta todavía un monopolio legal.

De acuerdo con los datos aportados por la AESF, que obran en poder de esta Comisión, en 2016 había 5.186 maquinistas en activo en España. De éstos, prestaban servicios relacionados con el transporte de viajeros, de acuerdo con las Cuentas Anuales de Renfe Viajeros, S.P.E.¹⁷, un total de **[CONFIDENCIAL]**. Es decir, **casi el 80% de la plantilla del personal de conducción** en el mercado español **no se encuentra sujeta a las reglas del mercado** dado que es un segmento que no está abierto a la competencia. Por tanto, RENFE no puede sostener que la situación en el sector ferroviario sea extrapolable al mercado de las telecomunicaciones, cuando una parte muy sustancial del mismo se encuentra todavía pendiente de su liberalización.

En segundo lugar, esta Sala coincide, como se ha expuesto anteriormente, con RENFE en que la formación del personal de conducción está liberalizada y, actualmente, existe suficiente oferta para garantizar la formación de un número suficiente de maquinistas. Sin embargo, por los motivos anteriores, esta Sala **no puede alcanzar las mismas conclusiones** que RENFE, esto es, que actualmente, **las fuerzas de mercado existentes den como resultado un equilibrio competitivo y eficiente**.

Por el contrario, la situación descrita anteriormente justifica que RENFE pueda, como consecuencia de sus decisiones, alterar significativamente la oferta y la demanda de maquinistas, alterando el correcto funcionamiento del sector ferroviario. Por una parte, las expectativas generadas por sus ofertas de empleo generan incentivos a los potenciales candidatos a formarse, lo que no sucede con ninguna otra empresa ferroviaria, dado que no ha alcanzado un tamaño significativo, en particular, por la ausencia de liberalización del mercado de viajeros. Por otra parte, sus convocatorias, dada la plantilla con que cuenta (ver tabla 1), es capaz de generar, como se ha mostrado anteriormente, un desajuste entre la oferta y la demanda, capacidad con que no cuenta ninguna otra empresa ferroviaria.

En definitiva, los **elementos anteriores impiden un correcto funcionamiento** del segmento del sector ferroviario actualmente liberalizado, esto es, el transporte de mercancías por ferrocarril.

- **Importancia de la política de recursos humanos**

¹⁷ <http://www.renfe.com/docs/CUENTAS%20ANUALES%202016%20VIAJEROS.pdf>

RENFE considera que los **recursos humanos** constituyen uno de los **principales costes** de explotación de los servicios ferroviarios, por lo que su adecuada gestión permite ganar eficiencias y ventajas competitivas con terceros. Afirma esta operadora que la estrategia de las empresas alternativas ha sido una agresiva política de recursos humanos que conlleva riesgos *“en especial el riesgo de no disponer de personal en el momento que se necesita, teniendo en cuenta también el tiempo necesario para la formación de nuevos maquinistas”* por lo que la escasez de maquinistas en algunas empresas no deriva de su actuación sino de su estrategia y modelo de negocio. Además, RENFE señala que el **fenómeno denunciado por la AAFP es “muy marginal”**, al afectar a menos del 1% de los maquinistas totales y del 5% de los del mercado de transporte de mercancías.

Finalmente, RENFE concluye que en un mercado en competencia, la **regulación de las políticas de recursos humanos resulta contraproducente** dado que el acceso a la política de recursos humanos de la empresa histórica resultaría contraproducente al fomentar *“comportamientos estratégicos parasitarios de las empresas ferroviarias alternativas, y no una sana competencia entre iguales”*.

Esta Sala coincide con RENFE en la importancia para la **diferenciación entre las empresas** que suponen las **políticas de recursos humanos** en el mercado del transporte de mercancías. Efectivamente, las empresas alternativas optan, como herramienta competitiva, por la reducción de costes del personal de conducción, incluyendo una mayor productividad de los maquinistas. Efectivamente, esta política empresarial conlleva un riesgo de elevada rotación de este personal.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala considera, en línea con lo señalado por la Directiva 2007/59/CE¹⁸, que el **sistema de formación** debería proveer los **suficientes maquinistas** para que, dada la elevada rotación del personal de conducción que las empresas alternativas deben asumir como consecuencia de su política de recursos humanos, puedan sustituirlos y mantener su actividad, asumiendo los costes de dicha sustitución.

Las **condiciones del mercado** señaladas anteriormente así como los elementos que se detallan en el epígrafe IV.3 provocan que un impacto marginal para RENFE, como señala en sus alegaciones, suponga pérdidas de plantilla a las empresas ferroviarias alternativas muy elevadas como se muestra en la tabla 2 anterior. Esta Sala debe señalar que el efecto supuestamente marginal señalado por RENFE ha supuesto una afectación

¹⁸ Ver nota al pie 16.

media superior al 30% de la plantilla en las empresas alternativas, confirmando la asimetría de tamaños entre RENFE y las empresas alternativas, derivado esencialmente del tráfico de viajeros no liberalizado.

Por tanto, **RENFE no puede sostener que la formación y contratación de maquinistas esté funcionando correctamente**, dada su capacidad para afectar las condiciones de acceso a ese personal por sus competidores, tal y como se han explicado anteriormente.

En cualquier caso, y como se señalará en detalle posteriormente, **las medidas a imponer no suponen una regulación de las políticas de recursos humanos** de RENFE, como señala en sus alegaciones. Por el contrario, éstas se encaminan a, dadas las políticas de cada empresa, incluyendo la propia RENFE, facilitar los mecanismos que aseguren una disponibilidad suficiente de este personal y la continuidad de forma transitoria del servicio.

Por el contrario, esta Sala no considera admisible la alegación de la AEFP relativa a la necesidad de imponer *“mecanismos de contención de esa fuga masiva [de maquinistas] mediante la prohibición de contratar por parte de Renfe Operadora a nuestro personal”*. Efectivamente, estas restricciones se sitúan fuera del marco regulador y de cualquier aproximación proporcionada al problema de disponibilidad de maquinistas identificado.

- **Desajuste entre formación y contratación de maquinistas**

RENFE niega que **haya existido un desajuste entre formación y contratación de maquinistas** ni que se haya agotado la bolsa de maquinistas formados. Efectivamente, de acuerdo con la operadora *“[E]n el ejercicio con menor número de maquinistas disponibles fue el 2015, en el que se alcanzó la cifra total de 484 maquinistas disponibles, que cubría de sobra las necesidades de las empresas ferroviarias alternativas, cuya plantilla osciló entre los 136 y 203 maquinistas, dependiendo del ejercicio”*.

A este respecto, es necesario recordar que **la AESF**, entidad competente en la concesión de licencias del personal de conducción, **afirmó**, en el escrito remitido el 11 de octubre de 2016, en el marco del periodo de información previa a que se refiere el antecedente de hecho segundo que:

- El plan de incorporaciones en RENFE acometido a finales de 2015, para dar respuesta a su necesidad de renovar en un periodo muy corto un porcentaje muy elevado de maquinistas de su plantilla, **provocó un desajuste importante en el sector**;
- La posibilidad de **contratación efectiva de maquinistas a finales de 2016 era casi inexistente**, como lo demostraba el hecho que los aspirantes que resultan aptos en las últimas convocatorias, a partir de

la contratación masiva por RENFE en noviembre de 2015, antes de ser examinados por la AESF estaban ya pre contratados.

Por tanto, la conclusión de que las convocatorias objeto de denuncia por la AEFP produjo un desajuste entre la demanda de maquinistas y su formación, agotando la bolsa de maquinistas formados, no es de esta Sala sino de la AESF, organismo encargado de la concesión de licencias a este personal en España.

- **Obligaciones de RENFE sobre la disponibilidad de maquinistas**

RENFE alega que su política de contratación viene determinada por lo establecido en los Presupuestos Generales del Estado (PGE), señalando que en los años 2013-2015 estuvo en vigor la prohibición de contratación indefinida en el sector público. Por este motivo, esta operadora señala que en esos años no convocó ningún curso de formación en sus centros, si bien el resto de centros homologados siguieron formando maquinistas. En opinión de RENFE, *“si verdaderamente se detectara un déficit de maquinistas formados en el mercado, la iniciativa de los poderes públicos debiera centrarse en introducir los cambios necesarios en el sistema educativo público para promover la formación de maquinistas, mediante titulaciones reguladas en el catálogo educativo estatal, por ejemplo, mediante un título de Formación Profesional”*. Finalmente, RENFE concluye que no puede hacerse recaer en el operador histórico la responsabilidad de asegurar la disponibilidad en el mercado de maquinistas suficientes para satisfacer las necesidades de todas las empresas del sector, en un contexto en el que sus centros de formación no son una facilidad esencial.

En primer lugar, esta Sala advierte **cierta contradicción en que incurre RENFE** al señalar, por una parte, la importancia de la libertad en su política de recursos humanos alegada en el epígrafe anterior, como herramienta de diferenciación de los servicios ferroviarios de transporte, y, por otra, su supuesta limitada capacidad de actuación, dadas las limitaciones de contratación en función de los PGE. En cualquier caso, es preciso reconocer las limitaciones que señala RENFE dado que, efectivamente, a pesar de lo que pretende asegurar en las alegaciones anteriores, cuenta con una capacidad limitada para diseñar sus políticas de recursos humanos.

Sin embargo, esta Sala estima que **los PGE otorgan un importante margen a RENFE para diseñar un marco de incorporaciones compatible con los plazos de formación necesarios del personal de conducción**, asegurando la suficiencia de maquinistas para todas las empresas. Así, el proyecto de presupuestos es, generalmente, conocido tres meses antes de su aprobación, dejando margen para las convocatorias de personal durante todo el año

siguiente. Así las cosas, es evidente que una apropiada planificación permite que los centros homologados formen al suficiente número de maquinistas a tiempo para hacer frente a las necesidades de esta operadora así como a las empresas alternativas presentes en el mercado.

En este contexto, RENFE no debe olvidar que la oferta de sus últimas convocatorias de maquinistas suponen **un número de efectivos igual a la plantilla total del resto de empresas ferroviarias alternativas** o, incluso, como la convocatoria publicada recientemente (375 maquinistas de nuevo ingreso¹⁹), casi el doble. En estas condiciones, efectivamente, RENFE no tiene la responsabilidad de asegurar la disponibilidad de maquinistas, dado que esa tarea recae en los diferentes centros homologados de formación, pero sí debe, dado el número de efectivos que requiere, **transmitir la información adecuada** para que dichos centros desarrollen su actividad de forma efectiva así como de **planificar las incorporaciones de forma coordinada** con las acciones formativas de los mismos. De otra forma, como ha sucedido en las convocatorias denunciadas por la AEFPP, se puede producir un desajuste entre el número de maquinistas formados y la demanda de este tipo de personal.

Como se advertirá en el siguiente epígrafe, las obligaciones señaladas en el documento que se sometió a audiencia se encaminaban precisamente a garantizar dicha coordinación. Pero es que, de hecho, RENFE utiliza esa información a la hora de diseñar los cursos de formación en sus propios centros al señalar que, dadas las restricciones establecidas en los PGE, *“no es de extrañar, por tanto, que RENFE OPERADORA no convocara cursos de formación en esos años (...)”*.

Finalmente, **esta Sala debe constatar que el actual sistema**, en condiciones normales, ha sido capaz de **formar un número suficiente de maquinistas**, creando incluso una bolsa para garantizar la disponibilidad de dicho personal, asegurando la capacidad de crecimiento de todas las empresas ferroviarias en el mercado. Sin embargo, cuando se produce un **cambio súbito en las políticas de contratación** de la empresa cuya plantilla supone más del 95% del total de maquinistas, lógicamente, el modelo presenta limitaciones dadas, además, los plazos necesarios de formación de este tipo de personal. De nuevo, la propia RENFE, en sus alegaciones, señala que el plazo entre la publicación de la convocatoria y la incorporación de los maquinistas es de **5 meses, plazo claramente inferior al periodo mínimo de formación** requerido que, como se ha señalado anteriormente oscila entre 9 y 12 meses.

¹⁹ http://www.renfe.com/empresa/empleo_y_formacion/Empleo2017/index.html

Lo anterior demuestra la necesidad de cierta planificación entre las convocatorias de RENFE, dado su volumen, y la formación de nuevo personal de conducción por parte de los centros homologados, sin perjuicio de que las autoridades competentes puedan proponer un modelo alternativo, como señala RENFE.

- **Efecto llamada de las convocatorias de RENFE**

RENFE alega que no es responsable de la supuesta fuga de maquinistas de las empresas ferroviarias alternativas. Esta operadora señala que debe afrontar una desventaja competitiva como consecuencia de los mayores costes que supone su plantilla de maquinistas pero, a cambio, las empresas alternativas deben asumir el coste de reponer su personal en un breve tiempo. En este sentido, RENFE señala que un pacto entre empresas competidoras sería susceptible de infringir el Derecho de la competencia.

En este sentido es necesario advertir que **las medidas que se detallan en el siguiente epígrafe**, encaminadas a asegurar el correcto funcionamiento del mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, **en ningún momento limitan la contratación del personal** por parte de ningún actor del mercado. Por tanto, y a pesar de reconocer las ventajas con que cuenta RENFE para competir por la captación del personal de conducción, esta Sala no considera apropiado imponer medida alguna al respecto, por lo que no acaba de comprenderse el motivo de las alegaciones anteriores. En este mismo sentido, como se ha detallado anteriormente, no pueden aceptarse las alegaciones de la AEFM en relación con la prohibición de contratar maquinistas de las empresas ferroviarias alternativas por parte de RENFE.

- **Riesgo para la pluralidad de la oferta**

RENFE señala que el informe que se sometió a audiencia no acreditaba ningún riesgo para la pluralidad de la oferta dado que en ningún momento se agotó la bolsa de maquinistas disponibles. Además, según la operadora histórica, tampoco se ha acreditado que las pérdidas de personal de las empresas alternativas afecten a la pluralidad de la oferta ni que las empresas alternativas se hayan visto en la imposibilidad de prestar sus servicios. Dado lo anterior, según RENFE, **sus convocatorias de maquinistas no han comprometido la pluralidad de la oferta**. Finalmente, en su opinión, el documento sometido a audiencia señalaba que las empresas alternativas seguían creciendo mientras que la actividad de RENFE Mercancías, a pesar de contratar maquinistas, redujo su actividad, lo que confirmaría la inexistencia de cualquier relación entre ambas cosas.

A las alegaciones anteriores esta Sala considera necesario recordar que ha quedado constatado, tanto por los datos de elaboración propia como por la respuesta de la AESF, responsable de la concesión de licencias y diplomas a

maquinistas en España, que **la bolsa de maquinistas se agotó** y que a partir de la contratación de RENFE de noviembre de 2015 **no fue posible la contratación efectiva de maquinistas**.

Por otra parte, sorprende que RENFE pueda sostener que **los maquinistas no sean un elemento esencial en la prestación de los servicios de transporte** de mercancías por ferrocarril cuya pérdida no afecte a la operativa y capacidad de prestar los servicios a las empresas ferroviarias. En particular, dada la situación acreditada en la que no existían maquinistas formados para la sustitución de efectivos captados por RENFE, difícilmente puede sostenerse que las empresas alternativas pudieran mantener su actividad o plantearse nuevas ofertas con pérdidas de plantilla superiores al 30% en media pero que superaron el 80% en el caso de 2 empresas y se situó entre el 30 y el 45% en tres empresas, incluyendo dos de las de mayor tamaño.

De hecho, los datos muestran que las empresas alternativas han reducido de forma muy sensible su crecimiento y, en el primer semestre de 2017, cuando, como se ha dicho, la contratación de RENFE ha continuado, la mayoría de ellas han visto reducida su actividad, como se observa en la tabla siguiente:

Tabla 3. Evolución de la actividad empresas ferroviarias alternativas (Tm netas)

	2012	2013	2014	2015	2016	IT 2017
COMSA	[CONFIDENCIAL]					
CONTINENTAL						
TRANSFESA						
LOGITREN						
Total empresas alternativas	22,3%	23,2%	24,2%	32,4%	3,3%	-8,5%

Fuente. Elaboración propia a partir de los datos suministrados por las empresas ferroviarias.

La **afirmación anterior resulta**, además, **contradictoria con sus propias afirmaciones en el documento de alegaciones** donde argumenta que las empresas alternativas, dado su modelo de negocio, cuentan con un número muy ajustado de maquinistas. Por tanto, en una situación de plantilla ajustada y con máxima productividad de este personal, debería concluirse que las pérdidas de plantilla sin posibilidad de reposición, ante la falta de maquinistas formados, afectaron a su capacidad de ofrecer servicios ferroviarios por parte de las empresas ferroviarias alternativas, afectando a su actividad. Pero es que, de hecho, la propia RENFE afirma en su documento que *“[P]olíticas de personal excesivamente agresivas en la reducción de costes permiten precios más ajustados, pero pueden generar escasez de personal y, en último término, afección al servicio”*.

Por tanto, a la vista de los elementos anteriores, debe concluirse que la **reducción importante del número de maquinistas** sufrido por las empresas ferroviarias alternativas, sin posibilidad de reposición, supuso una **afección a la prestación de sus servicios, reduciendo** sus tráficos y la **pluralidad de la oferta disponible** para los clientes finales.

Finalmente, es un hecho constatable, al contrario de lo señalado por RENFE en sus alegaciones, **que su filial de mercancías no ha incrementado su plantilla** de maquinistas dado que los efectivos contratados en las convocatorias denunciadas se han dirigido a los servicios de transporte de viajeros. Como muestran las cuentas anuales de RENFE Mercancías²⁰, el número medio de efectivos de conducción ascendía, en 2015, a 893 maquinistas mientras que en 2016 se redujo a 809. Por tanto, esta Sala no alcanza a comprender el sentido de las alegaciones de RENFE cuando señala que *“la actividad de RENFE MRCANCIAS se reducía, y ello a pesar de la contratación de nuevos maquinistas (...)”*. **La realidad es justo la contraria, RENFE Mercancías redujo tanto su actividad como el número de maquinistas.**

- **Existencia de interés público y racionalidad de las medidas**

La actuación del regulador debe realizarse, de conformidad con el marco regulador vigente, **caso a caso**, probando que existe un **riesgo**, ante una determinada conducta, de **la pluralidad de la oferta** en el mercado, siendo las **medidas** adoptadas **proporcionadas** a los problemas identificados.

En el presente procedimiento, como se ha analizado en detalle en epígrafes precedentes, se cumplen los aspectos anteriores. Así, en relación con la solicitud de intervención de la AEFP, la Comisión Nacional de la Competencia²¹ (CNC) en su Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España ya identificó como una de las **principales barreras el acceso al personal de conducción** y ello por diferentes motivos como son el coste de su formación, la normativa existente, que no promueve la movilidad de este personal así como la falta de centros de formación y el hecho de que RENFE sea la compañía clave para permitir que los trabajadores de sus competidores logren su acreditación.

²⁰ <http://www.renfe.com/docs/CUENTAS%20ANUALES%202016%20MERCANCIAS.pdf>

²¹ Organismo actualmente extinguido e integrado en el seno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

También la CNMC ha subrayado en diferentes ocasiones que un elemento clave en el proceso de liberalización del sector ferroviario es el factor humano²² en general y, en particular, el personal de conducción.

Además, dada la criticidad de este personal, las convocatorias de RENFE han provocado un **número muy relevante de bajas** en los operadores alternativos de transporte de mercancías, como se observa en la tabla 2, lo que afecta a su operativa y capacidad competitiva. En su escrito, la AESF también ha confirmado el impacto que el efecto llamada de las convocatorias de RENFE provoca en los maquinistas de todos los operadores ferroviarios en España. Es necesario destacar que **esta situación viene repitiéndose en cada convocatoria y se mantiene en el tiempo**. Así, de acuerdo con los datos aportados por la AAFP, durante 2017, un total de **[CONFIDENCIAL]** maquinistas que venían prestando sus servicios en empresas ferroviarias alternativas fueron contratados por RENFE.

En este contexto, no debe olvidarse que la Directiva 2007/59/CE, transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre²³, establece, que su Considerando 12 que “[E]s importante asimismo garantizar que se forma a un número suficiente de maquinistas”. Como se justificará posteriormente, las medidas impuestas en el marco de la presente Resolución van encaminadas, esencialmente, a garantizar la adecuada coordinación entre la formación de maquinistas y las necesidades de los operadores ferroviarios.

Finalmente, esta Sala tampoco puede obviar la situación del mercado del transporte de mercancías por ferrocarril y su evolución. En su conjunto, en el ejercicio 2016 se produjo un **descenso de la actividad ferroviaria de mercancías**. En términos de toneladas netas transportadas, la **cuota modal del transporte ferroviario de mercancías sigue siendo muy reducida (1,4%)** superando solo al transporte aéreo (0,04%) y muy lejos del transporte por carretera (70,6%) y del marítimo (27,9%), destacando además el hecho que en el año 2016 se ha producido un descenso de la cuota en 0,2 puntos. Comparando únicamente con su más directo competidor **en el transporte terrestre, la cuota de mercado del transporte ferroviario de mercancías, medido en toneladas.km netas (en adelante t.km netas) ha disminuido del 5,0%**

²² Ver PRO/CNMC/003/15. Propuesta referente a la regulación de los títulos habilitantes para el desarrollo de profesiones ferroviarias con incidencia en la seguridad.

²³ Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre, por la que se determinan las condiciones para la obtención de los títulos habilitantes que permiten el ejercicio de las funciones del personal ferroviario relacionadas con la seguridad en la circulación.

en 2015 al 4,7% en 2016 y del 2,2% al 2,0% en términos de toneladas netas, muy lejos de la media a nivel europeo.

En definitiva, el modo ferroviario no está consiguiendo captar las mayores demandas de transporte derivadas del crecimiento económico observado en 2016, lo que ha **derivado en una pérdida de la cuota modal**, tanto en términos de t.km como de toneladas netas.

La situación descrita anteriormente justifica la **adopción de medidas encaminadas a asegurar un correcto funcionamiento del sector ferroviario y la pluralidad de la oferta**, mediante el acceso suficiente de las empresas ferroviarias privadas a los maquinistas necesarios para su actividad, dado que son un elemento crítico para el transporte ferroviario y una de las principales barreras a la entrada al mercado.

IV. MEDIDAS PARA ASEGURAR EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

Como se ha señalado en diferentes ocasiones anteriormente, el **personal de conducción resulta un elemento esencial para la prestación de los servicios de transporte ferroviario de mercancías**. La importancia del mismo ha sido señalada tanto en el Informe sobre la Competencia en el Transporte de Mercancías por Ferrocarril, elaborado por la extinta CNC, como por la CNMC en el contexto de la respuesta a la Comisión Europea en el marco de la consulta pública sobre la revisión de la Directiva 2007/59/CE o la Propuesta referente a la regulación de los títulos habilitantes para el desarrollo de profesiones ferroviarias con incidencia en la seguridad.

En este contexto, es evidente que para garantizar un correcto funcionamiento del mercado ferroviario y la pluralidad de la oferta que reciben los clientes finales debe asegurarse que **las empresas ferroviarias cuenten con acceso a este tipo de personal** dado que, como se ha mostrado, éstas no podrán desarrollar su actividad. Cabe tener en cuenta que los requisitos fijados por la legislación vigente suponen que el personal de conducción necesite de un periodo de formación que oscila entre los 9 y 12 meses para poder prestar sus servicios en una empresa ferroviaria, lo que **requiere de una planificación a medio plazo que asegure la coordinación entre la oferta formativa y la demanda de maquinistas**.

De conformidad con estas consideraciones, en los siguientes epígrafes se procederá a analizar medidas que esta Sala considera necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta en la prestación de los servicios sobre la red ferroviaria de interés general (RFIG).

IV.1. Importancia del papel de RENFE en relación con la disponibilidad del personal de conducción

Como se observa en la Tabla 1 anterior, las empresas pertenecientes al Grupo RENFE contaban, a finales de 2016, con más de 5.000 maquinistas frente a los 187 de las empresas ferroviarias alternativas. Esto supone que **más del 96% de los maquinistas en activo en España estaban contratados por RENFE**. Esta desproporción en las plantillas de este tipo de personal hace que sus decisiones sobre recursos humanos determine la disponibilidad del resto de empresas ferroviarias. Por el contrario, de las empresas alternativas, la que cuenta con un mayor número de maquinistas únicamente suma el 2% de los maquinistas activos.

En primer lugar, ya se ha justificado la capacidad de RENFE para afectar tanto la oferta de cursos de formación como la demanda de maquinistas. Así, las expectativas de contratación de RENFE determinarán las acciones formativas de los diferentes centros homologados dado que las potenciales contrataciones del resto de empresas ferroviarias no justifican cursos de formación masivos. Efectivamente, las contrataciones anuales totales de estas empresas suponen en torno a 30 maquinistas que, de acuerdo con los datos aportados por la AESF, apenas supone el aforo mínimo de un curso de un centro de formación. Por tanto, **la oferta formativa de maquinistas en España viene determinada, esencialmente, por las expectativas de contratación por parte de RENFE**.

En segundo lugar, las plantillas de este tipo de personal son tan desproporcionadas entre RENFE y el resto de empresas ferroviarias que, en los años objeto de análisis, **las necesidades de maquinistas de RENFE en un solo ejercicio han sido mayores que la plantilla total del resto de empresas ferroviarias alternativas**. Este hecho ilustra la capacidad de RENFE para determinar el acceso de sus competidores a maquinistas formados de sus competidores.

Finalmente cabe recordar que **menos del 20% de los maquinistas de RENFE prestan sus servicios en el mercado de las mercancías** mientras que el resto, más del 80%, lo hace en el mercado nacional de transporte de viajeros, mercado no liberalizado. De esta forma, a su condición de operador histórico en el mercado del transporte de mercancías y, consecuentemente, mayor cuota de mercado, en el contexto del personal de conducción, la importancia de RENFE viene derivada de que presta una parte muy relevante de sus servicios sin competencia. De hecho, ya se ha señalado anteriormente que el número de maquinistas que prestan sus servicios en RENFE Mercancías se ha reducido.

En definitiva, el número de maquinistas empleados por **RENFE** en el mercado español hace que **cuenta con la capacidad de determinar** la evolución tanto de la **oferta formativa** como de la **disponibilidad del personal de conducción**.

IV.2. Necesidad de planificar las necesidades de personal de conducción

En los apartados precedentes se ha justificado que, dados los plazos de formación del personal de conducción, **es necesaria la coordinación de la oferta formativa y las necesidades de contratación de las empresas ferroviarias**. Efectivamente, para asegurar la efectiva disponibilidad de este tipo de personal por parte de todos los agentes del mercado, es deseable que exista una bolsa de maquinistas formados a la que las empresas ferroviarias puedan recurrir para ir cubriendo sus necesidades entre las fechas de finalización de los cursos formativos.

El desajuste entre la formación de maquinistas y las convocatorias de RENFE en 2015 y 2016 ha provocado, como se ha señalado anteriormente, que se agotara la bolsa de maquinistas formados, de forma que las empresas ferroviarias alternativas no hayan podido reemplazar sus bajas de maquinistas, derivadas de su contratación por la propia RENFE. Como se señalaba en la tabla 2, estas pérdidas han sido sustanciales lo que ha conllevado **distorsiones en el desarrollo de la actividad de estas empresas** como se ha justificado anteriormente.

Además, y de forma prospectiva, es necesario recordar el especial régimen de jubilación del personal de conducción ferroviario, que pueden retirarse voluntariamente de acuerdo con las condiciones del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre²⁴, esto es, reduciéndose la edad mínima de jubilación mediante la aplicación al período de tiempo efectivamente trabajado del coeficiente de 0,1. Esto supone que, según las propias estimaciones de RENFE, y atendiendo a la vida laboral y a la edad de sus trabajadores del colectivo de conducción, las necesidades de renovación de la plantilla en los próximos ejercicios serían:

²⁴ Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas en el Régimen General, así como se procede a la integración del Régimen de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Tabla 4. Previsión de renovación de la plantilla de personal de conducción de RENFE

[CONFIDENCIAL]

Fuente. RENFE.

Como puede observarse, las bajas por jubilación previstas superan con creces las sufridas por RENFE en el periodo 2014-2016, cuando únicamente se jubilaron **[CONFIDENCIAL]** maquinistas frente a los **[CONFIDENCIAL]** esperados para el periodo 2017-2019²⁵. En estas condiciones, es necesario **asegurar los cauces que limiten las distorsiones de las convocatorias de la operadora pública** así como las **tensiones entre oferta** (maquinistas formados) **y demanda** (convocatorias de empleo) observadas durante 2016.

Por todo ello, y al objeto de evitar situaciones como las observadas durante las convocatorias objeto de análisis, esta Sala considera necesario incrementar la transparencia en las necesidades de personal de conducción de RENFE y sus planes de contratación, asegurando una mayor coordinación entre demanda y oferta de maquinistas. De esta forma, RENFE deberá:

- Comunicar anualmente (antes del 31 de enero) a las empresas ferroviarias, centros de formación y la CNMC su mejor estimación sobre las necesidades de personal de conducción, incluyendo posibles programas de formación, para un periodo mínimo de 2 años.
- Garantizar que en sus convocatorias de personal de conducción el plazo entre su publicación y el primer examen o prueba sea de al menos 3 meses.

Las medidas anteriores deberían permitir, a la vista de las expectativas de contratación del principal agente del mercado, que los centros formativos puedan tomar decisiones sobre su oferta formativa más adecuadas y coherentes con las necesidades del mercado.

RENFE considera que las medidas anteriores son innecesarias porque existe una bolsa suficiente de maquinistas y, a su juicio, en un mercado liberalizado, *“los competidores no comparten información sobre sus futuros procesos de contratación”*. RENFE afirma que la oferta de cursos de formación se va adecuando a la demanda del mercado, como pondría de manifiesto el actual incremento de la oferta así como la aparición de nuevos centros homologados.

²⁵ A la plantilla en condiciones de jubilarse presentada en la tabla se le ha aplicado el porcentaje del 85%, estimación media de RENFE en términos históricos de bajas sobre el total de bajas potenciales.

Por otra parte, RENFE considera que las obligaciones de informar con una antelación de dos años de sus necesidades de personal es un traspaso de información a otras empresas ferroviarias. Además, no sería posible su cumplimiento dado que, en última instancia, las convocatorias de este personal dependerán de los PGE.

Finalmente, en cuanto a la obligación de comunicar cualquier convocatoria de empleo con una antelación mínima de tres meses, RENFE señala que la obligación no es clara al no señalar a partir de cuándo debe contabilizarse dicho plazo. Según la operadora esta obligación debilitaría su posición negociadora con los sindicatos y podría vulnerar los principios de concurrencia y no discriminación requeridos por cualquier oferta de empleo público.

Por su parte, la AEFP estima que el periodo señalado de tres meses en el documento sometido a audiencia supone un avance con respecto a la situación actual.

En relación con las alegaciones de RENFE es preciso recordar lo ya señalado numerosas veces en los epígrafes anteriores y es que actualmente, **el mercado ferroviario está muy parcialmente liberalizado, lo que conlleva importantes distorsiones para su correcto funcionamiento.** Así, en la medida en que la práctica totalidad de los maquinistas prestarán sus servicios en el transporte de viajeros, mercado que no está liberalizado, esta Sala no alcanza a entender qué información estaría compartiendo RENFE, en base a las medidas impuestas, con competidores no existentes. Por el contrario, es precisamente esta situación de mercados liberalizados y no liberalizados los que generan un desequilibrio en la información disponible para las entidades responsables de la formación que hacen, a la postre, que no se cuenten con suficientes maquinistas formados en un momento dado. De hecho, como se ha comentado, RENFE utilizó sus expectativas de contratación de maquinistas para reducir su oferta la formación en sus propios centros homologados.

Por otra parte, efectivamente, RENFE no puede controlar completamente su política de contratación dado que depende de los PGE. Por ello cabe modificar la obligación respecto a la comunicación de sus necesidades con al menos dos años de antelación para señalar que se tratará de la **mejor estimación de dichas necesidades**, sobre la base de sus previsiones de tráfico, tasa de bajas de su plantilla dada la edad de los trabajadores, procesos de reestructuración, etc.

Finalmente, esta Sala considera, en línea con las alegaciones de RENFE, que el **plazo mínimo de tres meses** establecido en el documento sometido a audiencia debe computarse entre el anuncio de la convocatoria y la primera prueba.

IV.3. Ventajas de RENFE para captar al personal de conducción

Además de su tamaño e importancia en el contexto del sector ferroviario en España, **RENFE cuenta con ventajas para captar personal de conducción**, lo que todavía complica más la retención por parte de las empresas ferroviarias alternativas de este tipo de personal.

En primer lugar, las condiciones económicas y laborales que RENFE ofrece a sus maquinistas son sensiblemente mejores a las ofrecidas por las empresas ferroviarias. Así, de acuerdo con los datos aportados en el marco del requerimiento anual, el coste medio de los maquinistas de RENFE ascendía a **[CONFIDENCIAL]** euros/maquinista mientras que entre las empresas privadas esta cifra se reducía hasta los **[CONFIDENCIAL]** euros/maquinista. Además, las horas de trabajo y kilómetros recorridos por los maquinistas de RENFE²⁶ eran menores a los de las empresas alternativas. Así, mientras que un maquinista de RENFE recorre **[CONFIDENCIAL]** km/año durante **[CONFIDENCIAL]** horas, en media, un maquinista de una empresa alternativa alcanza los **[CONFIDENCIAL]** km y las **[CONFIDENCIAL]** horas.

Sin embargo, es preciso reconocer que no solamente las condiciones económicas y laborales explican la preferencia de los maquinistas por RENFE dado que las convocatorias en formación, como la ahora denunciada por la AAFP de marzo de 2017, con un salario de 32.000 euros anuales (menor a la remuneración media señalada anteriormente en estas empresas), también reciben un importante número de solicitudes de maquinistas en activo en las empresas alternativas.

A juicio de esta Sala, existen dos razones que explican esta preferencia. En primer lugar, las propias afirmaciones de RENFE señalan un hecho diferencial, **el carácter público de la empresa**. Efectivamente, las convocatorias de RENFE generan un importante “efecto llamada” dado que **el personal de las empresas privadas busca su incorporación a una empresa pública**.

En segundo lugar, la **actividad de transporte de viajeros no se encuentra liberalizada** por lo que las empresas alternativas no pueden ofrecer a sus maquinistas su traspaso a esta actividad, que conlleva **mejoras laborales al personal de conducción**. Así, por ejemplo, los maquinistas que prestan sus servicios en el ámbito de las cercanías de un núcleo urbano no requieren de desplazamientos y pernoctaciones fuera de su domicilio, al contrario que los de

²⁶ En este caso, la comparativa se limita a RENFE Mercancías, S.A. dado que las horas y km recorridos en un tren de viajeros, en especial de alta velocidad, difiere sensiblemente por las características del servicio.

mercancías, dadas las distancias y velocidades medias intrínsecas de este tipo de transporte.

En definitiva, **RENFE**, gracias a su condición de empresa pública y la posibilidad con que cuenta de operar en exclusiva en el mercado nacional de transporte de viajeros, **puede ofrecer unas condiciones laborales a sus maquinistas irreplicables para las empresas privadas.**

La situación anterior hace que no puedan asumirse las alegaciones de RENFE en relación con la necesidad de que las empresas alternativas vigilen *“aspectos que favorezcan la fidelización de los trabajadores de las empresas del sector ferroviario para prevenir fugas masivas ante convocatorias públicas de empleo”*.

Sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que **RENFE no es responsable de las ventajas anteriores** y difícilmente podrá evitar que maquinistas contratados por las empresas alternativas acudan a sus convocatorias. En este sentido, RENFE parece ser consciente de esta situación y, como señala en su escrito, habría *“ofrecido su ayuda a las empresas del sector ante las dificultades que han ido surgiendo”* con acciones como: i) aportación de tracción a los tráficos ferroviarios que tuvieran problemas por falta de maquinistas; ii) retraso en la incorporación de maquinistas varios meses; iii) colaboración para la formación de nuevos maquinistas y; iv) recomendación del uso de medidas legales y cláusulas contractuales con compromiso de permanencia.

Si bien se deben valorar las iniciativas anteriores y que no dejan de confirmar que efectivamente **RENFE era consciente de los efectos de sus ofertas masivas de contratación**, también es necesario reconocer que **difícilmente una empresa competidora puede considerar suficientes un conjunto de ofertas potestativas de la empresa histórica** en el mercado, competidora directa, y cuyo incumplimiento no es objeto de supervisión ni conlleva consecuencias.

Por todo lo anterior, esta Sala considera que, incluso consiguiéndose una bolsa de maquinistas con efectivos suficientes, las convocatorias del operador histórico cuentan con un elevado “efecto llamada”, afectando a una parte sustancial de la plantilla de personal de conducción de las empresas alternativas. Si se tiene en cuenta que, como se ha dicho, un maquinista formado deberá ser, en todo caso, certificado por la empresa que lo contrate, para lo que requerirá en torno a tres meses, las empresas alternativas que pierdan una parte sustancial de sus maquinistas verán seriamente distorsionada su actividad al menos durante ese periodo.

Por este motivo, se considera necesario que **RENFE preste transitoriamente durante 3 meses a contar desde la contratación del primer maquinista de**

la empresa afectada un servicio mayorista de tracción de forma no discriminatoria y a precios orientados a sus costes directos de prestación a las empresas que hayan **sufrido bajas de más del 20% de su plantilla** como consecuencia de una convocatoria del operador histórico. Este porcentaje se calculará como el número de maquinistas de una misma empresa que RENFE contrate en el marco de una misma convocatoria entre el número de maquinistas totales de dicha empresa en el momento que se produce la baja.

Por ello, **RENFE deberá colaborar con las empresas ferroviarias y pondrá los medios suficientes al objeto de garantizar que el servicio de tracción esté operativo** en el momento de incorporación a RENFE del personal de conducción de las empresas alternativas.

Finalmente, y al objeto de asegurar el cumplimiento de esta obligación, RENFE deberá poder acreditar, ante la CNMC, que los precios ofrecidos se ajustan a los costes directos de prestación.

RENFE reitera en sus alegaciones que la CNMC no es competente para imponer la medida de prestar transitoriamente tracción a sus competidores porque el legislador, al contrario de otros sectores liberalizados, no ha impuesto al operador histórico la obligación de hacer una oferta mayorista. Además, RENFE señala que la obligación anterior no puede imponerse bajo el Derecho de la competencia, incluso en caso de considerarse dominante, porque el servicio de tracción no es indispensable al disponer los competidores de alternativas, en particular, la autoprestación. Reitera RENFE que no existe ningún problema en relación con el acceso de las empresas ferroviarias al personal de conducción dado que nunca se agotó la bolsa de maquinistas. Además, señala que las medidas anteriores son desproporcionadas.

La AEFP señala que, a pesar de ser un avance, desconfía de que la medida de prestar tracción durante tres meses pueda ser efectiva. A su juicio, dicho periodo es insuficiente *“pues no permite la organización efectiva de ese servicio de tracción y al menos se debería poder contar con el servicio de tracción mayorista durante un periodo igual a la renovación de los efectivos sustraídos”*. La AEFP también señala que la orientación del servicio a los costes directos de prestación será una medida de difícil verificación y control. Además, el servicio de tracción puede permitir a RENFE captar los clientes de las empresas ferroviarias con “precios depredadores” como ha sucedido, según la AEFP, en otros casos. Finalmente, esta asociación estima que es necesario que la calidad del servicio sea apropiada y en línea con la prestada por las empresas ferroviarias alternativas.

Esta Sala no reiterará en este epígrafe la normativa y jurisprudencia que habilitan a la CNMC a tomar las medidas apropiadas para controlar el correcto funcionamiento del sector ferroviarios, en particular, para salvaguardar la pluralidad de la oferta.

Sin embargo, sí es preciso señalar que los **precedentes jurisprudenciales** citados en la contestación a las alegaciones en el epígrafe I anterior no se refieren, como pretende RENFE, a medidas impuestas por el regulador de telecomunicaciones enmarcadas en obligaciones ya previstas por el legislador, como la de elaborar una oferta mayorista. Por el contrario, las **medidas impuestas** por la CMT se referían a **otros aspectos relevantes de la prestación de los servicios** de telecomunicaciones que **no estaban específicamente contemplados en la legislación**. Así, por ejemplo, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2008 se refería a las bases de datos de abonados, la de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2009 hacía referencia a la comercialización de determinados soportes tipo por parte de los agentes distribuidores de Telefónica de España, S.A.U., etc.

En definitiva, las competencias establecidas en la LCNMC habilitan al regulador, de forma justificada y proporcionada, a **adoptar las medidas oportunas para garantizar el correcto funcionamiento del sector y la pluralidad de la oferta**.

Por otra parte, y sin perjuicio de que la Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2017 en el marco del expediente S/DC/0511/14 estableció que RENFE contaba con una posición de dominio en el mercado de tracción en España, esta Sala coincide con las alegaciones realizadas en que **la autoprestación es una alternativa viable al servicio mayorista de tracción**. De hecho, las empresas ferroviarias alternativas prestan sus servicios a los clientes finales sobre la base de la tracción sobre sus propios medios.

Sin embargo, la **situación excepcional** que se produce ante las convocatorias de personal de conducción de RENFE, que ya se ha descrito sobradamente en epígrafes precedentes, **provoca que de forma temporal**, ante las bajas de sus propios maquinistas, **las empresas alternativas no sean capaces de autoprestarse la tracción**. La obligación de ofrecer tracción no puede enmarcarse, por tanto, en el análisis que señala RENFE de una facilidad esencial, dado que es una medida instrumental y temporal para paliar los efectos sobre la capacidad de ofrecer servicios minoristas por parte de las empresas alternativas.

Por otra parte, la obligación de suministrar tracción durante tres meses no resulta desproporcionada a la vista de los efectos que supone las pérdidas de plantillas de un personal esencial para el desarrollo del transporte por ferrocarril que las convocatorias de RENFE provocan en las empresas ferroviarias. De hecho, como se ha señalado anteriormente, la propia RENFE ha señalado en su escrito de 11 de octubre de 2016 que ofreció de forma voluntaria el servicio de tracción *“a los tráficos ferroviarios que tuvieran problemas por la falta de maquinistas”*.

Es decir, la propia RENFE consideró que este servicio era una alternativa apropiada para paliar la reducción de las ofertas en el mercado que la pérdida de maquinistas suponía para las empresas ferroviarias. Por otra parte, resulta necesario que este servicio esté orientado a los costes dado que, de otra forma, no resultará viable para las empresas ferroviarias la prestación de los servicios, redundando de nuevo en una reducción de la pluralidad de la oferta.

En relación con las alegaciones de la AEFP, esta Sala, reconociendo los potenciales problemas de cumplimiento que la imposición de la obligación de tracción supone, entiende que puede ser útil para las empresas alternativas ante una situación como la descrita en la presente Resolución. Por otra parte, y en relación con el tiempo necesario para definir el servicio, esta Sala efectivamente considera que en el momento de la incorporación de los maquinistas, el servicio de tracción debe estar efectivamente operativo para que sea una medida que palíe temporalmente los efectos de la pérdida de personal. Por ello, **RENFE deberá colaborar con las empresas ferroviarias y pondrá los medios suficientes al objeto de garantizar que el servicio de tracción esté operativo** en el momento de incorporación a RENFE del personal de conducción de las empresas alternativas.

Finalmente, como también señala la AEFP, la calidad del servicio de tracción es esencial para que las empresas ferroviarias puedan mantener al cliente final que ha visto su servicio afectado por la falta de maquinistas. En este sentido, **RENFE deberá prestar el servicio mayorista de tracción de forma no discriminatoria con respecto a sus propios servicios.**

IV.4. COSTES DE FORMACIÓN

La AEFP reclama, de acuerdo con la información aportada, los costes de formación de los maquinistas que han causado baja en las empresas alternativas y han sido contratados por RENFE. De acuerdo con esta Asociación, concurren las condiciones incluidas disposición adicional novena de la citada Orden FOM/2872/2010 para reclamar estos gastos de formación: i) las empresas ferroviarias alternativas incurrieron en determinados gastos de formación; ii) los maquinistas receptores de esta formación habrían abandonado la empresa ferroviaria antes de los dos años previstos en la citada Orden y; iii) RENFE habría sido la empresa ferroviaria que habría incorporado a estos maquinistas.

Por el contrario, RENFE, de acuerdo con el escrito aportado por la AEFP de 27 de diciembre de 2016 señala que, para que esta entidad estuviera obligada a abonar los gastos de formación debería probarse que: i) existe un beneficio indebido y ii) que han existido unos gastos de formación. De acuerdo con RENFE, ninguno de ambos aspectos está acreditado dado que los maquinistas habrían abonado su formación y, en relación con los certificados, RENFE

señala que *“los nuevos trabajadores reciben la formación precisa para el desempeño de su trabajo, con independencia de la que tuviesen con anterioridad (...)”*. RENFE señala que, en general, estos maquinistas deben conducir un material para el que no resulta útil la formación anterior. La misma situación se produce en relación con las infraestructuras.

En relación con este aspecto de la solicitud de intervención por parte de la AEFP, cabe considerar que el artículo 24 de la Directiva 2007/59/CE prevé que *“[L]os Estados miembros velarán por que se adopten las medidas necesarias para evitar que, en el caso de que un maquinista deje voluntariamente una empresa ferroviaria o a un administrador de infraestructuras por otra empresa ferroviaria o administrador de infraestructuras, la inversión realizada por aquellos para su formación beneficie de forma indebida a esta otra empresa ferroviaria o administrador de infraestructuras”*.

En el caso español, las medidas adoptadas señalada en la Directiva vienen establecidas por la disposición adicional novena de la citada Orden FOM/2872/2010 que establece que *“[C]uando una entidad ferroviaria emplee a un maquinista cuya formación haya sido financiada, en parte o en su totalidad, por otra entidad ferroviaria que el maquinista haya abandonado voluntariamente antes de los dos años, ésta podrá solicitar a aquélla ser compensada por el coste de dicha formación”*.

Es decir, al contrario de lo señalado por RENFE, **la Orden FOM/2872/2010 no requiere que se pruebe** que la empresa receptora de los maquinistas cuya formación ha sido financiada por otra empresa ferroviaria **obtenga un beneficio indebido**. La citada disposición adicional novena únicamente señala que una empresa ferroviaria que haya financiado la formación o una parte de ella de un maquinista y éste abandone esta empresa en menos de dos años, la primera tendrá derecho a reclamar dichos gastos.

Dicho lo anterior es también preciso señalar que **la CNMC no es competente**, de acuerdo con la LCNMC, **para determinar los importes** que, en su caso, **RENFE debería abonar a las empresas ferroviarias** en las que venían prestando sus servicios los maquinistas ahora contratados en el marco de las convocatorias objeto de análisis ni los importes a reclamar.

IV.5. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, esta Sala concluye, sobre la solicitud de intervención de la AEFP en relación con los procesos de selección y contratación del personal de conducción ferroviario por parte de RENFE que:

- 1) Los requisitos formativos que la actual legislación impone al personal de conducción ferroviario suponen un periodo formativo de entre 9 y 12 meses para la obtención de la licencia ferroviaria y el diploma de conducción. Una vez el maquinista ha sido contratado por una empresa ferroviaria, se requiere un periodo adicional de tres meses para la obtención del certificado B, relacionado con las líneas que va a operar, el material rodante y la formación en el sistema de seguridad de la empresa.
- 2) Esta formación debe realizarse en centros homologados. Actualmente existen ocho centros homologados, lo que se considera suficiente para asegurar la formación de un número suficiente de maquinistas.
- 3) El periodo formativo anterior hace necesario que se cuente con una bolsa de maquinistas formados a la que las empresas ferroviarias puedan acudir para reemplazar sus bajas de este tipo de personal en los periodos entre finalización de los cursos en los centros homologados.
- 4) RENFE paralizó sus acciones formativas en 2012 y no las retomó hasta 2016 si bien contrató maquinistas de forma intensa ya en 2015. Si se considera que RENFE emplea al 97% de los maquinistas en activo en España, este desacople entre ambas actividades provocó que se agotara la bolsa de maquinistas formados, haciendo imposible que las empresas ferroviarias pudieran sustituir al personal de conducción que causó baja durante ese periodo, esencialmente por haber sido contratado por RENFE.
- 5) RENFE cuenta con ventajas para la captación de este tipo de personal que son irreplicables por el resto de empresas ferroviarias alternativas, como es su carácter público o su actividad en un mercado actualmente no abierto a la competencia. En estas condiciones, las convocatorias de empleo de personal de conducción de RENFE tienen un efecto llamada para los maquinistas de sus competidores
- 6) Dada la importancia de este tipo de personal para el desarrollo de la actividad por parte de las empresas privadas así como las necesidades que RENFE prevé para los próximos ejercicios, se considera necesario adoptar medidas de transparencia encaminadas a que los centros homologados puedan planificar sus acciones formativas con el objetivo de que exista, como se ha dicho, una bolsa suficiente de maquinistas formados. Por ello, RENFE deberá:
 - Comunicar anualmente (antes del 31 de enero) a las empresas ferroviarias, centros de formación y la CNMC su mejor estimación sobre las necesidades de personal de conducción, incluyendo posibles programas de formación, para un periodo mínimo de 2 años.

- Garantizar que en sus convocatorias de personal de conducción el plazo entre su publicación y el primer examen o prueba sea de al menos 3 meses.
- 7) Con el objetivo de limitar los efectos sobre la pluralidad de la oferta que tienen las contrataciones de RENFE, RENFE deberá ofrecer, durante tres meses a contar desde la contratación del primer maquinista de cada empresa afectada, un servicio mayorista de tracción de forma no discriminatoria y orientado a sus costes directos a las empresas que hayan perdido, como consecuencia de una convocatoria de RENFE, a más del 20% de su plantilla de personal de conducción.

RENFE deberá colaborar con las empresas ferroviarias y pondrá los medios suficientes al objeto de garantizar que el servicio de tracción esté operativo en el momento de incorporación a RENFE del personal de conducción de las empresas alternativas.

Al objeto de que la CNMC pueda comprobar el cumplimiento de esta obligación, RENFE deberá poder acreditar, ante requerimiento de la Comisión, que los precios ofrecidos por este servicio se ajustan a los costes directos de su prestación y se ofrecen de forma no discriminatoria.

- 8) Ante las reclamaciones realizadas por la AEFP a RENFE relativas a los costes de formación de conformidad con la Disposición Adicional Novena de la Orden FOM/2872/2010, se considera que la CNMC no cuenta con las competencias, de acuerdo con la Ley 38/2015, para determinar su pago.

Estas conclusiones resultan válidas en tanto en cuanto la situación del mercado, incluyendo la liberalización del transporte nacional de viajeros, asegure, por sí misma, el correcto funcionamiento del mercado del transporte de mercancías en España. En caso que se produzca algún cambio en la actual estructura del mercado, esta Comisión analizará la pertinencia de las obligaciones anteriormente establecidas.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Renfe Operadora, S.P.E. o cualquier empresa de su grupo deberá facilitar la información relativa a sus previsiones de incorporación de personal

de conducción ferroviaria y de programas de formación, de conformidad con lo establecido en el apartado 6 del epígrafe IV.5. de la presente Resolución.

SEGUNDO.- Renfe Operadora, S.P.E. o cualquier empresa de su grupo deberá garantizar que sus convocatorias de personal de conducción son acordes con lo establecido en el apartado 6 del epígrafe IV.5. de la presente Resolución.

TERCERO.- Renfe Operadora, S.P.E. o cualquier empresa de su grupo deberá ofrecer un servicio mayorista de tracción de forma no discriminatoria y orientado a sus costes directos de prestación, de conformidad con el apartado 7 del epígrafe IV.5. de la presente Resolución.

La presente Resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.