
RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE EXENCIÓN DE LA AUTORIDAD PORTUARIA DE A CORUÑA A DETERMINADAS OBLIGACIONES INCLUIDAS EN EL REGLAMENTO DE EJECUCIÓN 2017/2177, DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2017, RELATIVO AL ACCESO A LAS INSTALACIONES DE SERVICIO Y A LOS SERVICIOS FERROVIARIOS CONEXOS**LA SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA****Expediente: STP/DTSP/062/19****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 23 de enero de 2020

En el ejercicio de la función establecida en el artículo 11.1.g) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), en relación con el 2.2 del Reglamento de Ejecución 2017/2177, de 22 de noviembre de 2017, relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) emite la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El artículo 2.5 del Reglamento de Ejecución 2017/2177, de 22 de noviembre de 2017, relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos (en adelante, RE 2017/2177) establece que los organismos reguladores elaborarán y publicarán principios decisorios comunes para la aplicación de los criterios previstos para la concesión de exenciones. De conformidad con esta previsión, la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó la Resolución de 23 de enero de 2019 por la que se aprueban los principios y criterios para la aplicación del RE 2017/2177 de la Comisión Europea, relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos (en adelante, la Resolución de 23 de enero de 2019)¹.

¹ https://www.cnmc.es/sites/default/files/2279866_3.pdf

SEGUNDO.- El 15 de noviembre de 2019 se recibió en el registro de la CNMC, escrito presentado por la Autoridad Portuaria de A Coruña (en adelante, Autoridad Portuaria) en su calidad de explotador de las instalaciones situadas en ese ámbito portuario. Al amparo del artículo 2.2 del RE 2017/2177, este explotador solicita la exención de la aplicación del mismo.

En su escrito, la Autoridad Portuaria de A Coruña ha identificado también como explotador a la empresa Bergé Marítima S. L. (en adelante, Bergé Marítima) que presta el servicio de báscula para los vagones que cargan en el puerto, adjuntando su solicitud de exención para que se analice conjuntamente.

TERCERO.- El 27 de noviembre de 2019 se comunicó a la Autoridad Portuaria y Bergé Marítima el inicio del procedimiento con el objeto de determinar si es procedente eximirles de la aplicación de parte de las disposiciones del RE 2017/2177.

CUARTO.- El 18 de diciembre de 2019 la Dirección de Transportes y del Sector Postal puso a disposición de todos los interesados el informe que concluye la instrucción del procedimiento y comunicó la apertura del trámite de audiencia. Transcurrido el plazo concedido, no se han recibido alegaciones.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con lo previsto en el artículo 11.1.g) de la LCNMC, esta Comisión está habilitada para “realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por ley o por norma reglamentaria”.

El artículo 2.2 del RE 2017/2177 establece que “los organismos reguladores pueden tomar la decisión de eximir a los explotadores de instalaciones de servicio” de algunas de las obligaciones de dicho Reglamento, de acuerdo con principios decisorios previamente publicados.

La CNMC resulta, por consiguiente, competente para pronunciarse sobre las cuestiones objeto del presente procedimiento. Dentro de la CNMC, la Sala de Supervisión Regulatoria resulta competente para emitir el presente informe, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 de la LCNMC.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

II.1. Criterios para la aplicación de exenciones a la aplicación del RE 2017/2177

El considerando 2 y el artículo 2.2 del RE 2017/2177 establecen que los organismos reguladores podrán eximir a explotadores de instalaciones de servicio, basándose en alguno de los siguientes fundamentos:

- Instalaciones de servicio o servicios sin importancia estratégica para el funcionamiento del mercado de los servicios de transporte ferroviario, en particular, por el nivel de uso de la instalación, el tipo y volumen de tráfico potencialmente afectado y el tipo de servicios prestados en la instalación.
- Instalaciones de servicio o servicios que se explotan o prestan en un entorno de mercado competitivo en el que actúan diferentes competidores que prestan servicios comparables.
- Instalaciones de servicio o servicios a cuyo funcionamiento podría afectar negativamente la aplicación del presente Reglamento.

La Resolución de 23 de enero de 2019 estableció los criterios para considerar que una instalación carecía de importancia estratégica, en términos de actividad, tipo de servicios prestados, pertenencia a corredores internacionales y vinculación entre el explotador de la instalación solicitante y empresas ferroviarias. En relación con la situación competitiva del mercado se estableció que el explotador debía motivar la sustituibilidad de la instalación o servicio con otras cercanas, el área geográfica relevante y el nivel de competencia existente. Finalmente, las solicitudes de exención amparándose en el impacto negativo de la aplicación del Reglamento deben indicar qué disposiciones concretas causarían dicho impacto, justificando no solo los efectos sobre el propio explotador, sino sobre el mercado en su conjunto.

II.2. Alcance de las exenciones a la aplicación del RE 2017/2177

El régimen de exenciones previsto en el RE 2017/2177 tiene como objetivo, de acuerdo con su considerando 2, *“evitar cargas desproporcionadas a los explotadores de instalaciones de servicio de menor importancia”*. Por el contrario, como señalaba la Resolución de 23 de enero de 2019, *“existen disposiciones del Reglamento que no conllevan un coste relevante para los explotadores de instalaciones de servicio pero que resultan fundamentales para conseguir una adecuada eficacia en el transporte ferroviario”*.

En el punto V.2. de dicha Resolución se indicaban, de forma orientativa y sin perjuicio del análisis de cada solicitud individual, las disposiciones del Reglamento que introducen una mayor carga a los explotadores y que, por tanto, son susceptibles de ser eximidas de su cumplimiento:

- Transparencia sobre los procedimientos de funcionamiento de la instalación de servicio recogidos en las letras f-k del artículo 4.2 del Reglamento.

Se considera que el cumplimiento de estos preceptos supone una carga administrativa relevante al obligar a la publicación de: i) documentación

relativa a cómo realizar la solicitud para el acceso y suministro de servicios (indicando plazos de presentación y tiempo de tramitación); ii) contenido y formato de las solicitudes; iii) como realizar el procedimiento de coordinación; iv) criterios de prioridad; vi) publicación cuando proceda del modelo de contrato de acceso y condiciones generales; vii) procedimiento en caso de instalaciones con varios explotadores y, viii) la información sobre la utilización de sistemas informáticos del explotador.

- En materia económica, la publicación de información sobre los precios del acceso y la prestación de los servicios (letra m) es siempre obligada, por lo que no puede solicitarse su exención. Sin embargo, su alcance deberá adaptarse a las características de cada prestación. Mención especial merece el caso de los servicios de mantenimiento, donde puede resultar difícil determinar con exactitud *a priori* los precios del mismo, ya que depende del estado particular del material rodante.

Por su parte, la información relativa a los principios de los descuentos (letra n) es susceptible de ser eximida.

- Información de la capacidad disponible (artículo 6.2) en la instalación ante la solicitud del candidato. Esta obligación supone una importante dificultad práctica, lo que aconseja su exención.

Igualmente debe preverse la exención del artículo 6.3 del Reglamento relativo al suministro de información, en tiempo real, de la capacidad disponible y el impacto de las modificaciones técnicas relacionadas con las obras. Esto requiere una adecuación de la tecnología del explotador que, de hecho, aún está en fase de estudio el portal común que prevé desarrollar la Comisión Europea.

- Los artículos 10 a 14 del Reglamento se refieren al procedimiento de evaluación de las solicitudes en caso de que haya incompatibilidades entre ellas. A este respecto, si bien debe existir un mecanismo de coordinación, que de hecho se emplea habitualmente por los explotadores, estos podrán solicitar la exención de su publicación en la descripción de la instalación, para los casos que resulte de aplicación.
- En caso de que no sea posible la coordinación de las solicitudes, el Reglamento prevé, en su artículo 12, la necesidad de la evaluación de alternativas viables que posibiliten la realización del transporte por el mismo itinerario o por otro alternativo en condiciones económicas aceptables. Sin embargo, en muchas de las ocasiones, el explotador de una terminal o servicio concreto no será el actor mejor posicionado, por desconocer las características de otras instalaciones o los planes de negocio de los propios candidatos.

Por tanto, si bien parece aceptable la evaluación conjunta entre candidato y explotador de las alternativas viables, dada la carga que eventualmente supondría para el explotador, debe preverse su exención.

De esta forma, cabe analizar la solicitud de la Autoridad Portuaria de A Coruña y Bergé Marítima de acuerdo con este marco general establecido en la Resolución de 23 de enero de 2019.

III. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE EXENCIÓN PRESENTADA POR LA AUTORIDAD PORTUARIA

III.1. Explotadores de instalaciones de servicio en el Puerto de A Coruña

De acuerdo con el escrito de la Autoridad Portuaria, en el Puerto de A Coruña se identifican tres terminales cuyas instalaciones están en concesión para un uso privado:

- a) Terminal de cereales de la empresa Galigrain, S.A. del grupo Nogar, S.A., que importa las materias primas, las almacena y las carga a los vagones.
- b) Terminal de carbón, de la empresa Naturgy, S.A., para un uso particular vinculado a sus propios tráficos de carbón con destino a la central de Meirama.
- c) Terminal de descarga de bioetanol, de la empresa Bioetanol Galicia, S.A., que a su vez pertenece a Bioenergy S.L.

La Resolución de 23 de enero de 2019 señalaba que *“una situación particular se encuentran los cargaderos conectados a la red ferroviaria que no son de uso público, cuya construcción ha sido financiada por su propietario para atender exclusivamente sus propias necesidades de transporte”*. En estos casos se prevé un tratamiento diferenciado en la medida en que el acceso a la instalación está condicionado por las necesidades del titular de la instalación que lo es, además, de la carga.

Para las tres terminales concesionadas indicadas anteriormente existe una importante analogía con los cargaderos privados, dado que los titulares de la carga utilizan dichas terminales exclusivamente para atender sus necesidades de transporte, por lo que estos concesionarios no pueden ser considerados explotadores a los efectos del RE 2177/2017.

Por otra parte, de conformidad con el Considerando 8 del RE 2177/2017, la consideración de una entidad como explotador de instalación de servicio exige que la misma tome decisiones acerca de: i) las condiciones de acceso a una instalación de servicio; ii) la adjudicación de capacidad de la instalación de servicio, o; iii) la prestación de los servicios ferroviarios conexos.

En relación con estos aspectos, la Autoridad Portuaria realiza las adjudicaciones de capacidad en la red ferroviaria portuaria, así como el control del horario de apertura y cierre de la instalación.

Por otra parte, Bergé Marítima presta el servicio de báscula para los vagones de todas las empresas ferroviarias y candidatos que se cargan en el Puerto de A Coruña.

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, únicamente la Autoridad Portuaria de A Coruña y Bergé Marítima deben considerarse explotadores en el ámbito del Puerto de A Coruña, ya que toman decisiones sobre el acceso, la capacidad y la prestación de servicios en la instalación portuaria, estando sujetas a las obligaciones contenidas en el RE 2017/2177.

III.2. Importancia estratégica en el Puerto de A Coruña

Del examen de la información facilitada por la Autoridad Portuaria y de lo dispuesto en el epígrafe V.3.1.B de la Resolución de 23 de enero de 2019 se desprende que:

- Criterio 1. Pertenencia a un corredor ferroviario europeo de mercancías. El Puerto de A Coruña no pertenece a ningún corredor ferroviario europeo de mercancías de los que transcurren por España (Atlántico y Mediterráneo), de conformidad con el Reglamento 913/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de septiembre de 2010 sobre una red ferroviaria europea para un transporte de mercancías competitivo.
- Criterio 2. Vinculación entre el explotador de la instalación y empresas ferroviarias o candidatos. La Autoridad Portuaria es un organismo público que carece de vinculación con empresas ferroviarias o candidatos. Por su parte, la empresa Bergé Marítima pertenece íntegramente a su matriz Bergé y Compañía S.A., dedicada a actividades en el sector de la automoción y los servicios logísticos, sin que conste tampoco vinculación accionarial ninguna con empresas ferroviarias o candidatos.
- Criterio 3. Actividad en las instalaciones ferroviarias. De acuerdo con la información aportada por la Autoridad Portuaria, el tráfico anual de mercancías total en el puerto por ferrocarril es de 549.010 toneladas, del 1 de noviembre de 2018 al 31 de octubre de 2019, inferior al umbral de actividad fijado en la Resolución de 23 de enero de 2019².

Por todo lo anterior, cabe concluir que las instalaciones ferroviarias situadas en el Puerto de A Coruña no tienen importancia estratégica a los efectos del RE 2017/2177.

² En esta Resolución se indica que se considerará que tienen importancia estratégica las terminales de mercancías en puertos que en su conjunto gestionen más de 800.000 toneladas al año.

Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con el párrafo segundo del considerando 2 del citado Reglamento, la CNMC podrá reevaluar estas conclusiones si se considera que las circunstancias descritas anteriormente han cambiado.

III.3. Alcance de la exención concedida al Puerto de A Coruña

Una vez se ha concluido en el epígrafe anterior que ni el Puerto de A Coruña ni la instalación situada en el mismo no tienen importancia estratégica, cabe analizar las disposiciones concretas del Reglamento para las cuáles cabe conceder la exención.

A este respecto, en línea con lo establecido en la Resolución de 23 de enero de 2019 y con el criterio ya utilizado por la Sala de Supervisión Regulatoria en Resoluciones³ previas relativas a solicitudes de exención, se realizan las siguientes consideraciones:

i) Artículo 4.2, letras f-k y n del RE 2017/2177:

f) información sobre los procedimientos de solicitud de acceso a la instalación de servicio o a los servicios suministrados en ella o a ambos, precisando los plazos de presentación de solicitudes y el tiempo de tramitación de estas;

g) cuando las instalaciones de servicio estén gestionadas por más de un explotador, o cuando los servicios ferroviarios conexos sean prestados por más de un proveedor, información de si deben presentarse solicitudes de acceso separadas para las instalaciones y los servicios;

h) información sobre el contenido y el formato mínimos de las solicitudes de acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos, o modelo a utilizar en la solicitud;

i) en el caso, al menos, de las instalaciones de servicio gestionadas y de los servicios prestados por explotadores bajo el control directo o indirecto de una entidad de control, modelo de los contratos de acceso y condiciones generales;

j) cuando proceda, información sobre las condiciones de utilización de los sistemas informáticos del explotador, si los candidatos necesitaran hacer uso de ellos, y normas relativas a la protección de datos sensibles y comerciales;

³ Por todas, ver Resolución de 4 de julio de 2019 por la que se resuelve la solicitud de exención solicitada por Renfe Mercancías, S.M.E., S.A. de determinadas obligaciones incluidas en el Reglamento 2017/2177, de 22 de noviembre de 2017, relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos.

k) descripción del procedimiento de coordinación, de las medidas reglamentarias a que se refiere el artículo 10 y de los criterios de prioridad a que se refiere el artículo 11;

n) información sobre los principios que rigen los sistemas de descuento ofrecidos a los candidatos, respetando los requisitos de confidencialidad comercial”.

Las obligaciones de información anteriores, relativas al contenido del documento descriptivo, suponen una carga desproporcionada para las instalaciones no estratégicas gestionadas.

Sin embargo, esto no se aprecia en relación con las letras e) y l) del mismo artículo 4.2, referidas a la posibilidad de la autoprestación en la instalación e información sobre cambios en las características técnicas de la instalación o posibles restricciones de capacidad en la misma. Esta información resulta muy relevante para todo posible usuario de la instalación, y los costes asociados a su cumplimiento son limitados. Por ello, no se considera adecuada su exención.

ii) Artículo 6.2. del RE 2017/2177 establece que “[A] petición de un candidato, los explotadores de instalaciones de servicio recogidas en el punto 2, letras a) a g) del anexo II de la Directiva 2012/34/UE, facilitarán información indicativa de la capacidad disponible de la instalación de servicio”.

Además, el artículo 6.3 del RE 2017/2177 añade que “[S]iempre que sea técnicamente posible con un costo razonable, los explotadores de instalaciones de servicio difundirán la información contemplada en el apartado 2 del presente artículo y en el artículo 4, apartado 2, letra l) en tiempo real a través de unas páginas web comunes.”

Estas obligaciones de información, relativas al contenido del documento descriptivo, pueden ser consideradas una carga desproporcionada para el explotador, de acuerdo con las características de las terminales analizadas, por lo que cabe eximir las de su cumplimiento.

iii) Artículo 7, que se refiere a la necesaria cooperación entre explotadores, administradores de infraestructura y candidatos en la asignación de capacidad y en la gestión del tráfico. Se trata por tanto de dos aspectos esenciales para la eficiencia del transporte ferroviario que deberá realizarse en todo caso, y por ello no cabe su exención.

iv) Artículos 8 y 9 describen la forma de solicitar acceso a las instalaciones ferroviarias y a los servicios que se prestan, incluyendo el plazo máximo de respuesta. Estos aspectos no son susceptibles de exención dado que están recogidos en el artículo 43.2 de la Ley del Sector Ferroviario.

v) Artículos 10 a 14 del RE 2017/2177:

El artículo 10 establece la necesidad de que el explotador coordine las distintas solicitudes, aspecto que se encuentra en sintonía con la obligación de atender todas ellas, actividad intrínseca a la explotación de la instalación y que no supone un coste adicional.

El artículo 11 establece unas consideraciones sobre los criterios de prioridad que el explotador podrá aplicar en caso de existencia de conflicto entre solicitudes. Dado que es una previsión potestativa del explotador, no requiere de su exención por parte del regulador.

El artículo 12 reitera las obligaciones sobre la evaluación de alternativas viables establecidas en la Ley del Sector Ferroviario, por lo que no es posible su exención, salvo en lo establecido en el artículo 12.3:

“(...) el explotador de la instalación de servicio indicará las posibles alternativas, incluidas, si procede, las de otros Estados miembros, sobre la base de las descripciones de otras instalaciones de servicio, de la información publicada en las páginas web comunes, contempladas en el artículo 5, y de la información facilitada por el candidato. A la hora de proponer posibles alternativas se tendrán en cuenta, como mínimo, los criterios que se mencionan a continuación, en la medida en que el explotador de la instalación de servicio pueda evaluarlos:

— la posibilidad de sustituir las características operativas de la instalación de servicio alternativa,

— la posibilidad de sustituir las características físicas y técnicas de la instalación de servicio alternativa,

— la repercusión, de forma evidente, en el atractivo y la competitividad del servicio de transporte ferroviario imaginado por el candidato,

— la estimación del coste adicional para el candidato.

El explotador de una instalación de servicio respetará la confidencialidad comercial de la información facilitada por el candidato.”

Se considera oportuna la exención de la aplicación del artículo 12.3 del Reglamento sobre las posibles alternativas de suministro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley del Sector Ferroviario que establece que “[S]olo podrán ser denegadas las solicitudes si existen alternativas viables que permitan a las empresas ferroviarias explotar los servicios de transporte de viajeros o mercancías en los mismos itinerarios o en itinerarios alternativos en condiciones económicamente aceptables”.

Los artículos 13 y 14 se refieren al caso de denegación de solicitudes, y desarrollan, como en el caso anterior, aspectos ya incluidos en la normativa sectorial, constituyendo una garantía para el candidato que no ha podido acceder a una instalación de servicio.

vi) El artículo 15 introduce una serie de medidas sobre instalaciones que no han sido utilizadas durante un tiempo de al menos dos años consecutivos, con el fin de fomentar precisamente que estos espacios sigan teniendo un uso ferroviario.

IV. CONCLUSIÓN

A la vista de la solicitud realizada por la Autoridad Portuaria y Bergé Marítima y de las consideraciones anteriores, se concluye que las instalaciones ferroviarias situadas en el Puerto de A Coruña no tienen importancia estratégica a los efectos del RE 2017/2177.

Para estas instalaciones de servicio, los artículos del RE 2017/2177 que se acuerda eximir son:

- 1) Artículo 4.2., letras f-k y n.
- 2) Artículo 6.2.
- 3) Artículo 6.3.
- 4) Artículo 12.3.

De conformidad con los artículos 4 y 5 del RE 2017/2177, así como su considerando 19, la Autoridad Portuaria debe elaborar el documento descriptivo de las instalaciones en las que ejerce como explotador e incluirlo en la Declaración de Red que ADIF prevé publicar en diciembre de 2019.

Esta obligación resulta también aplicable para Bergé Marítima, en relación con el servicio de báscula para vagones que presta en las instalaciones portuarias.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar, de conformidad con lo establecido en el epígrafe V.3.1.B de la Resolución de 23 de enero de 2019 por la que se aprueban los principios y criterios para la aplicación del Reglamento de Ejecución 2017/2177 de la Comisión Europea, relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos, que no tienen importancia estratégica, a los efectos del citado Reglamento, las instalaciones ferroviarias situadas en el Puerto de A Coruña.

SEGUNDO.- Otorgar a las instalaciones anteriormente señaladas, gestionadas por la Autoridad Portuaria de A Coruña y Bergé Marítima S.L., la exención, de acuerdo con el artículo 2 del Reglamento de Ejecución 2017/2177 de la Comisión Europea, relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos, de la aplicación de las obligaciones contenidas en el artículo 4.2, letras f-k y n, artículo 6.2, artículo 6.3 y artículo 12.3 del citado Reglamento.

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.