

IPN 98/13. PROYECTO DE ORDEN MINISTERIAL DE TRANSPORTE TURÍSTICO FERROVIARIO

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su reunión de 29 de mayo de 2013, ha aprobado el presente informe, relativo al Proyecto de Orden sobre servicios de transporte ferroviario de viajeros con finalidad prioritariamente turística (POM en adelante), en el que analiza las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el 20 de mayo de 2013. La documentación remitida consistió en una versión del mencionado POM, acompañado de la Memoria de Análisis del Impacto Normativo.

El presente informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia atribuye a la CNC.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición transitoria (DT) 3ª de la **Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario** (LSF), añadido por Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (en adelante, RDL 4/2013), **a partir del 31 de julio de 2013 se prestará en régimen de libre competencia el servicio de transporte de viajeros con finalidad prioritariamente turística.**

Tras el RDL 4/2013, esta DT 3ª, apartado tercero, establece:

A partir del 31 de julio de 2013 el transporte ferroviario de viajeros con finalidad prioritariamente turística se prestará en régimen de libre competencia según lo establecido en el artículo 42.2 de esta Ley.

A efectos de esta Ley, tendrá la consideración de transporte ferroviario de viajeros con finalidad prioritariamente turística aquellos servicios en los que, teniendo o no carácter periódico, la totalidad de las plazas ofertadas en el tren se prestan en el marco de una combinación previa, vendida u ofrecida en venta por una agencia de viajes con arreglo a un precio global en el que, aparte del servicio de transporte ferroviario, se incluyan, como principales, servicios para satisfacer de una manera general las necesidades de las personas que realizan

desplazamientos relacionados con actividades recreativas, culturales o de ocio, siendo el servicio de transporte por ferrocarril complemento de los anteriores. En ningún caso se podrá asimilar a esta actividad aquella que tuviera como objeto principal o predominante el transporte de viajeros por ferrocarril.

Mediante Orden del Ministerio de Fomento, se regularán las condiciones de prestación de este tipo de servicios.

II. CONTENIDO

El POM viene a desarrollar la DT 3ª del RDL 4/2013. Para ello, en sus 5 artículos:

1. Regula el **objeto y ámbito de aplicación**: la prestación de los transportes ferroviarios de viajeros con finalidad prioritariamente turística. **Se excluyen las circulaciones de trenes históricos.**
2. Configura **la libre prestación de servicios**. Toda empresa ferroviaria que, de acuerdo con la LSF, haya obtenido la licencia de empresa ferroviaria, el certificado de seguridad y la correspondiente asignación de la capacidad de infraestructura, podrá prestar este servicio sin necesidad de título habilitante.
3. Establece las **condiciones generales de prestación** de los servicios, consistentes en que, en el marco de una **combinación previa**, vendida u ofrecida en venta por una **agencia de viajes** con arreglo a un **precio global**, se reúnan **al menos dos de las siguientes tres condiciones**:
 - Alojamiento durante al menos una noche.
 - Manutención alimenticia, sin que se consideren incluidos en este concepto los servicios de restauración a bordo del vehículo, en estaciones o durante la realización de paradas intermedias entre origen y destino de duración inferior a tres horas.
 - Prestación de otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa de la combinación.
4. Establece **condiciones adicionales** para la prestación de **servicios de carácter periódico**.
 - **Si coinciden** con servicios ferroviarios para cuya prestación sea necesaria **autorización**, el precio de la combinación contratada en la que estén incluidos **deberá ser, al menos, un 30% superior a la tarifa del transporte del servicio coincidente.**

- De **coincidir** con transportes ferroviarios para los que se requiera **título habilitante**, el precio de la combinación deberá ser, al menos, un **30% superior al precio más alto del billete de clase turista** o, en su caso, de la clase más general, del transporte coincidente.
 - **Previa petición de la agencia de viajes, dicho requisito podrá ser exonerado** por el órgano administrativo competente, siempre que, oídos el Consejo Nacional de Transportes Terrestres y las empresas ferroviarias afectadas, quede suficientemente justificada la posibilidad de realizar la combinación contratada a los precios ofrecidos así como la especificidad de los usuarios **de manera que se evite la competencia con el servicio coincidente.**
5. **Determina el control del cumplimiento de las condiciones** de prestación, estableciendo las correspondientes infracciones.

III. OBSERVACIONES

III.1 Preliminar: la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril en el RDL 22/2012 y el establecimiento de esta modalidad de transporte ferroviario en el RDL 4/2013

La liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril en España se anunció en el **Real Decreto Ley 22/2012**, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios (RDL 22/2012). Con este objetivo, en su artículo 3, el RDL 22/2012, modificó el primer párrafo de la DT 3ª de la Ley 39/2003 que pasa a tener la siguiente redacción:

*Los capítulos II y III del título IV de esta ley no serán de aplicación a los servicios de transporte ferroviario de viajeros que discurran por red ferroviaria de interés general de ancho internacional, UIC, ni a los que discurran por red ferroviaria de interés general de ancho ibérico convencional y métrico **hasta el 31 de julio de 2013, fecha en que queda establecida la apertura al mercado de los mismos.** Hasta tal fecha RENFE-Operadora tendrá derecho a seguir explotando los servicios de transporte de viajeros que se prestan sobre la Red Ferroviaria de Interés General, en la forma establecida en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y en su normativa de desarrollo en cuanto no se opongan al resto del contenido de esta Ley.*

La CNC, a través de un Informe de Posición, valoró positivamente la liberalización del **transporte ferroviario de viajeros y la fijación de tal fecha**¹.

El impulso liberalizador en el transporte ferroviario de viajeros del RDL 22/2012 fue limitado gravemente por el RDL 4/2013, al introducir el apartado tercero de la DT 3ª de la LSF que desarrolla este POM, junto a un segundo apartado en esa misma DT3ª que establece que:

La apertura a la competencia de los servicios de transporte ferroviario de viajeros de competencia estatal se realizará con el fin de garantizar la prestación de los servicios, la seguridad y la ordenación del sector.

Tras la modificación operada por el RDL 4/2013, el transporte ferroviario de viajeros con finalidad prioritariamente turística está configurado en la LSF como **un servicio diferenciado del transporte ferroviario de viajeros**, sujeto a condiciones y requisitos específicos.

Dado su carácter de RDL, tampoco se solicitó a la CNC informe sobre esta norma, que añade una DT 3ª a la LSF que dispone que a partir del 31 de julio de 2013 el servicio de transporte de viajeros con finalidad prioritariamente turística se prestará en régimen de libre competencia.

La razón para configurar este servicio como modalidad específica de transporte ferroviario sería facilitar **las condiciones de acceso y de ejercicio** a esta modalidad respecto a la general de transporte de viajeros, de lo contrario no se realizaría la distinción ni se adelantaría a la liberalización general.

La CNC considera que la **liberalización completa del transporte ferroviario convencional de pasajeros resultaría la solución más favorable para la competencia y la alternativa que ofrece mayores posibilidades de impulsar el desarrollo y la innovación en estos mercados, mejorar las condiciones de precio y calidad de las empresas y, en último término, beneficiar a los usuarios del servicio.**

¹ El 5 de septiembre de 2012 la CNC aprobó un Informe de Posición en relación con este RDL 22/2012. Se valoró positivamente que la fecha de liberalización efectiva del transporte de viajeros por ferrocarril fuese el 31 de julio de 2013, anticipándose al establecimiento de un plazo para la misma por parte de la UE. No obstante, el RDL 22/2012, estableció en su artículo 4 que los servicios de transporte de cercanías de cuya gestión se encargan las Comunidades Autónomas podrán, si éstas así lo consideran, seguir prestándose en régimen de servicio público (y por tanto no serán liberalizadas) conforme al Reglamento Comunitario 1370/2007.

De forma subsidiaria, la CNC valora positivamente cualquier esfuerzo liberalizador en este sector que permita introducir competencia. No obstante lo anterior, **la valoración general de la CNC de este POM es claramente negativa y podría representar una disposición general de la que se derivan obstáculos a la competencia efectiva en los mercados: ni el contenido de la DT 3ª ni su desarrollo en este POM favorece el objetivo indicado por la norma de facilitar la entrada y la competencia por las siguientes razones:**

- a) Las **barreras económicas de acceso** que impone la DT 3ª resultan **innecesarias y desproporcionadas**, al requerir que la **totalidad de las plazas** ofertadas en el tren se presten en el “marco de una **combinación previa**”. Estos requisitos de comercialización elevan los costes fijos de entrada al obligar a dedicar material rodante en exclusiva a esta modalidad y dificultan las economías de escala o de alcance que pudieran surgir de la libre organización del prestador al configurar sus servicios.
- b) Se introducen **barreras adicionales al ejercicio** de la actividad: la **combinación** debe ser “**vendida u ofrecida en venta** por una **agencia de viajes**”, con arreglo a un “**precio global**” y aparte del servicio de transporte ferroviario debe **incluir principalmente otros servicios** que satisfagan “de una manera general las necesidades de las personas que realizan desplazamientos relacionados con actividades recreativas, culturales o de ocio”. Con ello **se encarece, caeteris paribus, la prestación del servicio, al restringir la libertad comercial del prestador, no permitiéndole elegir el canal de distribución de su oferta y limitando la posibilidad de configurar estrategias de precios y composiciones del servicio ofrecido distintas de las establecidas en el POM.**
- c) La institución de esta modalidad específica introduce una **asimetría en relación con Renfe Operadora, el operador incumbente de transporte ferroviario de pasajeros**².

² Renfe-Operadora será el único incumbente en este mercado hasta que se consume la liberalización del transporte ferroviario de viajeros, prevista para 2019. Este operador, que según consta en la MAIN ha informado el POM, viene comercializando parte de sus servicios en paquetes turísticos ofertados directamente en su página web (por ejemplo, los llamados Paquetes Mini), aparte de a través de agencias. También ofrece trayectos a través de ferrocarriles de interés turístico-histórico (por ejemplo, el Transcantábrico), o trayectos de finalidad turística sin necesidad de pernoctación (como el llamado Tren de la Fresa de Madrid a Aranjuez, el Tren de Cervantes a Alcalá de Henares o el Tren Medieval a Sigüenza).

- i. El incumbente, Renfe Operadora, podrá ofertar sus servicios dentro de su capacidad de operador de transporte ferroviario de pasajeros como parte de paquetes turísticos, propios o ajenos, sin necesidad de sujetarse a las disposiciones de la futura POM, es decir, sin que le afecten ninguna de las numerosas barreras mencionadas.
 - ii. Este tratamiento asimétrico, favorable al único incumbente actual, puede disuadir a nuevos operadores potencialmente interesados de prestar la modalidad de transporte con finalidad prioritariamente turística, que sí estarían sujetos a esta regulación específica.
 - iii. Las ventajas concedidas al incumbente pueden agravarse adicionalmente, atendiendo a **otras asimetrías que ya favorecen de forma global a Renfe Operadora**, como analizado en el reciente Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril de la CNC³.
- d) La CNC considera, además, que la introducción de esta modalidad específica resulta más **preocupante a la luz de la prevista liberalización general del transporte de viajeros**, en la medida en que pueda condicionarla o dilatarla.

Para introducir competencia en determinadas líneas de mayor potencial turístico, resultaría más efectivo y menos distorsionador de la competencia considerar que potencialmente todas las líneas lo pueden ser y permitir que los operadores, en su caso, desarrollen el mercado. Más restrictivo, pero también más favorecedor de la competencia que la propuesta actual, sería que el órgano proponente motivase, las líneas que no tienen potencial turístico y liberalizara el resto. Incluso, en tercer lugar, de forma más restrictiva a la competencia, pero también preferible a la actual redacción del POM, el órgano proponente podría determinar cuáles son esas líneas de potencial turístico y acelerar su liberalización sin figuras específicas, dejando a los operadores libertad en la determinación de sus modelos de negocio, de la configuración de su oferta y de las inversiones requeridas para ello.

III.2 Observaciones específicas sobre el POM

Este POM indica **precisar el contenido de la modalidad específica de transporte ferroviario con finalidad prioritariamente turística y, a la vez, evitar que la**

³ Publicado en mayo de 2013 por la CNC y disponible en www.cncompetencia.es.

prestación de estos servicios origine “fraudes de ley” que "puedan suponer encubiertamente la prestación de servicios de transporte ferroviario de pasajeros".

La regulación específica del **POM** introduce determinadas **restricciones al desarrollo de la prestación**, que limitan la capacidad del prestador de decidir variables fundamentales como el coste de los servicios y su contenido. **Estas restricciones son adicionales a la regulación del RDL y con carácter general no resultan justificadas en su necesidad ni en su proporcionalidad.**

En consecuencia, la **CNC valora negativamente el POM, por las razones que se observan a continuación.**

Artículo1. Objeto y ámbito de aplicación.

El artículo 1.2 **excluye de su ámbito de aplicación las circulaciones de trenes históricos**, considerándose como tales aquéllas de locomotoras y trenes compuestos de material catalogado como histórico, con o sin viajeros, cuya justificación esencial y fin último sea la realización de una actividad histórico-cultural en la que el propio desplazamiento de los citados vehículos es un medio para la correcta conservación y difusión del patrimonio ferroviario. Estas circulaciones, dado que su objetivo no sería la prestación de transporte de viajeros, se encuentran reguladas específicamente.

El desarrollo de servicios ferroviarios con finalidad turística a partir de ferrocarriles con características histórico-culturales se encuentra reservado al operador incumbente, sin que se hayan justificado las razones de dicha reserva. Servicios, por cierto, ofertados⁴ sin obligación de ajustarse a las restrictivas previsiones de este POM. Por el contrario, los operadores que quisieran introducirse en este segmento turístico de los ferrocarriles históricos, no solo tendrían que cumplir con las previsiones del POM, sin perjuicio además de otras posibles especificidades⁵, sino que directamente tendrían vetado entrar en el mercado, en la medida en que **esta modalidad de transporte ferroviario se excluye de esta liberalización.**

En atención a lo anterior, se solicita eliminar la exclusión específica de esta modalidad de transporte del POM, de manera que se facilite la entrada de operadores a la explotación turística de la circulación de trenes históricos.

⁴ Vid. nota al pie nº 2.

⁵ Entre las que en la actualidad se encuentra que la solicitud de circulación puede ser formulada exclusivamente por las entidades, oficialmente constituidas y vinculadas al ferrocarril, inscritas en la base de datos que gestiona la Fundación de los Ferrocarriles Españoles.

Artículo 2. Libre prestación de los servicios.

Este precepto establece la **libre prestación de servicios**, una vez el operador cuente con la **licencia de empresa ferroviaria, el certificado de seguridad y la capacidad de infraestructura**⁶.

Sin embargo, ni en este precepto ni en el resto del POM se incide sobre estos tres elementos que por ser claves en la configuración del acceso debe procurarse que sean otorgados diligentemente para evitar que los mismos sean causa de una restricción de la competencia⁷, incluso podría pensarse en facilitar dicho acceso priorizando la adquisición de capacidad de infraestructura a los efectos de esta modalidad, en relación con los requisitos generales⁸, o en generar otros posibles incentivos a la entrada, por ejemplo en relación con cánones. **En la medida en que se facilite la obtención de los títulos y certificados necesarios, el desarrollo competitivo de esta nueva actividad tendrá mayores posibilidades de éxito.**⁹

Con la regulación específica propuesta en esta norma, en opinión de la CNC **no parece probable que la entrada en este segmento liberalizado del mercado vaya a ser realmente efectiva**, con el consiguiente riesgo de que sea, de facto, sólo una **liberalización ex lege**.

Artículo 3. Condiciones generales de prestación de los servicios.

Este artículo establece las características del servicio para ser considerado como transporte ferroviario de finalidad prioritariamente turística.

Como se ha comentado previamente, la CNC considera que la **liberalización completa del transporte ferroviario convencional de pasajeros resultaría la solución más favorable para la competencia en este sector**.

No obstante, si el órgano proponente considera imprescindible establecer como categoría específica la **modalidad de transporte ferroviario de finalidad**

⁶ Vid. Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España, publicado en mayo de 2013 por la CNC y disponible en www.cncompetencia.es.

⁷ La autorización o título habilitante que se requiera para otras modalidades de transporte ferroviario constituiría un requisito adicional a la obtención de estos.

⁸ Más allá de que el art. 5, infra, pide que se señale que este será el uso al solicitarla.

⁹ En todo caso, el peso de estos requisitos como barreras a la entrada es aún incierto en relación con el transporte de viajeros, que está por liberalizar.

prioritariamente turística, la CNC subraya que para **favorecer la competencia que sería esperable de la liberalización**, las restricciones que, en su caso, se exigiesen a **este servicio turístico deben estar justificadas en los principios de necesidad y proporcionalidad**.

En el POM informado, **las condiciones generales de prestación configuran el servicio de manera innecesariamente restrictiva de la competencia**¹⁰ debido a:

- Ø La **necesidad de que concurren 2 de los 3 elementos** para considerar el transporte como de finalidad “prioritariamente” turística (pernoctación, manutención, otros servicios turísticos no accesorios) resulta innecesariamente rígido. **Resultaría suficiente con que se diese uno solo de ellos para garantizar tal finalidad**.
- Ø La **conurrencia de otros servicios turísticos** no accesorios del transporte o del alojamiento, el tercero de los requisitos, se configura también restrictivamente en determinados aspectos. En concreto, para que exista un servicio de guía turístico, se exige la presencia de, al menos, una persona especializada que realice tal función, y deberá venir justificada por la realización de una visita a un lugar o centro de interés cultural o turístico.

Artículo 4. Prestación de servicios de carácter periódico.

Este precepto resulta de especial gravedad desde el punto de vista de la competencia, en la medida en que establece un **suelo de precios** para cuando el servicio a) sea periódico y b) coincida con servicios ferroviarios que requieran autorización o título habilitante. **Con referencia a estos servicios, el precio mínimo debería ser un 30% superior**¹¹.

En opinión de la CNC, el establecimiento de tal **precio mínimo en un servicio liberalizado es una restricción a la competencia de singular gravedad**¹², desde los siguientes puntos de vista:

¹⁰ La introducción de esta modalidad en el RDL 4/2013 habla de finalidad “prioritariamente” (no exclusivamente) turística.

¹¹ *Vid. supra* para los distintos supuestos específicos.

¹² Sin perjuicio de la falta de precisión **en los conceptos** de servicios ferroviarios a estos efectos, y de servicio “periódico” y “coincidente”, que puede introducir inseguridad jurídica y dificultar el cumplimiento del precepto.

- Ø **Entre prestadores de servicios turísticos**, al establecer un precio mínimo de referencia para el conjunto del servicio.

- Ø En el **segmento de transporte ferroviario de finalidad turística** con independencia de quién sea el prestador, al reforzar la asimetría entre operadores sujetos a la modalidad de transporte ferroviario de pasajeros con finalidad prioritariamente turística y el incumbente, Renfe-Operadora:
 - A Renfe-Operadora no se le aplica esta regulación específica y, llegado el caso, podría competir más agresivamente que los primeros, que no tendrán *ex lege* la misma capacidad.

 - La existencia de ese precio de referencia aplicable sólo a los operadores de transporte ferroviario de pasajeros con finalidad prioritariamente turística les restará posibilidades de competir con el incumbente¹³ cuando éste oferte su servicio como parte de paquetes turísticos. Ante incrementos de la competencia en esta modalidad, el incumbente podría aprovechar sus mayores economías de escala, empleando su capacidad sin distinguir por tipo de demandante.

 - Adicionalmente, el incumbente conocerá no sólo cuál es el precio mínimo con el que pueden operar las nuevas empresas en esta modalidad, sino que incluso **sería capaz de intervenir indirectamente en la determinación del precio mínimo de las empresas que operen esta modalidad**, por ejemplo influyendo en la determinación de los precios de sus servicios de transporte que requieran autorización o título habilitante a los que están referenciados los precios de la modalidad turística.

- Ø **Se reduce también**, por todo lo anterior, **la tensión competitiva sobre el transporte ferroviario de viajeros en general** que **de manera referencial** se podría introducir mediante una adecuada competencia en el segmento del transporte ferroviario con finalidad turística.

- Ø Esta restricción a la competencia resulta **absolutamente innecesaria y desproporcionada en atención al objetivo que pretende**: impedir el fraude de ley o la desvinculación entre el supuesto objeto de este tipo de transporte ferroviario y la realidad. Incluso en la hipótesis de que deba existir esta

¹³ O, en un futuro hipotético, con otros operadores de transporte ferroviario convencional.

modalidad diferenciada, para garantizar tal protección bastaría una adecuada y proporcionada configuración de los requisitos del artículo 3.

Ø Estos efectos no sólo no se palian con **el mecanismo establecido en el último párrafo del precepto, sino que éste no es aceptable desde un punto de vista de competencia**, al permitir que el órgano administrativo competente exonere de tal requisito:

- **A petición de la agencia de viajes** y no del operador de transporte u otros posibles interesados;
- Oídos el Consejo Nacional de Transportes Terrestres y **las empresas ferroviarias afectadas**, en relación con la posibilidad de realizar la combinación contratada a los precios ofrecidos así como la especificidad de los usuarios **“de manera que se evite la competencia con el servicio coincidente”**. Ello implica la revelación de información comercialmente sensible a competidores y la intervención directa o indirecta de éstos en la adopción de decisiones de las autoridades competentes relativas al ejercicio de la actividad, lo cual es un requisito prohibido por la **Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DS)** y la **Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio**, (Ley Paraguas)¹⁴.

En definitiva, **las previsiones del artículo 4 deberían eliminarse de plano.**

¹⁴ Normativa que no se aplicaría al transporte, pero en este caso sí se plantearía su aplicación a los servicios turísticos, de forma especialmente pertinente al ser la agencia de viaje la legitimada para realizar la petición.