

CONTRIBUCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA A LA PROPUESTA CE DE REGLAMENTO RELATIVO AL USO DE LA CAPACIDAD DE INFRAESTRUCTURA EN EL ESPACIO FERROVIARIO EUROPEO ÚNICO

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es, de acuerdo con la Ley 3/2013, de 4 de junio, el organismo regulador del sector ferroviario en España previsto en el artículo 56 de la Directiva 2012/34/UE. De acuerdo con la experiencia acumulada en el ejercicio de sus competencias, se remite valoración de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al uso de la capacidad de infraestructura ferroviaria en el espacio ferroviario europeo único, por el que se modifica la Directiva 2012/34/UE y se deroga el Reglamento (UE) n.º 913/2010 (en adelante, la Propuesta):

I. VALORACIÓN GENERAL

Planificación de la capacidad

1. **Mejora de la planificación de la capacidad.** Se valoran positivamente:
 - La mejora de la planificación de la capacidad a largo plazo, dando transparencia a las empresas ferroviarias sobre la evolución de las infraestructuras. Esta planificación debe basarse en estudios de mercado elaborados por los administradores, que deben ser completados con las aportaciones de empresas ferroviarias y demás interesados, para lo cual los procesos de consulta previstos en la Propuesta deben ser efectivos.
 - La publicación sucesiva en los tres documentos de planificación, que detallan progresivamente la capacidad disponible en la red y la puesta en servicio de nuevas líneas con anterioridad al procedimiento de adjudicación de capacidad para el horario de servicio anual.
 - La exigencia de identificar los elementos de la infraestructura muy utilizados o congestionados durante la planificación de la capacidad, con margen suficiente para solventar los problemas de capacidad implementando las medidas previstas por la propia Propuesta para ello (análisis de la capacidad y el plan de aumento de capacidad).
 - La previsión de que el administrador justifique las divergencias entre los diferentes documentos de planificación y priorice las solicitudes de capacidad coherentes con la capacidad planificada.

- La previsión de que el organismo regulador analice, con capacidad para exigir su modificación al administrador, el Plan de suministro de capacidad (en el que el administrador realiza la oferta de *capacidad* para los diferentes tipos de servicios ferroviarios que constituye la base para que las empresas ferroviarias puedan efectuar sus solicitudes para el horario de servicio anual).
2. Sin embargo, **el regulador también debería participar en las consultas del resto de los documentos de planificación**, de forma que el administrador conozca su punto de vista desde el principio y puedan evitarse cambios sustanciales en la última fase del proceso de planificación.
3. **Coherencia con los mecanismos actuales de planificación.** La Propuesta prevé que los Estados miembros (EEMM) puedan dar orientaciones estratégicas a los administradores (artículo 11.3). Sin embargo, la Directiva 2012/34/UE les otorga un papel mucho más decisivo en el diseño y planificación de las infraestructuras y su financiación. Así, según el artículo 8 de la Directiva 2012/34/UE, que la Propuesta no modifica:
- Los EEMM deben publicar una Estrategia indicativa *“de desarrollo de la infraestructura ferroviaria destinada a satisfacer las necesidades futuras de movilidad por lo que respecta al mantenimiento, renovación y desarrollo de la infraestructura, basada en una financiación sostenible del sistema ferroviario”*. Esta Estrategia cubrirá un período de al menos cinco años, el mismo periodo que la Estrategia de capacidad de la Propuesta.
 - Los EEMM podrán aportar financiación a los administradores, acorde con *“la magnitud de la infraestructura y las necesidades financieras, especialmente para hacer frente a las nuevas inversiones”*.
 - Los administradores deben aprobar un programa de actividad en *“el marco de la política general que determine el Estado miembro de que se trate y teniendo en cuenta la estrategia (...) y la financiación proporcionada por los Estados miembros (...)”*.
 - Los EEMM deben garantizar el equilibrio de las cuentas de los administradores, incluyendo aportaciones públicas (artículo 8.4).
4. No resulta clara la coherencia de los documentos de planificación previstos en la Directiva 2012/34/UE, en los que el EM tiene una importancia relevante en la planificación y financiación de las infraestructuras, con la aparente independencia de los administradores en dicha planificación que ahora prevé la Propuesta. Por ello, el artículo 11.3 de la **Propuesta debería prever la coordinación entre ministerios y administradores para que la planificación de la capacidad y la Estrategia indicativa sean coherentes.**

5. **Partición de la capacidad.** Cuando las infraestructuras estén muy utilizadas o congestionadas, la Propuesta habilita al administrador a dividir la capacidad entre los diferentes servicios en función de criterios socioeconómicos, a partir de metodologías comunes que deberá desarrollar la Red Europea de Administradores de Infraestructuras (ENIM). La Propuesta también establece que estos mismos criterios se utilizarán para resolver conflictos entre solicitudes incompatibles que no han podido ser coordinadas.
6. La priorización de los servicios en función de su valor socioeconómico debe valorarse positivamente. De hecho, en algunos países, como España, la normativa establece una priorización para la resolución de conflictos en función del tipo de servicios¹, lo que supone, indirectamente, que el legislador ha otorgado un valor social a cada uno de ellos. Solo en unos pocos países se aplican criterios socioeconómicos.
7. Sin embargo, la división *ex ante* de la capacidad entre servicios que propone la Propuesta resulta novedosa. Como cualquier reserva de capacidad que finalmente no se utilice tiene un coste de oportunidad, sobre todo en tramos congestionados, sin perjuicio de esta división por servicios de la capacidad, **la Propuesta debería establecer expresamente que cuando haya capacidad disponible el administrador deberá atender todas las solicitudes que reciba.**
8. La Propuesta señala algunos elementos que deben valorarse para determinar los **criterios socioeconómicos**, como los costes para las empresas ferroviarias, el tiempo para los clientes o la conectividad. Resulta esencial, como prevé la Propuesta, que los parámetros de las metodologías que desarrolle la ENIM para aplicar los criterios socioeconómicos tengan en cuenta las circunstancias locales o nacionales.
9. La escasa experiencia a nivel europeo en la aplicación de estos criterios impide conocer, a priori, su viabilidad (datos necesarios, carga administrativa...). Dada la importancia de estos criterios para el acceso a la red, **es importante que cualquier iniciativa al respecto sea consultada con las empresas**

¹ El artículo 11 de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria prioriza, en el caso de las infraestructuras congestionadas, el siguiente orden de prioridad: 1º. La existencia de infraestructuras especializadas y la posibilidad de atender dichas solicitudes en dichas infraestructuras; 2º. Los servicios declarados de interés público; 3º. Los servicios internacionales; 4º. La eventual existencia de acuerdos marco que prevean la adjudicación de esa solicitud de capacidad; 5º. La solicitud, por un candidato, de una misma franja horaria durante varios días de la semana o en sucesivas semanas del periodo horario; y, 6º. La eficiencia del sistema.

ferroviarias y los candidatos² y aprobada por el organismo regulador. La determinación de los criterios socioeconómicos no debería depender exclusivamente de los administradores, debiendo la Propuesta **reservar un papel a los EEMM para la priorización de los servicios, más allá de dar orientaciones como prevé el artículo 11.3.**

10. **Consultas a los candidatos.** La Propuesta prevé que los administradores consulten con los candidatos los documentos de planificación estratégica. Estas consultas deberían ser determinantes para la planificación de la oferta de capacidad, pues con ellas los administradores pueden conocer la demanda. Los explotadores de instalaciones de servicio deberían ser consultados dado que la capacidad en la infraestructura debe acompasarse con la capacidad en estas instalaciones para que no sean un cuello de botella.
11. La experiencia muestra que las consultas sobre las restricciones temporales de capacidad, para ser efectivas, requieren que las empresas tengan la información relevante con antelación suficiente. Además, en algunas ocasiones son necesarias las reuniones, además de los trámites formales y por escrito. Por todo ello, **el regulador debe estar habilitado para supervisar que el proceso de consultas es eficaz.**

Adjudicación de capacidad

12. **Modalidades de adjudicación.** La Propuesta establece tres modalidades de adjudicación, una anual para el horario de servicio, y dos plurianuales, mediante acuerdos marco y el proceso de planificación continua.
13. Como señala el considerando 13 de la Propuesta, los acuerdos marco resultan esenciales para que las empresas ferroviarias puedan prestar servicios estables y plurianuales. Además, de acuerdo con la experiencia del mercado español, son necesarios para que las empresas tengan garantías sobre la capacidad con que contarán de cara a hacer las inversiones necesarias. Los **Acuerdos marco** incluyen en su clausulado elementos que van más allá de la propia reserva de capacidad y que determinan de forma decisiva las condiciones en las que las empresas ferroviarias acceden al mercado. Por ello, **la Propuesta debería establecer su aprobación previa por el organismo regulador.**

² Por ejemplo, Rail Net Europe licitó recientemente un estudio para analizar la viabilidad de utilizar criterios socioeconómicos ante la escasez de capacidad.
<https://rne.eu/call-for-offers-feasibility-study-on-applying-socio-economic-criteria-in-case-of-capacity-shortages/>

14. El artículo 31.4 de la Propuesta señala que los “*acuerdos marco no impedirán la utilización de la infraestructura correspondiente por parte de otros candidatos y otros servicios*”. Con este fin, la Propuesta prevé que la declaración sobre la red establezca el porcentaje máximo de la capacidad reservada para su asignación mediante acuerdos marco. Si bien es cierto que las solicitudes durante el horario de servicio y *ad hoc* proporcionan flexibilidad para adecuarse a la demanda, lo cual es positivo, deben darse también garantías a las empresas ferroviarias sobre la capacidad, pues las requieren para realizar sus inversiones. Sin estas garantías, las empresas podrían decidir no entrar al mercado, dejando capacidad ociosa en la red. Por ello, **la Propuesta debería dar flexibilidad a los administradores para ajustar los porcentajes máximos de la capacidad reservados para su adjudicación mediante acuerdos marco, con supervisión de los organismos reguladores.**

15. Igualmente, el artículo 33 de la Propuesta establece que el administrador deberá reservar capacidad para acomodar las solicitudes de los candidatos cerca del momento de la circulación del tren mediante el proceso de planificación continua. Esta obligación podría suponer el rechazo de solicitudes de capacidad en el horario anual para reservarla para el proceso de planificación continua. Dado el coste de oportunidad de no adjudicar la capacidad durante el procedimiento anual por estar reservada a determinado tipo de solicitudes que podrían finalmente no presentarse, **la Propuesta no debe obligar al administrador a reservar capacidad para el proceso de planificación continua.**

16. **Plazos de la adjudicación de capacidad anual.** La Propuesta modifica el calendario para la solicitud y adjudicación de capacidad en el horario de servicio, armonizándolo a nivel europeo³. Además, adelanta tanto el plazo de solicitud, hasta X-8,5, como de adjudicación, hasta X-5,25 meses antes del cambio del horario de servicio. Este adelanto es positivo y mejorará la competitividad del modo ferroviario con el aéreo, pues permitirá la venta de billetes con suficiente antelación. También es positivo que la capacidad preplanificada pueda convertirse en surcos incluso antes de X-5,25 y, de hecho, en el caso de los

³ El Anexo VII de la Directiva 2012/34/UE establecía periodos máximos para solicitar capacidad, lo que ha supuesto divergencias en el calendario de solicitud y adjudicación de la capacidad en su transposición: “3. *El plazo final para la recepción de solicitudes de capacidad que se indique en el horario de servicio será, como máximo, 12 meses antes de su entrada en vigor; 4. A más tardar 11 meses antes de que entre en vigor el nuevo horario de servicio, los administradores de infraestructuras velarán por que los surcos ferroviarios internacionales provisionales se hayan establecido en colaboración con otros administradores de infraestructuras. Los administradores de infraestructura velarán por que en la medida de lo posible se respeten estos surcos provisionales en los procedimientos posteriores; 5. A más tardar cuatro meses después de que expire el plazo de presentación de ofertas por parte de los candidatos, el administrador de infraestructuras preparará el proyecto de horario de servicio*”.

acuerdos marco la Propuesta prevé que las empresas ferroviarias conozcan sus surcos como muy tarde en X-6,5.

17. **Resolución de conflictos.** La Propuesta prevé un mecanismo de coordinación de solicitudes de capacidad incompatibles entre sí similar al de la Directiva 2012/34/UE, que habilita al administrador a ofrecer alternativas similares a las inicialmente requeridas. Cuando la coordinación no es posible, se priorizarán las solicitudes en función de criterios socioeconómicos para priorizar unas solicitudes sobre otras.
18. En la experiencia española es frecuente el **conflicto entre solicitudes de capacidad de servicios con características y perfiles socioeconómicos similares**. En estos casos, la Propuesta prevé que se adjudique la capacidad mediante subasta o facilitando el acceso al mayor número de candidatos. Pero las subastas pueden erigir barreras a la entrada al incrementar los costes de las empresas ferroviarias, y además pueden desincentivar mejoras de la infraestructura. Por su parte, maximizar el número de candidatos podría limitar los modelos de negocio en el mercado, en particular, aquellos basados en las frecuencias, enfocados al segmento de negocio.
19. Dados estos posibles inconvenientes, **la priorización en estos casos debería evaluarse caso a caso y, como señala la Propuesta, ser aprobada por el regulador. Así, debe aclararse en la redacción del artículo 37.3 que tanto la utilización de la subasta como del reparto que maximice el número de candidatos deben ser aprobados por el regulador.**

Reprogramación de la capacidad adjudicada

20. La Propuesta permite que tanto el administrador como las empresas ferroviarias o los candidatos modifiquen la capacidad previamente adjudicada. Para asegurar la optimización en el uso de la capacidad es necesario conjugar esta flexibilidad con que la capacidad que finalmente no se vaya a utilizar sea aprovechada por otras empresas⁴.

⁴ La CNMC ha recordado que el aprovechamiento eficiente de la capacidad requiere que las empresas realicen peticiones realistas de capacidad durante el horario anual (ver, por ejemplo, la Resolución de 28 de febrero de 2023 sobre la propuesta de modificación del acuerdo marco para la reserva de capacidad entre la Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad y Renfe Viajeros, S.M.E., S.A. <https://www.cnmc.es/sites/default/files/4584115.pdf>) y que informen diligentemente de que no utilizarán determinada capacidad adjudicada para que otras empresas ferroviarias y candidatos puedan aprovecharla (ver Acuerdo de 19 de noviembre de 2020 por el que se emite informe relativo a las declaraciones sobre la red 2021 de Adif y Adif Alta Velocidad. <https://www.cnmc.es/sites/default/files/3245511.pdf>).

21. El aprovechamiento de la capacidad requiere que las empresas ferroviarias tengan incentivos a informar sobre los cambios en la capacidad que tienen adjudicada. Las indemnizaciones que deben abonar las empresas ferroviarias sustituyen al canon de reserva del artículo 36 de la Directiva 2012/34/UE y deben ser crecientes según la fecha de la renuncia se aproxima a la fecha prevista de circulación del tren⁵. Pero **la Propuesta debería, además, prever que el administrador informara sobre la capacidad liberada en el transcurso del horario de servicio de forma que las empresas ferroviarias interesadas pudieran solicitar la capacidad liberada.**
22. Por otra parte, la Propuesta reconoce el derecho de las empresas ferroviarias y los candidatos a recibir una indemnización cuando se modifiquen los derechos de capacidad que se le adjudicaron. La falta de planificación de las restricciones temporales de capacidad y las modificaciones de la capacidad ya adjudicada de forma unilateral por el administrador restan competitividad al modo ferroviario⁶.
23. Estas indemnizaciones, que son una novedad introducida por la Propuesta, podrían incentivar una mejora en la planificación de las restricciones temporales de capacidad. Únicamente los cambios clasificados como “importantes” generarán el derecho a esta indemnización, y corresponderá a la ENIM definir este concepto teniendo en cuenta, entre otros factores, la capacidad de la empresa ferroviaria para prestar el servicio en cumplimiento con sus obligaciones contractuales, los retrasos en la salida o los cambios de itinerario que provoquen un aumento de la distancia, el tiempo de viaje, los cánones de acceso a las vías y otros costes conexos.

⁵ Esta es la situación en la mayoría de los países europeos como muestra el “Review of reservation charges”. IRG-Rail. 2019 (páginas 16 a 20).

<https://www.irg-rail.eu/download/5/650/ReviewofReservationCharges.pdf>

⁶ Son múltiples los documentos que reflejan la falta de planificación de las restricciones temporales de capacidad y sus efectos en la competitividad del modo ferroviario:

- El Documento de trabajo que acompaña a la citada Estrategia de movilidad de la CE afirma que los gestores de infraestructuras tienden a menospreciar su papel como gestores del tráfico centrando su actividad en la gestión de las infraestructuras. Este enfoque supone, según la Comisión Europea, que se inviertan importantes recursos en la monitorización del estado de las infraestructuras y en su mejora, sin analizar y tener en cuenta el impacto de los trabajos de mantenimiento y renovación en el tráfico (párrafo 515).
- La ERA ha señalado que la calidad del transporte de mercancías por ferrocarril no cumple las expectativas de los cargadores y operadores logísticos siendo las restricciones temporales de capacidad responsables de retrasos e interrupciones del servicio que obligan al cambio a otros modos de transporte sin que dicho cambio sea siempre reversible (Fostering the railway sector through the European Green Deal. Part 2, Freight).

En la experiencia española también existe este problema (ver Resolución de 7 de julio de 2022 en relación con la denuncia de la Asociación de Empresas Ferroviarias privadas sobre el cumplimiento por ADIF y ADIF Alta Velocidad de las obligaciones de transparencia de las restricciones temporales de capacidad. <https://www.cnmc.es/expedientes/stpdtsp03421>).

24. Ahora bien, dado que la ENIM está compuesta por administradores, tendrá incentivos a restringir la definición de “cambio importante” para limitar las **indemnizaciones a las empresas ferroviarias**. Por ello, y en línea con las competencias previstas para la **Red Europea de Reguladores Ferroviarios (ENRRB) y los organismos reguladores nacionales** en relación con los importes de las indemnizaciones, **también deberían aprobar los supuestos que generarán derecho a las mismas**.
25. El artículo 35 de la Directiva 2012/34/UE prevé un sistema de incentivos precisamente para *“incentivar a las empresas ferroviarias y al administrador de infraestructuras a reducir al mínimo las perturbaciones y a mejorar el funcionamiento de la red ferroviaria a través de un sistema de incentivos”*. Este artículo no se deroga, por lo que **debería clarificarse cómo interactúan las indemnizaciones previstas en la Propuesta con el sistema de incentivos vigente**.

Transparencia en la información y digitalización

26. La Propuesta refuerza las obligaciones de transparencia de los administradores sobre la disponibilidad de capacidad, tanto hacia los candidatos como hacia el organismo regulador, a lo largo de todo el proceso de gestión de la capacidad. Además, deben estudiar la viabilidad de nuevas rutas y trayectos que soliciten las empresas ferroviarias. Para que estos **estudios de capacidad** resulten eficaces y den certidumbre a las empresas ferroviarias **deben establecerse plazos máximos de contestación por el administrador**.
27. Por otra parte, la Propuesta acertadamente prevé la utilización de herramientas digitales para el intercambio de información entre los administradores y las empresas ferroviarias⁷. Además, **estas herramientas deben permitir que las empresas ferroviarias consulten rutas con sentido comercial y no tramos individuales de red que respondan únicamente a criterios de organización de la red desde la perspectiva del administrador**.
28. La Propuesta prevé incorporar a los explotadores de instalaciones de servicio a las aplicaciones de los administradores. Dado que los transportes ferroviarios necesariamente se inician y acaban en instalaciones de servicio, efectivamente resulta imprescindible la coordinación⁸. Por ello, se valora positivamente que la

⁷ En la experiencia española, otros formatos resultan ineficaces para que las empresas ferroviarias conozcan la capacidad disponible.

⁸ Resulta ilustrativa la ausencia de conflictividad en las estaciones de viajeros, a pesar de la congestión en algunas de ellas, porque el administrador adjudica, por defecto, la capacidad en la infraestructura y en las vías con andén de las estaciones de viajeros.

Propuesta prevea la petición en un solo sitio y conjuntamente de capacidad en la infraestructura y en las instalaciones de servicio. Sin embargo, esta solución podría tener un coste desproporcionado para algunas instalaciones de servicio, que no solo deberían integrarse a los sistemas de información de los administradores sino también dar transparencia en tiempo real a su capacidad. Por ello, se considera adecuado que **el organismo regulador pueda eximir a determinadas instalaciones de servicio de participar en la ventanilla única.**

29. En un entorno de gestión de la capacidad cada vez más digitalizado se requiere que **los reguladores tengan acceso a las aplicaciones tanto de los administradores como, en su caso, de los explotadores de instalaciones de servicio**, para que puedan ejercer sus competencias de supervisión.

Evaluación del rendimiento

30. La Propuesta encomienda a los administradores la evaluación del rendimiento de las infraestructuras y los servicios ferroviarios, teniendo en cuenta el marco común que deberá elaborar la ENIM. **El papel de las empresas ferroviarias en este ejercicio parece excesivamente limitado**, pero la principal observación que debe hacerse aquí es que **debería ser la ENRRB quien hiciera esa evaluación**, porque su estructura garantiza la independencia de los administradores, que tienen un claro conflicto de interés a la hora de autoevaluarse. Además, como de conformidad con el artículo 56.7 de la Directiva 2012/34/UE, los reguladores nacionales deben consultar con los representantes de los usuarios de los servicios de transporte ferroviario de mercancías y viajeros al menos cada dos años, eso les permitiría incorporar a la evaluación la visión de los usuarios, tanto del rendimiento de la infraestructura e instalaciones de servicio, como de los propios servicios ferroviarios.
31. En todo caso, **la ENRRB debería redactar una sección del Informe europeo de la evaluación del rendimiento** para incluir la visión tanto de empresas ferroviarias como de consumidores finales de una forma independiente.
32. El Organismo de evaluación del rendimiento, nombrado por la Comisión Europea (CE), no solo debe ser imparcial, como dice la Propuesta, sino que para ejercer sus funciones de forma efectiva, debe garantizarse su independencia de los administradores y de las empresas ferroviarias.
33. El Organismo de evaluación del rendimiento puede hacer recomendaciones a la ENRRB y a los reguladores nacionales, que estos deberán tener en cuenta, lo cual **puede menoscabar la independencia de la ENRRB y de los reguladores nacionales** establecida en el artículo 56 de la Directiva 2012/34/UE.

Gobernanza

- ENIM

34. Uno de los elementos esenciales de la Propuesta es el refuerzo de la ENIM con el objetivo de mejorar la cooperación entre administradores. Si bien los documentos que debe aprobar no son vinculantes, es claro que estos documentos guiarán de forma decisiva las decisiones de los administradores a nivel nacional, decisiones que son objeto de supervisión por los correspondientes organismos reguladores nacionales. A pesar de la importancia de estos documentos, la Propuesta no prevé su supervisión por los reguladores, lo cual presenta importantes incertidumbres y riesgos que podrían minar la efectiva implementación de la Propuesta: En primer lugar, hay incertidumbre sobre el nivel de detalle de los documentos de la ENIM y el margen de actuación que otorgarán a los administradores nacionales.
35. En segundo lugar, las directrices de la ENIM podrían dotar a los actos de los administradores nacionales de una apariencia de legalidad que, en realidad, no tienen, en la medida en que la ENIM no deja de ser una red de los propios administradores. En esta situación, la carga de la prueba podría revertirse, siendo el regulador quien, para ejercer sus competencias, debería justificar no solo por qué la decisión del administrador es contraria al marco regulador sino también por qué le obliga a desviarse de las directrices de la ENIM. En estos casos, el regulador podría enfrentarse a una importante litigiosidad que le impidiera ejercer sus competencias en el único momento en el que las decisiones de los administradores serán objeto de supervisión.
36. Por ello, **la ENIM debería consultar sus documentos y directrices con la ENRRB, la cual debería estar legitimada para emitir opiniones** en apoyo de la labor de los reguladores nacionales. Igualmente, **la ENIM debería consultar su borrador de programa de trabajo a la ENRRB** (solo se prevé la consulta a la CE, que ya es miembro, y al resto de los candidatos).
37. Además, dada su importancia en la gestión y adjudicación de la capacidad, **estos documentos deberían también consultarse con los candidatos.**

- ENRRB

38. La ENRRB coordinará las actividades de cooperación de los organismos reguladores y promoverá la armonización de sus decisiones en los servicios ferroviarios internacionales. **La independencia de la ENRRB debe garantizarse**, para dar seguridad jurídica a las partes y para salvaguardar la

independencia de los reguladores nacionales, puesto que estos deberán justificar si se desvían de las opiniones o recomendaciones de la ENRRB.

39. Sin embargo, la CE, que es también parte de la ENIM, tiene un papel muy destacado en la ENRRB, presidiendo el Consejo de Reguladores. El rol de la CE en la ENRRB contrasta con su participación más limitada en otros organismos o redes de cooperación de reguladores sectoriales como BEREC o ACER, en los que la CE es miembro sin derecho a voto.
40. La Propuesta apenas desarrolla la estructura y funcionamiento de ENRRB, y deja su desarrollo posterior a un **reglamento interno** que la propia CE debe aprobar previamente. Esta **aprobación previa por la CE limita la capacidad organizativa de la ENRRB y contrasta con la independencia** de gestión que el artículo 56.5 de la Directiva 2012/34/UE prevé para los reguladores nacionales y con la independencia de otras redes de reguladores europeos, como BEREC, ACER o ERGA en la aprobación de sus reglamentos de procedimiento interno.
41. Llama la atención que entre las funciones de ENRRB no esté la de **asesorar a la CE**, como así sucede en otras redes europeas de organismos reguladores nacionales como BEREC o ERGA.
42. La ENRRB, a petición de las partes, *“podrá emitir dictámenes o recomendaciones relativas a las decisiones pendientes o adoptadas sobre las reclamaciones presentadas a los organismos reguladores”*. De acuerdo con el artículo 56.10 de la Directiva 2012/34/UE, las decisiones de los organismos reguladores deben poder ser objeto de recurso judicial. Por tanto, **el ENRRB no puede convertirse en un órgano de revisión de las decisiones ya adoptadas por los reguladores nacionales**. Por ello, **se propone la supresión del artículo 65.3** o, subsidiariamente, limitar esa capacidad de emitir dictámenes o recomendaciones a los casos en que las decisiones del organismo regulador no se hayan adoptado aún, y que afecten a la red de varios EEMM, como se prevé en el artículo 65.4.

- **Comisión Europea**

43. La Propuesta otorga a la CE la competencia para adoptar numerosos actos delegados o de ejecución en relación con: las garantías que puede requerir el administrador a los candidatos para proteger sus ingresos futuros (ejecución); ii) las metodologías y procedimientos para gestión de capacidad de infraestructura en casos de escasez (ejecución); iii) la gestión de las restricciones de capacidad derivadas de obras de infraestructuras e infraestructuras degradadas (delegación); iv) la planificación estratégica de capacidad (delegación); v) los planes de contingencia (ejecución); vi) definición y criterios para gestionar la

capacidad en infraestructuras muy utilizadas y congestionadas (delegación); vii) la adjudicación de capacidad mediante acuerdos marco (ejecución); viii) los plazos y demás elementos de los procesos de adjudicación de capacidad (delegación); ix) los cambios en los derechos de capacidad tras la adjudicación (delegación); x) las indemnizaciones por cambios en los derechos de capacidad (ejecución); xi) las condiciones en que debe reprogramarse la capacidad en situaciones de crisis (ejecución); xi) la gestión de las perturbaciones en la red (delegación); xii) el intercambio de información sobre la gestión del tráfico (delegación); xiii) el contenido del Marco Europeo para la Evaluación del Rendimiento (ejecución); y, xiv) las obligaciones de coordinación entre administradores (delegación).

44. La Propuesta va a dar lugar, pues, a un **amplio desarrollo reglamentario**, en el que **la CE debería consultar con la ENIM, los administradores, los candidatos, la ENRRB y los reguladores nacionales**. Así debería preverse en la Propuesta para todos los casos. De hecho, en algunos actos delegados se prevé esta participación.

II. OBSERVACIONES AL ARTICULADO

45. **Considerando 21.** Indicar expresamente el carácter no vinculante de los dictámenes, recomendaciones y demás documentos adoptados por la ENIM, en coherencia con el Considerando 22 (que señala que las recomendaciones o dictámenes de la ENRRB no serán vinculantes y no afectarán a las competencias de los organismos reguladores ni a las de los administradores).
46. **Artículo 8.** Dada su importancia para determinar las condiciones de acceso a la red, incluir que los procedimientos y metodologías para determinar los criterios socioeconómicos deben ser consultados con la ENRRB. Igualmente, incluir que cuando el administrador los concrete a nivel nacional, deben ser aprobados previamente por el organismo regulador.
47. **Artículo 9.** Prever un plazo máximo para que los administradores finalicen los análisis de viabilidad de las peticiones de capacidad y lo comuniquen a los candidatos interesados.
48. **Artículo 15.** Explicitar que la ENIM y los administradores consultarán a la ENRRB y organismos reguladores el estudio de mercado que deben realizar periódicamente.
49. **Artículo 16.** Incluir que el organismo regulador debe ser consultado respecto a la Estrategia de capacidad para evitar cambios sustanciales al Plan de suministro de capacidad, donde sí se prevé expresamente la intervención del organismo

regulador. Y clarificar que las consultas se dirigirán a “todas las partes interesadas operacionales” y no solo a los candidatos, de acuerdo con la redacción del artículo 13 de la Propuesta.

50. **Artículo 17.** En línea con las observaciones realizadas al artículo 16, incluir expresamente a los organismos reguladores entre los agentes que deben ser consultados sobre el Modelo de Capacidad y sustituir la referencia del apartado 4 a “los candidatos” por “todas las partes interesadas operacionales”.
51. **Artículo 18.** En aras a clarificar las competencias del organismo regulador, sustituir la expresión “podrá decidir solicitar al administrador de infraestructuras”, por “podrá requerir al administrador de infraestructuras” en el apartado 9 de este artículo.
52. **Artículo 26.** Reducir de 18 a 12 meses antes de la entrada en vigor del horario de servicio el plazo para que los candidatos informen a los administradores y a los organismos reguladores de su intención de explotar un servicio de transporte de viajeros en el que el derecho de acceso a las infraestructuras esté limitado conforme el artículo 11 de la Directiva 2012/34/UE.
53. **Artículo 31.** En el apartado primero, sustituir la expresión “[L]os Estados miembros podrán exigir la aprobación previa de los acuerdos marco por parte del organismo regulador” por “Los acuerdos marco exigirán la aprobación previa del organismo regulador”.
54. **Artículo 37.** En el apartado 3, clarificar que el organismo regulador deberá asignar la capacidad, bien a través de una subasta, bien de forma que se facilite el acceso al mayor número de candidatos, indicando en la última frase que “ambos métodos estarán sujetos a la aprobación del organismo regulador”.
55. **Artículo 39.** Para asegurar la optimización del uso de la capacidad, exigir al administrador que informe a las empresas ferroviarias sobre las modificaciones de capacidad señalando, en el apartado 1, que, en caso de cambios en los derechos de capacidad adjudicados, los administradores “actualizarán sin demora el horario de servicio a que se refiere el artículo 30 e informarán a los demás candidatos y candidatos potenciales”. Y en el apartado 8, señalar que la ENRRB deberá pronunciarse sobre los procedimientos de la ENIM sobre los cambios calificados como importantes que generarán derecho a indemnización, y que los organismos reguladores deberán aprobar a nivel nacional la definición de cambio importante a los efectos de recibir indemnización.
56. **Artículo 51.** En el apartado 2, señalar que la ENRRB redactará un apartado del Informe europeo de evaluación del rendimiento.

57. **Artículo 52.** Los dictámenes y recomendaciones del Organismo de evaluación del rendimiento no deben versar sobre la ENRRB ni sobre los organismos reguladores nacionales, para asegurar la independencia de estas instituciones en el desempeño de sus funciones.
58. **Artículo 54.** Modificar la redacción del apartado 2 para clarificar que en ningún caso los dictámenes o recomendaciones de la ENIM se dirigirán a empresas ferroviarias, candidatos u otros interesados dado que sería una función que trascendería sus competencias de coordinación de la actuación de los administradores.
59. **Artículo 62.** Dada su importancia en la gestión de la capacidad, establecer que los administradores y, en su caso, los explotadores de instalaciones de servicios y las empresas ferroviarias darán acceso al organismo regulador a sus herramientas digitales en el ejercicio de sus funciones.
60. **Artículo 63.** De conformidad con el artículo 56 de la Directiva 2012/34/UE, que no limita la actuación del organismo regulador a las situaciones de discriminación, eliminar “a fin de evitar las discriminaciones entre los candidatos” de la última frase del apartado 1. Asimismo, prever que los organismos reguladores son competentes para supervisar los procedimientos de consultas previstos en el Reglamento, en particular, en los artículos 13, 16 y 17.
61. **Artículo 65.** Suprimir el apartado 3 en relación con las decisiones adoptadas por los reguladores, debido a la interferencia con las revisiones jurisdiccionales previstas en el artículo 56 de la Directiva 2012/34/UE.
62. **Artículo 67.** En el apartado primero clarificar que será un miembro del Organismo Regulador del Estado miembro. En el apartado segundo, dadas las distintas estructuras organizativas, indicar que los miembros sean “*el director, el director adjunto, o cualquier miembro de alto rango autorizado del organismo regulador a que se refiere el artículo 55 de la Directiva 2012/34/UE*”.
63. **Artículo 69.** Eliminar que el reglamento interno del Consejo de Organismos Reguladores debe ser aprobado por la Comisión Europea y que esta presidirá sus reuniones. Por el contrario, como en otros reguladores, establecer que el Consejo de Organismos Reguladores elegirá anualmente un Presidente un y Vicepresidente.
64. **Artículo 70.** Incluir expresamente en el apartado tercero que la decisión de abrir los grupos de trabajo de la ENRRB a terceros corresponde exclusivamente a los organismos reguladores.

NON-OFFICIAL TRANSLATION

CNMC'S CONTRIBUTION TO THE EC PROPOSAL FOR A REGULATION ON THE USE OF INFRASTRUCTURE CAPACITY IN THE SINGLE EUROPEAN RAILWAY AREA

The CNMC is, in accordance with Law 3/2013 of June 4, 2013, the regulatory body for the railway sector in Spain provided for in Article 56 of Directive 2012/34/EU. In accordance with the experience accumulated in the exercise of its competences, it submits an assessment of the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the use of railway infrastructure capacity in the single European railway area, amending Directive 2012/34/EU and repealing Regulation (EU) No 913/2010:

I. GENERAL VALORATION

Capacity Planning

1. **Capacity planning improvement.** The following aspects are positively valued:
 - The improvement of long-term capacity planning, providing transparency to railway undertakings on the evolution of infrastructures. This planning should be based on market studies prepared by infrastructure managers, which should be completed with the contributions of railway companies and other stakeholders, for which the consultation processes provided for in the Regulation Proposal (hereinafter, the Proposal) should be effective.
 - The successive publication in the three planning documents, which progressively detail the available capacity in the network and the commissioning of new lines prior to the capacity allocation procedure for the annual working timetable.
 - The requirement to identify heavily used or congested infrastructure elements during capacity planning, with sufficient margin to solve capacity problems by implementing the measures foreseen by the Proposal itself for this purpose (capacity analysis and capacity increase plan).
 - The provision for the infrastructure manager to justify divergences between different planning documents and to prioritise capacity requests consistent with the planned capacity.
 - The provision for the regulatory body to analyse, with the power to require modification to the infrastructure manager, the Capacity Supply Plan (in which the infrastructure manager makes the capacity offer for the different

types of rail services which forms the basis for railway undertakings to make their requests for the annual working timetable).

2. However, **the regulatory body should also be involved in the rest of the planning document consultations**, so that the infrastructure manager's views are known from the outset and substantial changes can be avoided at the last stage of the planning process.
3. **Consistency with existing planning mechanisms.** The Proposal foresees that Member States (MS) can give strategic guidance to infrastructure managers (Article 11.3). However, the RECAST Directive gives them a much more decisive role in the design and planning of infrastructure and its financing. Thus, according to Article 8 of the RECAST Directive, which the Proposal does not modify:
 - Member States must publish an “*indicative rail infrastructure development strategy with a view to meeting future mobility needs in terms of maintenance, renewal and development of the infrastructure based on sustainable financing of the railway system*”. This strategy will cover a period of at least five years, the same period as the Capacity Strategy of the Proposal.
 - Member States shall be able to provide funding to the infrastructure managers, consisting with “*the size of the infrastructure and financial requirements, in particular in order to cover new investments*”.
 - Infrastructure managers must approve a business plan “*within the framework of general policy determined by the Member State concerned and taking into account the strategy [...] and the financing provided by the Member States [...]*”.
 - Member States must ensure that the accounts of the infrastructure managers, including public contributions, are balanced (Article 8.4).
4. It is not clear how the planning documents foreseen in the RECAST Directive, in which the MS play an important role in infrastructure planning and financing, are consistent with the apparent independence of the infrastructure managers in infrastructure planning now foreseen in the Proposal. Therefore, Article 11.3 of the **Proposal should provide for coordination between ministries and infrastructure managers to ensure that capacity planning and the Indicative Strategy are consistent.**
5. **Capacity partitioning.** When infrastructures are heavily used or congested, the Proposal empowers the infrastructure manager to partition capacity between different services according to socio-economic criteria, based on common methodologies to be developed by the European Network of Infrastructure

Managers (ENIM). The Proposal also establishes that these same criteria will be used to resolve conflicts between incompatible requests that could not be coordinated.

6. The prioritisation of services according to their socio-economic value is considered positive. In fact, in some countries, such as Spain, the legislation establishes a prioritisation for the resolution of conflicts according to the type of services⁹, which indirectly implies that the legislator has given a social value to each of them. Only in a few countries are socio-economic criteria applied.
7. However, the ex-ante partition of capacity between services proposed by the Proposal is new. As any reserve capacity that is ultimately not used has an opportunity cost, especially on congested sections, without prejudice to this service division of capacity, the Proposal **should expressly state that when capacity is available the infrastructure manager shall meet all the requests it receives**.
8. The **Proposal** identifies some elements to be assessed in order to determine the **socio-economic criteria**, such as costs for railway undertakings, time for customers or connectivity. It is essential, as foreseen in the Proposal, that the parameters of the methodologies to be developed by the ENIM to apply the socio-economic criteria take into account local or national circumstances.
9. The lack of experience at European level in the application of these criteria makes it impossible to know, in advance, how feasible they are (data requirements, administrative burden, etc.). Given the importance of these criteria for access to the network, **it is important that any initiative in this area is consulted with railway undertakings and applicants¹⁰ and approved by the regulatory body**. The determination of socio-economic criteria should not be left to the infrastructure managers alone, and the **Proposal should reserve a role for the**

⁹ Article 11 of Order FOM/897/2005, of 7 April, on the network statement and the procedure for allocation of railway infrastructure capacity, establishes, in the case of congested infrastructures, the following order of priority: 1. The existence of specialised infrastructures and the possibility of meeting such requests on these infrastructures; 2. Services declared to be of public interest; 3rd. International services; 4th. The possible existence of framework agreements providing for the allocation of such a capacity request; 5th. The request by an applicant for the same time slot on several days of the week or in successive weeks of the time period; and 6th. The efficiency of the system.

¹⁰ For example, Rail Net Europe recently tendered a study to analyse the feasibility of using socio-economic criteria in the face of capacity shortages.
<https://rne.eu/call-for-offers-feasibility-study-on-applying-socio-economic-criteria-in-case-of-capacity-shortages/>

MS in the prioritisation of services, beyond giving guidance as foreseen in Article 11.3.

10. **Consultation with applicants.** The Proposal foresees that infrastructure managers consult with applicants on strategic planning documents. These consultations should be decisive for the planning of capacity supply, as they allow infrastructure managers to be aware of demand. Operators of service facilities should be consulted as the capacity in the infrastructure must be matched with the capacity in these facilities in order to avoid them being a bottleneck.
11. Experience shows that consultations on temporary capacity restrictions, in order to be effective, require that companies have the relevant information well in advance. In addition, meetings are sometimes necessary, in addition to the formal and written procedures. Therefore, **the regulatory body should be empowered to monitor that the consultation process is effective.**

Capacity allocation

12. **Allocation modalities.** The Proposal establishes three allocation modalities, one annual for the service timetable, and two multi-annual, through framework agreements and the rolling planning process.
13. As stated in recital 13 of the Proposal, framework agreements are essential for railway undertakings to be able to provide stable and multi-annual services. Moreover, according to the experience of the Spanish market, they are necessary for undertakings to have guarantees on the capacity they will have at their disposal in order to make the necessary investments. **Framework agreements** include in their clauses elements that go beyond the capacity reservation itself and that decisively determine the conditions under which railway undertakings access the market. Therefore, **the Proposal should require their prior approval by the regulatory body.**
14. Article 31.4 of the Proposal states that “*framework agreements shall not be such as to preclude the use of the relevant infrastructure by other applicants or services*”. To this end, the Proposal foresees that the network statement sets out the maximum percentage of capacity reserved for allocation through framework agreements. While requests during the working timetable and on an ad hoc basis provide flexibility to match demand, which is positive, guarantees on capacity must also be given to railway undertakings, as they require them to invest. Without these guarantees, companies could decide not to enter the market, leaving idle capacity on the network. **The Proposal should therefore give flexibility to infrastructure managers to adjust the maximum percentages**

of capacity reserved for allocation through framework agreements, with oversight by regulatory bodies.

15. Similarly, Article 33 of the Proposal requires the infrastructure manager to reserve capacity to accommodate requests close to the time of train running through the rolling planning process. This obligation could lead to the rejection of capacity requests in the annual timetable in order to reserve capacity for the rolling planning process. Given the opportunity cost of not allocating capacity during the annual procedure because it is reserved for certain types of requests that might not be submitted in the end, **the Proposal should not oblige the infrastructure manager to reserve capacity for the rolling planning process.**
16. **Deadlines for the allocation of annual capacity.** The Proposal modifies the timetable for the application and allocation of capacity in the working timetable, harmonising it at European level¹¹. In addition, it brings forward both the application deadline to X-8.5 and the allocation deadline to X-5.25 months before the change of the working timetable. This is a positive development and will improve the competitiveness of the rail mode with air travel, as it will allow tickets to be sold well in advance. It is also positive that pre-planned capacity can be converted into paths even before X-5.25 and indeed in the case of framework agreements the Proposal foresees that railway undertakings will know their paths by X-6.5 at the latest.
17. **Conflict resolution.** The Proposal foresees a coordination mechanism for incompatible capacity requests similar to that of the RECAST Directive, which enables the infrastructure manager to offer similar alternatives to those initially requested. Where coordination is not possible, requests will be prioritised on the basis of socio-economic criteria to prioritise some requests over others.
18. In the Spanish experience, there is frequent **conflict between requests for capacity from services with similar characteristics and socio-economic profiles.** In these cases, the Proposal foresees that capacity is awarded by auction or by facilitating access to the largest number of applicants. But auctions

¹¹ Annex VII of the RECAST Directive established maximum periods for requesting capacity, which has led to divergences in the timetable for requesting and allocating capacity in its transposition: “3. *The final date for receipt of requests for capacity to be incorporated into the working timetable shall be no more than 12 months in advance of the entry into force of the working timetable.* 4. *No later than 11 months before the working timetable comes into force, the infrastructure managers shall ensure that provisional international train paths have been established in cooperation with other relevant infrastructure managers. Infrastructure managers shall ensure that as far as possible these are adhered to during the subsequent processes.* 5. *No later than four months after the deadline for submission of bids by applicants, the infrastructure manager shall prepare a draft working timetable.*”

may erect barriers to entry by increasing costs for railway undertakings and may also act as a disincentive to infrastructure improvements. On the other hand, maximising the number of applicants may limit business models in the market, in particular those based on frequencies, focused on the business segment.

19. Given these potential drawbacks, **prioritisation in these cases should be assessed on a case-by-case basis and, as the Proposal points out, approved by the regulatory body. Thus, it should be clarified in the wording of Article 37.3 that both the use of the auction and the allocation that maximises the number of applicants must be approved by the regulatory body.**

Rescheduling of allocated capacity

20. The Proposal allows both the infrastructure manager and the railway undertakings or applicants to modify the capacity previously allocated. To ensure optimisation of the use of capacity it is necessary to combine this flexibility with the fact that the capacity that will not be used is ultimately used by other undertakings¹².
21. Capacity utilisation requires that railway undertakings have incentives to report changes in their allocated capacity. The compensation to be paid by railway undertakings replaces the reservation fee of Article 36 of the RECAST Directive and should increase as the date of the renunciation approaches the date on which the train is due to run¹³. But the **Proposal should also provide for the infrastructure manager to inform about the released capacity during the working timetable so that interested railway undertakings can request the released capacity.**
22. Furthermore, the Proposal recognises the right of railway undertakings and applicants to receive compensation when capacity rights allocated to them are modified. The lack of planning for temporary capacity restrictions and changes to

¹² The CNMC has noted that the efficient use of capacity requires that companies make realistic requests for capacity during the annual timetable (see, for example, the Resolution of 28 February 2023 on the proposed amendment to the framework agreement for the reservation of capacity between Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad and Renfe Viajeros, S.M.E., S.A. <https://www.cnmc.es/sites/default/files/4584115.pdf>) and to diligently report that they will not use certain allocated capacity so that other railway undertakings and applicants can take advantage of it (see Agreement of 19 November 2020 issuing a report on the 2021 network statements of Adif and Adif-Alta Velocidad. <https://www.cnmc.es/sites/default/files/3245511.pdf>).

¹³ This is the situation in most European countries as shown in the "Review of reservation charges". IRG-Rail. 2019 (pages 16 to 20). <https://www.irg-rail.eu/download/5/650/ReviewofReservationCharges.pdf>

capacity already allocated unilaterally by the infrastructure manager make the rail mode uncompetitive¹⁴.

23. These compensations, which are a new element introduced by the Proposal, could provide an incentive to improve the planning of temporary capacity restrictions. Only changes classified as "major" will generate the right to this compensation, and it will be up to ENIM to define this concept taking into account, among other factors, the ability of the railway undertaking to provide the service in compliance with its contractual obligations, delays in departure or rerouting resulting in increased distance, travel time, track access charges and other related costs.
24. However, as ENIM is composed of infrastructure managers, it will have an incentive to restrict the definition of "major change" **to limit compensation to railway undertakings**. Therefore, and in line with the powers envisaged for the **ENRRB and the national regulatory bodies** in relation to compensation amounts, they **should also approve the scenarios that will qualify for compensation**.
25. Article 35 of the RECAST Directive provides for a performance scheme precisely to "*encourage railway undertakings and the infrastructure manager to minimise disruption and improve the performance of the railway network through a performance scheme*". This article is not repealed, and it **should therefore be clarified how the compensation provided for in the Proposal interacts with the existing performance scheme**.

¹⁴ Many documents reflect the lack of planning for temporary capacity constraints and their effects on the competitiveness of the rail mode:

- The Working Document accompanying the above-mentioned EC Mobility Strategy states that infrastructure managers tend to underestimate their role as traffic managers by focusing their activity on infrastructure management. This approach means, according to the European Commission, that significant resources are invested in infrastructure condition monitoring and improvement without analysing and taking into account the impact of maintenance and renewal works on traffic (paragraph 515).

- The ERA has pointed out that the quality of rail freight transport does not meet the expectations of shippers and logistics operators, with temporary capacity constraints being responsible for delays and service disruptions which force a switch to other modes of transport without such a switch always being reversible (Fostering the railway sector through the European Green Deal. Part 2, Freight).

This problem also exists in the Spanish experience (see Resolution of 7 July 2022 in relation to the complaint of the Association of Private Railway Companies on the compliance of ADIF and ADIF Alta Velocidad with the transparency obligations of temporary capacity restrictions. <https://www.cnmc.es/expedientes/stpdtsp03421>).

Transparency in information and digitisation

26. The Proposal reinforces the transparency obligations of infrastructure managers on capacity availability, both towards applicants and towards the regulatory body, throughout the capacity management process. They must also study the feasibility of new routes and paths requested by railway undertakings. In order for these **capacity studies** to be effective and provide certainty to railway undertakings, **maximum response times should be set by the infrastructure manager**.
27. Moreover, the Proposal rightly foresees the use of digital tools for the exchange of information between infrastructure managers and railway undertakings¹⁵. Moreover, **these tools should allow railway undertakings to consult routes in a commercially meaningful way and not individual network sections that only meet network organisation criteria from the infrastructure manager's perspective**.
28. The Proposal envisages incorporating the operators of service facilities into the infrastructure managers' applications. As rail transport necessarily starts and ends at service facilities, coordination is indeed essential. The fact that the Proposal provides for a single and joint request for capacity at infrastructure and service facilities is therefore to be welcomed. However, this solution could be disproportionately costly for some service facilities, which should not only be integrated into the infrastructure managers' information systems but also provide real-time transparency of their capacity. It is therefore considered appropriate that **the regulatory body should be able to exempt certain service facilities from participating in the one-stop shop**.
29. In an increasingly digitised capacity management environment, **regulatory bodies are required to have access to the applications of both infrastructure managers and, where appropriate, operators of service facilities**, to enable them to exercise their oversight powers.

Performance review

30. The Proposal entrusts the infrastructure managers with the performance review of railway infrastructure and services, taking into account the common framework to be developed by the ENIM. **The role of railway undertakings in this exercise seems excessively limited**, but the main point to be made here is that **the**

¹⁵ In the Spanish experience, other formats are ineffective in providing railway undertakings with knowledge of available capacity.

ENRRB should be the one to make this assessment, because its structure ensures the independence of the infrastructure managers, who have a clear conflict of interest when it comes to self-assessment. Moreover, since according to Article 56.7 of the RECAST Directive, national regulatory bodies must consult with representatives of users of rail freight and passenger services at least every two years, this would allow them to incorporate users' views on both the performance of the infrastructure and service facilities and of the rail services themselves into the review.

31. In any case, **the ENRRB should draft a section of the European performance review Report** to include the views of both railway undertakings and end-consumers in an independent way.
32. The Performance Review Body, appointed by the EC, must not only be impartial, as stated in the Proposal, but in order to exercise its functions effectively, its independence from infrastructure managers and railway undertakings must be guaranteed.
33. The Performance Review Body may make recommendations to the ENRRB and national regulatory bodies, which they must take into account, which **may undermine the independence of the ENRRB and national regulatory bodies** as set out in Article 56 of the RECAST Directive.

Governance

- **ENIM**

34. One of the essential elements of the Proposal is the strengthening of ENIM with the objective of improving cooperation between infrastructure managers. While the documents to be adopted by the ENIM are not binding, it is clear that these documents will decisively guide the decisions of the infrastructure managers at national level, which are subject to oversight by the relevant national regulatory bodies. Despite the importance of these documents, the Proposal does not foresee their oversight by the regulatory bodies, which presents significant uncertainties and risks that could undermine the effective implementation of the Proposal: Firstly, there is uncertainty about the level of detail of the ENIM documents and the leeway they will give to the national infrastructure managers.
35. Secondly, the ENIM guidelines could confer to the decisions of the national infrastructure managers a semblance of legality that actually they do not have, insofar as ENIM is still a network of the infrastructure managers themselves. In this situation, the burden of proof could be reversed, with the regulator, in order to exercise its powers, having to justify not only why the infrastructure manager's

decision is contrary to the regulatory framework but also why it forces him to deviate from the ENIM guidelines. In such cases, the regulatory body could face significant litigation preventing it from exercising its powers at the only time when the infrastructure managers' decisions will be subject to oversight.

36. **ENIM should therefore consult its documents and guidelines with the European Network of Rail Regulatory Bodies (ENRRB), which should be entitled to issue opinions** in support of the work of national regulatory bodies. Similarly, **ENIM should consult ENRRB on its draft work programme** (it is only envisaged the consultation of the European Commission (EC), which is already a member, and the other applicants).

37. Furthermore, given their importance in the management and allocation of capacity, **these documents should also be consulted with the applicants.**

- **ENRRB**

38. The ENRRB shall coordinate the cooperative activities of the regulatory bodies and promote the harmonisation of their decisions on international rail services. **The independence of the ENRRB must be guaranteed**, to give legal certainty to the parties and to safeguard the independence of the national regulatory bodies, as they will have to justify if they deviate from the views or recommendations of the ENRRB.

39. However, the EC, which is also part of ENIM, has a very prominent role in the ENRRB, chairing the Board of Regulators. The EC's role in the ENRRB contrasts with its more limited involvement in other sectoral regulatory bodies or cooperation networks of regulatory bodies such as BEREC or ACER, where the EC is a non-voting member.

40. The Proposal hardly develops the structure and functioning of ENRRB and leaves its further development to an **internal regulation** that the EC itself must approve beforehand. **This prior approval by the EC limits the ENRRB's organisational capacity and contrasts with the management independence** that Article 56.5 of the RECAST Directive provides for national regulatory bodies and with the independence of other networks of European regulatory bodies, such as BEREC, ACER or ERGA in the approval of their internal procedural regulations.

41. It is noteworthy that ENRRB's functions do not include **advising the EC**, as is the case in other European networks of national regulatory bodies such as BEREC or ERGA.

42. The ENRRB, at the request of the parties, "may issue opinions or recommendations regarding pending or adopted decisions on complaints

submitted to the regulatory bodies". According to Article 56.10 of the RECAST Directive, decisions of regulatory agencies must be subject to judicial review. Therefore, **the ENRRB cannot become a review body for decisions already taken by national regulatory bodies. It is therefore proposed to delete Article 65.3** or, alternatively, to limit this ability to issue opinions or recommendations to cases where the decisions of the regulatory body have not yet been adopted, and which affect the network of several Member States, as provided for in Article 65.4.

- **European Commission**

43. The PR gives the EC the power to adopt numerous delegated or implementing acts in relation to: (i) the guarantees that the manager may require from applicants to protect its future revenues (implementing act); (ii) methodologies and procedures for infrastructure capacity management in cases of scarcity (implementing act); (iii) the management of capacity restrictions arising from infrastructure works and degraded infrastructure (delegated act); (iv) strategic capacity planning (delegating); (v) contingency plans (implementing act); (vi) definition and criteria for managing capacity in heavily used and congested infrastructure (delegating); (vii) capacity allocation through framework agreements (implementing act); (viii) deadlines and other elements of capacity allocation processes (delegated act); (ix) changes in capacity rights after allocation (delegated act); (x) compensation for changes in capacity rights (implementing act); (xi) conditions under which capacity must be reprogrammed in crisis situations (implementing act); (xii) the management of network disruptions (delegated act); (xiii) the exchange of traffic management information (delegated act); (xiv) the content of the European Framework for Performance Review (implementing act); and, (xv) coordination obligations between infrastructure managers (delegated act).
44. The Proposal will therefore lead to **extensive regulatory development**, in which the **EC should consult with ENIM, infrastructure managers, applicants, ENRRB and national regulatory bodies**. This should be foreseen in the Proposal for all cases. In fact, some delegated acts provide for this involvement.

II. REMARKS ON THE ARTICLES

45. **Recital 21.** Expressly indicate the non-binding nature of the opinions, recommendations, and other documents adopted by ENIM, in coherence with Recital 22 (which states that recommendations or opinions of ENRRB shall not be binding and shall not affect the competences of regulatory bodies or infrastructure managers).

46. **Article 8.** Given its importance in determining access conditions to the network, include that procedures and methodologies for determining socio-economic criteria must be consulted with ENRRB. Also, include that when the infrastructure manager specifies them at the national level, they must be previously approved by the regulatory body.
47. **Article 9.** Provide a maximum deadline for infrastructure managers to complete viability analyses of capacity requests and communicate them to interested candidates.
48. **Article 15.** Specify that ENIM and infrastructure managers will consult ENRRB and regulatory bodies on the market study they must carry out periodically.
49. **Article 16.** Include that the regulatory body must be consulted regarding the Capacity Strategy to avoid substantial changes to the Capacity Supply Plan, where the regulatory body's intervention is expressly provided. Clarify that consultations will be directed to "*all operational stakeholders*" and not just candidates, in accordance with the wording of Article 13 of the Proposal.
50. **Article 17.** In line with the observations made in Article 16, expressly include regulatory bodies among the entities to be consulted on the Capacity Model and replace the reference in paragraph 4 to "*candidates*" with "*all operational stakeholders*".
51. **Article 18.** To clarify the competences of the regulatory body, replace the expression "*may take a decision asking¹⁶ the infrastructure manager*" with "*may require the infrastructure manager*" in paragraph 9 of this article.
52. **Article 26.** Reduce the deadline for candidates to inform infrastructure managers and regulatory bodies of their intention to operate a passenger transport service where access to infrastructure is limited under Article 11 of the RECAST Directive from 18 to 12 months before the working timetable comes into effect.
53. **Article 31.** In the first paragraph, replace the expression "[m]ember States may require prior approval of framework agreements by the regulatory body" with "Framework agreements shall require prior approval from the regulatory body".
54. **Article 37.** In paragraph 3, clarify that the regulatory body must allocate capacity either through an auction or in a way that facilitates access to the greatest number

¹⁶ In the English version the verb "require" is already used, this is a problem only found in the Spanish translation.

of candidates, stating in the last sentence that "*both methods will be subject to regulatory body approval*".

55. **Article 39.** To ensure optimization of capacity use, require infrastructure manager to inform railway undertakings of capacity modifications, stating in paragraph 1 that, in case of changes in awarded capacity rights, infrastructure managers will "*promptly update the service schedule referred to in Article 30 and inform other candidates and potential candidates*". In paragraph 8, state that ENRRB must pronounce on ENIM procedures for changes deemed major, that will entitle to compensation, and that regulatory bodies must approve at the national level the definition of a major change for compensation purposes.
56. **Article 51.** In paragraph 2, state that ENRRB will draft a section of the European Performance Review Report.
57. **Article 52.** Opinions and recommendations of the Performance Review Body should not refer to the ENRRB or the national regulatory bodies, to ensure the independence of these institutions in carrying out their functions.
58. **Article 54.** Modify the wording of paragraph 2 to clarify that, under no circumstances, opinions or recommendations of ENIM will be directed to railway companies, candidates, or other interested parties, as it would be a function beyond its competences of coordination of infrastructure managers.
59. **Article 62.** Given its importance in capacity management, establish that infrastructure managers and, where applicable, operators of service facilities and railway companies will grant access to the regulatory bodies, in the exercise of their functions, to their digital tools.
60. **Article 63.** In accordance with Article 56 of the RECAST Directive, which does not limit the regulatory body's action to discrimination situations, remove "*with a view to preventing discrimination against applicants*" from the last sentence of paragraph 1. Also, provide that regulatory bodies are competent to oversee the consultation procedures outlined in the Regulation, particularly in Articles 13, 16, and 17.
61. **Article 65.** Remove paragraph 3 regarding decisions taken by regulatory bodies, due to interference with jurisdictional reviews provided for in Article 56 of the RECAST Directive.
62. **Article 67.** In the first paragraph, clarify that it will be a member of the regulatory body of the Member State. In the second paragraph, given the different organizational structures, specify that members shall be "*the director, deputy*

director, or any authorized senior member of the regulatory body referred to in Article 55 of Directive 2012/34/EU.

63. **Article 69.** Eliminate the requirement for the internal regulation of the Board of Regulators to be approved by the European Commission and for it to preside over its meetings. Instead, as with other regulatory bodies, establish that the Board of Regulators will annually elect a President and Vice President.
64. **Article 70.** Expressly include in the third paragraph that the decision to open ENRRB working groups to third parties is exclusively the responsibility of regulatory bodies.