

INFORME DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2015 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CONTRA LA EXIGENCIA DE HABILITACIONES ESPECÍFICAS A LOS CARGADORES Y DESCARGADORES DE VAGONES DE FERROCARRIL (UM/34/15).

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El día 29 de junio de 2015 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) un escrito por el que el representante de una asociación empresarial, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), informa a esa SECUM de determinados obstáculos o barreras relacionadas con la aplicación de esa Ley.

En concreto, se pone en conocimiento que en las Órdenes Ministeriales FOM/2872/2010, de 5 de noviembre y FOM/679/2015, de 9 de abril, se exige indebidamente a cargadores y descargadores de material ferroviario móvil la obtención de una habilitación especial. Esta exigencia se basaría, a juicio del interesado, en una indebida aplicación del artículo 60.1 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (LSF).

En opinión del interesado, el personal de carga y descarga ya realiza sus tareas de acuerdo con normativa que garantiza su capacidad profesional y psicofísica, como por ejemplo, las disposiciones sobre carga y descarga de vehículos con materias peligrosas. Por otra parte, el antes citado artículo 60.1 LSF no debería ser de aplicación al personal de carga y descarga en el ámbito de instalaciones propias de empresas privadas, al no tener la condición de personal ferroviario propiamente dicho.

No existe una exigencia comparable de habilitación específica para cargadores y descargadores ferroviarios, ni en Derecho Comunitario ni en otros Estados de la UE¹. Dicha exigencia resultaría discriminatoria con relación al personal de carga y descarga del transporte terrestre, sector donde esta habilitación especial no es exigida, contraviniendo el artículo 3 LGUM. También sería un requisito innecesario y desproporcionado contrario a los artículos 5 LGUM y 17 LGUM, no aportando un valor añadido en forma de mejor formación al personal sujeto a habilitación al constituir un mero trámite formal con elevados costes para las empresas afectadas².

¹ El interesado adjunta a su solicitud comunicaciones procedentes de representantes de otras asociaciones empresariales de Eslovaquia, Polonia, Países Bajos, Italia, Hungría, Francia, Reino Unido, Suiza, República Checa, Suecia, Austria y Alemania.

² Costes de matrícula del curso de habilitación, gastos de desplazamiento de su personal y costes de pérdida de horas de trabajo del personal ausente.

Con base en las anteriores consideraciones, el interesado solicita la derogación del Título IV de la Orden FOM 2872/2010 o, subsidiariamente, su modificación en el sentido de:

- Incrementar el número de empresas cualificadas para otorgar las habilitaciones.
- Fijar tarifas razonables para los procesos de habilitación
- Posibilitar que las empresas sometidas a la normativa de seguridad nacional e internacional pueda habilitar a su propio personal.
- Ampliar los plazos de vigencia de las habilitaciones.

La petición expresa del interesado referente a las empresas cualificadas para otorgar las habilitaciones del personal de carga y descarga determina que el sistema de acreditación de dichas empresas y su adecuación a la LGUM también deba ser examinado en este informe, dado el carácter más amplio del artículo 28 LGUM frente al artículo 26 LGUM.

II. CONSIDERACIONES

II.1. Marco regulador de la seguridad ferroviaria y de la habilitación de los cargadores ferroviarios.

A) Seguridad Ferroviaria

a) En el ámbito de la UE

En Derecho Comunitario, el artículo 4 de la Directiva 2004/49/CE, de 29 de abril de 2004, sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios (Directiva 2004/49/CE o Directiva Seguridad Ferroviaria) establece que la responsabilidad de la explotación segura del sistema ferroviario y el control de riesgos corresponde a los administradores de infraestructuras ferroviarias (AIF)³ y a las empresas ferroviarias (EF)⁴, por lo que deben implantar un sistema de gestión de seguridad.

³ De acuerdo con la definición del art.3 b) de la Directiva 2004/49/CE, *administrador de infraestructura* es cualquier organismo o empresa encargada principalmente de la instalación y el mantenimiento de todo o parte de la infraestructura ferroviaria. Actualmente existen tres administradores generales de infraestructura ferroviaria en España: Adif, Adif Alta Velocidad y Tp Ferro. Además, las Autoridades Portuarias de los puertos de interés general ejercen respecto de las infraestructuras ferroviarias que existen en su ámbito ciertas funciones de los administradores de infraestructuras ferroviarias (ver: http://www.seguridadferroviaria.es/AESF/LANG_CASTELLANO/AGENTES/ADMINFRA/).

⁴ Según la definición del artículo 3 c) de la Directiva 2004/49/CE, *empresa ferroviaria* es cualquier empresa privada o pública cuya actividad consista en prestar servicios de transporte de mercancías o viajeros por ferrocarril, debiendo ser dicha empresa en todo caso quien aporte la tracción, incluyéndose las empresas que aporten únicamente la tracción. En la actualidad están acreditadas 32 empresas ferroviarias españolas, entre ellas Renfe Operadora, Renfe Mercancías y Renfe Viajeros. También existen dos empresas con licencia emitida en otro estado miembro y que cuentan con certificado de seguridad en España (SNCF y Takargo). Véase: http://www.seguridadferroviaria.es/AESF/LANG_CASTELLANO/AGENTES/EMPFERRO/.

Para poder operar la Directiva 2004/49/CE impone a los AIF la obligación de disponer de una autorización de seguridad⁵ mientras que las EF deben contar con un certificado de seguridad⁶.

En el ámbito europeo, ERA⁷ es la agencia competente en materia de seguridad ferroviaria, creada mediante Reglamento (CE) núm.881/2004, de 29 de abril de 2004. Este organismo se encarga, entre otras funciones, de recomendar a la Comisión Europea los objetivos comunes de seguridad (OCS) y los métodos comunes de seguridad (MCS) ferroviaria establecidos en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2004/49/CE antes mencionada.

b) En España

El régimen comunitario ha sido traspuesto en España mediante el Reglamento de Seguridad en Circulación de la Red Ferroviaria de Interés general (Reglamento Seguridad Ferroviaria), aprobado por Real Decreto 810/2007, de 22 de junio, cuyos artículos 9 a 14 regulan la autorización de seguridad de los AIF mientras que los artículos 15 a 20 regulan el certificado de seguridad de las EF.

La autorización y el certificado de seguridad son expedidos por la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF)⁸, organismo creado mediante Real Decreto 1072/2014, de 19 de diciembre⁹.

Debe señalarse que entre los elementos o factores obligatorios a considerar en el Sistema de Gestión de Seguridad ferroviaria y exigibles tanto a los AIF como a las EF¹⁰ se hallan:

- La existencia de procedimientos que permitan garantizar el cumplimiento por parte de los subcontratistas (p.ej. empresas cargadoras) de AIF o de EF de los estándares técnicos y operativos.
- La disponibilidad de medios, recursos y centros homologados (propios o concertados) que garanticen el control de la aptitud psicofísica y la formación necesaria del personal ferroviario.

⁵ Véase art.11 Directiva 2004/49/CE.

⁶ Véase art.10 Directiva 2004/49/CE.

⁷ European Railway Agency (Agencia Ferroviaria Europea), página oficial: <http://www.era.europa.eu/Pages/Home.aspx>.

⁸ Página web oficial: http://www.seguridadferroviaria.es/AESF/lang_castellano/.

⁹ Véanse letras e) y f) del artículo 9.1 del RD 1072/2014.

¹⁰ Véanse apartados 2.a)vii y 2.b)i, ii del Reglamento Seguridad Ferroviaria (RD 810/2007).

B) Acreditación de “cargadores” ferroviarios

a) En la Unión Europea

La Directiva 2007/59/CE, de 23 de octubre de 2007, sobre la certificación de los maquinistas de locomotoras y trenes en el sistema ferroviario de la Comunidad (Directiva 2007/59/CE) distingue entre “*maquinista*”¹¹ y “*otros miembros de la tripulación que desempeñan tareas de importancia crucial para la seguridad*”¹². Mientras en el primer caso (maquinista) la Directiva establece un sistema específico de formación y habilitación obligatoria¹³, ello no sucede en el segundo caso (otros miembros de la tripulación)¹⁴. Ello ha sido parcialmente solventado, recientemente, a través del Reglamento nº 995/2015, de 8 de junio, en cuyos apéndices F y G se recogen los requisitos de formación y acreditación exigibles al personal de “*acompañamiento*” y de “*preparación*” de trenes.

No obstante, la misma Directiva 2004/49/CE autoriza expresamente en su artículo 8.4 y Anexo II apartado 6) a los Estados miembros para que adopten normas nacionales de seguridad específicas relativas a requisitos del personal que desempeñe cometidos cruciales de seguridad, incluida la regulación de los criterios de selección, la aptitud desde el punto de vista médico y la formación profesional y certificación, cuando dichas normas de seguridad nacionales no estén específicamente previstas en especificaciones técnicas comunitarias.

¹¹ Art. 3.b) Directiva 2007/59/CE: *la persona capacitada y autorizada para conducir trenes de manera autónoma, responsable y segura, en especial locomotoras, locomotoras de maniobra, trenes de trabajo, vehículos ferroviarios de mantenimiento o trenes para el transporte ferroviario de viajeros o mercancías.*

¹² Art.3 c) Directiva 2007/59/CE: *los miembros del personal a bordo del tren que no son maquinistas, pero que contribuyen a la seguridad del tren y de los viajeros y mercancías transportadas*

¹³ A través de una licencia que acredita su aptitud psicofísica y capacidad profesional y de uno o varios certificados que especifican los vehículos que el maquinista está habilitado para conducir (art.4 de la Directiva 2007/59/CE). Los modelos de licencia y de certificados se establecen en el Reglamento UE nº 36/2010, de 3 de diciembre de 2009. Y en materia de registro de dichos documentos cabe citar la Decisión 2010/17/CE de 29 de octubre, sobre la adopción de parámetros básicos para los registros de licencias de conducción de trenes y los certificados complementarios previstos en la Directiva 2007/59/CE.

¹⁴ El artículo 28 de la Directiva 2007/59/CE, sin embargo, prevé la posible revisión de esta cuestión y la futura imposición de obligaciones de acreditación de miembros de tripulación a nivel comunitario. Hasta el momento ello no ha ocurrido, habiendo emitido la Comisión Europea un Informe en fecha 30 de enero de 2013 COM (2013) 33 final en el que se puso de manifiesto la necesidad de introducir normas de certificación para el resto de miembros de la tripulación. Por su parte, la Agencia Ferroviaria Europea (AFE, conocida como ERA en sus siglas inglesas) publicó el 18 de julio de 2014 una Recomendación ERA-REC-101-2014/REC al respecto (<http://www.era.europa.eu/Document-Register/Pages/Recommendation-on-requirements-related-to-other-train-crew-members-OPE-TSI.aspx>), acompañada de un informe anexo de naturaleza no normativa. En este informe anexo (Report N.ERA-REC-101-ACR) la Agencia Ferroviaria Europea señala que la certificación debería limitarse al personal que desempeñe tareas de importancia para la seguridad de los pasajeros (pág.3) y no implicar unos costes excesivos para los operadores (pág.13).

Finalmente, el artículo 13 de la Directiva 2004/49/CE otorga a AIF y a EF el derecho a acceder a los servicios de formación de su personal que resulten necesarios para obtener la certificación o autorización de seguridad para operar, en condiciones justas, no discriminatorias y a un precio razonable.

b) En España

En Derecho español, el artículo 60 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (LSF) prevé que:

1. El personal que preste sus servicios en el ámbito ferroviario habrá de contar con la cualificación suficiente que permita la prestación del servicio ferroviario con las debidas garantías de seguridad y de eficiencia.

2. Mediante Orden del Ministerio de Fomento, a propuesta de la autoridad responsable de la seguridad ferroviaria, previa audiencia de los sindicatos más representativos del sector, de los administradores de infraestructuras y de los operadores del sector ferroviario, se establecerán las condiciones y requisitos para la obtención de los títulos habilitantes necesarios para el desempeño de las funciones propias del personal ferroviario relacionadas con la seguridad en la circulación, así como el régimen de autorización y funcionamiento de los centros homologados de formación y de los de reconocimiento médico de dicho personal.

Como se observa, la necesidad de habilitación profesional prevista en la LSF es más amplia que la prevista en la Directiva 2007/59/CE, puesto que:

- No se limita solamente a los “*maquinistas*” y al personal de “*acompañamiento*” y “*preparación*” de los trenes, sino que se extiende a toda persona que preste servicios en el ámbito ferroviario desempeñando funciones relacionadas con la seguridad de la circulación (p.ej. cargadores).
- No se circunscribe únicamente al personal que forme parte de la dotación de un tren o convoy ferroviario (“*otros miembros de la tripulación*”) sino que alcanza también a aquellas personas que, no perteneciendo a un tren, llevan a cabo tareas en las infraestructuras ferroviarias (p.ej. carga y descarga de mercancías).

La ampliación de las habilitaciones profesionales exigibles en Derecho nacional, tal y como se ha dicho antes en este Informe, está explícitamente autorizada por el artículo 8.4 y Anexo II apartado 6) de la Directiva 2004/49/CE, debiendo ser comunicada a la Comisión Europea.

Por su parte, el art. 3.3 del Reglamento de Seguridad Ferroviaria responsabiliza al AIF y a las EF de:

nivel de formación y de cualificación de sus empleados y de aquellas otras personas que realicen para ellos un trabajo con posible afectación a la seguridad en la circulación.

Este criterio ha sido recientemente confirmado por el apartado 3.2.1.2 (“*personal de otras empresas*”) del Reglamento de Circulación Ferroviaria, aprobado por Real Decreto 664/2015, de 17 de julio, donde se dice que:

El personal (de infraestructura, operaciones del tren o control de mantenimiento de material rodante) perteneciente a empresas diferentes de los administradores de infraestructura o de las Empresas Ferroviarias que deba realizar cualquier actividad vinculada a la seguridad en la circulación deberá disponer de la correspondiente habilitación de seguridad en vigor, dentro de las legalmente establecidas, que le habilite específicamente para el ejercicio de dicha actividad.

Y dentro de los criterios de seguridad fijados en el Reglamento de Circulación Ferroviaria, el Crit SGS 1.9 prevé la obligación de verificar que:

La carga y/o descarga de los vehículos que componen el tren se haya realizado por un cargador habilitado, de acuerdo con la normativa vigente y, en consecuencia, tras estas operaciones hayan quedado aptos para circular.

Las obligaciones de habilitación (artículo 60 LSF) y de formación (artículo 3.3 Reglamento Seguridad Ferroviaria) se desarrollan en la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre. Concretamente, el artículo 2.4 de dicha Orden incluye como “*personal de operaciones*” afectado por la necesidad de acreditación el que realice tareas de “*manipulación y acondicionamiento de la carga*” en los trenes o “*su descarga*”¹⁵.

La habilitación del personal, de acuerdo con el artículo 3.1 de la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre, es efectuada por el administrador de infraestructuras (AIF) o por la empresa ferroviaria (EF) para las cuales el trabajador efectúa las tareas de carga y descarga. Por tanto, el cese del trabajador implicará, como veremos, la pérdida de su habilitación.

En el artículo 19.1.b) de la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre, se regula la figura de la habilitación del “*responsable de las operaciones de carga*”. De acuerdo con el artículo 19.2 de dicha orden, la habilitación de

¹⁵ Las otras categorías de personal ferroviario que debe acreditarse de acuerdo con el artículo 2 de la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre es el personal de conducción, de circulación, de infraestructura y el responsable del control del mantenimiento del material rodante.

responsable de operaciones de carga faculta a su titular para realizar las funciones de:

supervisión, dirección y, en su caso, ejecución de las operaciones de carga y descarga de las mercancías transportadas por ferrocarril, entre las que se incluyen el acondicionamiento de la carga y su sujeción al material remolcado, que permitan asegurar que se realizan de conformidad con la normativa ferroviaria y los procedimientos de las empresas cargadora y ferroviaria. Corresponde a la autoridad responsable de seguridad establecer, en su caso, especialidades que correspondan a esta modalidad de habilitación.

Del tenor literal del artículo se desprende que la necesidad de habilitación está prevista, principalmente, para los supervisores o directores de las operaciones de carga y descarga de vagones y, en menor medida (“*en su caso*”) para los encargados, materialmente, de llevar a cabo dichas operaciones, aunque la redacción del precepto puede inducir a confusión.

La obtención de esta habilitación está regulada por el artículo 21 de la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre¹⁶. Los programas de formación y la realización de los exámenes corresponden a “*centros homologados*”, a los cuales nos referiremos en el apartado siguiente del presente informe.

Una vez recibida la habilitación del AIF o de la EF¹⁷, ésta tiene validez indefinida, mientras sus titulares cumplan las condiciones exigidas para su mantenimiento y no incurran en ninguna causa de suspensión o revocación¹⁸. No obstante, en la práctica, no se da esta vigencia indefinida puesto que:

- Cada 3 años¹⁹ deben realizarse obligatoriamente cursos de actualización y reciclaje de conocimientos teóricos y prácticos²⁰.
- Cada 5 años debe renovarse, con carácter general, el certificado de aptitud psicofísica²¹. Sin embargo, para el caso concreto de los

¹⁶ No obstante, el artículo 20 de la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre, establece cuatro condiciones previas para poder acceder a la formación y a las pruebas de habilitación: haber alcanzado la mayoría de edad (18 años), tener el graduado en educación secundaria obligatoria o título equivalente, acreditar suficientes conocimientos de castellano y presentar un certificado de aptitud psicofísica (reconocimiento médico efectuado en centro homologado para ello). El apartado d) de dicho precepto exime del certificado de aptitud psicofísica a los responsables de operaciones de carga.

¹⁷ La habilitación, una vez superadas las pruebas realizadas en centros homologados, es expedida por las empresas ferroviarias o por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias.

¹⁸ Causas tasadas reguladas en artículo 23 de Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre. Entre ellas están, por ejemplo, el consumo excesivo de alcohol o de sustancias psicotrópicas o la comisión de una infracción administrativa de las previstas en la Ley del Sector Ferroviario.

¹⁹ Artículo 22.2 Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre.

²⁰ Su no realización constituye una causa de suspensión, y, en su caso, de revocación de la habilitación (art.23.1.b) Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre).

²¹ Artículo 64 de la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre. No obstante, dicho plazo es menor según la edad del titular de la habilitación: cada 3 años si es mayor de 50 años y anualmente si tiene más de 60. En el supuesto de maquinistas la renovación es anual. La infracción de este deber también

responsables de carga, la obligación de disponer de certificado de aptitud psicofísica ha sido suprimida tras la reforma introducida en 2015²² de los vigentes artículos 20 d)²³ y 21.1²⁴ de la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre.

- La habilitación es revocada cuando el trabajador habilitado deja de prestar sus servicios de carga/descarga para el AIF o EF²⁵.

La pérdida de habilitación por el mero cese en la prestación de servicios al AIF o EF, sin relación alguna con la aptitud y conocimientos personales del trabajador habilitado, es objeto de críticas en el Informe CNMC IPN/DTSP/001/15, de 29 de abril de 2015²⁶, sobre el Anteproyecto de Ley del Sector Ferroviario. Concretamente, en la página 36 del citado Informe se dice que:

En este sentido, cobra especial relevancia la Orden FOM/679/2015, de 9 de abril, que no fue remitida a esta CNMC para informe. Dicha Orden incluye diversos obstáculos a la competencia efectiva en el mercado, como, por ejemplo, la obligación de los administradores de infraestructuras y las empresas ferroviarias de revocar la habilitación cuando el titular de la misma cese en la actividad con la entidad de la que recibió la habilitación, lo que limita la capacidad de los posibles entrantes a contratar el personal adecuado, por lo que debería ser reconsiderada.

También ha sido criticada en el Informe CNMC PRO/CNMC/003/15, de 1 de septiembre de 2015²⁷, en cuya páginas 18 a 19 se dice que:

*Esta Comisión estima que la pérdida de una habilitación oficial, al abandonar una relación laboral es, **per se, contraria a los principios de regulación económica eficiente y promoción de la competencia** por injustificada. Sin la remoción de esta barrera del ordenamiento jurídico, los nuevos operadores*

implica la suspensión y, en su caso, la revocación de la habilitación, según el artículo 23.1.d) de la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre.

²² Orden núm. FOM/679/2015, de 9 de abril.

²³ Acreditar, mediante certificado de aptitud psicofísica emitido por un centro homologado de reconocimiento, las condiciones recogidas en el anexo III de la presente orden. Queda exceptuada de este requisito la habilitación de responsable de las operaciones de carga.

²⁴ La obtención de las habilitaciones que se contemplan en este Título requerirá la superación de las correspondientes pruebas teóricas y prácticas que aseguren un nivel de formación y conocimiento adecuados para realizar las funciones para las que facultan, así como, salvo en la habilitación para responsable de las operaciones de carga, la obtención previa del certificado de aptitud psicofísica regulado en el anexo III de la presente orden.

²⁵ Art.23.5.b) de la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre.

²⁶ http://www.cnmc.es/es-es/promoci%C3%B3n/informessobrenormativa.aspx?num=IPN/DTSP/001/15&ambito=Informes%20de%20Propuestas%20Normativas&b=&p=5&ambitos=Informes%20de%20Propuestas%20Normativas&es_tado=0§or=0&av=0.

²⁷ Propuesta referente a la regulación de los títulos habilitantes para el desarrollo de profesiones ferroviarias con incidencia en la seguridad.

verán injustificadamente restringidas sus opciones de acudir al mercado para contratar personal ferroviario²⁸, en clara desventaja con el respectivo incumbente, que mantendrá una capacidad de control del mercado con perjuicios para los propios afectados (personal ferroviario), para el resto de competidores potenciales y en definitiva para los consumidores, que no se podrán beneficiar de los mejores precios y/o servicios que brinda la competencia.

Una posible solución a la situación actual podría ser que las habilitaciones del personal fueran otorgadas por la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF) y no, como hasta ahora, por los AIF y las EF. Así ocurre, por ejemplo, en el tráfico aéreo, en que la Agencia Española de Seguridad Aérea (AESA) es la encargada de expedir licencias al personal aeronáutico²⁹. Esta solución se propone también en el Informe CNMC PRO/CNMC/003/15, de 1 de septiembre de 2015, para los puestos o funciones esenciales para la seguridad ferroviaria.

II.2. Marco regulador sectorial de la acreditación u homologación de las empresas encargadas de la formación y examen de los cargadores ferroviarios.

En el ámbito comunitario, únicamente está regulada específicamente la acreditación de las empresas encargadas de la formación y examen de “maquinistas” (personal de conducción), pero no del resto de personal que lleva a cabo tareas en las infraestructuras ferroviarias³⁰.

En Derecho interno, en cambio, el Título IX de la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre regula no solamente los requisitos y el procedimiento de

²⁸ Tal y como pone de manifiesto el estudio “*Rail training 2020: Training needs and offers in the European railway area the next 10-15 years*”. 2007, los operadores ferroviarios consideran que la regulación sobre habilitaciones les supone una barrera muy importante fundamentalmente en dos situaciones:

- En la obtención de habilitaciones, certificados y licencias para su propio personal al entrar a competir en otros mercados nacionales.
- En la contratación de nuevo personal, cuando éste presta servicios para otros operadores ferroviarios competidores, a menudo resulta difícil transferir las habilitaciones de los trabajadores

²⁹ Véanse artículos 9.1.a) y 28.2.b) de Real Decreto 184/2008, de 8 de febrero, que aprueba el Estatuto de AESA.

³⁰ Concretamente, les resultan de aplicación las siguientes disposiciones comunitarias:

- Decisión 2011/765/UE de 22 de noviembre, sobre los criterios para el reconocimiento de los centros que participan en la formación de maquinistas, los criterios de reconocimiento de los examinadores y los criterios para la organización de los exámenes, de conformidad con la Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

- Recomendación de la Comisión 2011/766/UE de 22 de noviembre, sobre el procedimiento de reconocimiento de centros de formación y examinadores de maquinistas con arreglo a la Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

homologación de los centros que imparten formación al personal de “conducción” sino también de los centros que imparten formación al personal de circulación, de infraestructura, de carga y de mantenimiento del material rodante, siendo la autoridad competente para homologar los centros formativos en España la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF)³¹.

En la actualidad hay un total de seis centros homologados³² para la impartición de formación y la realización de exámenes en la categoría profesional de “cargador” (categoría 7).

El número de centros homologados para personal ferroviario ha sido considerado adecuado por esta Comisión en el Informe CNMC de 2013 sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril³³. Concretamente, en las páginas 123 a 124 del mencionado Informe CNMC 2013 se dice que:

Tradicionalmente existía una falta de centros de formación alternativos a Renfe-Operadora, originando problemas de acceso a los maquinistas por los nuevos entrantes. Sin embargo, en los últimos años, habrían surgido empresas de formación homologadas por el Ministerio de Fomento, pertenecientes a otras empresas ferroviarias o independientes que han paliado esta cuestión.

Si se considera que en la actualidad existen 7 centros homologados para impartir la formación de “maquinista” (categoría 9)³⁴, únicamente hay un centro menos (6 centros, como hemos dicho antes) para formar a “cargadores”, por lo que tampoco podría alegarse en este caso una falta o número insuficiente de centros formativos.

II.3 Regulación de la situación del personal de carga y descarga en otros sectores de transporte: transporte por carretera y marítimo.

II.3.1 El personal de carga en transporte por carretera

³¹ Artículo 9.1.j) del Real Decreto 1072/2014, de 19 de diciembre, por el que se crea la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria y se aprueba su Estatuto.

³² El listado actualizado de centros homologados se publica (http://www.seguridadferroviaria.es/AESF/LANG_CASTELLANO/AGENTES/CENTFORHOM/) en la página oficial de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF), órgano creado por Real Decreto 1072/2014, de 19 de diciembre. Actualmente hay seis centros homologados para la categoría 7 (cargador), que son los siguientes: Renfe, Adif, Cetren, Centro Europeo de Formación Ferroviaria, Create Human Resources y Forsel Consulting. La mayoría de estos centros tienen su sede en Madrid, salvo dos: Create Human Resources (Sevilla) y Forsel Consulting (Valladolid).

³³ Véase:

http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2013/CNC_TRANSORTE%20FERROCARRIL.pdf.

³⁴ Esto es: Renfe, Adif, Cetren, Cefoim, Ceff, Acciona Rail y Create Human Resources. Véase:

http://www.seguridadferroviaria.es/AESF/LANG_CASTELLANO/AGENTES/CENTFORHOM/.

Tanto el artículo 47 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre, como el artículo 33 y ss de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre³⁵, regulan la capacitación profesional del transportista así como de las personas que realicen las actividades de agencia de transporte de mercancías, transitaria y almacenista-distribuidor, pero no la capacitación o formación específicas del personal auxiliar que tenga encomendada la carga y descarga³⁶.

Dicha capacitación específica, sin embargo, sí se exige en el caso del transporte de mercancías peligrosas por carretera según el artículo 37 del Real Decreto 97/2014 de 14 de febrero, por el que se regulan las operaciones relativas a este tipo de mercancías.

II.3.2 El personal de carga en el transporte marítimo

En el caso del sector marítimo no se exige una habilitación especial para el personal estibador (carga y descarga), aunque sí una formación y titulación profesionales específicas. El artículo 153.1 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobada por RD Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, prevé que:

las actividades incluidas en el servicio de manipulación de mercancías deberán ser realizadas por trabajadores que cuenten con alguna de las titulaciones de formación profesional de grado medio o superior que se determine por Orden del Ministerio de Fomento.

Mediante Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre, se especifican las titulaciones de formación profesional exigibles para la prestación del servicio portuario de manipulación (carga y descarga) de mercancías³⁷.

Finalmente, la contratación de estibadores portuarios en España ha sido objeto de liberalización a raíz de la Sentencia de la Sala Sexta del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13). En ella se declaró contraria a la libertad de establecimiento del artículo 49 TFUE la imposición a las empresas estibadoras de otros Estados miembros, que deseaban desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general, la obligación de contratar con carácter prioritario y permanente a un mínimo

³⁵ Desarrollado por Orden FOM/734/2007, de 20 de marzo.

³⁶ La Orden FOM/2861/2012, de 13 de diciembre, que regula el documento de control administrativo de las mercancías, tampoco establece requisitos de capacitación profesional para llevar a cabo las tareas de carga y descarga de la misma.

³⁷ Dicha orden ha sido aplicada por la S AN (Sección 8ª) de 28 de mayo de 2014, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm.795/2012, en relación a la convalidación de titulaciones procedentes de otros Estados de la UE.

de trabajadores puestos a disposición por una determinada entidad española (Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios).

Resulta especialmente relevante para este informe el razonamiento contenido en el apartado 55 de la Sentencia:

... existen medidas que son menos restrictivas que las aplicadas por el Reino de España y que, al mismo tiempo, son idóneas para conseguir un resultado similar y para garantizar tanto la continuidad, regularidad y calidad del servicio de manipulación de las mercancías como la protección de los trabajadores. De este modo, por ejemplo, tal como sugiere la Comisión, cabría la posibilidad de prever que sean las propias empresas estibadoras las que, pudiendo contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, gestionen las oficinas de empleo que han de suministrarles su mano de obra y organicen la formación de esos trabajadores, o la posibilidad de crear una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas, que funcionen como agencias de empleo temporal y que pongan trabajadores a disposición de las empresas estibadoras.

II.4. Análisis del caso a la luz de los principios de, necesidad y proporcionalidad y de no discriminación de los artículos 3, 5 y 17 de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado.

II.4.1 Aplicación al caso de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado.

Del artículo 2 LGUM en relación con la letra b) del Anexo de la misma norma se desprende que la LGUM se aplica a “*cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios*”.

Por tanto, y siendo la actividad objeto de este informe la carga y descarga de mercancías en el ámbito del transporte ferroviario, le resulta de aplicación plena la LGUM. Ello también se deriva de la lectura de la Exposición de Motivos de la propia LGUM³⁸.

Asimismo, la CNMC ha emitido con anterioridad informes de los artículos 26 y 28 LGUM en los sectores del transporte terrestre³⁹ y aéreo⁴⁰.

³⁸ “La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos.”

³⁹ Véanse Informes UM/051/14, UM/003/15 y UM/012/15.

⁴⁰ Véase Informe UM/043/14.

II.4.2 Análisis del principio de no discriminación del artículo 3 LGUM con relación a los operadores de carga por carretera y a los operadores de carga ferroviaria de otros Estados de la UE.

En la carta anexa a su escrito de solicitud, la asociación interesada plantea una posible situación de discriminación entre los cargadores ferroviarios españoles y los operadores de carga por carretera, de un lado y entre los cargadores ferroviarios españoles y sus homólogos de la UE, de otro lado.

El artículo 3 de la LGUM prevé que:

1. Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento.

2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico.

Este principio ha sido aplicado por la CNMC al sector del transporte en sus anteriores Informes UM/048/14 y UM/051/14, de 20 y 27 de octubre de 2014.

El principio de no discriminación contenido en este precepto se refiere específicamente a la prohibición de trato discriminatorio por razón de establecimiento o residencia de los operadores económicos ubicados dentro de España. No obstante, una lectura amplia del precepto permite también identificar supuestos de discriminación entre operadores ajenos al factor territorial, siempre que de facto deriven de una arbitraria regulación del acceso o del ejercicio de una actividad que conduzca a una desigualdad de trato no justificada. Más cuestionable sería que el precepto afecte a situaciones desiguales sobre la base de la tomar por referencia operadores situados en España y operadores situados en otros Estados de la UE.

En todo caso, del análisis efectuado no parece que haya elementos que permitan concluir que la regulación existente suponga un trato desigual, ante situaciones de facto equivalentes, en relación con el régimen aplicable en otros Estados miembros o el régimen aplicable a operadores comunitarios no españoles. Asimismo, tampoco cabe apreciar que concurra un trato discriminatorio entre el régimen aplicable al transporte ferroviario y al transporte por carretera o marítimo desde el momento en que concurren en las situaciones de hecho (las distintas modalidades de transporte) diferencias tales que impiden tomar por referencia situaciones de hecho iguales o equivalentes a los efectos de apreciar el posible trato desigual e injustificado.

II.4.3 Análisis de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM y del artículo 39bis LRJPAC.

El artículo 5 de la LGUM señala que:

- 1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.*
- 2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.*

En el mismo sentido, el artículo 39bis de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) prevé que:

- 1. Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.*
- 2. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan.*

En cuanto a la **necesidad** de la restricción, ésta debe motivarse en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por remisión al mismo del artículo 5 LGUM. El citado artículo 3.11 define “razón imperiosa de interés general” como:

razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las

transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

Resulta evidente la concurrencia, en este caso, de una razón imperiosa de interés general de “seguridad pública”⁴¹ y protección de la “seguridad” de los destinatarios de los servicios ferroviarios así como del resto de trabajadores del sistema ferroviario. En efecto, verificar el debido acondicionamiento así como la correcta sujeción, estabilidad e integridad de la carga en los trenes es considerada una tarea de seguridad crítica no sólo por las autoridades ferroviarias de otros Estados miembros de la UE⁴² sino también por la Agencia Ferroviaria Europea (ERA)⁴³.

Además, en el artículo 4.4 de la Directiva 2004/49/CE se recoge la obligación general de todos los prestadores de servicios a AIF y a EF (inclusive cargadores) de garantizar que dichos servicios se prestan de forma segura.

Concurre, por tanto y en este caso, la *necesidad* en la imposición al personal de carga y descarga ferroviaria de una obligación específica de contar con conocimientos sobre seguridad ferroviaria.

Sin embargo, en lo relativo a la **proporcionalidad** de la medida, debe analizarse si la forma de garantizar dichos conocimientos mínimos de seguridad al personal de carga y descarga puede asegurarse mediante un sistema menos gravoso, como, por ejemplo, exigir una formación o titulación concretas regladas, como en el caso de los estibadores portuarios.

En este caso concreto, la Administración no ha acreditado que las razones de interés general de protección de seguridad pública y de la seguridad de los usuarios y trabajadores del sistema ferroviario no puedan ser efectivamente tuteladas mediante un sistema de formación sin necesidad de habilitación, en el sentido de lo señalado en el apartado 55 de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13), antes citada. Así, en el antes citado Informe CNMC PRO/CNMC/003/15, de 1 de septiembre de 2015, esta Comisión ha señalado que el sistema de habilitación profesional debería aplicarse en

⁴¹ La razón de “seguridad pública” también se incluye en el artículo 17.1.a) LGUM.

⁴² Véase página 14 del documento “Safety critical tasks” (Railway Safety Publication 4) de la Office of Rail Regulation del Reino Unido (http://orr.gov.uk/_data/assets/pdf_file/0014/2633/rsp004-rogs-crtdl_tasks.pdf). Allí se dice que: “Before starting a journey loaded goods vehicles should be checked to ensure that they are correctly loaded, including checking that the gross vehicle weight and any uneven loading are within limits, the goods are satisfactory secured and the goods and any components do not and will not infringe the vehicle loading gauge during the journey.”

⁴³ Véanse páginas 24, 26, 28 y 30 y Appendix 2 Continued de ERA/2012/SAF/NP/02 (<http://www.era.europa.eu/Document-Register/Pages/Study-Human-Factors-Integration.aspx>). Allí se incluye como uno de los objetivos de la seguridad ferroviaria el “mantenimiento de la integridad de la carga”.

aquellos puestos o funciones que resulten esenciales para la seguridad ferroviaria, aplicando al resto de puestos un sistema de formación sobre la base de la responsabilidad del empleador.

En todo caso, en el supuesto de que la Administración reclamada decidiera mantener el sistema de habilitación existente para el personal de carga, dicho sistema debería modificarse puesto que las habilitaciones concedidas al personal de carga y descarga por los Administradores de Infraestructuras o por las Empresas Ferroviarias son revocadas cuando dicho personal cesa en la prestación de sus servicios⁴⁴, hecho que no guarda relación alguna con la capacidad del personal y dificulta la contratación de personal especializado por parte de los operadores económicos del sector.

Para evitar dicha situación, sería recomendable que las habilitaciones fueran expedidas por Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF), organismo que se encargaría también de su control, suspensión y revocación, de forma análoga a lo que ocurre en el tráfico aéreo, en que la Agencia Española de Seguridad Aérea (AESA) es la encargada de expedir licencias al personal aeronáutico⁴⁵. Con carácter transitorio, y hasta que la AESF asumiera dichas competencias, podría aplicarse el principio de “conservación” de las habilitaciones ya expedidas, de forma que no se pierda la habilitación por parte del personal al cambiar de empresa⁴⁶.

III. CONCLUSIONES

A juicio de esta Comisión:

1º.- Concorre en este caso una razón imperiosa de interés general que justifica, a tenor del artículo 5 LGUM, la imposición de una obligación de contar con conocimientos específicos en materia de seguridad ferroviaria al personal que supervisa y, en su caso, ejecuta operaciones de carga y descarga en el sistema ferroviario español.

2º.- La imposición de la citada obligación como norma específica de seguridad nacional, está amparada en el artículo 8.4 y Anexo II apartado 6) de la Directiva 2004/49/CE, debiendo ser, en todo caso, notificada a la Comisión Europea.

3º.- No obstante, la exigencia de *habilitación* al mencionado personal, además de *formación* específica en materia de seguridad ferroviaria, podría resultar desproporcionada, puesto que la Administración no ha acreditado en este

⁴⁴ Art.23.5.b) de la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre.

⁴⁵ Véanse artículos 9.1.a) y 28.2.b) de Real Decreto 184/2008, de 8 de febrero, que aprueba el Estatuto de AESA.

⁴⁶ Véase página 19 de Informe CNMC PRO/CNMC/003/15, de 1 de septiembre de 2015.

caso que las razones de interés general de protección de seguridad pública y de la seguridad de los usuarios y trabajadores del sistema ferroviario no puedan ser efectivamente tuteladas mediante un sistema menos distorsionador de la actividad económica (formación en centros acreditados con pruebas de aptitud), sin necesidad de habilitación, en el sentido de lo señalado en el apartado 55 de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13).

4º.- En todo caso, en el supuesto de que la Administración decidiera mantener el sistema de habilitación existente para el personal de carga, dicho sistema debería modificarse puesto que las habilitaciones concedidas al personal de carga y descarga por los Administradores de Infraestructuras o por las Empresas Ferroviarias son revocadas cuando dicho personal cesa en la prestación de sus servicios⁴⁷, hecho que no guarda relación alguna con la capacidad del personal y dificulta la contratación de personal especializado por parte de los operadores económicos del sector.

5º.- Se recomendaría que las habilitaciones fueran expedidas por Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF), organismo que se encargaría también de su control, suspensión y revocación, de forma análoga a lo que ocurre en el tráfico aéreo, en que la Agencia Española de Seguridad Aérea (AESA) es la encargada de expedir licencias al personal aeronáutico. Y con carácter transitorio, hasta que la AESF asuma dichas competencias, debería introducirse en el ordenamiento sectorial el principio de conservación de las habilitaciones vigentes, de forma que se garantice al personal previamente habilitado que no perderá dicha habilitación al cambiar de empresa.

⁴⁷ Art.23.5.b) de la Orden FOM/2872/2010, de 5 de noviembre.