

RESOLUCIÓN SOBRE EL ACUERDO MARCO PARA LA RESERVA DE CAPACIDAD ENTRE LA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL ADIF-ALTA VELOCIDAD E INTERMODALIDAD DEL LEVANTE S.A.

CONSEJO. PLENO

Expediente: STP/DTSP/014/20

Presidente

D. José María Marín Quemada

Vicepresidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo

Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 6 de abril de 2020

En el ejercicio de la función establecida en el artículo 11.1.g) y 11.2.e) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), en relación con el artículo 13.3 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 (en adelante, Orden FOM/897/2005), el Pleno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) emite la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de julio de 2019 la Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad (en adelante, ADIF AV) publicó la modificación de la Declaración sobre la Red 2019 dando transparencia a la capacidad disponible para suscribir acuerdos marco.

El Pleno de la CNMC informó estas modificaciones mediante Acuerdo de 25 de junio de 2019 por el que se emite informe relativo a las propuestas de ADIF y ADIF Alta Velocidad sobre la modificación de la Declaración sobre la Red de 2019¹ (en adelante, Acuerdo de 25 de junio de 2019).

SEGUNDO.- El 28 de noviembre de 2019 tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de ADIF AV en el que comunicaba el Acuerdo de su Consejo de Administración por el que se asigna provisionalmente la capacidad marco. Según este escrito, solicitaron capacidad marco los siguientes candidatos: Renfe Viajeros, S.M.E., S.A. (en adelante, RENFE Viajeros), Eagle Rail, S.A. (en adelante, EAGLE RAIL), Rielsfera, S.A.U. (en adelante, RIELSFERA), Motion Rail, S.A. (en adelante, MOTION RAIL), Eco Rail, S.A. (en adelante, ECORAIL) e Intermodalidad del Levante, S.A. (en adelante, ILSA).

Además, en virtud de este Acuerdo del Consejo de Administración de ADIF AV se adjudica la capacidad marco, de forma provisional, a: RENFE Viajeros, ILSA y RIELSFERA.

TERCERO.- El 10 de diciembre de 2019 se requirió a ADIF AV determinada información relativa al proceso de adjudicación de capacidad marco que fue contestada mediante escrito que tuvo entrada en el registro de esta Comisión el 3 de enero de 2020.

CUARTO.- El 26 de febrero de 2020 se recibió en el registro de la CNMC escrito de ADIF AV comunicando la ampliación por 1 mes y medio del plazo establecido mediante Acuerdo del Consejo de Administración de 27 de noviembre de 2019 para la firma de todos los acuerdos marco.

QUINTO.- El 24 de marzo de 2020 tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de ADIF AV dando traslado del borrador del Acuerdo Marco que esta entidad prevé suscribir con ILSA, para que previamente a su firma sea aprobado, si procede, por la CNMC.

En su escrito, ADIF AV también señala que los tres candidatos pre-adjudicatarios de capacidad marco *“han prestado su consentimiento expreso, de conformidad con la excepción establecida en la Disposición Adicional Tercera.3 del Real Decreto 463/2020, para la no suspensión de los términos y plazos establecidos en el presente procedimiento durante la vigencia del estado de alarma”*.

¹ https://www.cnmc.es/sites/default/files/2541816_2.pdf

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

El artículo 11.2.e) de la LCNMC establece que la CNMC supervisará y controlará, por iniciativa propia, *“las disposiciones sobre el acceso a la infraestructura y a los servicios ferroviarios, así como el procedimiento de adjudicación y sus resultados”*.

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

El artículo 13.3 de la Orden FOM/897/2005 establece que los acuerdos marco deberán ser previamente aprobados por la CNMC.

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

II. VALORACIÓN DEL PROCESO DE ADJUDICACIÓN DE CAPACIDAD MARCO

II.1. Descripción del proceso seguido por ADIF AV

En línea con lo manifestado en el Acuerdo de la CNMC de 25 de junio de 2019, la Declaración sobre la Red publicada por ADIF AV permitió que las empresas ferroviarias solicitaran capacidad marco con la flexibilidad suficiente para reflejar su plan de negocio, no viéndose limitadas a la estructura propuesta de paquetes.

Una vez recibidas las solicitudes, ADIF AV constató que el conjunto de peticiones superaba con mucho la capacidad disponible y hacía imposible el proceso de coordinación previsto para hacerlas compatibles². A continuación procedió a valorar si las peticiones de capacidad marco resultaban realistas a la vista de los planes de operaciones y económico-financieros de los candidatos³.

² En el segundo año de apertura del mercado, la capacidad media solicitada ya alcanzaría prácticamente la ofertada, siendo incluso un 10% superior en el caso del corredor Madrid-Barcelona. A partir del horario de servicio 2025-2026, cuando los planes de negocio de los candidatos estuvieran plenamente operativos, la capacidad media solicitada superaría la disponible en un 40%, incrementándose hasta el 70% en el corredor Madrid-Barcelona y el 30% en el de Levante y Sur.

³ Para este análisis, de acuerdo con el punto 12 del Anexo P de la Declaración sobre la Red, los candidatos debían aportar la información detallada sobre sus planes operativos, recursos disponibles para su realización, incluyendo el material rodante, fuentes de financiación, composición societaria, etc.

ADIF AV analizó esta información, concluyendo que:

- En relación con los planes de operaciones presentados por los 6 candidatos *“desde el punto de vista de material rodante, personal e instalaciones, se constata la viabilidad técnica de todos ellos”*.
- En relación con la composición societaria y plan económico financiero, *“todos los candidatos han justificado la coherencia financiera de sus solicitudes, conforme a lo establecido en el anexo P de la Declaración de Capacidad Marco”*.

En el caso particular de ILSA se hacía constar que su plan económico financiero *“se sujeta necesariamente en la participación final de TrenItalia en el accionariado del Candidato, en los términos y porcentajes expuestos en la oferta presentada, de modo que, si finalmente no fuese efectiva dicha participación, el plan económico financiero quedaría gravemente comprometido hasta el punto de no considerar coherente el Plan de Negocio”*.

Una vez valorado que las peticiones de capacidad marco de los seis candidatos resultaban realistas y coherentes con su plan de negocio, se procedió, de acuerdo con el punto 5 del Anexo P de la Declaración sobre la Red, a aplicar el criterio de priorización, en el sentido de que *“candidato que objetivamente solicite el mayor número de los surcos propuestos, en un periodo máximo de 10 años, (...), a contar desde el 14 de diciembre de 2020, será el adjudicatario de la capacidad de un paquete”*.

La tabla siguiente presenta las peticiones de capacidad del conjunto de los candidatos, resaltándose los candidatos con un mayor número de surcos solicitados:

Surcos	Paquete A		Paquete B		Paquete C	
Capacidad ofertada	760.032		350.784		109.620	
	Surcos solicitados	% ofertado	Surcos solicitados	% ofertado	Surcos solicitados	% ofertado
RENFE Viajeros	652.305	86%				
EAGLE RAIL	43.088	6%	43.088	12%		
RIELSFERA			189.978	54%	109.620	100%
MOTION RAIL			150.595	43%	94.495	86%
ECORAIL			228.451	65%	98.100	89%
ILSA			245.513	70%		

Fuente: elaboración propia a partir de los datos suministrados por ADIF

II.2. Análisis de las peticiones de capacidad

El 10 de diciembre de 2019 se requirió a ADIF AV para que aportase la documentación necesaria para conocer y valorar la información empleada por el gestor de infraestructuras y los criterios utilizados para su evaluación de las diferentes solicitudes de capacidad marco.

A continuación, se resumen los aspectos más relevantes de las propuestas que los candidatos presentaron a ADIF AV:

- RENFE Viajeros cuenta con 96 trenes con los que actualmente presta los servicios de alta velocidad, a los que prevé añadir 30 nuevos trenes del fabricante TALGO (Modelo AVRIL) así como 19 trenes adicionales resultado de la transformación de trenes hoteles Talgo de la serie 7. RENFE Viajeros adjudicó a TALGO los señalados trenes AVRIL el 28 de noviembre de 2016, y se prevé que estén disponibles para operar en 2021.

RENFE Viajeros plantea unas inversiones en material rodante superiores a los 900 millones de euros, que se financiarán con fondos propios y a través del contrato general de tesorería firmado con la E.P.E. Renfe Operadora.

- RIELSFERA utilizará desde diciembre de 2020 una flota de trenes propiedad de SNCF y que actualmente realizan servicios internacionales entre diferentes ciudades francesas y Barcelona. Para ello durante este año 2020 prevé realizar los ensayos y circulaciones de prueba para su autorización en las líneas ferroviarias para las que este candidato ha solicitado capacidad.

RIELSFERA invertirá más de 700 millones de euros para sus operaciones en España, que financiará parcialmente con una aportación de capital inicial por parte de su matriz SNCF. Además, ha previsto líneas de financiación corporativa para la adquisición del material rodante, así como la reinversión de los resultados positivos de su operativa.

- ILSA garantiza el inicio de sus operaciones a principios de 2022 aportando una carta de compromiso del fabricante y un acuerdo para el arrendamiento de trenes. El plan económico-financiero de ILSA prevé aportaciones de sus accionistas para financiar sus operaciones durante los primeros ejercicios de actividad.
- ECORAIL, que también había previsto operar a principios de 2022, no concreta la fórmula de acceso al material rodante, más allá de cartas de compromiso para su fabricación y, en su caso, arrendamiento. Solo uno de los compromisos de fabricación del material rodante sería compatible con la fecha de inicio de la actividad a que se compromete este candidato.

El plan económico-financiero de ECORAIL plantea la aportación de fondos propios de sus accionistas además de una eventual línea de crédito con una

entidad financiera. La financiación prevista por este candidato no cubre la adquisición del material rodante para el que ECORAIL ha previsto su arrendamiento.

- MOTION RAIL adquiriría material rodante para operar, por lo que las necesidades de inversión previstas se situarían en torno a 400 millones de euros. Para su financiación contaba con el respaldo financiero de sus accionistas y de un fondo de inversión. Además, aportaba cartas de compromiso de diferentes entidades financieras con las que pretende asegurarse líneas de crédito.
- Por último, EAGLE RAIL solo solicitaba capacidad en el corredor Madrid-Barcelona, proponiendo el inicio de sus operaciones en el último trimestre de 2023, plazo coherente con el indicado por el fabricante para el suministro y autorización de puesta en servicio de los trenes. Este candidato, con unas inversiones estimadas que no alcanzaban los 300 millones de euros, preveía una aportación de fondos propios de sus socios que se completarían con financiación bancaria avalada por una carta de compromiso de una entidad financiera.

ADIF AV ha considerado las mismas variables y criterios para valorar las solicitudes de todos los candidatos, por lo que cabe concluir que se han respetado los principios de no discriminación en la pre-adjudicación de capacidad marco.

Si bien ADIF AV ha considerado que todas las ofertas recibidas son viables técnica y financieramente⁴, una revisión de los planes de operaciones y económico-financieros de los diferentes candidatos indica que su cumplimiento no deja de estar sujeto a un cierto grado de incertidumbre:

- Los riesgos de incumplimiento de las solicitudes de capacidad marco de RENFE Viajeros y RIELSFERA son más reducidos, dado que su material rodante ya está fabricado. Los posibles retrasos en la entrada por las autorizaciones de puesta en servicio de los nuevos trenes se considera que están limitados, dado que este proceso ya estaría en marcha o se iniciaría próximamente.
- La fecha de entrada de ILSA en el mercado depende de que se cumplan los plazos previstos por el fabricante para la producción del material rodante y, posteriormente, la efectiva obtención de la autorización de puesta en servicio para la red ferroviaria en España. Por el contrario, este candidato ya cuenta con un acuerdo para el arrendamiento de trenes.

⁴ Con la excepción de que, entre los pre-adjudicatarios, la solvencia financiera de ILSA se encontraba condicionada a que se produjera efectivamente la entrada en su capital de Trenitalia.

- La entrada de cualquier nuevo operador en el corredor Sur requiere no solo la disponibilidad de material rodante, sino de equipos de señalización LZB, que serán necesarios hasta la puesta en servicio en ese corredor de la señalización ERTMS.
- La incertidumbre sobre el cumplimiento de los plazos previstos en las peticiones de capacidad marco de MOTION RAIL y ECORAIL sería superior, tanto por la necesidad de fabricar los nuevos trenes como por su dependencia de líneas de crédito cuya aprobación está sujeta a una posterior valoración de riesgos.

Por ello, se considera que las propuestas más realistas en cuanto a disponibilidad de material rodante y solvencia financiera son precisamente las de los tres candidatos pre-adjudicatarios de capacidad marco.

III. PROCESO DE COORDINACIÓN DE LOS ACUERDOS MARCO

El proceso de coordinación de los acuerdos marco supone la concreción de las características de la capacidad marco adjudicada a cada candidato, especificando aspectos operativos como las paradas intermedias en el trayecto o las prolongaciones de las capacidades a otras estaciones, tal y como se recoge en el punto 2 del Anexo P de la Declaración sobre Capacidad Marco.

En esta fase del proceso, el gestor también ha de abordar la asignación de capacidad remanente a la pre-adjudicada a los tres candidatos (definida como aquella que se considera apta para formar parte de un eventual acuerdo marco⁵).

El Acuerdo de 25 de junio de 2019 abordó la asignación de esta capacidad marco remanente. De forma preliminar es necesario subrayar que en este Acuerdo se señalaba que *“las empresas ferroviarias podrán realizar las solicitudes de capacidad marco que consideren adecuadas, sin estar vinculadas por la estructura fijada del administrador de infraestructuras. Esta tan solo ha de interpretarse como una priorización de solicitudes de capacidad en caso de peticiones de capacidad incompatibles entre sí, que pretendería una optimización del uso de la red y la entrada de al menos dos operadores alternativos, pero no como una vinculación de los planes de negocio de potenciales entrantes al esquema propuesto por el administrador de la red”*.

La versión definitiva de la Declaración sobre la Red 2019 publicada por ADIF AV recogía este aspecto señalado por la CNMC, y el gestor puso a disposición de los solicitantes un formulario para la petición de surcos adicionales en otros

⁵ Surcos que estén disponibles en uno o varios días genéricos de circulación durante un periodo ininterrumpido de 5 horarios de servicio.

paquetes. RENFE Viajeros y RIELSFERA hicieron uso de esta posibilidad, solicitando surcos adicionales sobre la capacidad ofertada en el paquete A y C respectivamente.

ADIF AV ha intentado atender las solicitudes de capacidad marco realizadas por RENFE Viajeros y RIELSFERA en otros paquetes distintos a los que les han correspondido en la pre-adjudicación, si bien existe una fuerte incompatibilidad con la capacidad pre-asignada de los paquetes. Como resultado, tan solo RENFE Viajeros ha obtenido un surco de capacidad marco adicional (en el corredor de Levante) a lo pre-adjudicado en el Paquete A.

La CNMC también consideró la posibilidad de que existiera capacidad marco no solicitada durante el proceso, señalando que en *“caso de que después de este proceso de asignación quedara capacidad disponible, ADIF AV, dentro de este mismo procedimiento, la ofrecerá a continuación a los candidatos cuyas solicitudes no hayan podido ser atendidas como se ha señalado”*.

Una vez concluido este proceso, el gestor de infraestructuras ofrecerá dicha capacidad marco remanente a las empresas ferroviarias y candidatos. Para ello, de acuerdo con el artículo 3.4 del RE 2016/545, ADIF AV deberá actualizar *“la declaración de capacidad marco en el plazo de tres meses desde la celebración de un acuerdo marco, una modificación sustancial del mismo, o su rescisión, y pondrá esa información a disposición de forma compatible con la confidencialidad comercial”*.

Por tanto, se considera adecuado que ADIF AV haya utilizado la capacidad remanente para atender en primer lugar las solicitudes adicionales de los pre-adjudicatarios de los paquetes de capacidad marco definidos en la Declaración sobre la Red, así como que la capacidad marco remanente no pre-adjudicada sea posteriormente puesta a disposición de otras empresas ferroviarias y candidatos.

IV. PROPUESTA DE ACUERDO MARCO

IV.1. Descripción general del Acuerdo Marco y cumplimiento de los requisitos por parte de ILSA

El artículo 38.3 de la Ley del Sector Ferroviario establece que los *“administradores de infraestructuras y los candidatos podrán celebrar acuerdos marco para la reserva de capacidad en los que se especificarán las características de la capacidad de infraestructura solicitada y ofrecida al candidato por una duración superior a un período de vigencia del horario de servicio”*.

El Acuerdo Marco remitido se compone de trece cláusulas que tratan: i) el objeto del acuerdo; ii) los compromisos de las partes, incluyendo las penalizaciones en caso de incumplimiento; iii) la vigencia del acuerdo; iv) las condiciones de su

modificación y resolución; v) resolución de conflictos, y; vi) confidencialidad y protección de datos. Además, el Acuerdo Marco incluye tres Anexos:

- El Anexo 1 se refiere a “Parámetros Técnicos y Operacionales” e incluye información sobre las características del material rodante (fabricante, modelo, sistemas embarcados, velocidad máxima, corriente, peso, ejes, longitud y plazas), las líneas ferroviarias incluidas en el Acuerdo, así como las condiciones generales de explotación, haciendo referencia al inicio del servicio, frecuencias máximas, paradas y tiempo de viaje aproximado.
- El Anexo 2 incluye la capacidad marco reservada, que se corresponde con el modelo SCM2 presentado y, en su caso los surcos remanentes adjudicados en el proceso de coordinación.
- El Anexo 3 se refiere al compromiso de reducción de huella de carbono.

ILSA limitó su solicitud de capacidad marco a surcos incluidos en el paquete B, por lo que todas sus peticiones han sido atendidas sin necesidad de recurrir al procedimiento señalado anteriormente.

Por otra parte, el artículo 38.4 señala que los acuerdos marco *“no determinarán los surcos ferroviarios en detalle”*. El Anexo 2 del Acuerdo Marco no establece el surco concreto reservado sino franjas horarias aproximadas. La cláusula 3ª del Acuerdo Marco compromete al candidato a solicitar capacidad para cada horario de servicio, mientras que la 9ª señala que peticiones adicionales se regirán por los procedimientos específicos establecidos en la Declaración sobre la Red.

ADIF AV estableció, en su Resolución de pre-adjudicación, que el plan económico financiero de ILSA *“se sujeta necesariamente en la participación final de Trenitalia en el accionariado del Candidato, en los términos y porcentajes expuestos en la oferta presentada, de modo que, si finalmente no fuese efectiva dicha participación, el plan económico financiero quedaría gravemente comprometido hasta el punto de no considerar coherente el Plan de Negocio”*.

El 4 de febrero de 2020 se comunicó a la Comisión Europea la operación por la que Trenitalia S.p.A. entraría a formar parte del capital del ILSA. El 25 de febrero la Comisión Europea concluyó que dicha operación es compatible con el mercado interior⁶.

ADIF AV ha aportado, asimismo, la escritura de fecha 27 de febrero de 2020 que formaliza la adquisición de acciones por parte de Trenitalia, S.p.A.

⁶ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9768_74_3.pdf

representativas del porcentaje del capital social del candidato Intermodalidad de Levante, S.A. comprometido en el plan económico-financiero.

IV.2. Modificación del Acuerdo Marco

De acuerdo con el artículo 6.2 del RE 2016/545, los Acuerdos Marco deben contener *“disposiciones que permitan solicitudes de modificación de la capacidad marco”*. El Acuerdo Marco comunicado contiene diferentes disposiciones que permiten tanto cambiar la capacidad solicitada como el propio Acuerdo, estableciéndose las consecuencias de ello.

Las Cláusulas 2ª.2) y 3ª.2) prevén que tanto ADIF AV como el candidato soliciten capacidad en cada horario de servicio anual con un margen del 10% con respecto a la capacidad incluida en el Acuerdo Marco sin penalización. Estas previsiones cumplen con lo establecido en el citado artículo 6.2 del RE 2016/545 al permitir el ajuste en la petición de capacidad sin modificar el Acuerdo Marco.

El artículo 11.3 de dicho Reglamento permite que el regulador pueda solicitar la modificación de *“la proporción de capacidad marco que deberán utilizar las partes en el acuerdo marco”* si esta proporción no es adecuada *“habida cuenta de la capacidad utilizada en la línea”*.

A este respecto es necesario señalar que los porcentajes señalados de uso, de al menos el 90%, han sido acordados entre el gestor de las infraestructuras y los tres candidatos pre-adjudicatarios de capacidad marco. Por otra parte, la utilización prevista de las líneas incluidas en el Acuerdo Marco es alta, por lo que los umbrales de utilización mínima deben ser elevados dada la demanda potencial observada durante el proceso de solicitud.

Por tanto, en el momento actual, se considera que los porcentajes propuestos en el Acuerdo Marco resultan adecuados.

Por otra parte, la cláusula 3ª.3) añade, según lo establecido en el artículo 13.3.a) del RE 2016/545, que el *“administrador de infraestructuras no solicitará el pago de la compensación en los casos siguientes:*

- a) *Cuando el acuerdo haya sido modificado o anulado por causas ajenas a la voluntad del candidato y que hayan sido comunicadas sin demora al administrador de infraestructuras;*

- b) *Cuando el candidato haya visto denegada una solicitud complementaria de capacidad marco de la que dependía la viabilidad del servicio ferroviario previsto;*

- c) *Cuando el administrador de infraestructuras haya podido readjudicar los surcos y la capacidad marco de tal forma que las pérdidas derivadas de la modificación o rescisión del acuerdo marco ya estén cubiertas”.*

La posibilidad prevista en el epígrafe a) anterior sobre la posibilidad de que el gestor no aplique penalizaciones cuando se modifique el acuerdo marco por “causas ajenas a la voluntad del candidato” cobra especial importancia tanto ante los riesgos señalados sobre la disponibilidad de material rodante y de equipos de señalización y los plazos comprometidos para iniciar los servicios como por la incertidumbre intrínseca sobre la evolución de la demanda de transporte en un periodo tan extenso como el cubierto por los Acuerdos Marco.

La situación derivada de la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 muestra la diversidad de situaciones por las que los candidatos, aun habiendo solicitado la capacidad que realmente necesitan, podrían no cumplir sus peticiones de capacidad marco.

A este respecto, el artículo 13.3.a) del señalado Reglamento pretende reducir los riesgos que afrontan los candidatos posibilitando la modificación del Acuerdo Marco sin que deban abonarse penalizaciones a los gestores de infraestructuras.

Por último, el acuerdo marco prevé también que ADIF AV pueda realizar obras que pueden requerir afecciones sobre la capacidad de la infraestructura puesta a disposición en el Acuerdo Marco, según se prevé en las cláusulas 4^a.3) y 7^a.3).

IV.3. Plazo del Acuerdo Marco

La cláusula 6^a.1) de la propuesta de Acuerdo Marco correspondiente al paquete B pre-adjudicado a ILSA establece que *“el presente acuerdo marco desplegará efectos a la fecha de su firma y tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre de 2031, conforme al Plan de Negocio presentado por el Candidato en el Proceso de Adjudicación de Capacidad Marco”.*

Esto es, la duración propuesta es de 10 años a contar desde el 1 de enero de 2022, fecha en la que ILSA prevé empezar a operar.

Esta forma de computar la duración del Acuerdo Marco está prevista en el considerando 7 del RE 2016/545, que indica la necesidad de que *“los candidatos dispongan de un cierto plazo entre la celebración del acuerdo marco y el inicio de los servicios previstos en el acuerdo durante el cual puedan, entre otras cosas, reunir las autorizaciones y certificados necesarios y adquirir el material rodante. Los candidatos que demuestren la necesidad de disponer de este plazo antes de iniciar las operaciones no deben ser penalizados con la reducción del plazo de vigencia de sus acuerdos marco”.* En esta misma línea el Anexo P de la Declaración sobre la Red de ADIF establecía que *“el candidato podrá solicitar que el uso efectivo de la capacidad marco adjudicada dé inicio en un momento posterior, no superior a cinco años desde la fecha de solicitud. En tales*

supuestos, el período de capacidad reservada se computará desde el inicio del uso efectivo de dicha capacidad”.

Por otra parte, el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario establece que los *“acuerdos marco tendrán una vigencia máxima de cinco años, renovable por períodos iguales”*. Sin embargo, este mismo artículo prevé la posibilidad de acordar una duración superior *“cuando esté justificado por la existencia de contratos comerciales, inversiones especializadas o riesgos”*. El artículo 13.2 de la Orden FOM/897/2005 señala que con *“carácter general y salvo causas excepcionales debidamente acreditadas en el expediente, los acuerdos marco tendrán una vigencia de cinco años”*.

De acuerdo con el marco regulatorio anterior, duraciones de los acuerdos marcos superiores a 5 años son excepcionales, deben estar justificadas y debidamente acreditadas en el expediente sobre la base de: i) contratos comerciales; ii) inversiones especializadas, o; iii) riesgos.

Por tanto, la aprobación del Acuerdo Marco entre ADIF AV e ILSA por el plazo de vigencia de 10 años propuesto requiere el cumplimiento de los requisitos anteriores:

A. Contratos comerciales. La extensión de la vigencia de un acuerdo marco por un periodo superior a 5 años podría justificarse por la existencia de contratos suscritos por el candidato en el marco de, por ejemplo, la prestación de servicios sujetos a obligaciones de servicio público (OSP) o la prestación de servicios de transporte de mercancías a largo plazo.

Sin embargo, la solicitud de capacidad marco realizada por ILSA no incluye referencia alguna a la existencia de contratos comerciales en relación con los servicios comerciales de alta velocidad en los tres corredores sobre los que se adjudica capacidad marco. Los informes emitidos por los equipos evaluadores técnico y financiero de ADIF AV tampoco justifican la extensión a 10 años del Acuerdo Marco propuesto por la existencia de acuerdos comerciales suscritos por ILSA.

B. Inversiones especializadas. La existencia de inversiones especializadas para la prestación de los servicios incluidos en el Acuerdo Marco puede justificar la extensión de la duración de su vigencia más allá del periodo de 5 años general previsto en el artículo 38 de la Ley del Sector Ferroviario.

En relación con la incorporación de material rodante, ILSA señala la previsión de incorporar veintitrés trenes para operar a partir del año 2022. Este material rodante se destina íntegramente a los corredores ferroviarios objeto del presente Acuerdo Marco.

Además de la adquisición de este material rodante, ILSA tiene que desarrollar una red comercial y operativa y ha de construir una imagen de marca en el

mercado español. ILSA estima estas inversiones en algo menos de 200 millones de euros, que aportarán sus accionistas.

En este sentido, se acredita la inversión especializada, que es uno de los supuestos previstos en el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario, para la extensión de plazo del Acuerdo Marco más allá de los 5 años.

C. Riesgos. El último aspecto que establece el citado artículo de la Ley para extender el periodo de vigencia de un acuerdo marco se refiere a los riesgos afrontados por las empresas ferroviarias y candidatos.

ILSA utilizará una flota de trenes adquirida para los servicios que prestará en España. Teniendo en cuenta esta antigüedad y un valor típico de 40 años para la amortización de estos activos, un Acuerdo Marco de 5 años apenas permitiría el 12,5% de amortización de los trenes, mientras un Acuerdo Marco de 10 años aumentaría este umbral hasta el 25% y reduciría así el riesgo asociado a la adquisición de esas unidades.

Por otra parte, el Plan económico-financiero presentado por ILSA prevé pérdidas durante los primeros años de operación por lo que un Acuerdo Marco a 5 años impediría su recuperación.

Por todo ello, se considera que están suficientemente acreditados los supuestos de inversión especializada y de riesgo, previstos en el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario, para que la duración del acuerdo marco entre ADIF AV e ILSA se amplíe hasta los 10 años propuestos en el Acuerdo Marco remitido.

IV.4. Renovación del Acuerdo Marco

En la cláusula 6ª.3) del Acuerdo marco se prevé que *“los candidatos podrán solicitar la renovación del Acuerdo Marco y el administrador de infraestructuras, de conformidad con el artículo 38.5 de la LSF, podrá atender dicha solicitud siempre que el candidato haya cumplido con los compromisos adquiridos a la firma del Acuerdo Marco, se justifique la existencia de inversiones de su plan inicial de negocio pendientes de amortizar y haya implantado el plan de reducción de la huella de carbono desde el inicio del Acuerdo Marco, cuyos resultados, a su finalización, puedan ser verificados por una entidad independiente debidamente acreditada.”*

En el Acuerdo de 25 de junio de 2019 se indicaba que *“se han de clarificar las condiciones en las que se procederá a la renovación de la capacidad marco, vinculándolas con un uso suficiente de la misma por parte de la empresa ferroviaria”*.

A este respecto, hubiera sido deseable una mayor concreción en la determinación de las condiciones para la renovación del acuerdo marco para evitar, como se señalaba en el Acuerdo de 25 de junio de 2019, *“forzar a las*

empresas ferroviarias a una amortización acelerada del material rodante y de otras inversiones (como instalaciones de mantenimiento), comprometiendo su viabilidad y la capacidad de competir de forma adecuada en el mercado”.

V. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo establecido anteriormente, se considera que:

- 1) Dado que las peticiones de capacidad marco superaban con mucho la capacidad disponible, ADIF AV hubo de aplicar los criterios de priorización previstos en función del uso de los paquetes establecidos en la Declaración sobre la Red.
- 2) La aplicación de estos criterios tuvo como resultado la pre-adjudicación de los paquetes de capacidad marco A, B y C a RENFE Viajeros, ILSA y RIELSFERA respectivamente.
- 3) ADIF AV ha considerado las mismas variables y criterios para valorar las solicitudes de todos los candidatos, por lo que cabe concluir que se han respetado los principios de no discriminación en la pre-adjudicación de capacidad marco.
- 4) El análisis realizado de los planes de operaciones y económico-financieros indica cierto grado de incertidumbre en su cumplimiento. Sin embargo, se considera que las propuestas más realistas en cuanto a la disponibilidad de material rodante y solvencia financiera son precisamente las de los tres candidatos pre-adjudicatarios de capacidad marco.
- 5) ADIF AV, durante el proceso de coordinación previsto en el punto 2 del Anexo P de la Declaración sobre la Red, estableció la capacidad marco remanente útil. Se considera adecuado que el gestor haya utilizado dicha capacidad para atender las solicitudes adicionales de los pre-adjudicatarios, con el fin de atender sus necesidades de capacidad marco según sus planes de negocios.
- 6) De acuerdo con el RE 2016/545, ADIF AV deberá actualizar la declaración de capacidad marco en el plazo de tres meses, poniendo a disposición de terceros la información relevante. La propuesta de Acuerdo Marco recoge los elementos previstos en el RE 2016/545, como las solicitudes de modificación de la capacidad marco, los casos en los que el gestor no aplicará penalizaciones o el plazo de vigencia del mismo.
- 7) Por último, se considera que se han acreditado los supuestos de inversiones especializadas y de riesgo para el candidato, establecidos en el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario, que posibilitan la extensión por encima de 5 años de la duración del Acuerdo Marco

propuesto entre ADIF AV e ILSA. Por ello, está justificada la duración de 10 años propuesta en el Acuerdo Marco remitido.

Por todo cuanto antecede, el Pleno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- Aprobar, de conformidad con lo dispuesto en artículo 13.3 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, el Acuerdo Marco propuesto entre la Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad e Intermodalidad del Levante, S.A.

La presente resolución pone fin a la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición, de conformidad con el artículo 36.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio. Puede interponerse, no obstante, contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su publicación conforme a la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio. Sin embargo, se hace constar que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, *“se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo”*.