

RESOLUCIÓN SOBRE LA DURACIÓN DEL ACUERDO MARCO PARA LA RESERVA DE CAPACIDAD ENTRE LA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL ADIF-ALTA VELOCIDAD Y RENFE VIAJEROS, S.M.E., S.A.

CONSEJO. PLENO

Expediente: STP/DTSP/013/20

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 mayo 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 6 de abril de 2020 el Pleno del Consejo de la CNMC aprobó la Resolución sobre el acuerdo marco para la reserva de capacidad entre la Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad y Renfe Viajeros, S.M.E., S.A. (en adelante, Resolución de 6 de abril de 2020).

El Resuelve Único de esta Resolución condicionó *“la aprobación del acuerdo marco propuesto entre la Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad y*

Renfe Viajeros, S.M.E., S.A. a la revisión de la cláusula 6ª, 1), a fin de fijar el periodo de vigencia del acuerdo marco en cinco años, o, en su caso, a una adecuada justificación por ADIF-Alta Velocidad de la concurrencia de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 38.5 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario. En este segundo supuesto, la justificación deberá ser previamente apreciada, mediante resolución, por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.

SEGUNDO.- El 22 de abril de 2020 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de la Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad (en adelante, ADIF AV) *“justificando la concurrencia de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario”*. A dicho escrito se le adjuntan las alegaciones presentadas por Renfe Viajeros, S.M.E., S.A. (en adelante, RENFE Viajeros), que solicita se tengan por incorporadas al expediente administrativo.

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. CONSIDERACIONES PREVIAS

II.1. Competencia de la CNMC para aprobar los acuerdos marco

RENFE Viajeros señala en su escrito que según el artículo 38.6 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (en adelante, Ley del Sector Ferroviario), *“la obligación del Administrador de Infraestructura es comunicar a la CNMC los acuerdos marco a suscribir, no tanto someterlos a su aprobación; no estando habilitada ni la Sala de Supervisión regulatoria, ni tan siquiera el Pleno del Consejo de la CNMC para ello”*. A juicio de este candidato, la CNMC se extralimita dictando la Resolución de 6 de abril de 2020 dado que el artículo 2. i) de la actual Ley del Sector Ferroviario y la normativa comunitaria

relacionada, *“así como del propio art. 11.1 b) de la LCNMC que se limita a asignar como función de la CNMC la de garantizar la igualdad entre empresas, así como entre cualesquiera candidatos, en las condiciones de acceso al mercado de los servicios ferroviarios.”*

Las competencias de la CNMC en relación con la supervisión de la asignación de capacidad no se limitan, como pretende RENFE Viajeros, a lo establecido en el artículo 11.1.b) de la LCNMC. En particular, como se señalaba en el Resolución de 6 de abril de 2020, 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”*.

En relación con los acuerdos marco, el artículo 42 de la Directiva 2012/34/UE¹ indica que los *“Estados miembros podrán exigir la aprobación previa de dicho acuerdo marco por el organismo regulador contemplado en el artículo 55 de la presente Directiva”*. De forma coherente con la previsión anterior, el artículo 13.3 de la Orden FOM/897/2005 establece que los *“acuerdos marco deberán ser previamente aprobados por el Comité de Regulación Ferroviaria”*.

De acuerdo con el punto 2 de la Disposición adicional segunda de la LCNMC, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Comité de Regulación Ferroviaria se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o al ministerio correspondiente según la función de que se trate”*.

Por tanto, la CNMC, al asumir las competencias del Comité de Regulación Ferroviaria, es el órgano competente para aprobar los acuerdos marco.

El artículo 13.3 de la Orden FOM/897/2005 sigue plenamente vigente, sin que haya sido revisado en las diferentes modificaciones de dicha Orden, incluyendo la reciente Orden FOM/642/2018, de 13 de junio, por la que se modifican 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 y la Orden FOM/189/2015, de 11 de febrero, por la que se desarrollan principios básicos de aplicación de incentivos en el sistema de los cánones por utilización de las infraestructuras ferroviarias, establecidos en el artículo 73 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

¹ Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre de 2012 por la que se establece un espacio ferroviario único.

II.2. Posible vulneración de los principios de confianza legítima y de no discriminación en la actuación de las administraciones públicas

ADIF AV alega en su escrito que su propuesta de ampliar el plazo del acuerdo marco con RENFE Viajeros a 10 años *“no trata de proteger al operador incumbente de los perjuicios que la nueva situación le genera”* sino que resulta de la *“aplicación estricta de los parámetros contenidos en la normativa de aplicación por el hecho de tener justificadas inversiones que, aunque hayan sido acometidas con carácter previo a la firma del acuerdo marco, deben ser consideradas para la extensión del plazo a 10 años”*, respetando los principios de:

- Confianza legítima. El gestor de infraestructuras considera que la denegación de la ampliación del plazo del acuerdo marco de RENFE Viajeros vulneraría la confianza legítima de esta empresa de poder amortizar sus inversiones durante el período de vida útil de su material rodante. Además, este material constituiría *“infraestructuras de las calificadas como especializadas, siendo éste, por sí mismo, argumento legalmente admitido para extender el plazo del AM incluso a 15 años (...)”*.
- No discriminación. ADIF AV considera que cuando finalizasen los 5 años del acuerdo marco de RENFE Viajeros, la capacidad correspondiente al actual paquete A debería ser objeto de un nuevo proceso de adjudicación entre las empresas ferroviarias o candidatos, mientras que el operador histórico no podría optar por la capacidad de los paquetes B y C, al estar vinculada a acuerdos marco a 10 años. Según el gestor de infraestructuras, esta situación sería discriminatoria para RENFE Viajeros dado que *“todos los potenciales candidatos pudieron concurrir en condiciones de igualdad a la totalidad de los surcos ofertados en el proceso que ahora finaliza”*.

Las alegaciones respecto del cumplimiento de los criterios para la extensión del plazo de vigencia del acuerdo marco de RENFE Viajeros serán objeto de análisis en el epígrafe siguiente. En relación con el resto de alegaciones es necesario hacer las siguientes consideraciones:

- 1) Como el propio administrador de la infraestructura reconoce en su escrito de alegaciones, las empresas que han operado en una situación de monopolio y pasan a competir en un entorno liberalizado experimentan una situación de inestabilidad e incertidumbre, especialmente en el inicio del proceso liberalizador, por la presencia de nuevos sujetos y condicionamientos. Se encuentran en nuestra jurisprudencia los límites al principio de confianza legítima, que no abarca la protección de cualquier convicción subjetiva, sino que se refiere a *“la creencia racional y fundada de que por actos anteriores,*

la Administración adoptará una determinada decisión², de forma que solo es susceptible de protección aquella confianza sobre aspectos concretos *“que se acredite la existencia de signos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes”³*.

A este respecto, es la Ley del Sector Ferroviario la que establece en su artículo 38.5 que los *“acuerdos marco tendrán una vigencia máxima de cinco años, renovable por períodos iguales”*, y este plazo podrá extenderse *“cuando esté justificado por la existencia de contratos comerciales, inversiones especializadas o riesgos”*.

En el ejercicio de sus funciones de supervisión, el Pleno de la CNMC en su Resolución de 6 de abril de 2020 concluyó que *“no se han acreditado los supuestos establecidos en el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario y 13.2 de la Orden FOM/897/2005 y que deben concurrir para extender, por encima de 5 años, la duración del acuerdo marco propuesto entre ADIF AV y RENFE Viajeros”*.

Esta aplicación de lo establecido en el marco normativo no puede suponer una quiebra del principio de confianza legítima. Tanto ADIF AV como RENFE Viajeros conocían que, según el artículo 13.2 de la Orden FOM/897/2005, con *“carácter general y salvo causas excepcionales debidamente acreditadas en el expediente, los acuerdos marco tendrán una vigencia de cinco años”*. (subrayado añadido).

Por tanto, la ampliación del plazo de vigencia de los acuerdos marco es excepcional y está sujeta al cumplimiento de lo establecido en el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario. Dicho de otra forma, no puede aceptarse que la confianza que RENFE Viajeros tuviera sobre la amortización de sus activos adquiridos durante el periodo de monopolio implicase la ampliación de la vigencia de su acuerdo marco sin cumplir las condiciones establecidas en el marco regulador.

ADIF AV alega que RENFE Viajeros realizó sus inversiones asumiendo que podría *“amortizar tales inversiones durante el período usual de amortización”*. Sin embargo, las empresas ferroviarias y candidatos no pueden pretender que un único acuerdo marco permita la amortización completa del material rodante, cuya vida útil puede alcanzar los 40 años.

En esta línea, el propio ADIF AV ya reconocía en su Declaración sobre la Red 2019 que el plazo de los acuerdos marco no podía vincularse al periodo de amortización del material rodante del candidato, al establecer en su Anexo P

² STS de 3 de marzo de 2016, rec. 3012/2014.

³ STS de 21 de septiembre de 2015 (rec.721/2013), citando la STS de 23 de febrero de 2000.

que los “*candidatos podrán solicitar la renovación del acuerdo marco y el administrador de infraestructuras 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, si se comprometió en su solicitud de capacidad marco, haya implantado un 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*” (el subrayado es añadido). Estos criterios para la renovación han sido incorporados en la Cláusula 6^a.2) de la propuesta de acuerdo marco.

De esta forma, la amortización pendiente del material rodante forma parte de las condiciones que evaluará el administrador de la infraestructura para la renovación del acuerdo marco.

La propia CNMC, consciente de la incertidumbre que supone que el plazo de los acuerdos marco sea inferior al de la amortización de los activos, señalaba que debían clarificarse las condiciones en las que se procederá a la renovación de la capacidad marco dado que de otra forma se correría el riesgo de “*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*”.

- 2) ADIF AV recuerda en sus alegaciones que el principio de no discriminación es una de las bases de la regulación sectorial que desarrolla la Ley del Sector Ferroviario (artículos 2 y 36). Antes de entrar a valorar el caso particular en el que el administrador de la infraestructura considera que se genera una discriminación al operador histórico, es preciso subrayar que este principio, recogido expresamente por la LCNMC, implica que las condiciones de acceso a la red han de ser iguales para operadores con características similares. Alegar que existe discriminación en el trato requiere, por tanto, justificar que las prestaciones o transacciones son equivalentes, que las condiciones aplicadas son distintas, y que el tratamiento diferencial no está justificado objetivamente.

Dicho esto, es claro que un análisis objetivo de la situación concreta de cada candidato puede derivar en conclusiones diferentes sobre el cumplimiento de las causas para la extensión del plazo de los acuerdos marco establecidas en el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario, sin que por ello tenga que existir discriminación en el acceso a la red. Por el contrario, establecer de partida y sin mayor justificación una duración igual para todos los acuerdos marco, aunque las condiciones de los candidatos sean diferentes, sí podría ser discriminatorio, al tratar de la misma forma situaciones desiguales.

ADIF AV justifica su alegación de discriminación a RENFE Viajeros en un escenario contrafáctico en el que un acuerdo marco con plazo de 5 años no

se renovaría, y la capacidad del paquete A sería ofrecida a terceros de forma que *“cualquier candidato podría concurrir a la adjudicación de los surcos del actual paquete A, sin que Renfe Viajeros pudiera, a su vez, concurrir a los surcos de los otros dos paquetes hasta que finalicen sus acuerdos marco, esto es, después de cinco o siete años o de su previsible ulterior renovación”*.

Al poner como referencia este escenario, el gestor de infraestructuras obvia que tanto el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario como la Declaración sobre la Red 2019 y la cláusula 6ª.2) de la propuesta de acuerdo marco recogen las posibilidades de renovación de estos acuerdos. Por tanto, el escenario que señala ADIF AV en su escrito sería consecuencia de las decisiones, bien de RENFE Viajeros, que no habría solicitado la renovación del acuerdo marco, bien de ADIF AV, que habría decidido no atender dicha solicitud.

Incluso aceptando como hipótesis este escenario de no renovación, la situación planteada por ADIF AV sería la consecuencia de la firma de acuerdos marco con diferentes plazos de duración, lo que, como se ha justificado anteriormente, no vulnera el principio de no discriminación al responder al análisis de las condiciones particulares de cada candidato de acuerdo con lo previsto en el marco regulador.

II.3. Implicaciones del COVID-19 sobre el plazo del acuerdo marco de RENFE Viajeros

ADIF AV señala que, debido a la desaceleración que afrontará la economía española como consecuencia de la pandemia provocada por el COVID-19, un acuerdo marco de 5 años *“perjudicará doblemente a Renfe Viajeros frente a sus competidores, al no permitirle diseñar sus inversiones y contratos a un plazo de diez años y obligándole a reducir sus riesgos y costes en un escenario económico en recesión”*.

El artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario no recoge, como causa para ampliar el plazo de los acuerdos marco, el impacto de situaciones de causa mayor, como son los efectos de la crisis ocasionada por el COVID-19. Por tanto, no es posible tomarlos en consideración, como propone ADIF AV, para justificar la ampliación del plazo del acuerdo marco de RENFE Viajeros.

En cualquier caso, la CNMC es perfectamente consciente de la situación generada por el COVID-19 y así lo expresó en la Resolución de 6 de abril de 2020 (y en las correspondientes Resoluciones de la misma fecha de ILSA y de Rielsfera⁴). Al hacerlo, situó la consideración de sus efectos en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/545 de la Comisión, de 7 de abril de 2016, sobre los

⁴ <https://www.cnmc.es/novedad/acuerdo-marco-adif-ilsa-rielsfera-20200407>

procedimientos y criterios relativos a los acuerdos marco de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria (en adelante RE 2016/545), que en su artículo 13.3.a) permite modificar o rescindir sin penalizaciones el acuerdo marco *“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”*.

III. PLAZO DE VIGENCIA DEL ACUERDO MARCO ENTRE ADIF AV Y RENFE VIAJEROS

El artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario establece las causas que justifican la ampliación del plazo de vigencia de los acuerdos marco más allá de 5 años. El artículo 13.2 de la Orden FOM/897/2005 señala que cuando se opte por ampliar el plazo de los acuerdos marco, las causas que lo justifiquen deben estar *“debidamente acreditadas en el expediente”*.

La Declaración sobre la Red 2019 recogió las condiciones para ampliar el plazo de los acuerdos marco en el epígrafe 3 del Anexo P, señalando que la *“duración de los acuerdos marcos, con carácter general, se establecerá en periodos de hasta 10 años en base a las solicitudes específicas de cada candidato. No obstante, toda solicitud superior a 5 años deberá ser justificada por el candidato solicitante en base a la existencia de contratos comerciales, inversiones especializadas o riesgos como determina el artículo 13.2 de la orden FOM 897/2005”*.

Tras analizar la información aportada por ADIF AV, la Resolución de 6 de abril de 2020 concluía que *“RENFE Viajeros no ha indicado el material rodante concreto que utilizará en los tres corredores objeto de solicitud de capacidad marco. Tampoco ha acreditado que el destino del nuevo material rodante sean dichos corredores”*. En el mismo sentido, reiteraba que la *“documentación remitida por ADIF AV no ha acreditado los motivos por los que RENFE Viajeros debe incrementar su flota de material rodante en más del 50% cuando las peticiones de capacidad marco aumentan ligeramente con respecto a los servicios actuales”*.

De forma coherente con esta conclusión, el Informe de viabilidad técnica elaborado por la Comisión de Valoración constituida por la propia ADIF AV señalaba, para el caso de RENFE Viajeros, que *“los valores significativamente bajos de ratios [de utilización del material rodante] tienen su explicación en la posibilidad de utilizar circulaciones con doble composición y que, además, el candidato utilice sus trenes en otras relaciones no contempladas en la capacidad marco”*.

La información que ahora aporta RENFE Viajeros, y que el gestor solicita que se incluya en el expediente, señala unas necesidades de material rodante e inversiones completamente diferentes a las incluidas en los Planes originales de

Operaciones y Económico-Financiero analizados por ADIF AV y remitidos a la CNMC.

En concreto, el material rodante que RENFE Viajeros justifica que utilizará para prestar los servicios contemplados en la propuesta de acuerdo marco es un 43% inferior a su previsión inicial y las inversiones asociadas son un 70% menores.

El gestor de la infraestructura recuerda en su escrito que es el *“responsable de la legalidad del procedimiento administrativo de adjudicación de capacidad marco”*. Como tal, es el responsable de garantizar que los candidatos aportan información y datos que son realistas y coherentes con el acceso solicitado. Además, es el responsable de acreditar ante la CNMC que se cumplen las condiciones fijadas en el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario cuando propone, como es el caso, la ampliación del plazo de vigencia de un acuerdo marco a 10 años.

En su escrito de 22 de abril de 2020, ADIF AV no valora la nueva documentación aportada por RENFE Viajeros, a pesar de la modificación sustancial de parámetros básicos de su solicitud, como es el material rodante. El gestor se limita a señalar que el escrito de alegaciones de RENFE Viajeros *“debe considerarse incorporado al expediente administrativo, junto con su documentación adjunta, al objeto de que la CNMC tenga en consideración los diferentes motivos y razonamientos expuestos en el mismo”*.

En definitiva, asegurar y acreditar el cumplimiento de las causas que justifican la ampliación de la vigencia de los acuerdos marco según el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario corresponde, en primera instancia, a ADIF AV en tanto que responsable de la legalidad del procedimiento, en particular cuando se han producido modificaciones tan sustanciales de la información aportada inicialmente.

En este sentido, sorprenden las alegaciones de RENFE Viajeros cuando afirma que la CNMC no podía adoptar la Resolución de 6 de abril de 2020 porque *“por parte de ADIF AV, el administrador de infraestructura que tiene atribuidas las facultades para suscribir acuerdos marco en este caso, el plazo de duración de 10 años del acuerdo marco con Renfe está plenamente justificado, como demuestra el hecho de que no solicitó ninguna aclaración adicional en relación con el periodo de vigencia del acuerdo marco durante el proceso de análisis y evaluación, y elevó la propuesta de acuerdo marco a la CNMC con ese periodo de vigencia de 10 años, al igual que para el resto de candidatos”*.

Resulta difícil aceptar esta alegación cuando, como puede comprobarse, la nueva información aportada por RENFE Viajeros no puede sino confirmar las conclusiones alcanzadas en la Resolución de 6 de abril de 2020, esto es, que el material rodante e inversiones indicadas por este candidato se corresponden con su plan global de prestación de los servicios de alta velocidad y no con los corredores y servicios objeto de asignación de capacidad marco.

Si bien ADIF AV está habilitado para suscribir acuerdos marco, RENFE Viajeros no puede pretender que la CNMC esté vinculada por sus decisiones, ya que supondría desvirtuar la necesaria supervisión que ha de realizar sobre el procedimiento de adjudicación de capacidad y sus resultados (artículo 11.2.e) de la LCNMC). La aceptación de la propuesta inicial de ADIF AV hubiera supuesto que la CNMC aprobase un acuerdo marco a 10 años bajo unos supuestos que, aun habiendo sido validados por el gestor, han resultado incorrectos.

A la vista de los nuevos datos aportados, resulta, por tanto, necesario evaluar de nuevo la concurrencia de las causas establecidas en el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario para ampliar el plazo del acuerdo marco de RENFE Viajeros a 10 años.

Sin embargo, con carácter previo a dicho examen procede aclarar y precisar el alcance y los límites del control que le corresponde realizar a la CNMC en relación con la aplicación por el administrador de infraestructuras ferroviarias (en este caso, por ADIF AV) del artículo 38.5 LSF.

Debe advertirse, en primer lugar, que la determinación del periodo de vigencia de los acuerdos marco no corresponde al organismo regulador del sector ferroviario (la CNMC), sino a las partes de dichos acuerdos (en particular, al administrador de la infraestructura ferroviaria), con sujeción, eso sí, a la supervisión y control de la CNMC. Como es sabido, el alcance de una competencia de decisión no es el mismo que el de una competencia de supervisión y control. En este último caso, la competencia del supervisor se contrae a controlar si la decisión adoptada por el organismo competente para decidir observa –o no– los requisitos y límites establecidos en la regulación aplicable. Pero si ésta atribuye al organismo competente para decidir un margen de actuación o de apreciación, el supervisor ha de respetar la decisión adoptada por aquél si ésta se mantiene dentro de los límites de dicho margen, no pudiendo sustituir la decisión del competente para decidir por la suya propia.

De acuerdo con el artículo 38.5 LSF, la previsión en un acuerdo marco de un periodo de vigencia superior a los cinco años requiere la apreciación de la concurrencia de unos presupuestos que el precepto legal establece con la ayuda de conceptos jurídicos indeterminados, a saber: “contratos comerciales” (nada más se indica sobre cuál deba ser el contenido de los mismos para que puedan justificar la extensión del periodo de vigencia del acuerdo marco), “inversiones especializadas (la norma no precisa cuáles ni en qué cuantía) y “riesgos” (nuevamente, el precepto no concreta qué tipos de riesgos pueden justificar la extensión del periodo de vigencia de un acuerdo marco, ni a quién o a quiénes han de afectar esos riesgos: al operador ferroviario, al administrador de la infraestructura ferroviaria o a cualquiera de los dos). Esto significa que, al menos implícitamente, el artículo 38.5 LSF atribuye al administrador de infraestructuras ferroviarias un inevitable margen de apreciación para determinar si concurren (o no) los presupuestos que, de acuerdo con la Ley, permiten ampliar a diez años

la vigencia de un acuerdo marco. Precisamente, la atribución al administrador de infraestructuras ferroviarias de un margen de apreciación para determinar la duración de los acuerdos marco justifica –y aún más: reclama- que la observancia de los límites del mismo –pues todo margen de actuación o de apreciación está sometido a límites que impiden que su ejercicio derive en arbitrariedad- sea controlada por el organismo regulador, es decir, por la CNMC.

Llegados a este punto, procede precisar el alcance del control al que la CNMC puede someter la justificación de la ampliación a diez años del periodo de vigencia de un acuerdo marco, ofrecida por el administrador de infraestructuras ferroviarias cuando somete dicho acuerdo a la aprobación del organismo regulador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.3 de la Orden FOM/897/2005. El control por la CNMC de la aplicación del artículo 38.5 LSF se extiende a tres niveles:

- (i) La CNMC controla, en primer lugar, si el administrador de infraestructuras ferroviarias ha justificado la procedencia de ampliar el periodo de vigencia de un acuerdo marco más allá del periodo ordinario de cinco años (el precepto legal exige expresamente tal justificación).
- (ii) Seguidamente, la CNMC controla si la justificación ofrecida por el administrador de infraestructuras ferroviarias es *suficiente*, es decir, si está fundada en un análisis completo y una ponderación cabal de todos los intereses y elementos de juicio relevantes para la decisión sobre la pertinencia de extender la duración del acuerdo marco más allá del periodo ordinario de cinco años.
- (iii) Finalmente, la CNMC controla si el juicio del administrador de infraestructuras ferroviarias sobre la concurrencia de los conceptos jurídicos indeterminados con base en los cuales el artículo 38.5 LSF define los presupuestos que habilitan para ampliar el periodo de vigencia del acuerdo marco a diez años es un juicio *adecuado*, esto es, si respeta los límites del margen de apreciación que el artículo 38.5 LSF le atribuye a tal fin. El administrador de infraestructuras ferroviarias desborda los límites de su margen de apreciación si su juicio sobre la concurrencia de los mencionados presupuestos (contratos comerciales, inversiones especializadas, riesgos) ha de reputarse arbitrario o manifiestamente irrazonable o erróneo.

En su resolución de 6 de abril de 2020 el Pleno del Consejo de la CNMC consideró que no procedía aprobar el acuerdo marco elevado por ADIF AV para su aprobación por entender que el administrador de infraestructuras ferroviarias no había justificado suficientemente la concurrencia de los presupuestos que habilitan para ampliar el periodo de vigencia del acuerdo marco a diez años. Es decir, el acuerdo marco inicialmente elevado para su aprobación por ADIF AV no superó el segundo nivel del control que corresponde realizar a la CNMC, por entender ésta que la decisión de ADIF AV de fijar la duración del Acuerdo Marco

con RENFE en diez años no estaba fundada en un análisis completo y una ponderación de todos los intereses y elementos de juicio pertinentes para la apreciación de la concurrencia de los presupuestos legales para ampliar el periodo de vigencia del Acuerdo Marco por encima de los cinco años.

Por tanto, procede examinar ahora si la justificación ampliada ofrecida por ADIF AV resulta suficiente y adecuada.

III.1. Existencia de contratos comerciales

La Resolución de 6 de abril de 2020 señaló que *“la solicitud de capacidad marco realizada por RENFE Viajeros 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 RENFE Viajeros”*.

RENFE Viajeros señala que ha suscrito un contrato para la prestación de servicios sujetos a obligación de servicio público (OSP) con la Administración General del Estado (en adelante, Contrato de prestación servicios OSP⁵) que prevé que los servicios AVANT⁶ se presten *“con trenes de servicios comerciales (producto AVE), que reservan plazas para la prestación del servicio Avant, y que se denominan trenes sinergiados”*. Los trenes sinergiados constituyen, de acuerdo con RENFE Viajeros, *“un elemento clave para el equilibrio económico del contrato, por cuanto supone eficiencias y un importante ahorro de costes”*, que cifra en **[CONFIDENCIAL]** millones de euros anuales.

RENFE Viajeros indica que requiere **[CONFIDENCIAL]** surcos de los **[CONFIDENCIAL]** del paquete A (el 47%) *“para poder garantizar los compromisos asumidos en el contrato antes indicado, es necesario disponer de un acuerdo marco que cubra los compromisos de prestación de servicio tanto durante la vigencia inicial del contrato (hasta 2027, que suponen 2 años adicionales a los 5 establecidos por la CNMC hasta el momento) como en su eventual prórroga (hasta 2032, incluso no podría cubrirse con un acuerdo marco de 10 años), lo que justifica claramente que el acuerdo marco tenga una duración mínima de 10 años o superior”*.

De acuerdo con el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario, la existencia de acuerdos comerciales es uno de los elementos que justifica la ampliación del plazo de vigencia de los acuerdos marco, de forma que se disponga de la

⁵ https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/listado/recursos/contrato_2018-2027dic18_0.pdf

⁶ Servicios regionales sujetos a OSP sobre la red de alta velocidad.

capacidad necesaria para cumplir con los compromisos recogidos en dichos acuerdos.

RENFE Viajeros no solicitó un acuerdo marco (art. 5.2 del RE 2016/545) para asegurarse la capacidad del Contrato de prestación servicios OSP. Ello ha dado lugar a que las posibles duraciones del acuerdo marco (5 o 10 años) no coincidan, como sería de esperar, con las del Contrato de prestación servicios OSP (7 o 12 años), lo que conlleva consecuencias regulatorias que deben ser valoradas.

El artículo 5.3 del Reglamento 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016, que modificó el Reglamento (CE) 1370/2007 (en adelante, RE 1370/2007) en lo que respecta a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril, establece que toda *“autoridad competente que recurra a un tercero que no sea un operador interno deberá adjudicar los contratos de servicio público con arreglo a un procedimiento de licitación competitiva (...)”*. Su artículo 8.2 establece que la licitación de los servicios sujetos a OSP será obligatoria a partir del 25 de diciembre de 2023 si bien señala, en su epígrafe 2.bis, que los *“contratos de servicio público para los servicios de transporte público de viajeros por ferrocarril adjudicados directamente sobre la base de un procedimiento distinto del procedimiento competitivo equitativo desde el 24 de diciembre de 2017 hasta el 2 de diciembre de 2019 podrán continuar hasta su fecha de caducidad”*.

La Cláusula Tercera del Contrato de prestación servicios OSP indica que, en el segundo semestre de 2023, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana presentará un informe de cumplimiento de los indicadores de eficiencia previstos en el contrato, cuyo incumplimiento *“acarreará la rescisión del contrato con fecha 31 de diciembre de 2023”*. Esta cláusula también prevé la prórroga del Contrato por un periodo adicional de hasta 5 años, que deberá proponerse al Consejo de Ministros 10 meses antes del 31 de diciembre de 2027.

Tanto en el caso de rescisión anticipada como de no renovación, la prestación de los servicios sujetos a OSP deberá licitarse competitivamente de acuerdo con lo establecido en el RE 1370/2007. RENFE Viajeros cifra en **[CONFIDENCIAL]** los surcos necesarios para prestar de forma sinergiada los servicios AVANT con servicios comerciales. Esta capacidad es superior a la capacidad marco de los paquetes B (96 surcos diarios) y C (30 surcos) ofrecidos por ADIF AV, por lo que RENFE Viajeros contará con una ventaja irreplicable dado que ningún competidor podrá obtener las ventajas en costes de un número tan elevado de trenes compartidos entre los servicios comerciales y OSP.

Por tanto, en caso que el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana optara por no prorrogar el Contrato de prestación servicios OSP, RENFE Viajeros contaría con una ventaja en la licitación derivada de su acuerdo marco correspondiente al paquete A. De esta forma, se produciría un razonamiento circular en el que el Contrato de prestación servicios OSP justificaría la

ampliación de la vigencia del acuerdo marco que, a su vez, debido a las ventajas en costes que supone la elevada capacidad, garantizaría su prestación por RENFE Viajeros.

En definitiva, si bien RENFE Viajeros cuenta con un contrato a largo plazo que ha de ser tenido en cuenta de cara a extender la vigencia del acuerdo marco, la divergencia en los periodos de vigencia del acuerdo marco y del Contrato de prestación servicios OSP puede restringir la apertura a la competencia de estos servicios. Para evitarlo, ADIF AV deberá aplicar en su momento, si fuera necesario, las facultades de coordinación que le confiere el artículo 9 del RE 2016/545 y que pueden dar lugar a una modificación de la capacidad marco adjudicada.

III.2. Inversiones especializadas

III.2.1. Material rodante e inversiones previstos por RENFE Viajeros para prestar los servicios contemplados en el acuerdo marco

La documentación aportada inicialmente por ADIF AV señalaba que RENFE Viajeros incrementaría su material rodante desde 96 a 145 trenes, sin detallar cuáles serían utilizados en los tres corredores objeto del acuerdo marco. La Resolución de 6 de abril de 2020 indicó que “[L]a documentación remitida por ADIF AV no ha acreditado los motivos por los que RENFE Viajeros debe incrementar su flota de material rodante en más del 50% cuando las peticiones de capacidad marco aumentan ligeramente con respecto a los servicios actuales.”

Dicha Resolución ponía de manifiesto que una parte de los 96 trenes activos prestan servicio en corredores que no son objeto de adjudicación de capacidad marco, como el corredor norte (Madrid-Valladolid-León), transversales (Barcelona-Sevilla/Málaga o Valencia-Sevilla) o internacionales (Madrid-Marsella). En relación con la incorporación de 49 nuevos trenes, se señalaba que sus características técnicas los hacían compatibles para prestar servicio en otros corredores nacionales o internacionales, pero en todo caso ajenos al acuerdo marco.

La nueva información aportada viene a confirmar la conclusión alcanzada en la Resolución de 6 de abril de 2020, al reducir sustancialmente el material rodante que se compromete para los tres corredores objeto de adjudicación de capacidad marco: en ellos prestarán servicio **[CONFIDENCIAL]** de los 96 trenes en servicio y **[CONFIDENCIAL]** de los 30 nuevos trenes encargados a TALGO (serie 106); en 2024 se les unirán **[CONFIDENCIAL]** nuevos trenes (serie 107, resultado de la transformación de trenes TALGO VII) para remplazar **[CONFIDENCIAL]** trenes **[CONFIDENCIAL]**.

En definitiva, RENFE Viajeros prevé incrementar su parque de alta velocidad para prestar los servicios ferroviarios del acuerdo marco de los

[CONFIDENCIAL] trenes actuales a 83 en 2024, resultado de incorporar **[CONFIDENCIAL]** nuevos trenes de las series 106 y 107 y de remplazar **[CONFIDENCIAL]**.

ADIF AV no ha comunicado una nueva propuesta de acuerdo marco, por lo que en su Anexo 1 se mantiene la descripción técnica del material rodante y las unidades comunicadas inicialmente que suman, como se ha señalado, un total de 145 trenes. El gestor de infraestructuras deberá modificar este Anexo de forma coherente con la nueva información aportada por RENFE Viajeros.

RENFE Viajeros cuestiona en sus alegaciones que el incremento en el número de circulaciones tomado como referencia por la CNMC en la Resolución de 6 de abril de 2020 para contextualizar el incremento de flota previsto anteriormente sea correcto. Así, mientras que la CNMC estimaba que el incremento del número de circulaciones se encontraba entre el 6 y el 10%, dependiendo del corredor⁷, RENFE Viajeros considera que el incremento de circulaciones solicitadas asciende al 24%.

Las diferencias entre ambas cifras se explican, además de por el año base de la comparativa⁸, por la consideración de las circulaciones en un día laborable o de las circulaciones totales a lo largo de un horario de servicio anual. La Resolución de 6 de abril de 2020 basó su cálculo en el primer indicador por considerarlo más representativo para determinar las necesidades de material rodante: las circulaciones de un día laborable representan como criterio general las mayores exigencias de material rodante y son por tanto las determinantes para configurar la dimensión de la flota, dado que es el momento en el que un mayor número de trenes están en servicio; por el contrario, un incremento del número de circulaciones en la totalidad del horario de servicio no tiene por qué generar mayores necesidades de material rodante. Así, el aumento de la actividad puede deberse a nuevas circulaciones en días festivos o periodos estivales, que por sí mismas no requieren un incremento de material rodante.

En cualquier caso, la flota de 83 trenes prevista ahora por RENFE Viajeros para cumplir con los compromisos derivados del acuerdo marco está en consonancia con la capacidad marco solicitada.

RENFE Viajeros señala que tiene previsto realizar importantes inversiones en material rodante que deben ser tomadas en consideración para la determinación

⁷ El cálculo incluido en la Resolución de 6 de abril de 2020 comparaba las circulaciones en un día laborable con las solicitadas por RENFE Viajeros en día laborable representativo a partir de 2025, cuando utilizase toda la capacidad comprometida en el acuerdo marco.

⁸ El porcentaje de incremento calculado por RENFE Viajeros se obtiene comparando las circulaciones anuales previstas en el horario de servicio 2025-2026 con las que se realizaron en el año 2018, mientras que el cálculo realizado en la Resolución de 6 de abril de 2020 está basado en los servicios ferroviarios comunicados por Adif, que toma como referencia 2019.

del plazo de vigencia del acuerdo marco. En primer lugar, este candidato prevé realizar inversiones adicionales para prestar sus servicios objeto del acuerdo marco: i) **[CONFIDENCIAL]** millones de euros correspondientes a los **[CONFIDENCIAL]** trenes nuevos señalados en el apartado anterior (series 106 y 107); ii) **[CONFIDENCIAL]** millones para la mejora del material rodante actualmente en servicio; y, iii) **[CONFIDENCIAL]** millones de euros para la mejora en los canales de venta.

En segundo lugar, RENFE Viajeros alega que el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario *“establece que es necesaria la existencia de inversiones especializadas, y en ningún caso indica que éstas tengan que ser nuevas inversiones”*. Por ello, este candidato sostiene que debe incluirse en el análisis el valor neto contable de los **[CONFIDENCIAL]** trenes actualmente activos, que asciende a **[CONFIDENCIAL]** millones de euros.

De acuerdo con lo anterior, RENFE Viajeros considera que deben serle reconocidas inversiones especializadas por valor de **[CONFIDENCIAL]** millones de euros. Este importe, incluso considerando los recursos dedicados a la mejora de los canales de venta, dista del señalado en su plan económico-financiero aportado a inicialmente a la CNMC, que ascendía a **[CONFIDENCIAL]** millones de euros (-70%).

De forma resumida, la tabla siguiente muestra las modificaciones comunicadas por RENFE Viajeros de los elementos esenciales del plan de operaciones y económico-financiero:

Tabla 1. Material rodante comunicado por RENFE Viajeros
[CONFIDENCIAL]

III.2.2. Inversiones especializadas

Una vez se han acreditado de forma suficiente los recursos, tanto de material rodante como financieros, que RENFE Viajeros destinará a la prestación de los servicios incluidos en el paquete A de capacidad marco, es necesario evaluarlos de acuerdo con el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario.

Las Resoluciones de 6 de abril de 2020 sobre los acuerdos marco para la reserva de capacidad tanto de RENFE Viajeros como de Intermodalidad del Levante, S.A. y Rielsfera, S.A.U. valoraron las inversiones especializadas totales previstas por estos candidatos, tanto en material rodante como en otros elementos operativos necesarios para prestar sus servicios. En el caso del acuerdo marco de RENFE Viajeros se señalaba que este candidato *“como el resto de empresas y candidatos, asume riesgos derivados de la inversión en material rodante cuyo valor, en caso de no contar con capacidad en la red, se vería seriamente reducido”*.

De acuerdo con la nueva información aportada, procede reconocer a RENFE Viajeros inversiones especializadas por un importe de **[CONFIDENCIAL]** millones de euros.

III.3. Riesgos

El último aspecto que establece el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario para valorar la extensión del periodo de vigencia de un acuerdo marco se refiere a la existencia de riesgos.

III.3.1. Riesgos alegados por RENFE Viajeros

A. Decisiones de inversión de RENFE Viajeros

La Resolución de 6 de abril de 2020 indicó que RENFE Viajeros había asumido inversiones en material rodante sin la necesidad de suscribir un acuerdo marco con el gestor. Este candidato alega que esta afirmación resulta también de aplicación a RIELSFERA, cuyas *“inversiones ya están realizadas por parte de su matriz SNCF”*. RENFE Viajeros señala que realizó las inversiones en material rodante en previsión del proceso de apertura del mercado, *“muy anteriormente a suscribir el acuerdo marco con ADIF AV que es prácticamente el último paso de la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril”*.

El considerando 1º del RE 2016/545 señala que los candidatos y empresas ferroviarias requieren de mayor seguridad jurídica *“en lo que se refiere a la capacidad de infraestructura disponible para un periodo superior al de un horario de servicio”*. Por su parte, su considerando 7º indica que los *“inversores necesitan conocer con certeza la capacidad disponible antes de decidir dichas inversiones [adquisición de material rodante]”*.

La Resolución de 6 de abril de 2020 se limitaba a constatar que RENFE Viajeros no requirió de la certidumbre que le hubiera otorgado concluir un acuerdo marco con el gestor de infraestructuras sobre la disponibilidad de capacidad en la red para adquirir su nuevo material rodante.

Por otra parte, si bien es cierto que el material rodante que utilizará RIELSFERA en el mercado español no es nuevo, la entrada en el mercado español de este candidato le coloca en una situación diferente a la de RENFE Viajeros. La entrada a un nuevo mercado supone costes e inversiones que difieren sustancialmente de las que afronta la empresa incumbente.

B. Antigüedad del material rodante de RENFE Viajeros

La Resolución de 6 de abril de 2020 analizó los riesgos que asumen las empresas ferroviarias que suscriben un acuerdo marco por la falta de amortización de su material rodante. Las modificaciones introducidas por RENFE Viajeros en sus planes de operación y económico-financiero obligan a realizar

nuevamente este análisis a la vista de la nueva información sobre el material rodante adscrito al acuerdo marco.

A estos efectos resultan relevantes los siguientes aspectos: i) ninguno de los **[CONFIDENCIAL]** trenes de la serie **[CONFIDENCIAL]** prestarán servicio en los corredores objeto de adjudicación de capacidad marco⁹; ii) solo **[CONFIDENCIAL]** de los 46 trenes TALGO de las series 102/112 se utilizarán en los corredores objeto del acuerdo marco, ya que el resto se usa en trayectos no incluidos en el acuerdo marco; iii) **[CONFIDENCIAL]** trenes de las nuevas series 106 y 107 prestarán sus servicios en estos corredores.

La retirada prevista de los trenes más antiguos, que por tanto no se incluyen en el análisis, junto con la introducción del nuevo material rodante, hace que la antigüedad media del parque adscrito al acuerdo marco sea de unos 9 años.

Tabla 2. Antigüedad media del material rodante de los preadjudicatarios de capacidad marco

	Serie/ Fabricante	Uds	Año puesta en servicio	Antigüedad	% Amortización según años	
					5	10
RENFE Viajeros	103	[CONF]	2007	14	[CONF]	
	102/112		2008	13		
	106		2021	0		
	107		[CONF]	-		
	Media		83			
ILSA	BOMBARD.	23	2022		13%	25%
RIELSFERA	ALSTOM	14	2013	8	33%	45%

La Resolución de 6 de abril de 2020 señaló los riesgos que asume RENFE Viajeros, como el resto de candidatos, “*derivados de la inversión en material rodante cuyo valor, en caso de no contar con capacidad en la red, se verá seriamente reducido*”. Este riesgo, dada la antigüedad media inicial del material rodante de RENFE Viajeros, se consideró limitado en comparación con el resto de sus competidores.

La nueva información modifica esta conclusión. Así, como se observa en la tabla anterior, un acuerdo marco a 5 años aseguraría que RENFE Viajeros contase con capacidad hasta el 36% de la vida útil media de su material rodante, mientras

⁹ De acuerdo con la nueva información aportada, **[CONFIDENCIAL]** trenes de esta serie se destinarán a servicios fuera del acuerdo marco, mientras que **[CONFIDENCIAL]** trenes que inicialmente se destinan a su cumplimiento serán sustituidos en **[CONFIDENCIAL]**.

que, si su duración se extendiera hasta los 10 años, alcanzaría el 48% de la misma.

El riesgo asociado a la amortización pendiente del material rodante que se compromete en la prestación de los servicios vinculados con el acuerdo marco es relevante, teniendo en cuenta la pérdida de valor que sufriría el material rodante pendiente de amortizar en caso de no contar con capacidad en la red ferroviaria.

No obstante, RENFE Viajeros indica en su escrito que *“el riesgo incurrido por los operadores no puede medirse sólo en términos porcentuales. En valores absolutos, Renfe Viajeros estaría asumiendo un riesgo de no recuperación de las inversiones en material rodante de [CONFIDENCIAL] millones de euros si el acuerdo marco tuviera una vigencia de 5 años, que se reducirían a [CONFIDENCIAL] millones de euros si la vigencia fuese de 10 años. Este riesgo es mucho mayor al que asumen los otros dos candidatos. Este importe está incluso por encima de las inversiones que van a realizar los otros dos candidatos.”*

El valor absoluto de las inversiones y, por tanto, de su riesgo asociado es la consecuencia directa de la capacidad marco solicitada por RENFE Viajeros. Este candidato ha optado por el paquete A que supone el 65% de la capacidad total por lo que, lógicamente, requiere un mayor número de trenes e inversiones en términos absolutos.

RENFE Viajeros no puede pretender un mejor trato regulatorio por haber optado a una mayor capacidad en la red, que está asociada a mayores inversiones en términos absolutos, que no relativos.

C. Riesgo derivado de la evolución económica de RENFE Viajeros

RENFE Viajeros señala que su plan económico-financiero prevé una *“caída constante y acusada de viajeros en el paquete A”* que conllevará *“una caída de ingresos con un grave impacto en los resultados de Renfe durante los primeros 5 años de actividad en el paquete A”*. Por esta razón, el candidato considera acreditado el riesgo que justifica la ampliación del plazo de su acuerdo marco.

La CNMC ha valorado riesgos de carácter económico que deben ser considerados en la determinación del plazo de vigencia de los acuerdos marcos. Así, la Resolución de 6 de abril de 2020 sobre el acuerdo marco entre ADIF AV e ILSA señalaba que *“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”*. Efectivamente, las pérdidas durante los primeros años de operación de un candidato pueden asimilarse con inversiones asociadas a la entrada al mercado.

El plan económico-financiero aportado por RENFE Viajeros indica una reducción en la demanda e ingresos, que se refleja en una caída prevista en su resultado antes de impuestos de **[CONFIDENCIAL]**. La situación de RENFE Viajeros difiere de la de ILSA dado que, si bien su resultado se reduce como consecuencia de la entrada de nuevos operadores, no se generan pérdidas que deban ser recuperadas. El riesgo empresarial que afronta el operador histórico por la transición de una situación de monopolio a otra en competencia no puede configurarse como un riesgo singular del que solo esta empresa puede beneficiarse para justificar un plazo mayor de su acuerdo marco.

RENFE Viajeros también alega que la Resolución de 6 de abril de 2020 *“no aporta una base objetiva para afirmar que debido a la elevada incertidumbre sobre la evolución de la cuota de mercado de RENFE Viajeros y de su capacidad para mantener los servicios actuales, diseñados en un entorno de monopolio, es preferible reducir el periodo de vigencia a 5 años para permitir la modificación del plan de transportes sin penalizaciones. En todo caso, debería ser una decisión del operador”*.

La propia RENFE Viajeros reconoce los riesgos de demanda que afronta su plan de negocio, alcanzando conclusiones diferentes. Este candidato considera que es una decisión del operador asumir mayores riesgos, en términos de una elevada capacidad a largo plazo. Sin embargo, RENFE Viajeros no puede ignorar que, en un contexto de restricciones de capacidad, la vinculación del 65% de la capacidad a largo plazo con un candidato que podría no utilizarla de forma eficiente por no contar con la demanda necesaria repercute en las condiciones de entrada al mercado de otros operadores.

III.3.2. Riesgos alegados por ADIF AV

ADIF AV señala en su escrito que el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario no especifica que los riesgos que deben ser evaluados para justificar la extensión del plazo de los acuerdos marco se correspondan únicamente con los de las empresas ferroviarias. A su juicio, también deben evaluarse los efectos en el gestor de las infraestructuras que, en el caso de limitarse el plazo del acuerdo marco de RENFE Viajeros a cinco años, genera riesgos sobre los ingresos e ineficiencias en la administración de la red ferroviaria.

Es necesario señalar que el artículo 38 de la Ley del Sector ferroviario lleva por título *“Derechos de uso de capacidad”*, y se encuentra enmarcado dentro del Capítulo VII del Título II, relativo a la *“Adjudicación de capacidad de infraestructura”*. La pretensión de que el artículo 38.5 haya de ser aplicado a los hipotéticos riesgos que soportaría el administrador de la infraestructura por suscribir un acuerdo marco limitado a un plazo máximo de 5 años supone realizar una interpretación extensiva de la norma allí donde esta tiene un alcance limitado, concreto y excepcional, tal y como cabe deducir de la literalidad del mismo.

Ello es así, tanto por la función que cumple este artículo dentro de la Ley (adjudicar capacidad a empresas ferroviarias y regular el derecho a su uso), como por que aceptar la aplicación a ADIF AV de uno de los criterios del art. 38.5 nos haría tener en cuenta igualmente los dos criterios restantes, lo que nos llevaría, por reducción al absurdo, a considerar los contratos comerciales y las inversiones específicas que hubiera realizado ADIF AV como argumentos para determinar un plazo superior a 5 años en los acuerdos marco que suscriba, lo cual queda fuera de toda consideración.

Sin perjuicio de lo anterior, las cuestiones planteadas por ADIF AV serán analizadas en esta Resolución:

A. La garantía de los ingresos del gestor de infraestructuras

ADIF AV considera que limitar a 5 años el acuerdo marco con RENFE Viajeros *“pone en riesgo su estabilidad financiera y presupuestaria, al privarle tanto del derecho, como de la obligación, avalados por la normativa nacional y comunitaria, (i) de optimizar el uso de la capacidad de infraestructura disponible; así como (ii) de poder establecer su propio plan empresarial (cánones, planes de mantenimiento y reposición, etc.) en base a un horizonte cierto de ingresos a diez años; y (iii) de diseñar la forma en que comercializar la capacidad de la red ferroviaria de forma que se maximice su uso durante un plazo de 10 años”*.

Para justificar su argumentación, ADIF AV compara una vez más la suscripción de un acuerdo marco a 10 años con la no renovación de un acuerdo a 5 años, lo que supone que la alegada pérdida de ingresos sería consecuencia de las decisiones bien de RENFE Viajeros, que no habría solicitado la renovación del acuerdo marco, bien de ADIF AV, que habría decidido no atender dicha solicitud.

ADIF AV considera que el acuerdo marco de RENFE Viajeros, que compromete la utilización del 65% de la capacidad a 10 años, garantizará una parte sustancial de sus ingresos en este periodo de tiempo. Como ha recordado la CNMC en diversos informes¹⁰, la obtención de suficientes ingresos que aseguren la sostenibilidad financiera de ADIF pasa por la propia liberalización ferroviaria y en la transformación de la movilidad a que puede dar lugar, y no en que el operador histórico mantenga *per se* una parte significativa de la capacidad adjudicada.

En el propio proceso de asignación de capacidad marco se ha revelado gran interés de nuevos entrantes por acceder al mercado y por utilizar la red ferroviaria para desarrollar sus planes de negocio. El Informe de Compatibilidad de Ofertas

¹⁰ Estudio sobre la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril (2019). <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00419-0>. informe de supervisión del mercado de servicios comerciales de transporte de viajeros por ferrocarril (2018). <https://www.cnmc.es/expedientes/infdtsp17318>.

elaborado por ADIF AV concluía que las *“solicitudes formuladas por los candidatos para el periodo 2020-2030, superan la capacidad ofertada por ADIF AV en su Declaración sobre la Red. Se ha demostrado, que esta capacidad se supera en todos los ejes ofertados (Madrid-Barcelona, Madrid-Este y Madrid-Sur), todos los días de la semana, y a lo largo de todas las franjas horarias”*. De hecho, alguno de los adjudicatarios de capacidad marco plantea incrementar su actividad a partir de 2025, fecha en que concluiría un eventual acuerdo marco de RENFE Viajeros a 5 años.

B. Ineficiencia del sistema ferroviario

De nuevo a partir de un escenario en el que no se renovase un acuerdo a 5 años con RENFE Viajeros, ADIF AV plantea en su escrito los riesgos que afrontaría el sistema ferroviario en el caso de que la capacidad del Paquete A fuera prestada por varios operadores. De acuerdo con el administrador de infraestructuras, *“en igualdad de condiciones, si dos empresas diferentes tuviesen que realizar los mismos servicios que se dan con el paquete A, necesitarían más recursos (más trenes y tripulaciones) y con ello, un descenso de los rendimientos operativos. De igual forma, si tres empresas diferentes tuviesen que realizar los mismos servicios que se dan con el paquete A, necesitarían todavía más recursos (más trenes y tripulaciones) y con ello, un descenso aún mayor de los rendimientos operativos”*.

ADIF AV añade que las mayores necesidades de material rodante de las empresas ferroviarias podrían saturar las vías de estacionamiento en terminales de viajeros, en vías de apartado y en talleres. Además, estima un riesgo de reducción de la puntualidad y otros parámetros de calidad del administrador de infraestructuras y de reducción del número de viajeros. Por último, añade que puede aumentar la ineficacia en la coordinación de solicitudes y puede existir un mayor riesgo de aumento de la litigiosidad.

En relación con esta alegación, es necesario señalar que cuando un sector se liberaliza el número de operadores es endógeno al mercado, y son las propias condiciones de oferta y demanda las que determinan cuántas empresas prestan el servicio. Entre las amplias competencias para administrar y comercializar la capacidad ferroviaria que la normativa otorga a los gestores no se encuentra la de establecer *ex ante*, como podría interpretarse de esta alegación, el número de empresas ferroviarias que participan en el mercado.

La priorización a partir de los paquetes diseñados por ADIF AV así como la coincidencia en los plazos de los acuerdos marco solicitados han sido el resultado de las peticiones de los candidatos, sin que el gestor pueda alegar ahora que el acceso a capacidad marco de tres operadores sea el único que permita una administración eficiente de la red.

El papel del gestor de infraestructuras es la administración de la red, por lo que sus estimaciones sobre los rendimientos operativos de los operadores no deben

formar parte de sus decisiones de adjudicación de capacidad, más allá de que sus propuestas de utilización de la red sean viables técnica y financieramente: deben ser los candidatos los que, a la vista de la capacidad disponible, diseñen y desarrollen sus planes de negocio y de operaciones, soportando al hacerlo los riesgos asociados.

Es preciso poner de manifiesto que algunos de los riesgos señalados por ADIF AV se relacionan no tanto con el número de empresas ferroviarias en el mercado sino con el número de trenes que deben gestionarse, incluyendo su aparcamiento en la red ferroviaria. Desde esta perspectiva, la puesta en servicio de la capacidad del paquete A por parte de RENFE Viajeros, con los datos ahora aportados, supone la utilización de una flota mayor que la que resultaría si se extrapolase el índice de utilización del material rodante de los otros adjudicatarios de capacidad marco¹¹. La mayor necesidad de trenes para prestar la capacidad del paquete A incrementa las restricciones apuntadas por el administrador de infraestructuras, dado que serán necesarias más vías en estaciones y de apartado para situar los trenes que no estén en uso.

En lo que respecta a los problemas que apunta ADIF AV de puntualidad y otras afectaciones a la calidad de los servicios, es claro que una cierta sobrecapacidad (en particular, la existencia de trenes de reserva) permite solventar con rapidez situaciones de emergencia. Sin embargo, la existencia de activos infrautilizados supone también costes para el sistema que deben repercutirse al usuario final, lo que podría limitar el atractivo del modo ferroviario con respecto a otros modos de transporte. Por ello, la respuesta ante estas eventuales situaciones no puede ser la concentración de capacidad en un operador que garantice capacidades excedentarias para hacer frente a perturbaciones del tráfico. El gestor de infraestructuras debe aprovechar tanto los mecanismos ya vigentes, como el sistema de incentivos que pretende minimizar afectaciones en la red, como aplicar planes de emergencia que impliquen la puesta en común de los recursos necesarios para hacer frente a estas situaciones¹².

¹¹ En el Paquete A, que supone el 65% de la capacidad, RENFE Viajeros ha comprometido 83 trenes, esto es, el 72% de los trenes. Los otros dos adjudicatarios utilizarán 32 trenes para desarrollar los paquetes B y C, que representan el 35% de la capacidad. Si se extrapola el índice de utilización de material rodante de ILSA y RIELSFERA al paquete A únicamente se requerirían 60 trenes, esto es, 23 trenes menos de los previstos por RENFE Viajeros.

¹² El acuerdo de 21 de noviembre de 2019 por el que se emite Informe sobre el Proyecto de Real Decreto sobre seguridad operacional e interoperabilidad ferroviarias señalaba la importancia de los planes de contingencia previstos que, de acuerdo con el proyecto de Real Decreto, deben elaborar los gestores de infraestructuras en caso de accidente, fallo técnico o de cualquier otra incidencia que perturbe significativamente el tráfico ferroviario. En estos casos, el artículo 6 del proyecto de Real Decreto obliga a las empresas ferroviarias a prestar la colaboración que sea requerida por los gestores de infraestructuras que, en caso de no ser las causantes de la perturbación, serán compensadas de acuerdo con lo que se establezca mediante orden del Ministro de Fomento.

Por último, la asignación de capacidad cuando las peticiones superan a la oferta disponible es un proceso que no puede excluir una cierta litigiosidad. Dificilmente puede este factor ser calificado, como hace ADIF AV, como un riesgo diferencial que apoye la ampliación de plazo de los acuerdos marco, cuando la actual preadjudicación de capacidad marco a 3 de los 6 candidatos que presentaron solicitudes ya ha dado lugar a un recurso en la jurisdicción contencioso-administrativa.

En definitiva, por los motivos expuestos no cabe apreciar que los riesgos planteados por ADIF AV justifiquen la ampliación del plazo del acuerdo marco de RENFE Viajeros.

IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo establecido anteriormente, se considera que:

- 1) Al liberalizarse el transporte ferroviario de viajeros a partir del 14 de diciembre de 2020 es inevitable que RENFE Viajeros experimente una situación de incertidumbre, propia de la competencia y que no tiene lugar en un contexto de monopolio. En este contexto, la determinación de un plazo de vigencia del acuerdo marco de RENFE Viajeros, ya sea de 5 o de 10 años, que resulte inferior al de la amortización de su material rodante no puede considerarse que vulnere el principio de confianza legítima, ya que se deriva de la aplicación de criterios establecidos en la Ley del Sector Ferroviario cuyo cumplimiento ha de ser acreditado ante la CNMC.
- 2) El análisis objetivo de la situación concreta de cada candidato puede derivar en conclusiones diferentes sobre el cumplimiento de las causas para la extensión el plazo de los acuerdos marco establecidas en el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario. Por este motivo pueden corresponder diferentes plazos de vigencia de los acuerdos marco sin que ello pueda considerarse una vulneración del principio de no discriminación.
- 3) El artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario no recoge, como causa para ampliar el plazo de los acuerdos marco, el impacto de situaciones de causa mayor, como sería el COVID-19. Por tanto, no es posible tomar en consideración esta situación para justificar la ampliación del plazo del acuerdo marco de RENFE Viajeros.

La CNMC situó el tratamiento de sus efectos en el marco del artículo 13.3.a) del Reglamento 2016/545, como forma para *“reducir los riesgos que afrontan los candidatos posibilitando la modificación del acuerdo marco sin que deban abonarse penalizaciones a los gestores de infraestructuras”*.

- 4) La nueva información aportada por RENFE Viajeros, que el gestor solicita que se incluya en el expediente, señala unas necesidades de material rodante e inversiones completamente diferentes a las incluidas en los Planes

originales de Operaciones y Económico-Financiero analizados previamente por ADIF AV. En concreto, los trenes necesarios para prestar los servicios son un 43% inferiores a la flota inicialmente prevista y las inversiones se reducen casi en un 70%.

Como responsable de la legalidad del procedimiento administrativo de adjudicación de capacidad marco, corresponde a ADIF AV asegurar y acreditar en primera instancia el cumplimiento de las causas que justifican la ampliación de la vigencia de los acuerdos marco de acuerdo con el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario, especialmente cuando se han producido modificaciones tan sustanciales respecto a la información aportada inicialmente.

ADIF AV deberá modificar el Anexo 1 de su propuesta de Acuerdo Marco, que incluye la descripción y el número de trenes para desarrollar la capacidad adjudicada, de forma coherente con la nueva información aportada por RENFE Viajeros.

5) Los nuevos datos aportados por RENFE Viajeros han requerido evaluar de nuevo la concurrencia de las causas establecidas en el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario para ampliar el plazo del acuerdo marco de RENFE Viajeros a 10 años:

- El Contrato de prestación de servicios OSP entre RENFE Viajeros y la Administración General del Estado requiere de una parte significativa de la capacidad recogida en el acuerdo marco propuesto, por lo que procede ser valorado para ampliar su plazo máximo previsto.

No obstante, la divergencia en los periodos de vigencia del acuerdo marco y del Contrato de prestación servicios OSP puede dar lugar, cuando estos servicios hayan de licitarse, a una restricción a la entrada en este mercado. Para evitarlo, ADIF AV habrá de aplicar lo previsto en la normativa ferroviaria para modificar, si fuera necesario, la capacidad marco adjudicada.

- De acuerdo con la nueva información aportada, deben reconocerse a RENFE Viajeros inversiones especializadas por un importe de **[CONFIDENCIAL]** millones de euros.
- De acuerdo con la nueva información aportada por RENFE Viajeros, la amortización de la flota prevista para dar servicio al acuerdo marco se sitúa entre el 36% de la vida útil media en caso de una duración de 5 años mientras que, si su duración se extendiera hasta los 10 años, alcanzaría el 48%. RENFE Viajeros asumiría un riesgo relevante derivado de la pérdida de valor que sufriría el material rodante pendiente de amortizar en caso de no contar con capacidad en la red ferroviaria.

- 6) Por tanto, se considera que se ha acreditado de forma suficiente el cumplimiento de los criterios establecidos en el artículo 38.5 de la Ley del Sector Ferroviario, que posibilitan la extensión a 10 años de la duración del acuerdo marco propuesto entre ADIF AV y RENFE Viajeros.

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 y Renfe Viajeros, S.M.E., 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”*.