

**ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA
PLANTEADA POR INTERMODALIDAD DE LEVANTE, S.A. SOBRE LA
ADJUDICACIÓN DE CAPACIDAD Y LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS
MARCO TRAS LA LIBERALIZACIÓN**

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Expediente: CNS/DTSP/1301/20

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 12 de noviembre de 2020

Visto el expediente relativo a la consulta planteada por Intermodalidad del Levante, S.A. sobre la adjudicación de capacidad y la celebración de acuerdos marco, la Sala de Supervisión Regulatoria acuerda lo siguiente:

I. OBJETO Y DESCRIPCIÓN DE LA CONSULTA

El 17 de septiembre de 2020 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de Intermodalidad del Levante, S.A. (en adelante, ILSA) en el que se formula una consulta a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) en relación con el proceso de adjudicación de capacidad y la celebración de acuerdos llevado a cabo por la Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad (en adelante, ADIF AV) de cara a la liberalización del mercado nacional de transporte de pasajeros a partir del 14 de diciembre de 2020.

En concreto, ILSA solicita aclaración sobre: 1) si la priorización de solicitudes realizada para la adjudicación de capacidad marco en el periodo 2020-2030 fue excepcional o podría repetirse para periodos posteriores; y 2) la existencia de instrumentos que den certidumbre sobre el acceso a la capacidad dados los periodos de amortización de las inversiones, con vidas útiles, como la del material rodante, de hasta 40 años.

En su escrito, ILSA señala que *“el proceso de subasta seguido en 2019 ha sido excepcional e irrepetible, fruto del contexto de inicio de la liberalización y de la concurrencia de más candidatos interesados que surcos disponibles y que, por tanto, que el modelo existente no es un sistema concesional con una temporalidad concreta, sino que sigue la liberalización total y plena de todos los servicios ferroviarios comerciales en toda la Unión Europea establecidos en el IV Paquete Ferroviario y que ILSA no tiene ningún límite temporal para operar en el mercado”*. En otro caso, esta empresa considera que la incertidumbre que supondría la renovación de los acuerdos marco avocaría a *“una amortización acelerada del material rodante o una amortización incompleta (que generaría un valor residual) ligada al periodo inicial de 10 años contemplado en el del Acuerdo Marco, sino que sería más adecuado llevar a cabo la amortización teniendo en un valor típico de 40 años para la amortización de estos activos”*.

Finalmente, ILSA consulta a la CNMC sobre la liberalización del resto de servicios comerciales más allá de que la oferta de capacidad marco publicada por ADIF AV en la modificación de la Declaración sobre la Red de 2019 se limitara a los corredores de alta velocidad Madrid-frontera francesa, Madrid-Levante y Madrid-Andalucía.

El objeto del presente acuerdo es aportar el análisis de esta Sala sobre las cuestiones que planteadas ILSA, de acuerdo con la normativa aplicable a la adjudicación de capacidad y a los acuerdos marco.

II. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Tal y como señala el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC), esta Comisión actuará como órgano consultivo sobre las cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos.

Seguidamente, el artículo 5.3 de la LCNMC establece que, en el mercado ferroviario, la CNMC estará a lo dispuesto en el artículo 11, que establece que esta Comisión *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector ferroviario”*. De forma más concreta, el apartado 11.2.e) establece que la CNMC supervisará y controlará, por iniciativa propia, las actividades de los administradores de infraestructuras en relación con *“las disposiciones sobre acceso a la infraestructura y a los servicios ferroviarios, así como el procedimiento de adjudicación y sus resultados”*.

La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para emitir este informe, en virtud de lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y en los artículos 8.1 y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

III. VALORACIÓN DE LA CONSULTA PLANTEADA POR ILSA

La primera cuestión planteada por ILSA se refiere al proceso de adjudicación de capacidad marco realizado por ADIF AV que concluyó con la firma de los correspondientes acuerdos marco por Renfe Viajeros, S.M.E. (RENFE Viajeros), Rielsfera, S.A.U. (RIELSFERA) y la propia ILSA.

En primer lugar, es necesario recordar que los criterios de priorización para la asignación de capacidad incluidos en la modificación de la Declaración sobre la Red de 2019 no configuraron, en ningún caso, el proceso como una subasta o concesión temporal de la capacidad como sugiere ILSA en su escrito.

El Acuerdo 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 25 de junio de 2019) señaló que la estructura de paquetes de capacidad marco establecida en la Declaración sobre la Red de ADIF AV *“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”*. De hecho, la CNMC concluyó en las Resoluciones de 6 de abril de 2020² *“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”*.

Por tanto, en ningún caso puede considerarse que el proceso de adjudicación llevado a cabo por ADIF AV fuera una subasta de la capacidad marco, como parece indicar ILSA en su escrito. Esta conclusión es compatible con el hecho de que el gestor debiera priorizar las solicitudes recibidas en un contexto en el que, como también se señaló en las citadas Resoluciones de 6 de abril de 2020, *“el conjunto de peticiones superaba con mucho la capacidad disponible y hacía imposible el proceso de coordinación previsto para hacerlas compatibles”*³.

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

² Resoluciones sobre los acuerdos marco para la reserva de capacidad entre la Entidad Pública Empresarial Adif-Alta Velocidad y Renfe Viajeros, S.M.E., S.A., Intermodalidad del Levante, S.A. y Rielsfera, S.A.U.

³ 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.

En definitiva, si bien es cierto que el contexto de apertura del mercado es excepcional e hizo más probable que se produjera una sobredemanda que superara la capacidad disponible, no puede descartarse que los gestores deban priorizar solicitudes en otras ocasiones si estas son incompatibles.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala considera que, una vez suscrito un acuerdo marco con ADIF AV, como es el caso de ILSA en los tres corredores de alta velocidad señalados anteriormente, la continuidad de su acceso a la capacidad radica en las condiciones de renovación del mismo, no pudiéndose asimilar esta situación a la existente cuando se adjudicó por primera vez la capacidad marco.

Como señala ILSA en la segunda cuestión planteada, las empresas ferroviarias requieren certidumbre sobre el acceso a la red ferroviaria para poder acometer las inversiones necesarias para acceder al mercado. Con este fin, el marco regulador habilita a los gestores de infraestructuras a concluir acuerdos con las empresas ferroviarias por un periodo superior al horario de servicio. La duración de los acuerdos marco firmados viene limitada por lo establecido en el artículo 38.5 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (en adelante, Ley del Sector Ferroviario), que permite superar el plazo general de cinco años renovable cuando se justifique por *“la existencia de contratos comerciales, inversiones especializadas o riesgos”*.

La CNMC evaluó la concurrencia de estos factores en las citadas Resoluciones de 6 de abril de 2020 concluyendo que se habían *“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”* de los diferentes acuerdos marco. Sin embargo, como también señalaba la Resolución de 6 de mayo de 2020, sobre los acuerdos marco para la reserva de capacidad entre la Entidad Pública Empresarial Adif-Alta Velocidad y Renfe Viajeros, S.M.E., S.A., *“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”*.

Consciente de la incertidumbre que supone que el plazo de los acuerdos marco sea inferior al de la amortización de los activos, la CNMC señaló, en el Acuerdo 25 de junio de 2019, que *“ADIF AV deberá (...) 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. 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”*.

De acuerdo con lo anterior, la cláusula 6.3 del modelo de acuerdo marco incluido en el Anexo J de la Declaración sobre la Red de ADIF AV⁴ establece 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”*.

Es por tanto el gestor de infraestructuras quien habrá de pronunciarse sobre si en una eventual solicitud realizada por un operador ferroviario que dispone de un acuerdo marco concurren las circunstancias para su renovación. Si ILSA considera que existe incertidumbre acerca de la forma en que el gestor aplicará lo previsto en esta cuestión en el Acuerdo Marco y a la luz del marco normativo vigente, ha de plantear formalmente esta cuestión al propio gestor.

ILSA podrá solicitar la intervención de la CNMC, de acuerdo con los artículos 11.3 y 12.1.f) de la LCNMC, si considera que las condiciones fijadas por ADIF AV para la renovación de los acuerdos marco no garantizan un acceso objetivo, transparente y no discriminatorio a la red ferroviaria.

Finalmente, en el caso de que se produzca tal renovación, el gestor deberá actualizar la declaración de capacidad marco de acuerdo con el artículo 3.1 del Reglamento de la Comisión Europea 2016/545 de 7 de abril de 2016 sobre los procedimientos y criterios relativos a los acuerdos marco de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria (en adelante, RE 2016/545).

En caso de producirse conflictos entre acuerdos marcos en vigor y solicitudes de acuerdos marco nuevos o modificados, serán de aplicación los criterios de coordinación que establece para este fin el RE 2016/545 en su artículo 9. Por tanto, las reglas de priorización señaladas anteriormente deben excluir la capacidad comprometida por acuerdos marco ya suscritos, que cuentan con una regulación específica para su resolución. Estas se aplicarían, eventualmente, para solicitudes incompatibles en nuevas líneas o capacidades adicionales que ADIF AV pusiera a disposición de terceros en los tres corredores objeto de la adjudicación de capacidad marco.

En relación con la liberalización del resto de líneas de la red ferroviaria de interés general (RFIG) no incluidas en la oferta de capacidad marco debe señalarse que,

⁴ http://www.adifaltavelocidad.es/es_ES/conocenos/doc/DR_ADIF_AV_V1_2020_05082020.pdf

de acuerdo con el artículo 47.2 de la Ley del Sector Ferroviario, cuya entrada en vigor está determinada por la Disposición Transitoria primera de la misma ley, los servicios de transporte ferroviario de viajeros se deben abrir a la libre competencia a partir del 1 de enero de 2019, a tiempo para el acceso a la infraestructura en el horario de servicio que se inicie el 14 de diciembre de 2020⁵.

Por tanto, los candidatos pueden solicitar capacidad en cualquier línea de la RFIG a partir de esa fecha, acceso que únicamente podrá limitarse, de acuerdo con el artículo 59.7 de la Ley del Sector Ferroviario, *“cuando un servicio con obligaciones de servicio público cubra el mismo itinerario u otro alternativo y el ejercicio de aquel derecho ponga en peligro el equilibrio económico del servicio con obligaciones de servicio público y así lo acuerde la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Los candidatos pueden requerir la adjudicación de capacidad marco para acceder al resto de líneas de la RFIG más allá de los tres corredores incluidos en la Declaración de capacidad marco realizada por ADIF AV. El artículo 4.2 del RE 2016/545 permite que las empresas ferroviarias soliciten la celebración de acuerdos marco, aunque el gestor no haya publicado una oferta, debiéndose informar al resto de empresas ferroviarias y candidatos que, en su caso, podrán mostrar su interés por la misma.

IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, esta Sala considera, en relación con la consulta de ILSA, que, si bien la coordinación es el procedimiento deseable para atender todas las solicitudes de capacidad, no puede descartarse que los gestores deban priorizar solicitudes si estas son incompatibles. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de los acuerdos marco ya suscritos entre ADIF AV y RENFE Viajeros, ILSA y RIELSFERA, la continuidad de su acceso a la capacidad radica en las condiciones de renovación del mismo, no pudiéndose asimilar esta situación a la existente cuando se adjudicó por primera vez la capacidad marco.

Tanto la Ley del Sector Ferroviario como los propios acuerdos marco prevén su renovación. Es el gestor de infraestructuras quien ha de decidir si, ante una solicitud de los candidatos, concurren las circunstancias para ello. Si ILSA requiere de aclaraciones sobre los criterios con que se resolverán estas

⁵ Esta disposición resulta de la transposición del artículo 10 de la Directiva 2012/34/UE del parlamento europeo y del consejo de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, en su redacción dada por la Directiva 2016/2370 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, que modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias.

peticiones, ha de plantear una consulta a ADIF-AV con este propósito, sin perjuicio de la posibilidad de plantear un conflicto a la CNMC de acuerdo con las competencias previstas en los artículos 11.3 y 12.1.f) de la LCNMC.

En caso de producirse conflictos entre acuerdos marcos en vigor y solicitudes de acuerdos marco nuevos o modificados, será de aplicación lo previsto en el artículo 9 del RE 2016/545. Por tanto, las reglas de priorización señaladas anteriormente deben excluir la capacidad comprometida por acuerdos marco ya suscritos, que cuentan con una regulación específica para su resolución. Estas se aplicarían, eventualmente, para solicitudes incompatibles en nuevas líneas o capacidades adicionales que ADIF AV pusiera a disposición de terceros en los tres corredores objeto de la adjudicación de capacidad marco.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 47.2 de la Ley del Sector Ferroviario, los candidatos pueden solicitar capacidad en cualquier línea de la RFIG a partir del 14 de diciembre de 2020, acceso que únicamente podrá limitarse, de acuerdo con el artículo 59.7 de dicha Ley. Además, de acuerdo con el artículo 4.2 del RE 2016/545 podrán solicitar a los gestores de infraestructuras la celebración de acuerdos marco, aunque no se haya publicado una oferta, debiéndose informar al resto de empresas ferroviarias y candidatos que, en su caso, podrán mostrar su interés por la misma.