

ACUERDO POR EL QUE SE INADMITE EL CONFLICTO INTERPUESTO POR OUIGO ESPAÑA, S.A.U. FRENTE A LA RESOLUCIÓN DE 5 DE AGOSTO DE 2024 DE LA ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL ADIF ALTA VELOCIDAD SOBRE LA SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE SU ACUERDO MARCO

(CFT/DTSP/255/24)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 19 de diciembre de 2024

De acuerdo con las funciones establecidas en el artículo 12.1.f) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de la Supervisión Regulatoria, emite la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de septiembre de 2024 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Ouiigo España, S.A.U. (en adelante, OUIGO) por el que interpone conflicto contra la Resolución de 5 de agosto de 2024 de la Entidad Pública Empresarial ADIF - Alta Velocidad (en adelante, ADIF AV) por la que se

resuelve la solicitud de 23 de febrero de 2023 de OUIGO de modificación de su acuerdo marco.

SEGUNDO.- Mediante escritos de 13 de septiembre de 2024 se comunicó a ADIF AV y OUIGO el inicio del presente procedimiento. En la misma fecha se solicitó determinada información a ADIF AV, que fue aportada, junto con sus alegaciones, el 7 de octubre de 2024.

TERCERO.- Mediante escrito de 23 de octubre de 2024 se comunicó a OUIGO y a ADIF AV la apertura de otro procedimiento, específico para la tramitación del conflicto relativo a la desestimación de la solicitud de modificación del plazo de vigencia del acuerdo marco.

CUARTO.- El 21 de noviembre de 2024 se notificó a las partes el informe que concluye la instrucción del procedimiento y se comunicó la apertura del trámite de audiencia, recibándose alegaciones de OUIGO con fecha 9 de diciembre de 2024.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

1. El artículo 12.1.f de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC) establece que *“corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en exclusiva conocer y resolver las reclamaciones que presenten las empresas ferroviarias y los restantes candidatos en relación con la actuación del administrador de infraestructuras ferroviarias, los explotadores de instalaciones de servicio o prestadores de los servicios, así como las empresas ferroviarias y restantes candidatos, y que versen, en particular, sobre: [...] 2.º Los procedimientos de adjudicación de capacidad y sus resultados [...] 4º Cualquier trato discriminatorio en el acceso a las infraestructuras o a las instalaciones de servicio, y en relación con los servicios que en ellas se llevan a cabo”*.
2. Según el mismo artículo, la CNMC *“[E]n caso de una reclamación contra la negativa de otorgar capacidad de infraestructura, o contra los términos en que esta se otorga, resolverá para confirmar la decisión del administrador de la infraestructura o de la instalación de servicio, o bien para requerir la modificación*

de esa decisión de conformidad con las instrucciones específicas que se consideren apropiadas”.

3. Asimismo, conforme a la cláusula 10^a del Acuerdo Marco suscrito entre ADIF AV y OUIGO el 11 de mayo de 2020, *“el candidato tendrá derecho, en lo que concierne a las actuaciones y decisiones del administrador de infraestructuras ferroviarias a presentar una reclamación ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”.*
4. La CNMC resulta, por consiguiente, competente para pronunciarse sobre las cuestiones objeto del presente procedimiento. Dentro de la CNMC, la Sala de Supervisión Regulatoria es la competente para adoptar la presente Resolución, de conformidad con lo establecido en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

II. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL CONFLICTO

5. El 11 de mayo de 2020 ADIF AV y OUIGO firmaron¹ un acuerdo marco de reserva de capacidad que preveía, en su Anexo 2, el inicio de las operaciones de OUIGO el 14 de diciembre de 2020 en los tres ejes donde se le adjudicó capacidad marco (Madrid-Barcelona, Madrid-Este y Madrid-Sur).
6. El 9 de abril de 2021 se firmó una primera Adenda al acuerdo marco que retrasó el inicio de las operaciones debido a: i) la situación derivada de la pandemia de Covid-19, ii) la necesidad de fabricación de los equipos LZB en el eje Madrid-Sur y iii) la existencia de un problema de interoperabilidad del material rodante con los circuitos de vía en el eje Madrid-Este. Las nuevas fechas de inicio son el 10 de mayo de 2021 entre Madrid y Barcelona, el 12 de diciembre de 2021 entre Madrid y Valencia, el 13 de junio de 2022 entre Madrid y Alicante y el 1 de abril de 2024 en el eje Madrid-Sur.
7. El 28 de octubre de 2022 se firmó² la segunda Adenda al acuerdo marco para, por una parte, incrementar el margen de flexibilidad en la solicitud de capacidad, y, por otra, ampliar el plazo de vigencia del acuerdo marco hasta el 10 de mayo

¹ Previa aprobación por la CNMC: [Resolución de 6 de abril de 2020](#).

² Previa aprobación por la CNMC: [Resolución de 10 de enero de 2023](#).

de 2031, atendiendo al momento en que se iniciaron las operaciones de OUIGO entre Madrid y Barcelona.

8. El 23 de febrero de 2023 OUIGO solicitó: i) la modificación de las fechas de inicio de sus operaciones en el eje Madrid-Este (Madrid-Valencia al 7 de octubre de 2022 y Madrid-Alicante al 28 de abril de 2023) y en el eje Madrid-Sur (al 30 de octubre de 2024) para adecuarlas a las fechas de inicio real de los servicios, ii) la modificación del plazo de vigencia del acuerdo marco para mantener el horizonte temporal de diez años de explotación, dados los retrasos en el inicio de las operaciones no imputables al operador y, iii) la adopción de medidas compensatorias, como la modulación de la adición a la Modalidad B del canon por utilización de las líneas ferroviarias, por el retraso en la apertura del túnel entre Chamartín y Torrejón de Velasco (que impidió el inicio de las ventas de los servicios a Valencia en el verano de 2022), el incremento de los precios de la energía, y el cambio de cabecera de los servicios de Renfe Viajeros S.M.E., S.A. (en adelante, RENFE Viajeros) en el eje Madrid-Este.
9. Mediante Resolución de 5 agosto de 2024, ADIF AV aceptó modificar el Anexo 2 del acuerdo marco, sobre las fechas de inicio de las operaciones, conforme a lo solicitado por OUIGO, y desestimó las demás solicitudes de OUIGO.
10. OUIGO está en desacuerdo con esta desestimación, que “*vulnera el derecho de uso de la capacidad marco y las disposiciones del acuerdo marco que regulan su régimen de modificación*”, y manifiesta, en su escrito de interposición del conflicto, que, a pesar de estar conforme la estimación por ADIF AV de la modificación del Anexo 2 del acuerdo marco, no lo está con el razonamiento de la Resolución de ADIF AV sobre la responsabilidad de OUIGO. Y solicita el pronunciamiento de esta Comisión respecto de todas estas cuestiones.

III. VALORACIÓN

Primero. Determinación del ámbito del conflicto

11. La cláusula 7ª del acuerdo marco suscrito entre ADIF AV y OUIGO establece que toda “*modificación de las condiciones del presente acuerdo marco se puede realizar por las siguientes causas: a) A petición de una de las partes y aceptada por la otra. b) Cuando se instauren nuevas medidas legales o regulatorias que afecten en todo o en parte a lo estipulado en el presente acuerdo marco. c) Como consecuencia de un incremento sustancial de los cánones ferroviarios por parte del administrador de infraestructuras ferroviarias*”.

12. Las cuestiones sobre las que se debe pronunciar esta Comisión se limitan a las discrepancias entre las partes en relación con la aplicación de esta cláusula.
13. La modulación de la adición a la modalidad B del canon por utilización de las líneas ferroviarias *“para contribuir a la minoración del coste unitario por billetes hasta los niveles existentes antes del estallido de la crisis energética o, en todo caso, para evitar que éstos continúen aumentando y los operadores se vean obligados a incrementar el precio de los billetes o a reducir los servicios, poniendo en peligro su sostenibilidad económica y la liberalización”*, resultaría ajeno al acuerdo marco, por mucho que la cláusula 7ª c) prevea la posibilidad de modificar el acuerdo marco si se produce un “incremento sustancial de los cánones ferroviarios”³.
14. Por tanto, de los motivos alegados por OUIGO para interponer conflicto, esta Comisión entiende que debe pronunciarse sobre:
 - La **modificación del Anexo 2 del acuerdo marco** para que éste recoja las fechas de inicio reales de las operaciones en los ejes Madrid-Este y Madrid-Sur.
 - La **modificación de la vigencia del acuerdo marco**, para compensar los efectos del incremento de los costes energéticos⁴ y asegurar los diez años de operación efectiva previstos en el momento de la firma del acuerdo marco.
15. En relación con el segundo asunto, dado que cualquier modificación del plazo de vigencia de un acuerdo marco afecta al resto de las empresas ferroviarias que

³ Sobre el cambio de cabecera de los servicios de Renfe en el eje Madrid-Este, la [Resolución de la CNMC de 10 de enero de 2023 sobre la propuesta de modificación del acuerdo marco para la reserva de capacidad entre la Entidad Pública Empresarial Adif-Alta Velocidad y Renfe Viajeros S.M.E, S.A en relación con las cabeceras del corredor de Levante](#) condicionó el mantenimiento de cuatro servicios diarios de Renfe en la estación de Atocha a incrementar la bonificación de los cánones ferroviarios de los tráficos desde la estación de Chamartín.

⁴ ADIF AV indica en la Resolución de 5 de agosto de 2024 que *“en cuanto al incremento de costes como consecuencia de la coyuntura actual (energéticos y costes extraordinarios), se considera que, aun tratándose de una causa ajena a la voluntad del candidato, la misma forma parte del riesgo y ventura operacional asumido por Ouígo al formalizar el Acuerdo Marco, sin que ello pueda justificar una modificación de la duración del mismo”*. A este respecto cabe recordar que esta Comisión indicó que circunstancias excepcionales como la crisis sanitaria provocada por la pandemia deben modular el riesgo y ventura asumido por las empresas firmantes de un acuerdo marco ([Resolución de 7 de junio de 2022 sobre el conflicto interpuesto por Intermodalidad del Levante, S.A. contra Adif Alta Velocidad en relación con la modificación del acuerdo marco](#)).

tienen suscritos acuerdos marco con ADIF AV en las mismas líneas, se ha considerado conveniente su tramitación en un procedimiento separado (CFT/DTSP/313/24), en el que se ha considerado interesados a RENFE Viajeros y a Intermodalidad del Levante, S.A.

Resumen de las alegaciones recibidas en el trámite de audiencia y su contestación

16. En su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, OUIGO recuerda que el objeto del presente conflicto es la modificación solicitada por OUIGO a ADIF AV del acuerdo marco, debido a la *“conurrencia de una serie de circunstancias que han producido un desequilibrio entre las partes en el AM [acuerdo marco] de Ouigo, convirtiendo las obligaciones a cargo de Ouigo en extremadamente onerosas y poniendo en riesgo la continuidad de la actividad”*. Ese desequilibrio sería de **[CONFIDENCIAL]** millones de euros. La solicitud proponía diferentes medidas para restablecer el equilibrio económico del acuerdo marco, en concreto, la prolongación del plazo de vigencia y otras medidas compensatorias como la modulación de la adición a la Modalidad B del canon por utilización de las líneas ferroviarias.
17. Si bien OUIGO considera adecuado tramitar su discrepancia sobre la vigencia del acuerdo marco en un procedimiento específico, señala que, si las medidas acordadas *“no cubren la totalidad del impacto [...], deberá reclamarse al Administrador la adopción de otras, como la reducción de la adición a la modalidad B de los cánones ferroviarios que proponía Ouigo, a fin de restablecer por completo la situación truncada por la aparición de las circunstancias exógenas mencionadas”*, por lo que solicita que no se archive este conflicto hasta que no se resuelvan dichos procedimientos y que, en cualquier caso, la *“CNMC examine el fondo del asunto y determine la concurrencia de dichas circunstancias exógenas a Ouigo y su impacto en el AM”*.
18. Como se ha indicado ya, las competencias de esta Comisión en el conflicto interpuesto abarcan las discrepancias sobre las modificaciones del acuerdo marco en aplicación de su cláusula 7ª. El clausulado del acuerdo marco no recoge medidas compensatorias a aplicar en caso de aparición de circunstancias sobrevenidas, por lo que no puede imponerlas la CNMC en el marco de la modificación del acuerdo marco, como pretende OUIGO. El caso de la ampliación del plazo del acuerdo marco, que es objeto de otro procedimiento de conflicto paralelo, es distinto, pues no tiene que ver con establecer este tipo de medidas compensatorias, sino que con la duración del acuerdo marco (cláusula 6ª “Vigencia del Acuerdo Marco”).

19. Finalmente, de acuerdo con la Ley del Sector Ferroviario, los cánones, entre los que se incluye la adición a la modalidad B que OUIGO solicita modificar, son prestaciones patrimoniales de carácter no tributario que deben establecerse de forma general mediante un Reglamento aprobado por el Consejo de Administración de los administradores de infraestructuras. Por tanto, no es posible determinar esta adición bilateralmente en un acuerdo marco en función de la situación particular de un operador.

Segundo. Retraso en el inicio de las operaciones de OUIGO

20. La cláusula 3ª del acuerdo marco firmado entre ADIF AV y OUIGO establece:

“1) El candidato se compromete a solicitar la capacidad para cada horario de servicio, (...), en los términos recogidos en el presente acuerdo marco, ver Anexo 2.

(...)

2) El candidato se compromete a solicitar la capacidad de infraestructura acordada y descrita en el Anexo 2, contemplándose un margen de reducción anual de hasta el 10% para posibles ajustes en la programación. (...), en el caso de que el candidato no solicite la capacidad acordada para el siguiente horario de servicio, de acuerdo con el calendario y los plazos establecidos en la Declaración sobre la Red, el administrador de infraestructuras le penalizará con los costes, pérdidas directas y gastos (incluido el lucro cesante), en los que haya incurrido efectivamente ADIF.

3) 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.”⁵

21. En su solicitud de 23 de febrero de 2023, OUIGO alegó que los retrasos en el inicio de sus operaciones en los ejes Madrid-Este y Madrid-Sur eran ajenas a su voluntad, pues se debieron al retraso en la puesta en servicio del túnel entre Chamartín y Atocha, a la necesidad de adaptar el material rodante a los circuitos

⁵ La cláusula 3ª.3 del acuerdo marco reproduce el artículo 13.3 del Reglamento de Ejecución 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.

de vía FS3000, y a incidencias en el desarrollo del proyecto LZB necesario para la adaptación del material rodante al sistema de señalización del eje Sur.

22. La Resolución de ADIF AV de 5 de agosto de 2024 concluye, en relación con el retraso en el eje Madrid-Este, que OUIGO no comunicó “sin demora” los retrasos en el inicio de sus operaciones, y que la causa de estos retrasos *“no resulta ajena a la voluntad de Ouigo”*. Sobre el eje Madrid-Sur indica que, si bien la causa del retraso *“se ha comunicado con tiempo suficiente a este administrador de infraestructuras para tratar de readjudicar”*, OUIGO no habría *“aportado ningún documento que evidencie cuándo se produjeron los incidentes, por lo que no es posible determinar si esta circunstancia se ha comunicado, sin demora, al administrador de infraestructuras”*. Además, concluye que *“se trata de una causa que no resulta ajena a la voluntad de Ouigo, la empresa ferroviaria debió desplegar la diligencia necesaria (“in eligendo” o “in vigilando”) para el cumplimiento de los compromisos asumidos (es decir, operar en el eje Madrid-Sur) en su Acuerdo Marco en los plazos comprometidos (abril de 2024) en la 1ª adenda al Acuerdo Marco”*.
23. OUIGO dedica una parte importante de su escrito de interposición del conflicto a demostrar que comunicó a ADIF AV los retrasos en el inicio de las operaciones “sin demora” y que la causa es ajena a su voluntad, concluyendo que no procede la imposición de penalizaciones. Alega también que, en todo caso, la imposición de sanciones *“debería dilucidarse en un procedimiento separado y ad hoc, en el que se verifiquen las circunstancias previstas en el artículo 13 del Reglamento de Ejecución 2016/545”*.
24. ADIF AV alega que *“no puede iniciarse un conflicto solamente por discrepancias en cuanto a la motivación o la falta de motivación de la Resolución del Presidente, máxime cuando se ha estimado su solicitud, por lo que debe considerarse carente de objeto, ya que el organismo al que nos dirigimos [la CNMC] no puede adoptar ninguna medida distinta al que ya ha adoptado la propia ADIF AV, cual es la estimación de la pretensión de Ouigo y aceptar la modificación solicitada en cuanto al retraso de los horarios de servicio”*. Sigue ADIF AV argumentando que las consideraciones que hace la Resolución de 5 de agosto de 2024 respecto de la responsabilidad de OUIGO en el retraso del inicio de sus operaciones, únicamente tendrían relevancia en el marco de un procedimiento sobre la procedencia o improcedencia de las penalizaciones previstas en el acuerdo marco. Ahora bien, el informe interno de ADIF AV, elaborado con motivo de la solicitud de OUIGO de modificación del acuerdo

marco⁶, cuantifica las penalizaciones que eventualmente debería abonar esta empresa⁷.

25. Del análisis de las alegaciones de las partes se aprecia que su discrepancia no es sobre el resultado, estimo de la solicitud de OUIGO respecto de la modificación, en el acuerdo marco, de la fecha de inicio de las operaciones, sino por las causas que motiva esa modificación. Además, ambas partes reconocen que la eventual imposición de penalizaciones por incumplimiento del acuerdo marco sería objeto de un procedimiento específico en el que se analizarían las causas que motivaron los retrasos, y la responsabilidad sobre las mismas.
26. Por tanto, en este momento procede inadmitir el conflicto, sin perjuicio de que esta Comisión se pueda pronunciar sobre las discrepancias que pudieran surgir, en su caso, en el marco del procedimiento para la determinación de las penalizaciones por incumplimiento de los compromisos adquiridos en el acuerdo marco, y sin perjuicio de las actuaciones que se siguen en el marco del expediente CFT/DTSP/313/24.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el conflicto interpuesto por Oigo España, S.A.U. frente a la Resolución de 5 agosto de 2024 de la Entidad Pública Empresarial ADIF Alta Velocidad, sin perjuicio de las actuaciones que se siguen en el marco del expediente CFT/DTSP/313/24.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Transportes y Sector Postal y notifíquese a Oigo España, S.A.U. y a la Entidad Pública Empresarial ADIF Alta Velocidad, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

⁶ Informe financiero sobre la propuesta de modificación del acuerdo marco de capacidad presentado por Oigo España, S.A.U. (Rielsfera, S.A.U.), al que tuvo acceso OUIGO.

⁷ El Informe concluye que no se habrían ejecutado 30 surcos en la línea Madrid – Alicante, lo que supone 14.595 tren.km y 18.324 viajeros subidos y bajados menos, y un lucro cesante de 142.150 euros.