

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA SOLICITUD DE REVISIÓN DE OFICIO EFECTUADA POR ECO RAIL, S.A. CON RESPECTO A LAS RESOLUCIONES DE APROBACIÓN DE LOS ACUERDOS MARCO PARA LA RESERVA DE CAPACIDAD.

R/AJ/038/20

CONSEJO. PLENO

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

Vista la solicitud de revisión de oficio presentada por Eco Rail, S.A. en relación con las resoluciones adoptadas por la CNMC de aprobación de los acuerdos marco para la reserva de capacidad, a formalizar por ADIF con Renfe Viajeros, S.M.E., S.A., Intermodalidad del Levante, S.A. y Rielsfera, S.A.U., el Pleno de la CNMC acuerda:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. – Aprobación de los acuerdos marco para la reserva de capacidad.

Tras haber recibido de la entidad pública empresarial ADIF Alta Velocidad las propuestas de acuerdos marco para la reserva de capacidad, a suscribir con

cada una de las empresas adjudicatarias (Renfe Viajeros, S.M.E., S.A., Intermodalidad del Levante, S.A. y Rielsfera, S.A.U.), el Pleno de la CNMC, en su sesión de 6 de abril de 2020, ha adoptado tres resoluciones para aprobar los respectivos acuerdos marco.

En estas resoluciones se acuerda lo siguiente:

- 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. (expediente STP/DTSP/013/20):

“(…)

RESUELVE

ÚNICO.- Condicionar 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.”

- Resolución sobre el acuerdo marco para la reserva de capacidad entre la entidad pública empresarial Adif-Alta Velocidad e Intermodalidad del Levante S.A. (expediente STP/DTSP/014/20):

“(…)

RESUELVE

ÚNICO.- Aprobar, de conformidad con lo dispuesto en artículo 13.3 de la Orden FOM/897/2005, de 7 de abril, relativa a la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria, el Acuerdo Marco propuesto entre la Entidad Pública Empresarial ADIF-Alta Velocidad e Intermodalidad del Levante, S.A.”

- Resolución sobre el acuerdo marco para la reserva de capacidad entre la entidad pública empresarial Adif-Alta Velocidad y Rielsfera, S.A.U. (expediente STP/DTSP/015/20):

“(…)

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 Rielsfera, S.A.U.”

Estas tres resoluciones fueron notificadas a la entidad pública empresarial ADIF Alta Velocidad y publicadas en la página web del Organismo.

Segundo.- Solicitud de revisión de oficio presentada por Eco Rail, S.A.

El 16 de abril de 2020 se ha presentado en el registro de la CNMC escrito de Eco Rail, S.A. por el que formula solicitud de revisión de oficio de las tres resoluciones de la CNMC, adoptadas el 6 de abril de 2020, antes mencionadas.

De un modo esencial, la solicitud de revisión de oficio de Eco Rail expone lo siguiente:

- Que Eco Rail ha participado en el procedimiento para la valoración de solicitudes de capacidad marco y correspondiente adjudicación de capacidad a los candidatos solicitantes, seguido por la entidad pública empresarial ADIF Alta Velocidad.
- Que, asimismo, Eco Rail ha participado en el procedimiento para la aprobación de los acuerdos marco, seguido por la CNMC. Al respecto, Eco Rail se refiere a dos escritos presentados por esta empresa ante la CNMC, de fecha 18 de febrero de 2020 y 3 de abril de 2020.
- Que, en fecha 7 de abril de 2020, Eco Rail ha conocido, por los medios de comunicación, que la CNMC se ha pronunciado sobre los acuerdos marco para la reserva de capacidad a suscribir entre la entidad pública empresarial ADIF Alta Velocidad y los adjudicatarios designados por esa entidad en su acuerdo de 27 de noviembre de 2019: esto es, Renfe Viajeros, S.M.E., S.A., Intermodalidad del Levante, S.A y Rielsfera, S.A.U. Las resoluciones adoptadas por la CNMC se encuentran disponibles en su página *web*.

Eco Rail realiza en su solicitud de revisión de oficio la siguiente valoración:

“A la vista del idéntico contenido de los Antecedentes de Hecho de las tres Resoluciones CNMC, y a la vista de la –en lo que aquí interesa- coincidente valoración jurídica incluida en tales Resoluciones, se infiere que CNMC no ha tomado en consideración, ni tramitado, ni, en definitiva, ha dado respuesta alguna a las Alegaciones que, en su consideración de interesado, ha vertido ECO RAIL en el procedimiento de las anotaciones marginales.

Con esta omisión las Resoluciones CNMC de 6 de abril de 2020 han conculcado los derechos de audiencia de ECO RAIL recogidos en el art. 105. 1 c) de la Constitución española, y desarrollados por el art. 76 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“LPAC”).”

Adicionalmente, dado el tenor del “resuelve” aprobado respecto al acuerdo marco relativo a Renfe Viajeros, S.M.E., Eco Rail considera que la decisión adoptada con respecto a dicha empresa adjudicataria podría no ser definitiva, y

plantea, para su toma en consideración a los efectos de la resolución definitiva, una relación de diez motivos por los que estima que la adjudicación de capacidad llevada a cabo es contraria al Derecho de la Competencia. En cualquier caso, con base en esos mismos diez motivos considera que, tras la anulación de las resoluciones de 6 de abril de 2020 que debería realizarse en todo caso (por conculcar el derecho de audiencia de Eco Rail), la CNMC debería requerir a Adif Alta Velocidad una diferente valoración de las propuestas de adjudicación que le plantearon los diferentes candidatos (entre los que se encontraba el propio Eco Rail, que, sin embargo, no resultó adjudicatario por lo que considera un escaso margen).

Eco Rail termina su escrito solicitando lo siguiente:

“Por todo lo anteriormente expuesto, SOLICITA A la CNMC que, tenga por presentado este escrito; y

- *Tenga por reiterada la pretensión de ser expresamente reconocida como interesado en el procedimiento de las anotaciones marginales.*
- *Tenga por reiteradas las Alegaciones de 18 de febrero de 2020 y de 3 de abril de ese mismo año, cuya consideración ha sido omitidas por CNMC en el seno del procedimiento.*
- *Tenga por formulada la presente Alegación en la que se subrayan los vicios de ilegalidad en que incurren las Resoluciones CNMC de 6 de abril dictadas.*

Y, con base en todo lo anterior, (i) proceda a revisar las Resoluciones dictadas, incoando procedimiento al efecto en el que, tras la audiencia de los interesados, declare, de oficio, su nulidad al amparo de lo establecido en los artículos 47.1 y 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y (ii) dicte nuevas Resoluciones en las que se requiera a ADIF para que valore debidamente las ofertas presentadas por los licitadores.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - CARÁCTER DEL ESCRITO PRESENTADO.

El escrito presentado por Eco Rail se formula expresamente al amparo del artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Este precepto, en su apartado 1, regula la revisión de actos administrativos nulos:

“Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.”

Esta revisión de actos administrativos, contemplada en el artículo 106 de la Ley 39/2015, se refiere a los casos en que concurran las causas de nulidad de pleno derecho, que están previstas en el artículo 47.1 de la citada Ley 39/2015.

A este respecto, el escrito de Eco Rail alega la causa de nulidad relativa a la vulneración del derecho fundamental de audiencia, que se correspondería con la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1, letra a): “Los [actos administrativos] *que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*”

Si bien la revisión de actos nulos es una actuación que se sigue de oficio por parte de las Administraciones Públicas, es posible que el interesado presente una solicitud al respecto, tal como ha hecho Eco Rail. Dicha solicitud, no altera, sin embargo, la consideración de que la revisión se plantea en todo caso “*de oficio*” por parte de la Administración (tal como señala el precepto transcrito), en el sentido de que la Administración ha de considerar procedente la revisión (una vez realizada –en caso de que medie solicitud de interesado- la oportuna valoración de la solicitud presentada este respecto).

Si bien, al tiempo de presentar su solicitud de revisión, Eco Rail tenía abierto plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones cuya anulación solicita, esta empresa ha optado por plantear solicitud de revisión de oficio. A este respecto, y teniendo en cuenta que las resoluciones de la CNMC de 6 de abril de 2020 ponen fin a la vía administrativa, ha de entenderse que, de acuerdo con el citado artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, las mismas son susceptibles de revisión de oficio. Ahora bien, la revisión de oficio, si bien es un cauce para obtener también la declaración de nulidad de un acto, implica la tramitación de un procedimiento diferente, y supone también, en última instancia, la posibilidad de obtener una tutela diferente, respecto del procedimiento, y respecto de los efectos, que son propios de los recursos¹.

¹ Si bien la solicitud de revisión de oficio puede presentarse estando abierto el plazo de interposición de recurso contencioso-administrativo, una y otra vía tienen efectos diferentes, por lo que no pueden ser entendidas en puridad como alternativas de tipo equivalente, tal y como señala el Tribunal Supremo:

“Aunque la solicitud de revisión de oficio se pueda plantear en cualquier momento, respetando los cuatro años del artículo 103.1 b) de la LRJPAC, tiene razón la sentencia recurrida cuando considera improcedente recurrir a la vía del artículo 103 de la LRJPAC como vía alternativa a una impugnación directa en vía jurisdiccional de la licencia de obras, que no se ejercita. (...) Es patente por ello la confusión de la demanda en que se insiste en el motivo de casación al defender que la vía de revisión de oficio y la impugnación directa son alternativas equivalentes. El carácter privilegiado de la acción para instar la revisión, en los casos de los artículos 102 y 103 de la LRJPAC, comporta limitaciones procesales y, entre ellas, la imposibilidad de pronunciarse sobre los vicios de fondo que se adujeron en la misma. Así lo ha entendido correctamente, al decidir, la sentencia que se recurre, que por ello no se pronuncia sobre el fondo de si la licencia es o no ilegal. Debe ser confirmada en este pronunciamiento, así como en el de la improcedencia de anular la declaración de que no era pertinente una revisión, contra

SEGUNDO.- EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO.

El apartado 3 del artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, prevé la posibilidad de acordar la inadmisión a trámite de una solicitud de revisión de oficio en los casos -entre otros- de manifiesta falta de fundamento de la solicitud: *“El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.”*

Aparte, ha de tenerse en cuenta, como se ha indicado en el fundamento anterior de esta resolución, que la revisión de actos nulos contemplada en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, es, en todo caso, una actuación “de oficio” que sigue la Administración. En línea con ello, cuando media solicitud de interesado, la Administración ha de realizar un examen de las causas de nulidad alegadas por el interesado, para ver si procede la declaración de nulidad, y, en caso de que, tras la oportuna valoración razonada, así lo estime, entonces procederá a recabar el dictamen del Consejo de Estado.

Existe un cierto debate doctrinal acerca de si este examen por la Administración de las causas de nulidad alegadas por el interesado se subsume en todo caso en la valoración sobre la admisión a trámite del recurso (dando lugar, en su caso, a la inadmisión de la solicitud de revisión), o, en cambio, se adiciona a dicho trámite (dando lugar, en su caso, a una desestimación en fase preliminar de la solicitud de revisión presentada).

En cualquier caso, la jurisprudencia contempla la procedencia de este análisis que ha de llevar a cabo la Administración, y lo expresa en estos términos (en relación con la solicitud de revisión de oficio prevista -de modo prácticamente coincidente- en la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre):

- *“Aunque la solicitud de revisión de oficio se pueda plantear en cualquier momento, respetando los cuatro años del artículo 103.1 b) de la LRJPAC, tiene razón la sentencia recurrida cuando considera improcedente recurrir a la vía del artículo 103 de la LRJPAC como vía alternativa a una impugnación directa en vía jurisdiccional de la licencia de obras, que no se ejercita. La jurisprudencia de este Tribunal ha distinguido tradicionalmente dos fases en este tipo de procedimientos. La primera comprende la apertura de un expediente en el que, tras los trámites*

la que nada se dijo en una demanda planteada en forma incongruente como si de una impugnación directa de licencia se tratara.” (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa, de 12 de noviembre de 2001, recaída en el recurso 2674/1997).

pertinentes, la Administración determina prima facie si el acto adolece o no de los vicios que determinarían su revisión. En caso de que la conclusión sea afirmativa se abre la segunda fase que incluye la solicitud de dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma equiparable a él y la decisión de anular o no el acto de que se trate, según el dictamen que se emita." (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa, de 12 de noviembre de 2001, recaída en el recurso 2674/1997.)

- "La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado emitió extenso informe con fecha 12 de julio de 1989, concluyendo: "Primero. Procede que el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda dicte las respectivas resoluciones desestimando las pretensiones formuladas por la empresa a que se refiere la consulta planteada. Segundo. Estas decisiones desestimatorias no requieren el previo dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, sin perjuicio de que el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda pueda solicitarlo con carácter facultativo, si lo estima conveniente".

(...)

El Abogado del Estado contestó la demanda del recurso contencioso-administrativo de autos, con fecha 4 de Mayo de 1994, argumentando de contrario: 1º) Que reconocía el error cometido, pues era verdad que SEAT no instó ante el Ministerio de Economía y Hacienda la declaración de nulidad del Real Decreto 1313/1984, sino sólo de la Orden Ministerial de 15 de Marzo de 1985. 2º) Que la Orden Ministerial de 15 de Marzo de 1985 no fue dictada por un Órgano manifiestamente incompetente, "porque obviamente una Orden Ministerial en materia fiscal, se dicta por el Ministro de Economía y Hacienda" (sic). 3º) Que el principio de legalidad riguroso de la Ley General Tributaria no regía en materia de Desgravación Fiscal a la Exportación, por ser algo no sometido a la reserva de Ley. 4º) Que la declaración de nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 109 de la L.P .A. no tiene que ser preceptivamente informada por el Consejo de Estado, pues tal requisito sólo es exigible cuando la Administración entiende que procede tal declaración de nulidad.

(...)

Así las cosas, no cabe desconocer que junto a dicha resolución presunta se produjo decisión expresa desestimatoria de la petición de nulidad, por entender el Ministerio de Economía y Hacienda, basado en el informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, que si en principio la Administración activa no aprecia la concurrencia de causa de nulidad absoluta no ha de concluirse el procedimiento ni recabar el dictamen del Consejo de Estado. (...) Ahora bien, conviene puntualizar que la tesis de la citada Resolución de 24 de octubre de 1989, del Ministerio de Hacienda no se rechaza aquí o no debe ser rechazada en términos absolutos, pues si en fase que cierto sector de la doctrina y algunas sentencias del Tribunal Supremo han calificado como de "revisión informal", la Administración activa impulsora del procedimiento del art. 109 apreciase, con razonable fundamento y motivación, que no existe en modo alguno, de manera ostensible e indubitada, motivo alguno de nulidad radical que conduzca a la pretendida declaración de nulidad, nada le impide resolver denegando la prosecución del trámite, sin someter a la consulta del Consejo de Estado una petición de nulidad carente de la más mínima base, ya que de lo contrario se convertiría al Alto Cuerpo Consultivo en Órgano a disposición de los particulares

ejercitantes de dicha acción y no del Gobierno y de la Administración, en la línea de las sentencias de 20 de febrero y de 30 noviembre de 1984.”

(Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa, de 30 de noviembre de 2001, recaída en el recurso 3496/1996.)

- *“En relación con la normativa reproducida conviene dejar sentado que la solicitud de revisión de oficio activa un procedimiento extraordinario, el cual ha de atenerse a reglas precisas como lo son la concurrencia de alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho contemplados en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 . Procedimiento que, por otra parte, no es una alternativa a los mecanismos ordinarios de impugnación de actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico, sino que se trata de un instituto jurídico que por su excepcionalidad tiene importantes límites y condicionantes. El primero es que, al no tener todos los vicios del acto administrativo la misma intensidad y trascendencia ni afectar por igual al orden público, solo las faltas y omisiones más graves hacen acreedor al acto administrativo de la sanción de nulidad de pleno derecho, de suerte que los motivos recogidos en la Ley (art. 62 de la Ley 30/1992) constituyen verdaderas causas tasadas y esta limitación permite que la Administración pueda hacer un juicio liminar sobre la pertinencia del propio procedimiento, como ha ocurrido en el caso que juzgamos. Juicio liminar que encontró expreso acomodo en el art. 102 tras la Ley 4/1999, que modificó la ley 30/1992, al prever expresamente la posibilidad de inadmisión de las solicitudes de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, sin necesidad de recabar el informe del Consejo de Estado.”*
(Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa, de 5 de diciembre de 2011, recaída en el recurso 5080/2008).

TERCERO.- VALORACIÓN DE LA CAUSA DE NULIDAD ALEGADA, RELATIVA A LA FALTA DE AUDIENCIA.

Eco Rail considera que se ha vulnerado su derecho de audiencia, en la medida en que las resoluciones adoptadas por la CNMC el 6 de abril de 2020 no habrían tenido en cuenta dos escritos presentados por esta empresa ante la CNMC.

Estos escritos a los que se refiere Eco Rail son los siguientes:

- Escrito de fecha 18 de febrero de 2020: En este escrito Eco Rail exponía que la adjudicación de capacidad para los denominados paquetes B y C realizada por Adif Alta Velocidad el 27 de noviembre de 2019 (paquetes en los que Eco Rail no ha resultado finalmente adjudicatario por cierto margen) no se ajustaba a los principios de liberalización del sector ferroviario, implicando una posible vulneración del principio de libre concurrencia y de igualdad de los licitadores. Sin plantear una solicitud expresa, el escrito de Eco Rail concluía del modo siguiente:
“ECORAIL manifiesta, de nuevo, su voluntad por cooperar en el mejor éxito y máxima eficiencia del proceso de liberalización, y se pone a disposición de CNMC y de las Autoridades competentes para mejorar, complementar o

precisar cuantos argumentos en Derecho de la Competencia sean procedentes.

De la misma manera, ECORAIL manifiesta su determinación para proponer nuevos Acuerdos Marco que, respetando por igual la normativa y la iniciativa empresarial, permitan a ECORAIL acceder a la operación ferroviaria en determinados corredores.”

- Escrito de fecha 3 de abril de 2020: En este segundo escrito, Eco Rail, tras recordar que tiene recurrida la adjudicación realizada por Adif Alta velocidad el 27 de noviembre de 2019 (procedimiento ordinario 3/2020, que se sigue ante el Juzgado Central nº 8 de lo Contencioso-Administrativo), y, tras desarrollar en mayor profundidad los argumentos expuestos en su escrito precedente, formula la pretensión de ser reconocido como interesado en el procedimiento que tramita la CNMC para la aprobación de los acuerdos marco, y solicita que a la CNMC que anule la decisión de Adif Alta Velocidad (requiriendo a dicha entidad para que haga una nueva valoración de los candidatos):

"SOLICITA A la CNMC que, tenga por presentado este escrito, por formulada la pretensión de ser reconocido como parte en el procedimiento de las anotaciones marginales, y por formulada la ALEGACIÓN relativa a la inobservancia de las reglas y de los principios del Derecho de la Competencia en que ha incurrido tanto el Acuerdo Marco de 27 de noviembre de 2019, como los Acuerdos Marcos de reserva que traen causa de aquél de manera que, en su virtud, (i) emita Dictamen negativo declarando no ajustados a Derechos los referidos Acuerdos y (ii) requiriendo ADIF que valore debidamente las ofertas presentadas por los licitadores teniendo en cuenta los sobres SCM 2 y SCM3, habida cuenta de la compatibilidad entre las mismas."

De este modo, por medio del escrito de fecha 3 de abril de 2020, Eco Rail formula una petición de ser considerado como interesado en el procedimiento. Esta petición fue presentada en el registro de la CNMC el propio día 3 de abril de 2020, viernes, a las 14:53 horas. Las resoluciones de aprobación de los acuerdos marco se adoptaron el lunes 6 de abril de 2020, sin que entre la fecha de presentación del escrito de Eco Rail y la adopción de las resoluciones haya tenido lugar trámite alguno de procedimiento del que Eco Rail pueda considerarse excluido.

Así pues, aun admitiendo en hipótesis la existencia de un interés legítimo de parte de Eco Rail en el procedimiento, no hay trámite alguno, posterior a su solicitud de personación, del que se haya excluido a esta empresa (al margen de la aprobación de las resoluciones cuya nulidad se solicita). Ello se debe a que, en el momento de presentar su solicitud de personación, el procedimiento de encontraba en su fase final, a punto de adoptarse la resolución definitiva.

Ahora bien, en cuanto al contenido de esta resolución definitiva, es cierto que no hay una valoración expresa de los escritos de Eco Rail. En los dos escritos presentados por Eco Rail (de fecha 18 de abril de 2020 y de fecha 3 de abril de

2020) hay una serie de argumentos para considerar que la adjudicación realizada por Adif Alta Velocidad el 27 de noviembre de 2019 debería ser anulada por ser contraria al Derecho de la Competencia; si bien, sólo en el segundo de estos dos escritos se llega a formular la pretensión de que tal anulación la deba llevar a cabo la CNMC.

En este punto es necesario destacar que, como Eco Rail reconoce, la adjudicación de capacidad realizada por Adif Alta Velocidad se encuentra recurrida por el propio Eco Rail ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Ante esa jurisdicción, Eco Rail formuló en su momento su pretensión de declaración de nulidad. Según indica Eco Rail en su escrito de 3 de abril de 2020, ese recurso contencioso-administrativo se encuentra en la actualidad suspendido en su tramitación, en aplicación de la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma.

Las resoluciones adoptadas por la CNMC el 6 de abril de 2020 tienen como objeto principal la aprobación, o no, de los acuerdos marco que ha de suscribir Adif Alta Velocidad con los adjudicatarios designados por esta entidad, según la propuesta de textos que ha sido remitida por Adif Alta Velocidad, de acuerdo con la competencia prevista en 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 (*“Los acuerdos marco deberán ser previamente aprobados por el Comité de Regulación Ferroviaria [actualmente, CNMC]”*). Se trata de un procedimiento entre Adif Alta Velocidad y la CNMC que valora la propuesta de dicha entidad.

Sin perjuicio de ello, las resoluciones cuya nulidad se solicita se declare contienen además un fundamento específico (el fundamento II) en el que se hace una valoración del proceso de adjudicación. No se trata en este caso de una valoración pormenorizada (pues ese análisis le compete realizarlo a Adif Alta Velocidad, que es quien ha hecho una valoración de las concretas peticiones de capacidad presentadas por los candidatos y de su documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos establecidos, y les ha asignado a los candidatos una valoración cuantificada conforme a los criterios previstos), ni de una revisión en clave jurisdiccional (que corresponde a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo), sino que se trata de una valoración basada en los principios regulatorios de tipo general, propios del sector, que lleva a concluir que *“se considera que las propuestas más realistas en cuanto a disponibilidad de material rodante y solvencia financiera son precisamente las de los tres candidatos pre-adjudicatarios de capacidad marco”* (párrafo final del fundamento II).

Tal análisis resulta plenamente coherente además en un contexto procedimental en el que ningún candidato, incluido ECO RAIL, planteó objeción

u oposición a lo largo del proceso. Así, a pesar de la publicación de la Declaración sobre la Red de Adif Alta Velocidad, y de la comunicación por parte de esta entidad de diferentes decisiones adoptadas al respecto (incluyendo la adjudicación de la capacidad marco), Eco Rail no interpuso conflicto ante la CNMC al amparo de lo previsto en el artículo 12.1.f) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (*“En el sector ferroviario, 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”*). Hasta el escrito de 3 de abril de 2020, este candidato no solicitó la intervención de esta Comisión. Eco Rail optó –como ya ha sido señalado- por ejercer su derecho de defensa mediante un recurso contencioso administrativo ante el Juzgado Central nº 8 de lo Contencioso Administrativo (procedimiento ordinario 3/2020).

Por supuesto, si por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, como consecuencia del procedimiento en tramitación, se anulara la adjudicación realizada por Adif Alta Velocidad, es claro que los acuerdos marco aprobados habrían de perder efecto. Ahora bien, lo que no puede pretender Eco Rail es que, ante la suspensión del procedimiento judicial que sigue para obtener la tutela de sus pretensiones, éstas se hayan de obtener de parte de la CNMC con ocasión de un procedimiento administrativo que no tiene ese objeto.

Es por ello por lo que no cabe plantear vulneración del derecho de audiencia, pues la tutela de la pretensión de declaración de nulidad que persigue Eco Rail corresponde concederla, en su caso, a los Tribunales, en el marco del procedimiento que ya ha sido interpuesto.

CUARTO.- VALORACIÓN SUCINTA DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA PLANTEADA POR ECO RAIL.

Como se ha expuesto en el fundamento anterior, corresponde ahora a los Tribunales pronunciarse sobre la conformidad a Derecho de la adjudicación realizada por Adif Alta Velocidad.

No obstante, en su solicitud de revisión de oficio, Eco Rail realiza una sistematización en diez argumentos acerca de vulneraciones del Derecho de la Competencia, que si bien, en algunos casos, se refieren a la determinación de los adjudicatarios realizada por Adif Alta Velocidad, en otros, en cambio, se refieren al texto de los acuerdos marco aprobado por la CNMC.

Teniendo en cuenta las materias sobre las que la CNMC ostenta competencia, y a la vista de la sistematización de argumentos que se contienen en la solicitud de revisión de oficio, referidos, ahora, en cierta medida, como se ha dicho, a las propias resoluciones adoptadas por la CNMC (en cuanto a

determinación de las condiciones y clausulado de los acuerdos marco), cabe realizar una valoración sucinta de los mismos, sin perjuicio de las decisiones que puedan adoptar los Tribunales al respecto de la adjudicación realizada por Adif Alta Velocidad.

En su solicitud de revisión de oficio presenta estos diez argumentos:

1. En relación a las bases de adjudicación: inexistencia de flexibilización, e imposición fáctica de los paquetes estructurados.
2. En relación a la no necesidad de una fase de coordinación (i): ausencia de una coordinación de solicitudes de los candidatos, que es obligado realizar.
3. En relación a la no necesidad de una fase de coordinación (ii): posibilidad cierta y acreditada de realizar la coordinación.
4. La estructura financiera y de disponibilidad de material de Eco Rail es similar en las ofertas de los otros candidatos.
5. Respecto al acceso al material rodante por parte del Eco Rail, la adquisición no debe estar financiada en la medida que la oferta de Eco Rail no contempla la adquisición en propiedad, sino su arrendamiento.
6. Los fabricantes que han prestado su apoyo a Eco Rail, esto es, [FABRICANTE 1] y [FABRICANTE 2], no pueden suscitar a la CNMC ninguna duda en relación a su capacidad de fabricación de material rodante y su garantía de disponibilidad.
7. La capacidad remante se deberá ofrecer al resto de candidatos que no hayan sido adjudicatarios, pero hayan participado en el proceso.
8. En el caso del acuerdo marco de Adif Alta Velocidad con Rielsfera nos encontramos en condiciones similares a las que justifican que Renfe Viajeros no necesite de 10 años en su acuerdo marco.
9. En relación a la duración del acuerdo marco de Intermodalidad del Levante, de nuevo en este caso nos encontramos en condiciones similares a las que justifican que Renfe Viajeros no necesite de 10 años en su acuerdo marco
10. En relación a la condicionalidad de entrada de Trenitalia en Intermodalidad de Levante: La condicionalidad, demostrada por Intermodalidad de Levante con la necesaria entrada de Trenitalia en su accionariado, no es algo que pueda ser subsanado en un futuro ulterior al de presentación de la oferta.

Frente a estos argumentos de Eco Rail, considera la CNMC que ha de ponderarse, de un modo global, lo siguiente:

- Es evidente que, en una situación en la que las solicitudes superaban con creces la capacidad disponible, no era posible acomodar todas las peticiones de capacidad, y debían aplicarse normas de prioridad. Éstas no reducen la flexibilidad del modelo de asignación; son la consecuencia de que no haya suficiente capacidad en la red para atender todas las peticiones.

En este contexto, a juicio de la CNMC, Adif Alta Velocidad habría aplicado los criterios de priorización establecidos en la Declaración sobre la Red, coherentes con los establecidos en el artículo 10.3 del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/545, de la Comisión, sobre los procedimientos y criterios relativos a los acuerdos marco de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria, sobre los cuales se pronunció, además, la resolución del Pleno de 25 de junio de 2019 y la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 17 de octubre de 2019.

- Una vez recibidas todas las solicitudes de capacidad marco, Adif Alta Velocidad, de acuerdo con lo establecido en la Orden FOM/897/2005, comunicó a los candidatos información sobre las solicitudes de capacidad marco y mantuvo una ronda de coordinación de conformidad con el artículo 9.3 del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/545.

Adif Alta Velocidad elaboró un informe de compatibilidad de las solicitudes de capacidad recibidas, que fue notificado a Eco Rail el 22 de noviembre de 2019. Asimismo, el 22 de noviembre de 2019 Adif Alta Velocidad mantuvo una reunión con todos los candidatos en la que comunicó estos resultados (existe acta de la reunión). En este proceso, Eco Rail no alegó disconformidad con los resultados del análisis de compatibilidad, limitando sus observaciones a aspectos procedimentales de la asignación de capacidad marco. Como se señaló anteriormente, Eco Rail tampoco interpuso conflicto con respecto a estas conclusiones, al amparo de lo establecido en el artículo 12.1.f) de la ley 3/2013, de 4 de junio.

- El exceso de peticiones con respecto a la capacidad disponible impidió atender todas las solicitudes sin modificar sustancialmente los planes de negocio de los candidatos (acomodar el exceso de peticiones habría supuesto reducciones medias en la capacidad solicitada de entre el 20 y el 70%, dependiendo del corredor).
- Las pretensiones de Eco Rail de considerar todas las peticiones de capacidad son contrarias a los criterios de prioridad establecidos en la Declaración sobre la Red, sobre los que los candidatos diseñaron sus peticiones.

En un contexto de priorización, la consideración de las solicitudes de capacidad adicionales incluidas en el formulario SCM3 de Eco Rail es contraria a lo establecido en la Declaración sobre la Red. El criterio establecido por Adif Alta Velocidad era claro al señalar que, en caso de no poderse atender todas las peticiones, se adjudicaría capacidad al candidato que maximizara el uso durante 10 años de la capacidad estructurada por paquetes incluida en el formulario SCM2.

Las pretensiones que realiza ahora Eco Rail supondrían una modificación a *posteriori* de las normas de priorización sobre las que los candidatos hicieron sus solicitudes.

Además, las peticiones adicionales de capacidad de Eco Rail en el paquete C son incompatibles con la adjudicación de capacidad marco a Renfe Viajeros y a Intermodalidad del Levante, por lo que no es posible su contabilización.

- En relación con la ventaja que, a juicio de Eco Rail, ostentarían las empresas ferroviarias que cuentan ya con trenes, es necesario recordar que Eco Rail conocía las fechas de liberalización del mercado de transporte nacional de viajeros desde el año 2016, por lo que pudo preparar con antelación a la solicitud de capacidad marco sus planes de acceso al material rodante.
- Las resoluciones de la CNMC de aprobación de los acuerdos marco determinan las razones por las que la solicitud de capacidad de Eco Rail implica mayores riesgos que las de los candidatos adjudicatarios. En primer lugar, dos de ellos cuentan con trenes y el tercero ha concluido un acuerdo para su arrendamiento. En segundo lugar, estos candidatos obtienen su financiación mediante aportaciones de capital de sus accionistas, situación diferente a las líneas de crédito cuya aprobación no está comprometida.
- En cualquier caso, las valoraciones recogidas en el fundamento II de las resoluciones de la CNMC de 6 de abril de 2020 de aprobación de los acuerdos marco no han modificado la dinámica del proceso de adjudicación de la capacidad marco, dado que no cuestionan las conclusiones de Adif Alta Velocidad.
- En relación con la duración de los acuerdos marco de Intermodalidad del Levante y de Rielsfera, la argumentación de Eco Rail obvia inversiones adicionales a las vinculadas a la compra del material rodante, como las necesarias para construir una red comercial y operativa en el mercado español.

Tanto Intermodalidad del Levante como Rielsfera contarán con material rodante para operar los servicios de transporte de viajeros en España. Intermodalidad del Levante ha concluido un acuerdo de arrendamiento a largo plazo con uno de sus accionistas que es, a su vez, propietario de los trenes. Rielsfera adquirirá entre nueve y catorce trenes a su matriz.

Específicamente, en relación con el material rodante de Rielsfera, su operación en el mercado español tiene un elevado coste de oportunidad por lo que supone una inversión de recursos en España, aunque sean adquiridos a empresas del mismo grupo. Además, estos trenes no están ni siquiera cerca de la mitad de su vida útil, como se señala en la resolución de la CNMC de aprobación del acuerdo marco de esa empresa.

- Las resoluciones de la CNMC de 6 de abril de 2020 no reinterpretan ni relajan las penalizaciones por incumplimiento de la fecha de inicio de operación, dado que únicamente reflejan lo establecido en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/545. No se valora, ni mucho menos se concluye, si la falta disponibilidad de los equipos LZB necesarios para circular en el corredor Sur pueden o no ser debida a causas ajenas a la voluntad del candidato (situación que eximiría del pago de penalizaciones). En el caso del sistema LZB, dichas resoluciones se limitan a constatar el riesgo que supone su adquisición.
- La regulación otorga importantes competencias al gestor para comercializar la capacidad en la red ferroviaria, lo que incluye las condiciones que establece para que los candidatos puedan solicitarla siempre que se respeten los principios de transparencia y no discriminación. En el caso de Intermodalidad del Levante, la financiación del proyecto venía avalada por la entrada en su capital de TrenItalia, compromiso acreditado mediante su carta de 30 de octubre de 2019. Los proyectos empresariales de Intermodalidad del Levante y TrenItalia únicamente comparten las operaciones ferroviarias en el mercado español, por lo que materializar esta operación, con los costes que conlleva, incluida la comunicación a las autoridades de competencia comunitarias, únicamente tiene sentido en caso de resultar adjudicatarias.

En cualquier caso, Adif Alta Velocidad exigió a Intermodalidad del Levante, como al resto de candidatos, las cartas de compromiso de las entidades que debían aportar recursos en caso de resultar adjudicatarios. Exigir la consecución de la entrada efectiva de TrenItalia en el capital de Intermodalidad del Levante en el momento de realizar la petición de capacidad, como pretende Eco Rail, carecería, a juicio de esta Comisión, de sentido, y podría resultar discriminatorio con respecto a otros candidatos.

Vistos los hechos y fundamentos expuestos, el Pleno

RESUELVE

ÚNICO- Inadmitir la solicitud de revisión de oficio presentada por Eco Rail, S.A. respecto de las resoluciones de aprobación de los acuerdos marco de reserva de capacidad, aprobadas el 6 de abril de 2020.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Transportes y Sector Postal y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio y en el artículo 36.2 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC. Lo cual se señala sin perjuicio de la suspensión de plazos procesales prevista en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.