

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÀS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN
JOAQUÍN TORNOS MAS
Universidad de Barcelona

Cómo citar/Citation

Font i Llovet, T., Galán Galán, A., Peñalver i Cabré, A.,
Rodríguez Pontón, F. y Tornos Mas, J. (2022).
Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa.
Revista de Administración Pública, 219, 295-312.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.219.12>

SUMARIO

I. LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAMENTOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES. II. SOBRE EL ALCANCE DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INDIRECTO: ¿ES POSIBLE EL RECURSO INDIRECTO CONTRA UN PLAN DE ORDENACIÓN TERRITORIAL MEDIANTE EL RECURSO DIRECTO CONTRA UN PLAN URBANÍSTICO? III. EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DEL EJERCICIO DE LAS POTESTADES DE SUPERVISIÓN DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS. EL CASO DE LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DE TRANSPARENCIA EFECTUADOS POR LA CNMC EN EL SECTOR FERROVIARIO: 1. El planteamiento explícito de una cuestión de gran interés. 2. Planteamiento del caso y su desarrollo hasta la formulación de la cuestión de interés casacional. 3. Primera cuestión de fondo a destacar. El contexto de las potestades de supervisión y control de las autoridades reguladoras independientes. 4. Segunda cuestión de fondo a destacar. La intensidad del control judicial de las medidas tomadas por el regulador, en particular, las consistentes en requerimientos de información y de transparencia.

I. LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAMENTOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES

La distinción entre reglamentos y actos administrativos es un tema clásico dentro del derecho administrativo. Con carácter general se afirma que el reglamento ordena, se integra en el ordenamiento, tiene vocación ordinamental y de futuro, y es susceptible de sucesivos actos de aplicación. El acto administrativo, por el contrario, pone fin a un expediente administrativo decidiendo sobre un caso concreto, es aplicación de una norma previa y se agota en sí mismo.

Pero ante casos concretos la distinción entre reglamento y acto no siempre es clara. Esta pérdida de seguridad en la delimitación de estas categorías jurídicas centrales del derecho administrativo se acrecienta cuando estamos ante decisiones que afectan a una pluralidad de sujetos. En estos casos el elemento de la generalidad parece indicar que estamos ante una norma, un reglamento, pero no siempre es así, pues existe el acto administrativo general o acto plúrimo. Un supuesto típico de acto general son las convocatorias de oposiciones o de procesos para otorgar subvenciones.

Determinar en estos casos si estamos ante un reglamento o un acto no es una cuestión siempre fácil, como recuerda la sentencia que comentamos, y esta distinción no tiene un mero interés dogmático o taxonómico, ya que las consecuencias jurídicas de ser acto o norma son muchas y relevantes. El reglamento y el acto tienen diferentes procedimientos de elaboración, la competencia para su aprobación puede diferir, poseen un régimen diverso de nulidades y difiere también el régimen de su impugnación. Por ello, determinar si ante un supuesto concreto estamos ante un reglamento o un acto es una cuestión de notable relevancia jurídica.

Esta cuestión, que se trata en todos los manuales y tratados de derecho administrativo, así como en numerosas sentencias, ha sido abordada de nuevo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2022, rec. casación 973/2021. Y no es una sentencia más sobre un tema conocido y muy tratado por la doctrina y los tribunales. La sentencia creo que debe destacarse por la importante clarificación conceptual que lleva a cabo en relación a las categorías de reglamento y acto administrativo. La sentencia ciertamente reitera los criterios tradicionales, no aporta novedades, pero con vocación «docente» expone de forma ordenada y precisa el contenido y alcance de estos criterios y, de esta forma, lleva a cabo una construcción dogmática que permitirá transitar con mayor seguridad en los casos en que de nuevo surja la duda de si estamos ante un reglamento o un acto administrativo general.

El supuesto de hecho que da lugar una vez más a la discusión y al conflicto era un caso clásico, la convocatoria de un proceso selectivo para acceder a la Administración pública. En concreto, la Orden General nº 3 de 11 de abril de 2019, del director general de la Guardia Civil, «por la que se aprueban las bases generales por las que han de regirse los procesos selectivos para el acceso al curso

de capacitación para el ascenso al empleo de Cabo de la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, así como las normas generales del curso de capacitación y su plan de estudios» (BOE de 30 de abril de 2019).

La orden fue impugnada alegando la recurrente de forma principal que la misma poseía carácter normativo, habiéndose prescindido en su aprobación del procedimiento establecido para las disposiciones generales. De este modo la naturaleza de la orden es lo que se alega para afirmar que se ha cometido un vicio de procedimiento en su elaboración.

Rechazado el recurso en primera instancia, se recurre la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en casación. El recurso casacional se admite, y se precisa que presentan interés casacional objetivo la formación de jurisprudencia respecto de las siguientes cuestiones:

1º) Si dado el contenido y la finalidad de la Orden General de la Dirección General de la Guardia Civil núm. 3, de 11 de abril de 2019, esta ha de ser calificada como un acto administrativo con pluralidad de destinatarios, una disposición general de carácter reglamentario o si pudiera calificarse como una categoría intermedia entre las dos anteriores.

2º) En el caso de que dicha Orden General sea calificada, en todo o en parte, como disposición de carácter general, si tiene el rango jerárquico adecuado para desarrollar la regulación que incorpora, si se ha seguido y observado el procedimiento establecido para su elaboración y si ha sido suscrita por autoridad competente para ello;

y 3º) Y si se entiende que resulta jurídicamente posible sostener que la Orden General tan citada no es propiamente un acto administrativo pero tampoco un reglamento, determinar cuál sería su naturaleza jurídica y cuáles las normas aplicables a su procedimiento de elaboración y aprobación.

Centrada la cuestión objeto de la casación en la determinación de si la orden impugnada es una norma o un acto general, o un *tertium genus*, el Tribunal Supremo recuerda un dato relevante al que se alude en el escrito de interposición del recurso, pues en dicho escrito se subraya que la orden contiene una regulación general del ascenso al empleo de cabo de la Guardia Civil.

Teniendo en cuenta lo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo contiene de forma clara y precisa su construcción dogmática y posterior resolución del caso en los fundamentos de derecho quinto y sexto.

En el fundamento quinto se recuerdan algunas ideas básicas sobre la distinción entre reglamento y acto administrativo general. Este recordatorio, como hemos apuntado, tiene el gran valor de ofrecer de forma clara y ordenada los criterios generales sobre los que construir de forma abstracta la distinción entre reglamento y acto.

Estos criterios, resumimos de forma sintética, son:

— El reglamento tiene carácter normativo. Ello significa que los preceptos reglamentarios se caracterizan por establecer mandatos o prohibiciones de alcance general y abstracto: no se dirigen a una o varias personas determinadas, sino a todos aquellos que se encuentren en el supuesto de hecho de la norma (generalidad); y no regulan un único caso o situación, sino que se aplican a todos aquellos casos que en el futuro puedan producirse (abstracción).

— Los actos administrativos generales se refieren a un caso concreto y agotan su eficacia una vez aplicados.

— El reglamento innova el ordenamiento, se integra en él, mientras que el acto es aplicación del ordenamiento, no lo innova.

— El acto administrativo general, por carecer de naturaleza normativa, no deja de ser un acto administrativo; no puede encontrar fundamento normativo en sí mismo, sino que debe apoyarse en auténticas normas jurídicas que prevean la correspondiente potestad habilitante.

Establecida de este modo la distinción, se recuerdan las consecuencias de la misma (su incidencia en el procedimiento de elaboración, régimen de validez, diversa forma de impugnación).

El Tribunal Supremo añade otras consideraciones generales de interés. Reconoce que esta distinción dogmática no siempre es fácil de apreciar (y recuerda en este punto la evolución jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo). Pero añade de inmediato que esta complejidad no debe llevar a sostener que esta distinción sea inútil o esté superada, ni que exista base para crear un *tertium genus* de actos de la Administración pública dirigidos a una pluralidad de sujetos. Se afirma con rotundidad que «un intento de introducción de esa pretendida tercera categoría por vía puramente interpretativa, lejos de contribuir a una mayor claridad y certidumbre, probablemente conduciría a oscurecer ulteriormente las cosas».

Añade también la sentencia que en un texto normativo pueden incorporarse enunciados prescriptivos que no tienen carácter general o abstracto. Y dicho esto se aprovecha para reiterar la posición del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica reglamentaria de los planes de urbanismo. Tampoco en este caso debe pensarse en crear un *tertium genus*.

En el Fundamento Jurídico sexto la sentencia aplica la doctrina general que ha expuesto al caso concreto. Esta doctrina le va a permitir resolver el caso. Y lo hace de forma contundente, pues analizada la orden impugnada se puede concluir que la misma no se refiere a una determinada convocatoria, sino que establece las bases por las que han de regirse sucesivos procesos selectivos. Por ello, la orden se instala en el ordenamiento, lo innova y posee naturaleza reglamentaria. Niega finalmente el Tribunal que pueda atribuirse a la orden

naturaleza de instrucción de servicio o circular, pues la misma regula aspectos relevantes de la relación de servicios de empleados públicos, como son los guardias civiles, de manera que afecta a sus derechos, cargas y deberes. Y estas cuestiones no pueden nunca ser consideradas como algo puramente interno a la Administración Pública.

Sin que tampoco en este caso la existencia de una relación de sujeción especial permita al superior jerárquico regular libremente la relación de servicio con sus subordinados.

Como consecuencia de todo lo expuesto, se califica la Orden como Reglamento, y se anula al haberse dictado la misma prescindiendo totalmente del procedimiento de elaboración de las normas de carácter general.

Una buena sentencia que sin decir cosas nuevas precisa con rigor la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias ya existentes, cierra la puerta a teorías sin fundamento como la del *tertium genus*, y establece con claridad las pautas que han de servir para resolver en el futuro la no siempre clara distinción entre acto general y Reglamento (JT).

II. SOBRE EL ALCANCE DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INDIRECTO: ¿ES POSIBLE EL RECURSO INDIRECTO CONTRA UN PLAN DE ORDENACIÓN TERRITORIAL MEDIANTE EL RECURSO DIRECTO CONTRA UN PLAN URBANÍSTICO?

Es bien conocida la posibilidad que abrió la jurisprudencia de que, con ocasión de un recurso contra un acto de ejecución de un reglamento, se pudiera examinar la ilegalidad de dicho reglamento si es el fundamento de la ilegalidad del acto administrativo. Posteriormente, este denominado recurso indirecto fue incorporado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) para permitir declarar no solo la ilegalidad del acto de aplicación, sino también la nulidad del reglamento (arts. 26 y 27.2 y 3). Además, se estableció la cuestión de ilegalidad para cuando el órgano jurisdiccional que conoce del recurso directo contra el acto no fuera competente para conocer del recurso directo contra el reglamento (arts. 27.1 y 123-126),

La Sentencia del Tribunal Supremo 1109/2022, de 28 de julio (sección 5ª, ponente Ángel Ramón Arozamena Laso), examina si es posible el recurso indirecto contra planes de ordenación territorial mediante la impugnación directa de un plan de ordenación urbanística.

En el presente caso, la Federación Ben Magec-Ecológicos en Acción interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el Plan General de Ordenación de Garafía y consignó las pretensiones de nulidad del plan general de ordenación en su integridad y de los siguientes planes territoriales de donde derivan

las determinaciones que reproduce el plan general de ordenación sobre el equipamiento turístico-cultural «Roque de los Muchachos»:

- a) Plan Territorial de Ordenación de la Actividad Turística de La Palma aprobado mediante el Decreto 95/2007, de 8 de mayo, que fue modificado por los Decretos 123/2008, de 27 de mayo, y 120/2010, de 2 de septiembre.
- b) Plan Insular de Ordenación de la Isla de La Palma, aprobado mediante el Decreto 71/2011, de 11 de marzo. La nulidad se circunscribe a los arts. 23.7 y 251.3. de las normas y a las determinaciones referidas al Área Especializada de Infraestructuras y Equipamientos 8 — Parque Cultural Roque de los Muchachos y a la clasificación PORN del suelo afectado como D3.1 Área especializada de infraestructuras y equipamientos.

El recurso contencioso-administrativo fue desestimado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede Santa Cruz de Tenerife) núm. 70/2021, de 26 de febrero (Sección 2ª, procedimiento ordinario 155/2019), porque pretende recurrir indirectamente los dos planes de ordenación territorial antes citados, a través del recurso directo contra un plan general urbanístico, y entiende que ello no es posible, por los siguientes motivos.

Primero, el recurso indirecto contra reglamentos está previsto por el art. 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando se recurren directamente actos de aplicación y no otros reglamentos, o sea, no contempla el recurso indirecto entre reglamentos. Ahora bien, no se le pasa por alto que la jurisprudencia ha admitido, tradicionalmente, recursos indirectos entre reglamentos en el ámbito urbanístico, al permitir examinar la legalidad del planeamiento general cuando se recurre directamente el planeamiento derivado o de desarrollo. La sentencia justifica esta excepción a lo previsto legalmente en base a la relación jerárquica entre el planeamiento general y el planeamiento derivado, de acuerdo con lo sostenido por la jurisprudencia de la que cita, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero y 25 de septiembre de 2009, respectivamente, recursos de casación 5938/2005 y 553/2005. A pesar de que la sentencia había afirmado que las disposiciones de los planes de ordenación territorial eran jerárquicamente superiores al plan general de ordenación, después lo niega declarando que el plan general de ordenación no es un plan de desarrollo de los planes territoriales porque abordan distintos planos de ordenación: el plan general de ordenación es de carácter urbanístico y de ámbito general, mientras los planes territoriales son de carácter territorial y de ámbito especial.

Segundo, las vulneraciones del Plan Territorial de Ordenación de la Actividad Turística de La Palma son de carácter formal (falta de carga turística y de la preceptiva evaluación ambiental de planes y programas) y, siguiendo una

arraigada jurisprudencia, este tipo de violaciones formales no se admiten en los recursos indirectos.

Y tercero, es cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2015 (Sección 5ª, recurso de casación 2524/2013) anuló el Plan Territorial de Ordenación de la Actividad Turística de La Palma aprobado mediante el Decreto 123/2008, de 27 de mayo, por la omisión de evaluación de impacto ambiental, tal como había alegado la misma asociación recurrente. A pesar de que el Decreto 95/2007 padecía de la misma ilegalidad al no haberse sometido tampoco a evaluación ambiental estratégica, los efectos de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2015 no se extienden al Decreto 95/2007 al no haberse recurrido siendo, pues, firme y consentido.

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la asociación presentó recurso de casación que fue admitido por el Tribunal Supremo fijando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar «si es posible impugnar indirectamente un plan de ordenación territorial o sectorial, con ocasión de la impugnación directa de un instrumento de ordenación urbanística, que reproduce las determinaciones establecidas en aquéllos». Y se identifica, en principio, como norma jurídica objeto de interpretación el art. 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y confirma los tres argumentos de la sentencia recurrida añadiendo otro adicional, tal como mostramos seguidamente.

Primero, hace alusión a la «flexibilización interpretativa» en materia de planeamiento para permitir un recurso indirecto contra un plan a través del recurso directo contra los planes de desarrollo. Cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015 (Sección 5ª, recurso de casación 4008/2013) que prohíbe el recurso indirecto de una norma que «no está jerárquicamente supraordenada a la que se recurre». Vemos, pues, que insiste en que el fundamento del recurso indirecto entre reglamentos se basa en la relación jerárquica entre ambos.

Entonces realiza un somero examen de la legislación canaria urbanística para determinar si existe una relación jerárquica entre estos planes. Destaca que los planes territoriales son planes de desarrollo de los planes insulares, tal como disponen los arts. 23.2 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias y 118 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias. En cambio, manifiesta que no se reconoce que los planes generales de ordenación desarrollen las previas determinaciones de los planes territoriales ni del plan insular. Además, especifica que los planes territoriales disponen de instrumentos de desarrollo distintos de los planes urbanísticos. Por ello, entiende que, si bien ambos tipos de planeamiento dan respuesta a cuestiones todas ellas de planificación y ordenación, son de naturaleza y contenido distintos y en el ejercicio de competencias de pla-

neamiento diferenciadas y asignadas a Administraciones distintas. Hubiera sido deseable una mayor claridad del Tribunal Supremo si, como inicialmente parece apuntar, el criterio determinante es el de la relación de jerarquía entre planes y no la distinta naturaleza de la planificación territorial y urbanística. Dicho de otro modo, si es posible el recurso indirecto cuando la legislación prevé una relación de jerarquía entre los planes territoriales y los urbanísticos. Del razonamiento del Tribunal Supremo parece que la respuesta debería ser afirmativa.

Segundo, el Tribunal Supremo confirma la reiterada jurisprudencia que la omisión de un defecto formal o procedimental (en este caso, la evaluación ambiental del Plan Territorial de Ordenación de la Actividad Turística de La Palma) no puede ser revisada en los recursos indirectos, pues se limita a los vicios de «ilegalidad material». Se apoya, en especial, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1010/2017, de 7 de junio (Sección 5ª, recurso de casación 1788/2016). Cabe decir que esta sentencia hace especial alusión a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2005 (recurso de casación 6822/2002) que justifica esta interpretación jurisprudencial restrictiva del art. 26 LJCA para excluir los vicios formales, en base al fundamento del recurso indirecto en el ámbito de las disposiciones reglamentarias y al principio de seguridad jurídica. La finalidad es evitar un procedimiento abstracto de control de normas permanentemente abierto. No obstante, como reconoce esta misma sentencia, el Tribunal Supremo admite excepcionalmente la impugnación indirecta de disposiciones generales por defectos formales cualificados, como cuando se trata de disposiciones dictadas por órgano manifiestamente incompetente (STS 27.10.2007), o por omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación (STS 26.12.2007), pero que no sucede cuando los informes se solicitaron y emitieron, por lo que la discrepancia se centraría en el grado de cumplimiento.

En el presente caso, huelga un análisis del Tribunal Supremo de si los defectos formales del Plan Territorial de Ordenación de la Actividad Turística de La Palma alegados podían calificarse de cualificados. Lo que parece suceder, según la citada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2005, porque se había omitido la evaluación ambiental de dicho plan territorial. Es una lástima que el Tribunal Supremo no haya aprovechado esta ocasión para modular su automatismo clásico de considerar que cualquier vulneración del procedimiento es un vicio formal. A nuestro entender es uno de los dogmas que más tarde o temprano deberán superarse por imperativo; entre otros, del principio de legalidad y de control pleno de la actuación administrativa por el contencioso-administrativo (art. 9.3, 103-1 y 106.1 de la Constitución).

Además, el Tribunal Supremo especifica que la impugnación indirecta requiere que el vicio de nulidad no solo exista en la disposición impugnada indirectamente, sino que, además, dicha causa de nulidad implique también la necesaria nulidad del acto o disposición directamente impugnado, o sea, que exista una conexión directa del vicio de nulidad (entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2009 (Sección 5ª, recurso de casación 4543/2005)).

En el presente caso, considera que la omisión de evaluación de impacto ambiental del Plan Territorial de Ordenación de la Actividad Turística de La Palma no tiene esa vinculación o conexión directa con el plan general de Ordenación por cuanto dicho Plan General impugnado se sometió a evaluación ambiental y no se ha cuestionado la misma. También aquí surgen dudas, pues parece que el Tribunal Supremo deje abierta la posibilidad de recurso indirecto contra el plan territorial si el plan general no se hubiese sometido a evaluación ambiental o se hubiese cuestionado esta evaluación ambiental.

Tercero, recuerda nuevamente que la misma Sentencia del Tribunal Supremo de fecha de 18 de mayo de 2015 (Sección 5ª, recurso de casación 2524/2013) declaró que las conclusiones de esta sala se limitan al Decreto 123/2008, de 27 de mayo, recurrido. E insiste que expresamente descartó su extensión al Decreto 95/2007 en virtud del principio de cosa juzgada.

Y, finalmente, el Tribunal Supremo rechaza que se deba declarar la nulidad de todo el Plan General de Ordenación, sino solo, en su caso, aquellas concretas determinaciones relacionadas con el defecto alegado. De tal manera que quedan fuera las determinaciones del planeamiento que carezcan de las características de infracción relevante de nulidad, y sea posible su existencia escindida de las determinaciones nulas. A estos efectos menciona la jurisprudencia sobre la nulidad parcial —entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007 (recurso núm. 3865/2003), 18 de mayo de 2016 (recurso 635/2015), 318/2020, de 4 de marzo (recurso 2560/2017) y 569/2020, de 27 de mayo (recurso de casación 6731/2018)—.

En conclusión, esta sentencia deja aún muchos interrogantes abiertos sobre los recursos indirectos entre reglamentos (en este caso, entre el planeamiento territorial y el planeamiento urbanístico). Y es una oportunidad perdida para que el Tribunal Supremo rectificara su jurisprudencia sobre la calificación automática de las vulneraciones del procedimiento como vicios formales a los efectos de impedir su alegación en los recursos indirectos contra reglamentos (AP).

III. EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DEL EJERCICIO DE LAS POTESTADES DE SUPERVISIÓN DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS. EL CASO DE LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DE TRANSPARENCIA EFECTUADOS POR LA CNMC EN EL SECTOR FERROVIARIO

1. EL PLANTEAMIENTO EXPLÍCITO DE UNA CUESTIÓN DE GRAN INTERÉS

No es fácil encontrar en nuestra jurisprudencia planteamientos y pronunciamientos explícitos sobre el grado de control o de deferencia que merecen determinadas decisiones de autoridades reguladoras, caracterizadas por su complejidad y por las especiales condiciones de conocimiento para su adopción, por parte de los

tribunales de justicia. Por este motivo, ya habíamos destacado el caso de la STS 1857/2018, de 20 de diciembre, en la nota del número 208 de esta misma revista, y ahora es destacable el caso de la sentencia del Tribunal Supremo 1040/2022, de 20 de julio (Rec. 1071/2021, ponente: Espín Templado), que de alguna manera permite continuar precisando y matizando algunos aspectos ya presentes en la primera. En efecto, como veremos, el presente es un caso en el que de modo explícito se plantea la pregunta, en el marco de la cuestión de interés casacional, acerca del alcance y la extensión del control judicial, concretamente, en relación con los requerimientos de información y de transparencia efectuados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en ejercicio de sus funciones de supervisión y de control, en este caso en el ámbito del sector ferroviario. Es doble el interés planteado por el caso: por un lado, perfilar la intensidad del control judicial de determinado tipo de decisiones administrativas; por otro, el contexto institucional en el que se toman esas decisiones al formar parte de las potestades de supervisión y control propias de una autoridad independiente reguladora.

2. PLANTEAMIENTO DEL CASO Y SU DESARROLLO HASTA LA FORMULACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL

La Sala de supervisión regulatoria de la CNMC dictó una resolución, el 23 de mayo de 2018, acerca de las condiciones de acceso al material rodante para el mercado de transporte de mercancías, culminando un procedimiento abierto el 21 de noviembre de 2017 (referencia STP/DTSP/055/17). Se trataba, pues, de unas actuaciones tendentes a analizar el acceso al material rodante, que puede resultar una barrera importante de entrada a los mercados ferroviarios. En dichas actuaciones se pone de manifiesto el análisis de elementos como la situación del parque de locomotoras para el transporte de mercancías por ferrocarril; la oferta de material rodante de RENFE Alquiler y las condiciones de acceso a las locomotoras de RENFE Alquiler (condiciones contractuales).

Como resultado de dicho procedimiento, la CNMC adopta, tras formular una serie de conclusiones en el ámbito antes indicado, seis obligaciones dirigidas a diversas sociedades integrantes del grupo RENFE —Renfe Mercancías, Renfe Alquiler de Material Ferroviario, y Renfe Fabricación y Mantenimiento—, obligaciones que consisten en requerir una serie de informaciones y en implementar una serie de medidas de transparencia que se entienden necesarias para cumplir con la función de garantizar un correcto funcionamiento del sector ferroviario.

No podemos entrar en esta nota en el detalle de estos requerimientos; pero sí indicaremos de manera somera en qué consisten especialmente los dos requerimientos que serán objeto de controversia en el recurso de casación. El primer requerimiento insta a Renfe Mercancías y a Renfe Alquiler a remitir a la CNMC informes que se refieren a la utilización, actividad y demanda potencial de material rodante, estableciéndose unos plazos al respecto. Según observamos en las conclusiones previamente desarrolladas al «Resuelve» de la CNMC, esto se pide para ase-

gurar la competitividad de las empresas alternativas y la pluralidad de la oferta final, por haberse constatado que Renfe Mercancías no tendría incentivos para traspasar material a Renfe Alquiler para que se ponga a disposición de las empresas alternativas. El sexto requerimiento (segundo controvertido en casación), en la parte discutida, consiste en pedir a Renfe Alquiler que publique la fórmula o las tablas que justifican el precio del alquiler en función de una serie de variables, medida que se adopta al considerarse que así se aseguran las garantías de los arrendatarios.

Decimos que estos son los requerimientos objeto de controversia porque son aquellos en los que el abogado del Estado se centra en el recurso de casación. Ahora completaremos algo esta información.

Esta resolución de la CNMC fue objeto de impugnación a través del recurso contencioso-administrativo que interpuso Renfe Operadora y las tres sociedades mencionadas ante la Audiencia Nacional. Este recurso lo resuelve la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de octubre de 2020 (Rec. 737/2018, ponente Pedraz Calvo), que lo estima parcialmente, ya que considera que los dos requerimientos antes mencionados son injustificados, desproporcionados y contrarios a derecho, resultando así anulados. También anula el segundo punto del «Resuelve» de la CNMC, que consistía en requerir a Renfe Alquiler que informara a la CNMC sobre las actuaciones a desarrollar para someter los servicios de mantenimiento del material arrendado a una contratación competitiva. No comentamos este supuesto, en el que aparece la cuestión de la contratación «in house providing», ya que finalmente el abogado del Estado no se refiere a él en el recurso de casación. El núcleo duro de la cuestión resuelta en casación se refiere a la apreciación sobre la adecuación y proporcionalidad de ciertos requerimientos de la CNMC, y en esto centraremos nuestro interés.

Finalmente, debemos añadir que la sentencia de la Audiencia Nacional no estimó el recurso en cuanto a los demás requerimientos efectuados por la CNMC (puntos tercero —definición, remisión y publicación por parte de Renfe Mantenimiento de indicadores de actividad—, cuarto —informar a la CNMC por parte de Renfe Alquiler sobre los criterios objetivos de fijación de las condiciones económicas de alquiler de las locomotoras—, quinto —informar a la CNMC por parte de las dos sociedades antes citadas sobre las modificaciones previstas en los contratos en materia disponibilidad, penalizaciones y seguro de daños— y primera parte del sexto —requerir a Renfe Alquiler que en su página web incluya información más detallada sobre el estado del parque de locomotoras y la publicación de las condiciones generales de contratación— del «Resuelve» de la CNMC). En todos ellos, a diferencia de los dos anteriormente comentados, estimó la Audiencia Nacional que se trataba de medidas no inadecuadas, no irrazonables o no desproporcionadas.

En cuanto a los argumentos de fondo de todo lo dicho, los trataremos a continuación, distinguiendo las dos cuestiones que, aunque interrelacionadas, creemos que vale la pena distinguir en este supuesto.

Esta es la situación que da lugar al planteamiento del recurso de casación, pues. Un recurso de casación que es admitido a trámite por el Auto del TS de 21 de julio de 2021 (ponente: Arozamena Laso), del que ahora conviene destacar dos cuestiones.

En primer lugar, cabe reparar en la normativa que alega el abogado del Estado al plantear el recurso. Se trata de dos bloques de referencias normativas que cabe citar destacando su significado más relevante: i) el art. 28.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que se refiere al deber de colaboración en la práctica de requerimientos de la CNMC, «en el ejercicio de la protección de la libre competencia», así como al carácter motivado, proporcionado y concreto que deben tener tales requerimientos; ii) el art. 11.1.a y b y el art. 11.3 del mismo texto legal, en relación con la Disposición Adicional 16^a de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario; así como en relación con el art. 56.2 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. Los apartados mencionados del art. 11 de la Ley 3/2013, resumidamente, se refieren al ejercicio de funciones por parte de la CNMC —en el marco de la supervisión y control en el sector ferroviario— de salvaguardar la pluralidad de la oferta, de velar por la prestación de servicios en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias y de garantizar la igualdad entre empresas. Y se refieren también al tratamiento de las denuncias recibidas y a su capacidad de decidir por iniciativa propia las medidas adecuadas para corregir discriminaciones o determinadas distorsiones en los mercados de servicios ferroviarios. Estos contenidos del art. 11 de la Ley 3/2013 se ponen en relación, como hemos adelantado, con una disposición de la Ley del sector ferroviario, que a lo que hace referencia es al alquiler y mantenimiento de material ferroviario, especificando que Renfe Alquiler facilitará el acceso de los operadores a parte de su material, de forma transparente, objetiva, no discriminatoria y con publicidad y que Renfe Mantenimiento prestará también los servicios de forma transparente, objetiva y no discriminatoria, además de establecer que se preservará la independencia de los miembros de sus consejos de administración y sus deberes de confidencialidad en el manejo de ciertas informaciones. Y se ponen en relación también con el precepto citado de la directiva, que se refiere a las facultades del organismo regulador para supervisar la situación de la competencia en los mercados de los servicios ferroviarios y, en particular, de control, por iniciativa propia, de lo dispuesto anteriormente en el mismo art. 56, que establece que «los candidatos podrán recurrir ante el organismo regulador si consideran haber sufrido un tratamiento injusto o discriminatorio, o cualquier otro perjuicio, en particular para apelar contra decisiones adoptadas por el administrador de infraestructuras, o, cuando proceda, por la empresa ferroviaria o el explotador de una instalación de servicio», todo ello en relación, entre otras cosas, con las disposiciones sobre acceso y «con miras a evitar discriminaciones en perjuicio de los candidatos». En particular, añade el art. 56.2, el regulador

«comprobará si la declaración sobre la red contiene cláusulas discriminatorias u otorga poderes discrecionales al administrador de infraestructuras que este pueda utilizar para discriminar a los candidatos».

Todo este contexto normativo es relevante para, como veremos después, dotar de sentido y de contexto a las funciones supervisoras de las autoridades reguladoras y ulteriormente para tratar la cuestión de su control judicial.

El segundo aspecto que hay que destacar del Auto de 21 de julio de 2021 es la motivación de la admisión del recurso de casación y la manera de formular la cuestión de interés casacional, que sintetizamos conjuntamente.

El TS aprecia que no hay una carencia manifiesta de interés casacional. Y para ello comienza «reformulando» lo que plantea el abogado del Estado. Dice el auto: «[...] *lo que en realidad está planteando el Abogado del Estado, a partir de las competencias que la legislación (sectorial y específica) reconoce a la CNMC para el ejercicio de sus funciones de supervisión y control en el sector ferroviario —que no niega la sentencia recurrida— es el alcance del control judicial sobre el ejercicio de sus potestades*». De este modo, centrando el punto de interés en la extensión del control judicial, el Auto señala que, por un lado, ya se había admitido una cuestión similar en el pasado —el precedente indicado al empezar esta nota— y que, por otro lado, concurren las presunciones de existencia de interés casacional objetivo recogidas en el art. 88.3.a y d de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, dado el carácter general del interrogante planteado, necesitado todavía de jurisprudencia, y de modo particular el hecho de que se trata de un recurso vinculado a decisiones de organismos reguladores o de supervisión. He aquí la concatenación entre las dos cuestiones —extensión del control judicial y contexto de actuación de una autoridad reguladora— a las que ahora nos referiremos para completar esta nota. Simplemente, lo que ahora añadiremos es el tenor literal de la cuestión de interés casacional tal como la formula finalmente el TS:

[...] aclarar cuál es el alcance y la extensión del control judicial en relación con los requerimientos de información y de transparencia dirigidos por la CNMC, en ejercicio de su función de supervisión y control del sector ferroviario, a las entidades que operan en dicho sector; en particular, respecto del control de la justificación y proporcionalidad de dichos requerimientos o de la proporcionalidad de las concretas obligaciones de transparencia (publicación de tablas y fórmulas) impuestas por la autoridad reguladora.

3. PRIMERA CUESTIÓN DE FONDO A DESTACAR. EL CONTEXTO DE LAS POTESTADES DE SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LAS AUTORIDADES REGULADORAS INDEPENDIENTES

Hemos visto que los preceptos alegados en el recurso de casación tienen una importante densidad relativa a las potestades de supervisión y control en el mercado ferroviario por parte del regulador. El auto del TS recupera el tenor del art. 28 de la Ley 3/2013, en esa línea de contenidos.

Este es un elemento determinante del interés casacional, como hemos podido ver. Y es un elemento determinante a nivel de premisa y a nivel de contexto para responder con mayor precisión a la cuestión de interés casacional. A nivel de premisa, no se discuten los poderes legalmente atribuidos de supervisión y de control en manos de la CNMC en el ámbito implicado. En efecto, la propia sentencia de la Audiencia Nacional concluía que:

En resumen: se debate si para salvaguardar la pluralidad de la oferta en el sector, la CNMC tiene competencia para adoptar medidas que, a su entender, tienen la finalidad de «corregir situaciones distorsionadoras del mercado». Como regulador, indudablemente tiene, según la Directiva Recast, la facultad de adoptar medidas para corregir «discriminaciones en perjuicio de los candidatos» o distorsiones del mercado».

Lo que sí se discute es el alcance de las medidas concretamente adoptadas, como añadía la propia sentencia en el mismo FJ 4: «Lo que es necesario precisar y valorar es el alcance de las medidas impuestas en la concreta resolución impugnada en el ejercicio de esta competencia que ha llevado a cabo la CNMC». O, como dice la misma sentencia en el FJ 5:

Por lo tanto, en las condiciones de liberalización del mercado ferroviario, la CNMC puede intervenir como regulador si considera que procede actuar para la salvaguarda de la pluralidad de la oferta, o para garantizar la igualdad en las condiciones de acceso al mercado de los servicios ferroviarios. Cuestión diferente es que esa intervención o actuación esté justificada, sea proporcionada, por lo que procede examinar los motivos de impugnación en los que la parte actora denuncia precisamente la infracción del artículo 11.Uno.1 LCNMC, por imponer la Resolución obligaciones sin haber acreditado la existencia de un riesgo para la pluralidad de la oferta.

Esto es importante, porque entre los motivos de impugnación de la resolución de la CNMC, el primero era «la nulidad de la Resolución recurrida por haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente, al carecer la CNMC de la habilitación competencial necesaria para imponer obligaciones ablativas de derechos constitucionalmente reconocidos».

Precisamente, una parte destacada de la resolución de la CNMC (fundamento de derecho primero) se dedica a aclarar la habilitación competencial y el alcance de las competencias del regulador sectorial, en la que resulta relevante la interpretación de la normativa interna de acuerdo con la europea. Conviene destacar el siguiente párrafo de la resolución de la CNMC, que resulta suficientemente gráfico para expresar la idea más relevante que aquí queremos destacar:

[...] en la medida en la que la razón de ser de los organismos reguladores nacionales está vinculada a la eficiencia del sistema ferroviario en un marco competitivo, los instrumentos competenciales atribuidos a la CNMC (en su condición

de organismo regulador) también deben estar en consonancia con la búsqueda y garantía de una competitividad óptima en los distintos segmentos del mercado ferroviario, así como el uso eficiente de las redes ferroviarias.

La normativa nacional que otorga al regulador un amplio conjunto de facultades en esta línea vuelve a ser recordada en el FJ 3 de la Sentencia del Tribunal Supremo 1040/2022.

4. SEGUNDA CUESTIÓN DE FONDO A DESTACAR. LA INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS MEDIDAS TOMADAS POR EL REGULADOR, EN PARTICULAR, LAS CONSISTENTES EN REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DE TRANSPARENCIA

Situados ya en el ámbito de la discusión acerca de la adecuación de las medidas concretamente acordadas en este caso por la CNMC, hay que indicar que la sentencia de la Audiencia Nacional había estimado parcialmente el recurso, en cuanto a los aspectos más sustanciales, a partir de la prueba documental acerca de las circunstancias del sector ferroviario. Dicha estimación se basó, en resumen, en que la Audiencia Nacional estimó que se habían extrapolado pruebas y conclusiones de un expediente sancionador anterior y en que no se halla un razonamiento que apoye la conclusión de que la única razón del descenso de la actividad de empresas terceras de un 10% se debiera a la «capacidad ociosa» de RENFE, sin otro elemento a tener en cuenta. La primera de las medidas impuestas por la CNMC, que es la que a estos efectos es objeto de un despliegue argumental más extenso por parte de la Audiencia Nacional en su sentencia, es así anulada, por entenderse que no cuenta con una suficiente justificación (la sentencia, en su FJ 6, identifica algunos elementos concretos que se echan en falta en la resolución de la CNMC) y además por entenderse que no resulta coherente en algunos aspectos con ciertos informes sobre el sector de la propia CNMC, dado que estos habrían identificado otras causas de la reducida cuota modal del transporte ferroviario de mercancías en España, siendo así que las condiciones de alquiler del material rodante y su supuesta ociosidad no serían determinantes de la situación del transporte ferroviario (FJ 6). Existe, pues, en esta sentencia de la Audiencia Nacional, una cierta profundidad de control del tribunal para examinar la coherencia y la justificación de la primera medida impugnada, que finalmente se anula.

Frente a esta decisión, el Tribunal Supremo aplica un criterio diferente que le lleva a casar la sentencia recurrida, lo que hace destacable la sentencia aquí comentada, en tanto que ello se traduce en una doctrina jurisprudencial que configura un canon de control judicial en este tipo de resoluciones del regulador. La sentencia del Tribunal Supremo no considera que los requerimientos de información sean excesivos o desproporcionados. Y ello se concluye en línea directa con las necesidades de cumplir con las funciones de inspección y supervisión que tiene la CNMC. Es decir, es precisamente a la vista de las competencias atri-

buidas al regulador como cabe juzgar sus requerimientos, pues necesitará datos para verificar el buen funcionamiento del sector. Ello afecta a las dos medidas objeto de recurso, la solicitud de información sobre disponibilidad y utilización del material rodante y la solicitud de medidas de transparencia sobre los precios de alquiler de las máquinas. En relación con la segunda, si RENFE, como es el caso, no acredita un perjuicio a su actividad empresarial, no se ve por qué tenga que ser excesivo lo que se le pide. Y aquí es donde el TS realiza la aportación más original en este caso. Dice así, en el FJ 4 de la sentencia:

Para concluir, es preciso referirse al argumento de la defensa letrada de las sociedades de RENFE en el sentido de que las medidas de información exigidas a RENFE, en tanto restrictivas de la libertad de empresa, deberían superar un criterio de necesidad, no sólo de idoneidad o de proporcionalidad. Sin embargo, en el ámbito de supervisión de la competencia en sectores económicos complejos con frecuencia no resulta posible hablar en términos taxativos de principio de necesidad, sino tan sólo de idoneidad y proporcionalidad respecto al objetivo perseguido. En efecto, en muchos casos las medidas adecuadas para asegurar la competitividad en un sector económico complejo pueden ser alternativas o acumulativas, no resultando siempre factible efectuar afirmaciones terminantes respecto al carácter absolutamente necesario o imprescindible de una determinada medida. En lo que respecta al caso presente y dado el objetivo de la información requerida, basta constatar la adecuación de las medidas adoptadas y la valoración de que no resultan desproporcionadas desde una consideración genérica de razonabilidad para aceptar su conformidad a derecho.

Sin que en esta nota sea posible llevar más allá el análisis preciso de todo lo que implica esta afirmación, en particular en cuanto al desarrollo técnico del test de proporcionalidad, señalaremos aquí que se trata de una conclusión relevante que conduce a aceptar un canon de control judicial más deferente en relación con la actuación del regulador, en términos de «simple» razonabilidad, algo que va asociado a aspectos técnicamente complejos en general, y, en particular, a decisiones que implican pedir informaciones y requerir transparencia, algo que precisamente tiene la función de arrojar luz —y que por tanto posee un carácter instrumental— para un análisis riguroso de la situación, que es la función del regulador.

Por ello, cuando en el FJ 5 el TS formula la doctrina de interés casacional, señala, que, si bien también en el caso de los requerimientos de información y de transparencia, tratándose de ámbitos económicamente complejos, el control judicial puede abordar la adecuación, proporcionalidad y, «en su caso» la necesidad de las medidas adoptadas por el regulador (en una línea que en términos generales se puede reconocer en la relevante sentencia, citada al principio, del TS de 20 de diciembre de 2018, y que también cita la sentencia que comentamos), sin embargo, se ha de tener en cuenta

[...] la imposibilidad existente en muchos casos de efectuar afirmaciones taxativas sobre la exigencia de necesidad de determinadas medidas, de exigencia de

información o transparencia, que necesariamente se mueven en un entorno económico incierto en el que deben ponderarse por un lado las funciones y facultades del supervisor y, por otro, las exigencias de racionalidad económica de las empresas afectadas por los requerimientos del supervisor.

De este modo, la presente sentencia viene a precisar o a matizar de modo remarcable el alcance del control judicial de ciertas decisiones de las autoridades reguladoras, teniendo especialmente en cuenta el sentido de sus funciones a la vista de sus finalidades, de manera que cabe esperar que jurisprudencia futura vaya explicitando y afinando estos criterios determinantes del canon de control, en lo que debe ser un debate enriquecedor desde todos los puntos de vista. Para ello no faltarán una vez más referentes en el ámbito del derecho de la Unión, donde, por ejemplo, de manera muy reciente —20 de octubre de 2022— se han publicado las conclusiones de la abogada general J. Kokott, acerca del alcance del control jurisdiccional en el ámbito del control de concentraciones [FJRP].

