



Roj: **SAN 3868/2023 - ECLI:ES:AN:2023:3868**

Id Cendoj: **28079230082023100275**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **12/05/2023**

Nº de Recurso: **192/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EUGENIO FRIAS MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000192 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02427/2020

Demandante: ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF)

Procurador: SRA. RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCÓN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a doce de mayo de dos mil veintitrés.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **192/2020**, interpuesto por **ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF)** representado por la Procuradora **Sra. Rodríguez de Castro Rincón** y defendido por Letrado, contra resolución de **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA** representada por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira y defendida por Letrado.

Es Ponente el Ilmo. Sr. **D. Eugenio Frías Martínez**.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso.

SEGUNDO.- La Administración demandada, una vez conferido el trámite para contestar la demanda, presentó escrito en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

TERCERO.- Tras la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, se confirió traslado a las partes para la formulación de conclusiones. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 10 de mayo del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el recurso contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de fecha 30 de enero de 2020, por la que se resuelve:

Primero. Declarar que ADIF es responsable de la comisión de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107. uno.2.2.1 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, por incumplimiento de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 27 de septiembre de 2018.

Segundo. Imponerle una sanción consistente en el pago de una multa por la cuantía de 6.300 € (seis mil trescientos euros).

SEGUNDO.- En la demanda como motivos del recurso se mantiene:

I. Vulneración del principio de tipicidad de las sanciones administrativas. carácter no vinculante de la resolución-informe de 27 de septiembre de 2018. Infracción de los artículos 25 CE y 27 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público.

El Informe-Resolución de la CNMC de 27 de septiembre de 2018 no es una resolución que decide imperativamente un determinado asunto, sino que en realidad es un simple Informe preceptivo no vinculante.

No se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 107.2.2.1 de la Ley 38/2015 para calificar la negativa a su cumplimiento como una falta grave. La actuación de la recurrente no está tipificada y por lo tanto la resolución de 30 de enero de 2020 impugnada debe ser anulada.

La Resolución de 27 de septiembre de 2018 es un informe preceptivo, pero no vinculante.

La Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (en adelante, Ley 38/2015) establece en su artículo 23 las funciones de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias, que corresponde en este caso a ADIF y a ADIF AV.

En su apartado k) indica que corresponde a los administradores generales de infraestructuras ferroviarias, la determinación, revisión y cobro de los cánones por utilización de las infraestructuras ferroviarias, conforme al régimen legal y reglamentario de aplicación.

El artículo 100 de la Ley 38/2015 establece que la propuesta de modificación o revisión de las cuantías resultantes de lo establecido en los artículos 97 y 98, deberá ser elaborada por el administrador de infraestructuras ferroviarias.

Dicha propuesta será sometida a consulta de las empresas ferroviarias y a informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y establecerá los valores concretos de los parámetros de los cánones, particularizando en su caso, en cada línea, elemento de la red o periodos de aplicación.

Los valores así obtenidos se remitirán al Ministerio de Fomento para su inclusión en el anteproyecto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

El artículo 80.1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, establece que salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.

II. Incompetencia de la CNMC para la determinación de los cánones ferroviarios

La competencia de la CNMC es la emisión de un informe preceptivo, que no vinculante, y la supervisión, pero en ningún momento puede proceder a fijar el contenido de los mismos.

Tal y como establece el artículo 100 de la Ley del Sector Ferroviario, la CNMC, ante la propuesta de cánones de los administradores de infraestructura ferroviarios, en este caso ADIF y ADIF AV, debe acompañar un informe y no dictar una resolución, como sucede en este caso.

La Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio único europeo, dispone en su artículo 7.1, en el que se establece la independencia de las funciones esenciales del administrador de Infraestructuras ferroviarias:

1. Los Estados miembros garantizarán que las funciones esenciales que determinan un acceso equitativo y no discriminatorio a la infraestructura se encomienden a organismos o empresas que no presten por sí mismos servicios de transporte ferroviario.[...]

Serán funciones esenciales:[...]

b) la toma de decisiones sobre cánones por la utilización de infraestructuras, incluidas la determinación y la recaudación de los cánones, sin perjuicio del artículo 29, apartado 1.

La Resolución de 27 de septiembre de 2019 por haberse extralimitado la CNMC en sus funciones e invadiendo las competencias de los Administradores de Infraestructuras Ferroviarias, no puede ser tenida en cuenta, y debe ser anulada la Resolución de 30 de enero de 2020, por la que sanción a ADIF y a ADIF AV por un supuesto incumplimiento de una Resolución que ni es Resolución ni respeta las competencias establecidas en nuestra legislación a los Administradores Ferroviarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común, y de forma subsidiaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de aquella misma norma.

III. Sobre los costes elegibles

La recurrente discrepa del método seguido por la CNMC para el cálculo de los costes elegibles, subrayando que la propuesta de la CNMC es contraria a lo establecido en las normas de determinación de cánones.

IV. Otras consideraciones sobre la resolución de 30 de marzo de 2020.

Niega que ADIF o ADIF AV pretendan minar la autoridad de la CNMC o atacar a la seguridad jurídica, pues lo único que hacen es plantear una cuestión jurídica relativa a si la actuación, tal y como establece la Ley del Sector Ferroviaria, de la CNMC en materia de determinación de cánones ferroviarios es vinculante o no.

La falta de impugnación de la resolución de 27 de septiembre de 2018 no determina la improcedencia de las alegaciones formuladas. No procede sancionar cuando una resolución (que en realidad es un informe, como ocurre con el informe sobre la declaración de red, y dado que no se va a impugnar un acto por la incorrecta denominación del mismo) puede ser incumplida al no ser vinculante el acuerdo que emitió ese órgano supervisor.

No se puede pretender, en un procedimiento sancionador otorgar unos efectos vinculantes o una naturaleza diferente al Informe referido, dado que se genera una evidente indefensión e inseguridad jurídica.

TERCERO.- Para la resolución del presente recuso deben tenerse en cuenta los siguientes hechos:

El 16 de julio de 2018 tuvo entrada en el registro de la CNMC la propuesta de ADIF AV y ADIF de cánones a que hacen referencia los artículos 97 y 98 de la Ley 38/2015 de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (en adelante, LSF) para el ejercicio 2019.

La Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC en la resolución de fecha 27 de septiembre de 2018 entendió que las propuestas de cánones por utilización de las líneas ferroviarias correspondientes al artículo 97 de la LSF no se adecuaban a los costes directos de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Ejecución 2015/909 de 12 de junio de 2015, relativo a las modalidades de costes directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario. Así en el resuelve tercero se declaró que «las tarifas propuestas por ADIF y ADIF Alta Velocidad para las Modalidades A B y C del canon por utilización de las líneas ferroviarias integrantes de RFIG, incluidas en su escrito remitido a esta Comisión con fecha 16 de julio de 2018, es superior al coste directamente imputable de conformidad con el artículo 96.4 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, por lo que se les requiere para que realicen las modificaciones necesarias de acuerdo con lo establecido en los puntos 3), 6) y 9) del epígrafe VII de esta Resolución».

Por ello, se requirió a ADIF para que introdujese determinadas modificaciones en su propuesta de cánones que, de conformidad con el artículo 100 de la LSF, debía remitirse al Ministerio de Fomento para su inclusión en el Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado

El 10 de enero de 2019 ADIF publicó en su página web una nota de prensa en la que comunicaba la aprobación de «la propuesta de las cuantías de los cánones ferroviarios para el año 2019, que una vez remitida al Ministerio de Fomento se ha incluido en el Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado (PGE)».

La referida información publicada hacía referencia a que la cobertura de los costes directamente imputables era del 72% en la red convencional y que el incremento de recaudación previsto por el gestor de infraestructuras para 2019 se estimaba en 14,395 millones de euros.

Tras la incoación de un expediente sancionador seguido en todos sus trámites, la Sala de Supervisión Regulatoria, dictó la resolución de 30 de enero de 2020 imponiendo la sanción que se recurre.

CUARTO.- Las cuestiones planteadas en el presente recurso, son esencialmente las mismas que las resueltas en la sentencia de esta Sección de 3 de marzo de 2023, recurso 193/2020, referida a una sanción por iguales hechos, impuesta por la CNMC, en resolución de la misma fecha, a ADIF Alta Velocidad, por lo que reproducimos lo resuelto en la misma:

" SEGUNDO: En nuestra sentencia de 19 de septiembre de 2022 recurso nº 856/20 que es firme, nos pronunciamos sobre la naturaleza y efectos del denominado por la recurrente Informe-propuesta de la CNMC de 27 de septiembre de 2018, que es la base sobre la que se articula el presente caso.

En consecuencia, debemos partir de lo resuelto en dicha sentencia recordando sus afirmaciones vinculadas a la cuestión planteada.

1. Sobre la naturaleza del denominado por la recurrente Informe-Propuesta de la CNMC de 27 de septiembre de 2018 respecto de los cánones ferroviarios.

1. Mostramos nuestra conformidad con lo alegado por la defensa jurídica de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

En efecto, de acuerdo con la legislación vigente en el momento de su adopción nos encontramos inequívocamente ante una resolución en sentido estricto.

Así, el artículo 11.2 d) de la Ley 3/2013 de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia constituye la base legal nacional que determina el papel de la Comisión en materia de supervisión ferroviaria y que se traduce en una facultad de intervención por su parte para garantizar que la fijación de los cánones respete la legalidad.

A ello se une el Reglamento de Ejecución 2015/909, de 12 de junio de 2015 de la Comisión Europea que confiere una posición determinante al regulador como garante de la legalidad del procedimiento, extremo que no podía ser ignorado por Adif.

Ahora bien, tampoco puede ignorarse la dicción literal del artículo 100 de la Ley 38/2015 de 29 de septiembre del Sector Ferroviario que atribuye la condición de informe al pronunciamiento de la CNMC que, junto con el resto de propuestas y alegaciones, deberá incorporarse al anteproyecto de ley de presupuestos generales del Estado para su aprobación.

Ciertamente este precepto puede inducir a algún tipo de confusión sobre la naturaleza de dicho acto, pero ello no justifica la pasividad del destinatario directo de una actuación administrativa que le impone de manera específica determinadas obligaciones con carácter ejecutivo y que le informa de los recursos que caben contra la misma.

En plena coherencia con este planteamiento, la parte final de dicho Informe-Resolución indica a sus destinatarias, que éste puede ser impugnado en vía contencioso-administrativa ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional, lo que no cabría respecto de los informes emitidos en el seno de un procedimiento administrativo, que son meros actos de trámite

En definitiva, estamos ante un procedimiento complejo que se desarrolla en dos fases y que debe respetar la autonomía y esfera de actuación de cada una de las partes intervinientes para llegar a un resultado equilibrado en orden a la fijación de los cánones de referencia. Así lo concibe el artículo 56 de la Directiva 2012/34/UE del Parlamento y del Consejo de 31 de noviembre de 2012 (Recast), así lo ha interpretado el Tribunal de Justicia en su sentencia de 9 de septiembre de 2021 asunto C-144/20 LatRailNet y así lo hace este Tribunal.

2. En esencia, el Tribunal de Justicia en dicha sentencia, al tiempo de interpretar el artículo 56 de la Directiva 2012/34/UE del Parlamento y del Consejo de 31 de noviembre de 2012 (Recast), viene a señalar lo siguiente:

-Del artículo 56, apartados 6 y 9 de la mencionada Directiva se desprende que el organismo regulador es competente para evaluar, incluso de oficio, la conformidad de los cánones determinados por el administrador de infraestructuras con las disposiciones de dicha Directiva, sin que ese control se limite a la evaluación del posible carácter discriminatorio de esos cánones (apartados 31 a 38 de la STJUE citada).

-No obstante, dicha sentencia, con invocación del artículo 29, apartado 1 de la Directiva, recuerda en sus apartados 41 a 47 que debe garantizarse que el administrador de infraestructuras disfrute de independencia en su gestión y para lo que debe disponer, en el marco de tarificación que hayan definido los Estados miembros, de cierto margen de actuación para la determinación del importe de los cánones de forma que pueda utilizarlo como instrumento de gestión.

-El apartado 46 de la sentencia concluye afirmando que las decisiones del organismo regulador solo pueden basarse en la infracción de las disposiciones de la sección 2 del capítulo IV de la Directiva 2012/34 o en la violación del principio de no discriminación.

-Por lo tanto, el organismo regulador no está facultado para obligar a la empresa que desempeña las funciones esenciales del administrador de infraestructuras ferroviarias a someterse a su apreciación de oportunidad, ya que, de hacerlo, estaría menoscabando el margen de actuación corresponde al administrador.

Por otra parte, la STJUE de Gran Sala de 3 de mayo de 2022 asunto C-453/20 CityRail a.s, si bien de manera incidental, en su apartado 56 viene a ratificar lo señalado por la STJUE LatRailNet.

En todo caso debe recordarse el efecto retroactivo de las sentencias del Tribunal de Justicia cuando interpretan el Derecho de la Unión en el procedimiento de cuestión prejudicial, dado precisamente el carácter interpretativo de su declaración (STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto C- 101/16 SC Paper Consult SRL, apartado 64).

Esta circunstancia determina que resulta irrelevante que la STJUE LatRailNet sea de fecha posterior a la propia interposición del recurso, pues la obligación impuesta a Adif tenía base legal en el derecho interno español y la misma estaba formulada de forma clara e inequívoca.

3. Así las cosas, el denominado por la recurrente Informe-Propuesta de la CNMC de 27 de septiembre de 2018 sobre propuesta de cánones, debe calificarse como una resolución en sentido propio, por lo que todos los argumentos de la recurrente relativos a la eficacia, validez vinculados a los informes solicitados en el marco del procedimiento deben ser desestimados sin más.

II. Respecto de la infracción del principio de tipicidad.

1. El bloque normativo aplicado y que la CNMC estima que debe ser considerado está compuesto por los siguientes preceptos.

El artículo 107.Uno. 2.2.1 de la LSF, que califica como infracción grave el incumplimiento de las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuando no constituyan infracción muy grave.

El artículo 106.1.1.2 del mismo texto legal tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuando se ponga en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del tráfico ferroviario.

El artículo 109.1 b) de la LSF que fija la sanción de multa para las infracciones graves desde 751 a 6.300 euros.

En todo caso, la CNMC calificó la conducta de Adif como infracción grave del artículo 107 citado descartando que la infracción pudiera ser calificada como muy grave, pero imponiendo la multa en su grado máximo.

En nuestro análisis partimos de la base por ser un hecho incuestionado por ambas partes, de que ADIF AV incumplió la resolución de 27 de septiembre de 2018, al no incorporar las modificaciones relativas al cálculo de los costes directos en la determinación de los cánones ferroviarios al acuerdo de su consejo de administración adoptado en sesión de 20 de diciembre de 2018 por el que aprobó su propuesta de cánones ferroviarios del ejercicio 2019 para ser incorporados al Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En todo caso Adif no recurrió dicha resolución, que por esa circunstancia devino ejecutiva.

En la resolución impugnada en este procedimiento se indica con detalle los términos en que se constata la divergencia entre la resolución de la CNMC y el acuerdo de Adif, dedicando Adif en su demanda el tercer motivo de su recurso a cuestionar los criterios de la CNMC para definir los costes elegibles con el fin de elaborar los cánones ferroviarios.

Esa cuestión resulta del todo punto irrelevante a los efectos del presente procedimiento, pues el ilícito sancionado es la tenaz oposición de Adif a cumplir con la resolución firme de la CNMC que le imponía las obligaciones descritas, cuestionando ahora su competencia para hacerlo.

Como hemos visto, la CNMC tiene plena competencia para actuar como lo hizo y si Adif estimaba que la CNMC se había excedido en las facultades de supervisión que tiene conferidas, pudo haber impugnado dicha resolución

ante este Tribunal y en el seno de ese procedimiento discutir, efectivamente, la idoneidad o extralimitación de la medida adoptada. No ha sido ese el caso.

Es muy revelador a este efecto el alegato de la recurrente en su último escrito dirigido a este Tribunal una vez ya se había dictado la STJUE en el asunto LatRailNet, indicando expresamente que: "Si observamos la Resolución/informe de 27 de septiembre de 2018, que ha dado origen al procedimiento sancionador objeto de este recurso, podemos ver como la CNMC al contrario de lo que establece la citada Sentencia no procede a solicitar la modificación de algún tipo de cálculo o la no inclusión de determinadas partidas dentro de los costes elegibles sino que procede, directamente a determinar cuáles son los cánones que tanto ADIF como ADIF AV deben recibir por la prestación de sus servicios".

Es decir, Adif pretende descargar su responsabilidad en una supuesta extralimitación de la CNMC en su resolución de 27 de septiembre de 2018, que en su momento consintió y que ahora trata de rebatir, obviando que lo que discute en este proceso no es una eventual extralimitación de la CNMC en sus funciones de supervisión, sino el incumplimiento de una resolución que devino firme por la falta de actividad impugnatoria de Adif.

Por otra parte, el incumplimiento de Adif ha sido consciente y deliberado, como se infiere de su propia demanda al negar la competencia de la CNMC para solicitarle la información en cuestión. Por ello que concurre también el elemento necesario de la culpabilidad.

No puede alegarse con éxito, como hace la recurrente en su escrito final dirigido a este Tribunal para diluir su responsabilidad, la existencia de una duda interpretativa respecto de la naturaleza de la resolución de 27 de septiembre de 2018.

Ciertamente el TJUE en la referida sentencia clarificó la posición del regulador y la del administrador ferroviario, pero también es cierto que la resolución de 27 de septiembre de 2018 se pronunció en términos muy precisos y con apoyo en una base legal que no resulta afectada por la STJUE citada, pues la misma reconoce sus funciones de supervisión y de control de la legalidad que es lo que hizo la CNMC.

Si Adif estimaba que la CNMC carecía de competencia para actuar como lo hizo debió recurrir la resolución en cuestión. Al no haberlo hecho así completó el ilícito que es objeto de la sanción impugnada en este procedimiento.

Finalmente, la cuantía de 6.300 euros, si bien supone la imposición en su grado máximo, no puede considerarse desproporcionada atendida la gran carga de antijuridicidad de la conducta manifestada en la pertinaz oposición de Adif a cumplimentar una exigencia con gran impacto económico en el consumidor final y vista su capacidad financiera para hacer frente a la sanción".

Por lo expuesto el recurso debe ser desestimado.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a la parte recurrente, sin que el límite máximo de aquéllas, considerando la complejidad y alcance del asunto planteado, pueda exceder de la suma de 3.000 euros por todos los conceptos.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF)** contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero. Con imposición de costas a la parte recurrente hasta un importe máximo de 3.000 euros por todos los conceptos.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.