



Roj: **SAN 6507/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6507**

Id Cendoj: **28079230082024100669**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **22/11/2024**

Nº de Recurso: **2252/2021**

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: 0002252/2021**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 18896/2021**

**Demandante: ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS ALTA VELOCIDAD**

**Procurador: 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<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. **EUGENIO FRIAS MARTINEZ**

Madrid, a veintidós de noviembre de dos mil veinticuatro.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **2252/2021**, interpuesto por **ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS ALTA VELOCIDAD** 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 20 de noviembre 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 la Competencia, de fecha de fecha 22 de septiembre de 2021, sobre la propuesta de cánones de ADIF Y ADIF ALTA VELOCIDAD para 2022 y por la que se adoptan medidas para el próximo ejercicio de supervisión de acuerdo con el art. 11 de la Ley 3/2013.

En dicha resolución se resuelve:

"PRIMERO.- Requerir a las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad para que incorporen la información señalada en el punto 3) del epígrafe VIII de esta Resolución en la memoria económico-financiera que deben elaborar para la revisión de los cánones ferroviarios de acuerdo con el artículo 100.1 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario.

SEGUNDO.- Declarar que las tarifas propuestas por las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad para las Modalidades A, B y C del canon por utilización de las líneas ferroviarias integrantes de red ferroviaria de interés general de los servicios VOT y VCM, incluidas en su escrito remitido a esta Comisión con fecha 9 de julio de 2021, 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 el punto 4) del epígrafe VIII de esta Resolución.

TERCERO.- Declarar que la adición propuesta por la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras para el servicio VCM, incluida en su escrito remitido a esta Comisión con fecha 9 de julio de 2021, es superior los costes previstos en el artículo 97.5.2.b) de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, por lo que se le requiere para que realicen las modificaciones necesarias de acuerdo con lo establecido en el punto 5) del epígrafe VIII de esta Resolución.

CUARTO.- Declarar que los costes propuestos para la modalidad A del canon del artículo 98 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, incluido en el escrito remitido a esta Comisión por las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad con fecha 9 de julio de 2021, son superiores a lo previsto en el marco regulador, por lo que se les requiere para que realicen las modificaciones necesarias de acuerdo con lo establecido en el punto 6) del epígrafe VIII de esta Resolución."

**SEGUNDO.**-Se mantiene en la demanda como motivos del recurso:

- Falta de competencia de la CNMC para la determinación de los cánones ferroviarios.

Las únicas funciones que el legislador reserva a 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 cánones.

- No existe ninguna vulneración de la legalidad vigente en los cánones propuestos por ADIF AV.

1 Respecto a los costes directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario.

La resolución de la CNMC concluye que las tarifas propuestas para el servicio para el servicio VOT en las líneas A y VCM en las líneas no A superan los costes directos, lo que es contrario al marco regulador, y procede a establecer que los costes aplicables.

La CNMC no ha tenido en cuenta lo establecido en el artículo 3.5 del Reglamento de Ejecución (UE) 2015/909 de la Comisión. Es posible optar por los costes previstos en las propuestas de cánones de los administradores de infraestructuras ferroviarias, que es lo que ha hecho ADIF AV.

El error que comete la CNMC en su resolución, que tiene en cuenta costes correspondientes al año 2020 cuando lo que se está estudiando son los costes correspondientes al próximo ejercicio 2022. Los costes del año 2020 no son iguales a los correspondientes ni al año 2021 ni al 2022, puesto que las infraestructuras ferroviarias se encuentran en constante evolución, incluyéndose nuevas actuaciones de reforma o mantenimiento, y la apertura de nuevas líneas, especialmente de Alta velocidad.

En los correos remitidos por Don Martin, Director de Gestión Económica y Financiación de ADIF, al Subdirector del Sector Ferroviario de la CNMC, Don Gerardo, el 20 de septiembre de 2021 se puso de manifiesto haberse tenido en cuenta los costes previstos para 2022.

El informe de PKF ATTEST Servicios Empresariales pone de manifiesto que la propuesta de cánones presentada por ADIF AV es totalmente correcta.

2 Respecto a la Adición o recargo propuesto por ADIF AV.

En la Resolución/Informe emitida por la CNMC se argumenta, que la adición propuesta por los gestores de infraestructuras para este servicio generará unos ingresos de 236,66 millones de euros, importe superior a los gastos que, según el artículo 97.5.2 de la Ley 38/2015 del Sector Ferroviario, pueden recuperarse mediante dicha adición, y que ascienden, según lo establecido por la CNMC, a 177,95 millones de euros.

El artículo 32 de la Directiva RECAST ( Directiva 2012/34/UE) establece que: "Con el fin de recuperar totalmente los costes asumidos por el administrador de infraestructuras, los Estados miembros podrán, siempre que el mercado pueda aceptarlo, cobrar recargos basados en principios eficientes, transparentes y no discriminatorios".

Mediante los recargos el Administrador de Infraestructura podrá, siempre que el mercado pueda aceptarlo, repercutir todos aquellos costes que permitan el equilibrio de la cuenta de resultados y no limitarlo al montante de los costes considerados como no elegibles.

3 Modalidad A del canon del artículo 98 de la Ley del Sector Ferroviario.

La CNMC entiende que los costes que se pueden trasladar a los Operadores Ferroviarios en el año 2022, son los que incurrieron ADIF y ADIF AV en 2020, sin tener en cuenta los costes de 2022.

- La CNMC ha reconocido en la nota sobre las propuestas de convenio entre la Administración general del Estado y ADIF el incremento de los costes de red.

- Carácter no vinculante de la resolución de la CNMC.

**TERCERO.**-Esta Sección se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de la Resolución impugnada, que la recurrente califica de informe preceptivo pero no vinculante, a la luz de lo dispuesto en el artículo 100 de la ley 38/2015, del sector ferroviario, y 11 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, manifestando que no se trata de un mero informe no vinculante, sino de una resolución recurrible ante esta jurisdicción contencioso-administrativa, y que la CNMC no se ha extralimitado en el ejercicio de sus funciones, en cuanto efectúa un control de legalidad de los cánones propuestos.

Así en la sentencia firme de 19 de septiembre de 2020, recurso 858/2020, señalamos:

*"hemos de comenzar por analizar la naturaleza jurídica de la Resolución impugnada, que la recurrente califica de informe preceptivo pero no vinculante, a la luz de lo dispuesto en el artículo 100 de la ley 38/2015, del sector ferroviario, y 11 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.*

*El artículo 23.1 k de la Ley 39/2015 contempla, entre las funciones de 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 canon por utilización de las infraestructuras ferroviarias se regula en la Sección 6ª del Título VI de esa ley, cuyo artículo 99 atribuye a los administradores de infraestructuras ferroviarias la gestión de los cánones por utilización de las infraestructuras ferroviarias.*

*Por su parte, establece el artículo 100:*

*"1. 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, junto con la correspondiente memoria económico-financiera sobre el coste o valor del recurso o actividad de que se trate y la justificación de la cuantía propuesta, la cual deberá ajustarse a lo establecido en el artículo 20.1 de la Ley 8/1989, de 13 de abril .*



*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.*

*2. 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 11.2 de la Ley 3/2013, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 23/2018, atribuye a la CNMC, entre sus funciones de supervisión y control del correcto funcionamiento del sector ferroviario y la situación de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios -también en el mercado de transporte de viajeros en alta velocidad- la de supervisar y controlar las actividades de los administradores de infraestructuras ferroviarias, en relación con "b) el sistema, la cuantía o estructura de cánones, tarifas y precios por la utilización de infraestructuras y servicios"; "d) el proceso de consulta previo a la fijación de cánones y tarifas entre empresas ferroviarias o candidatos y los administradores de infraestructuras e intervenir cuando prevea que el resultado de dicho proceso puede contravenir las disposiciones vigentes2.*

*El citado art. 100 de la ley 38/2015 habla, efectivamente, de informe y el art. 11 de la Ley 3/2013 atribuye a la Comisión la función de supervisar y controlar el sistema, la cuantía o estructura de cánones, tarifas y precios por la utilización de infraestructuras y servicios.*

*La interpretación de los anteriores preceptos, a los efectos de la cuestión ahora examinada, exige acudir a 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.*

*El artículo 7 de dicha Directiva, tras establecer que los Estados miembros han de garantizar que las funciones esenciales que determinan un acceso equitativo y no discriminatorio a la infraestructura han de ser encomendadas a organismos o empresas que no presten por sí mismos servicios de transporte ferroviario, señala como una de esas funciones esenciales "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".*

*En su artículo 31.2 dispone que "Los Estados miembros exigirán al administrador de infraestructuras y al explotador de la instalación de servicio que faciliten al organismo regulador toda la información necesaria sobre los cánones percibidos para que el organismo regulador pueda ejercer sus funciones de conformidad con el artículo 56..."*

*Por su parte, el artículo 32 regula la excepciones a los principios de los cánones, estableciendo en su apartado 1 que "1. Con el fin de recuperar totalmente los costes asumidos por el administrador de infraestructuras, los Estados miembros podrán, siempre que el mercado pueda aceptarlo, cobrar recargos basados en principios eficientes, transparentes y no discriminatorios, sin dejar de garantizar una competitividad óptima de los segmentos de mercado ferroviario. El sistema de cánones respetará los aumentos de productividad conseguidos por las empresas ferroviarias. No obstante, la cuantía de los cánones no debe excluir la utilización de las infraestructuras por parte de segmentos del mercado que puedan pagar al menos el coste directamente imputable a la explotación del servicio ferroviario, más un índice de rentabilidad que pueda asumir el mercado. (...)"*

*Pues bien, el mencionado artículo 56, al regular las funciones del organismo regulador, establece que: "2. Sin perjuicio de las facultades de las autoridades de competencia nacionales en materia de protección de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, el organismo regulador estará facultado para supervisar la situación de la competencia en los mercados de los servicios ferroviarios y, en particular, controlará, por iniciativa propia, lo dispuesto en el apartado 1, letras a) a g), con miras a evitar discriminaciones en perjuicio de los candidatos. En particular, 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" (...) "6. El organismo regulador velará por que los cánones establecidos por el administrador de infraestructuras cumplan lo dispuesto en el capítulo IV, sección 2, y no sean discriminatorios. Solo se permitirán negociaciones entre candidatos y administradores de infraestructuras sobre la cuantía de los cánones si las negociaciones discurren bajo la supervisión del organismo regulador. El organismo regulador deberá intervenir si se prevé que el resultado de las negociaciones puede contravenir las disposiciones del presente capítulo."*

*QUINTO: Las dudas interpretativas que razonablemente puede plantear la redacción de los distintos preceptos mencionados han venido a ser disipadas por la STJUE de fecha 9 de septiembre de 2021, al resolver la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo de Letonia, cuyo objeto era la interpretación de los artículos 32, apartado 1, y 56, apartado 2, de la Directiva 2012/34/UE.*



Razona el TJUE:

«(38) Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 56 de la Directiva 2012/34 debe interpretarse en el sentido de que confiere al organismo regulador la facultad de adoptar, por iniciativa propia, una decisión que conmine a la empresa que desempeña las funciones esenciales del administrador de infraestructuras ferroviarias previstas en el artículo 7, apartado 1, de dicha Directiva a introducir determinadas modificaciones en el sistema de cánones de la infraestructura, aun cuando no conciernan a la discriminación en perjuicio de los candidatos.

(...)

(44) De ese modo, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 29, apartado 1, de dicha Directiva establece un reparto de competencias entre los Estados miembros y el administrador de infraestructuras por lo que respecta a los sistemas de tarificación. En efecto, incumbe a los Estados miembros establecer un marco de tarificación, mientras que la determinación del canon y su cobro corresponden al administrador de infraestructuras (véase, por analogía, la sentencia de 9 de noviembre de 2017, CTL Logistics, C-489/15, EU:C:2017:834, apartado 78 y jurisprudencia citada).

(45) Igualmente, según se desprende de la respuesta a la primera cuestión prejudicial, el control de legalidad que el artículo 56 de la Directiva 2012/34 atribuyó al organismo regulador forma parte del reparto de competencias que dicha Directiva prevé entre ese organismo y el administrador de infraestructuras. Por tanto, no puede considerarse que el ejercicio de ese control de legalidad por parte del organismo regulador menoscabe la independencia que la Directiva garantiza al administrador de infraestructuras (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2013, Comisión/Italia, C-369/11, EU:C:2013:636, apartado 46). Así pues, al amparo de ese ejercicio, el organismo regulador está facultado para indicar a la empresa que desempeña las funciones esenciales del administrador de infraestructuras ferroviarias las modificaciones que deben introducirse en el sistema de cánones para subsanar las incompatibilidades de dicho sistema con los requisitos establecidos en la Directiva 2012/34.

(46) No obstante, a ese respecto, 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. 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 del que, como se ha recordado en el apartado 41 anterior, debe disponer ese administrador.

(47) Por consiguiente, ha de responderse a la primera parte de la segunda cuestión prejudicial que el artículo 56 de la Directiva 2012/34 debe interpretarse en el sentido de que las condiciones que el organismo regulador está facultado para conminar a la empresa que desempeña las funciones esenciales del administrador de infraestructuras ferroviarias a incluir en un sistema de cánones deben venir motivadas por la infracción de la Directiva 2012/34 y limitarse a subsanar situaciones de incompatibilidad, y no pueden conllevar apreciaciones de oportunidad por parte de ese organismo que menoscaben el margen de actuación de dicho administrador.

(...)

(59) Por tanto, este concepto de «competitividad» no se refiere a la competencia entre empresas ferroviarias, sino a la competitividad del sector ferroviario con respecto a los demás medios de transporte.

(60) De ello se deduce que la «competitividad óptima de los segmentos de mercado ferroviario», de la que se habla en el artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2012/34, se tendrá en cuenta también en los segmentos del mercado en los que no exista competencia, por ejemplo, cuando el segmento de que se trate sea explotado por un operador de servicio público al que se le haya conferido, en virtud de un contrato de servicio público, un derecho exclusivo a los efectos del artículo 2, letra f), del Reglamento n.º 1370/2007.

(61) Por lo demás, esta interpretación se ve confirmada por el hecho de que el artículo 32, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 2012/34 disponga expresamente que la lista de segmentos de mercado elaborada por los administradores de infraestructuras para evaluar la importancia de los recargos que se aplican a los cánones debe tener en cuenta los servicios de transporte de pasajeros prestados en el marco de un contrato de servicio público, el cual, como precisa el considerando 19 de dicha Directiva, puede, con arreglo al Reglamento n.º 1370/2007, «implicar derechos exclusivos para la explotación de algunos servicios».

(62) A ese respecto, como señaló en esencia el Abogado General en los puntos 58 a 61 de sus conclusiones, el hecho de que un operador de servicio público cumpla una obligación de servicio público, en el sentido del artículo 2, letra e), del Reglamento n.º 1370/2007, y de que se le confiera por ello un derecho exclusivo en un segmento



ferroviario no significa que la explotación de este segmento no pueda alcanzar cierto grado de rentabilidad que dé lugar, así pues, a la aplicación de recargos.

(63) Habida cuenta de las consideraciones anteriores, ha de responderse a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2012/34 debe interpretarse en el sentido de que se aplica, incluso en cuanto al criterio de la competitividad óptima de los segmentos del mercado ferroviario, respecto de aquellos segmentos en los que no exista competencia, por ejemplo, cuando sean explotados por un operador de servicio público al que, en virtud de un contrato de servicio público, se le haya conferido un derecho exclusivo a los efectos del artículo 2, letra f), del Reglamento n.º 1370/2007 .»

Y declara el Tribunal:

«1) El artículo 56 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, debe interpretarse en el sentido de que confiere al organismo regulador la facultad de adoptar, por iniciativa propia, una decisión que comine a la empresa que desempeña las funciones esenciales del administrador de infraestructuras ferroviarias previstas en el artículo 7, apartado 1, de dicha Directiva a introducir determinadas modificaciones en el sistema de cánones de la infraestructura, aun cuando no conciernan a la discriminación en perjuicio de los candidatos.

2) El artículo 56 de la Directiva 2012/34 debe interpretarse en el sentido de que las condiciones que el organismo regulador está facultado para conminar a la empresa que desempeña las funciones esenciales del administrador de infraestructuras ferroviarias a incluir en un sistema de cánones deben venir motivadas por la infracción de la Directiva 2012/34 y limitarse a subsanar situaciones de incompatibilidad, y no pueden conllevar apreciaciones de oportunidad por parte de ese organismo que menoscaben el margen de actuación de dicho administrador.

3) El artículo 32, apartado 1, de la Directiva 2012/34 debe interpretarse en el sentido de que se aplica, incluso en cuanto al criterio de la competitividad óptima de los segmentos del mercado ferroviario, respecto de aquellos de esos segmentos en los que no exista competencia, por ejemplo, cuando sean explotados por un operador de servicio público al que, en virtud de un contrato de servicio público, se le haya conferido un derecho exclusivo a los efectos del artículo 2, letra f), del Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007 , sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo.»

Esta sentencia hace innecesario el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

Por otra parte, parece oportuno tener en consideración el paralelismo apreciable entre los artículos 10 y 11 de la Ley 3/2013, al regular las funciones de la CNMC en la supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias y en el sector ferroviario en materia tarifaria, con las lógicas peculiaridades de cada sector. Y ello porque esta Sala ha tenido ocasión de resolver los recursos planteados contra anteriores resoluciones de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC imponiendo modificaciones en las propuestas de Prestaciones Patrimoniales Públicas en actividades aeroportuarias.

En aquellos recursos se planteaba también el alcance de la función de supervisión y control de la Comisión, en términos similares a los planteados en el presente procedimiento, cuestionando la naturaleza de la resolución dictada y la extralimitación competencial de la Comisión. Pues bien, esta cuestión fue resuelta por SsTS de 19/12/2016 y 19/06/2017 , al resolver los recursos de casación interpuesto por TCI LUXEMBOURG S.A.R.L. y por AENA contra autos de esta Sala y Sección en los que se entendió que se trataba de actos dictados al amparo del apartado 2 del artículo 10 de la Ley 3/2013 , precepto que no prevé que la Comisión, en su labor de supervisión, dicte resolución vinculante que condicione la determinación de las tarifas aeroportuarias, a realizar en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, por lo que inadmitió los recursos.

El TS consideró, sin embargo, que "... todo indica que el acuerdo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que es objeto de impugnación no constituye propiamente un acto de supervisión ni de control, habida cuenta que la propuesta de AENA no se había producido aun cuando se dictó aquel acuerdo, tratándose más bien de un acto con vocación normativa o reglamentaria, pues aunque no se denomine así lo que con él se persigue es establecer, con pretensión de obligatoriedad, instrucciones sobre cómo debe hacer AENA sus propuestas de actualización de tarifas. Y siendo ello así, ninguna razón se aprecia para afirmar que se trata de un acto no susceptible de impugnación".

Todo ello nos lleva a considerar que no se trata de un mero informe no vinculante, sino de una resolución recurrible ante esta jurisdicción contencioso-administrativa, y que la CNMC no se ha extralimitado en el ejercicio de sus funciones".

La Directiva 2016/2370, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016 que modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de



transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias, recoge como funciones del Administrador de Infraestructuras, artículo 3.2.septies: "*funciones esenciales de la gestión de las infraestructuras*": *toma de decisiones sobre la adjudicación de surcos ferroviarios, que incluye tanto la definición y la evaluación de la disponibilidad y la adjudicación de surcos ferroviarios individuales, como la fijación de cánones por el uso de las infraestructuras, sobre el establecimiento y el cobro de los cánones, de conformidad con el marco de los cánones y el marco de adjudicación de capacidades establecido por los Estados miembros en virtud de los artículos 29 y 39*".

En esta Directiva de 2016, también se modifica el artículo 7.bis.1 de la Directiva de 2012, que queda redactado de la siguiente forma: "*Los Estados miembros deberán asegurarse de que el administrador de infraestructuras ferroviarias es independiente desde el punto de vista organizativo y de toma de decisiones en lo que respecta a las funciones esenciales dentro de los límites establecidos en el artículo 4, apartado 2, y en los artículos 29 y 39*". Por su parte, el artículo 7.bis.2.b) queda con la siguiente redacción: "*ninguna empresa ferroviaria ni ninguna otra entidad jurídica ejerce una influencia decisiva sobre el administrador de infraestructuras en relación con las funciones esenciales, sin perjuicio del papel de los Estados miembros en lo que respecta a la definición del marco de fijación de los cánones y del marco de adjudicación de la capacidad y de las normas específicas de fijación de cánones de conformidad con los artículos 29 y 39*".

De aquí extrae la recurrente que se produce un cambio relevante que permite variar el criterio sustentado por esta Sala en las sentencias recaídas en los procedimientos 856/20 y 858/20, ya citadas, además de ser una modificación que no se contemplaba en la STJUE de 9 de septiembre de 2021.

No podemos compartir este criterio, pues lo expuesto hasta aquí y recogido en las anteriores sentencias citadas, nos induce a mantener el criterio ya expuesto respecto de los cánones del ejercicio 2020. El reforzamiento de las competencias del Administrador de Infraestructuras no desdibuja el papel que desempeña el Regulador, careciendo de elementos de juicio relevantes que permitan variar el criterio que estamos reflejando.

En definitiva, las modificaciones a la Directiva 2012/34/UE, efectuada por la Directiva 2016/2370, no afectan al criterio expuesto, que debemos mantener, debiéndose destacar que la resolución no determina ni fija los cánones, ni impone modificaciones por motivos de oportunidad, sino que se limita a garantizar que en la determinación de los cánones se respeta la legalidad prevista en la Directiva 2012/34 y en la Ley 38/2015 del sector ferroviario.

**CUARTO.**-La Ley 38/2015, en su artículo 96 "Principios Generales", establece en el apartado 3 que "Los cánones se fijarán de acuerdo con los principios generales de viabilidad económica de las infraestructuras, explotación eficaz de las mismas, situación del mercado y equilibrio financiero en la prestación de los servicios, y con arreglo a criterios de igualdad, transparencia y no discriminación entre prestadores de servicios de transporte ferroviario"; disponiendo el apartado 4 que "Para la cuantificación de los cánones de utilización de las infraestructuras ferroviarias, se tomarán en consideración los costes directamente imputables al servicio ferroviario. Siempre que el mercado pueda aceptarlo, y sin dejar de garantizar una competitividad óptima de los segmentos de mercado, los administradores de infraestructuras podrán cobrar la adición prevista en el artículo 97.5.2.º No obstante, las adiciones por uso ineficiente de la capacidad se aplicarán sin las limitaciones anteriores. El sistema de cánones respetará en todo caso los aumentos de productividad conseguidos por las empresas ferroviarias."

Los artículos 97 y 98 regulan, respectivamente, el canon por utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la Red Ferroviaria de Interés General y el canon por utilización de las instalaciones de servicio titularidad de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias.

El artículo 31 de la Directiva 2012/34/U dispone, en su apartado 1, que "Los cánones por la utilización de infraestructuras ferroviarias e instalaciones de servicio se abonarán al administrador de infraestructuras y al explotador de la instalación de servicio respectivamente, y se emplearán para financiar su actividad."

El apartado 3 del mismo artículo indica que "Sin perjuicio de los apartados 4 y 5 del presente artículo o de lo dispuesto en el artículo 32, el canon de acceso mínimo y de acceso a infraestructuras que conectan con instalaciones de servicio será equivalente al coste directamente imputable a la explotación del servicio ferroviario."

El apartado 7 establece "El canon exigido para el acceso por vía férrea a las instalaciones de servicio, previsto en el anexo II, punto 2, y la prestación de servicios en dichas instalaciones no superará el coste de su prestación más un beneficio razonable".

De los preceptos recogidos resulta que el canon por utilización de las líneas ferroviarias (art. 97) debe ser equivalentes a los costes directos. De acuerdo con los datos aportados por ADIF AV en la propuesta y en la

memoria, la CNMC apreció que los cánones propuestos resultaban ser superiores a los costes directos, no solo en el caso de los servicios VCM (líneas no A) sino también en los servicios VOT (líneas A), lo cual es incompatible con lo establecido tanto en la Ley del Sector Ferroviario como en la Directiva 2012/34/UE. Dicha comprobación es una cuestión de legalidad, no se imponen unos cánones por motivos de oportunidad sino que se fijan en los límites legalmente establecidos.

ADIF AV sostiene que la CNMC ha tenido en cuenta inadecuadamente costes históricos de 2020 cuando se trata de costes de 2022, cuando es posible optar por los costes previstos de acuerdo con el art. 3.5 del Reglamento de Ejecución 2015/909.

Efectivamente el referido Reglamento de Ejecución permite tener en cuenta los costes históricos (pagos efectuados) o costes previstos, según el apartado 5 del art. 3, previendo el apartado 3 la posibilidad de aplicar valores estimados "siempre y cuando tales valores puedan medirse de manera transparente, rigurosa y objetiva y justificarse debidamente ante el organismo regulador".

No obstante, dicha posibilidad legal, hemos de resaltar, como hace la CNMC en la contestación, que la memoria presentada por ADIF para la determinación de los cánones de 2022 se basa en los costes históricos de 2020, siguiendo la metodología que había venido realizando en ejercicios anteriores. Dicha memoria es la información que se trasladó a los operadores ferroviarios para las consultas establecidas en el art. 100. El análisis de legalidad de los cánones para el año 2022 debe realizarse de acuerdo con los costes históricos, de acuerdo con la memoria y propuesta efectuada a la CNMC. No es posible el cambio de criterio y modificar la metodología a costes previstos, mediante la remisión de correos informales posteriores, sin presentación por el correspondiente registro, y sin haber tenido oportunidad los operadores ferroviarios de pronunciarse, cuando la propuesta de resolución para la Sala de Supervisión de la CNMC ya se había efectuado. El informe encargado a la consultora PKF ATTEST Servicios Empresariales, S.L. que se acompaña a la demanda para acreditar la corrección de los cánones propuestos, no fue aportado a la CNMC, de forma que nunca se pudo valorar si los costes previstos eran correctos.

Idéntica respuesta debe darse respecto de los cánones por la utilización de las estaciones de transporte de viajeros (art. 98). De conformidad con el art. 98.4 el canon de estaciones no debe financiar inversiones futuras sino recuperar "los costes asociados al mantenimiento y conservación de las estaciones, a su reposición y a la prestación de los servicios básicos mínimos de las estaciones, los gastos financieros (...)" debiendo estarse a los costes efectivamente incurridos sin poder tenerse en cuenta inversiones futuras.

**QUINTO.**-Por lo que se refiere a la adición, la Resolución de la CNMC sostiene que la adición propuesta por los gestores de infraestructuras para este servicio generará unos ingresos de 236,66 millones de euros, importe superior a los gastos que, según el artículo 97.5.2 de la Ley 38/2015 pueden recuperarse mediante dicha adición, y que ascienden a 177,95 millones de euros.

ADIF AV entiende que el objetivo de los recargos establecidos en la Directiva RECAST y en la Ley del Sector Ferroviario, es permitir que las cuentas de pérdidas y ganancias del administrador de infraestructuras se mantengan en equilibrio a lo largo de un período de tiempo razonable. Mediante los recargos el Administrador de Infraestructura podrá, siempre que el mercado pueda aceptarlo, repercutir todos aquellos costes que permitan el equilibrio de la cuenta de resultados y no limitarlo al montante de los costes considerados como no elegibles.

El artículo 97.5.2.b) de la Ley 38/2015 del Sector Ferroviario dispone que "Mediante esta adición se recuperarán los gastos financieros, los costes de reposición correspondientes a la plataforma, túneles, puentes, vía, edificios y medios utilizados para el mantenimiento y conservación, así como los necesarios para un desarrollo razonable de estas infraestructuras y todos aquellos costes que permitan al administrador de infraestructuras ferroviarias lograr la sostenibilidad económica de las infraestructuras que administra."

El artículo 32 de la Directiva RECAST ( Directiva 2012/34/UE) establece que "Con el fin de recuperar totalmente los costes asumidos por el administrador de infraestructuras, los Estados miembros podrán, siempre que el mercado pueda aceptarlo, cobrar recargos basados en principios eficientes, transparentes y no discriminatorios".

La CNMC en la contestación a la demanda, como hace la resolución, entiende que la regulación sobre la adición al canon por utilización de las infraestructuras ferroviarias no ampara que los gestores de infraestructuras puedan trasladar a esta adición al canon todos los costes en que incurren con independencia de su origen.

Se indica que el art. 32 de la Directiva 2012/34/UE solo se refiere a los costes relacionados con la administración de la red ferroviaria, y ello interpretándolo conjuntamente con el art. 31.3 de la Directiva que señala que "el canon de acceso mínimo y de acceso a infraestructuras que conectan con instalaciones de servicio será equivalente al coste directamente imputable a la explotación del servicio ferroviario", por lo que se





asume que todos los servicios ferroviarios están cubriendo sus costes directos. Entiende que los costes a que se refiere el artículo 32, que son recuperables mediante la adición al canon, son los costes "no elegibles" (los del artículo 4 del Reglamento 2015/909), es decir, los costes imputables a la red ferroviaria menos los costes directos que se recuperan a través de canon.

Dicha interpretación sistemática, efectuada por la CNMC nos parece correcta, debiendo tenerse en cuenta que el art. 25 de la Ley prevé la posibilidad de que ADIF reciba aportaciones económicas del Estado, garantizándose de ese modo el equilibrio de las cuentas de ADIF AV, posibilidad que se ha materializado en convenio entre ADIF AV y el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

Por todo lo expuesto, debemos desestimar el recurso.

**SEXTO.**-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 ALTA VELOCIDAD** 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.