



Roj: **SAN 5100/2025 - ECLI:ES:AN:2025:5100**

Id Cendoj: **28079230082025100551**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **28/11/2025**

Nº de Recurso: **2165/2022**

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: 0002165/2022

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 17374/2022

Demandante: ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF)

Procurador: D^a. SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCÓN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

SENTENCIA N°:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Ilmos./as. Sres./as. Magistrados/as:

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

D^a. MARIA MERCEDES DELGADO LOPEZ

Madrid, a 28 de noviembre de 2025.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **2165/2022**, 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 26 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 2022, sobre la propuesta de cánones de ADIF Y ADIF ALTA VELOCIDAD para 2023 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, en la memoria económico- financiera que deben elaborar en el marco de 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, suministren la información que permita la trazabilidad entre los costes imputados a los cánones ferroviarios y los costes incluidos en los convenios firmados con el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana para la sostenibilidad económica de las infraestructuras ferroviarias durante el período 2021-2025.

SEGUNDO.- Requerir a las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad para que en la Declaración sobre la Red que los gestores deben publicar en diciembre de 2022 incorporen los detalles de la metodología de fijación de los cánones ferroviarios que proponen aplicar, incluyendo el periodo en el que dicha metodología será de aplicación.

TERCERO.- Requerir a las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras ADIF y ADIF-Alta Velocidad para que remitan a esta Comisión la siguiente información:

a) Los criterios e hipótesis utilizados para elaborar las previsiones de costes incluidas en los convenios entre la Administración General del Estado y los Administradores de Infraestructuras ADIF y ADIF-Alta Velocidad para la sostenibilidad económica de las infraestructuras ferroviarias que integran su red durante el periodo 2021-2025, así como, cada uno por separado, las previsiones de incremento de los costes derivados de las mejoras en el mantenimiento, los nuevos requerimientos de seguridad y la puesta en servicio de nuevas líneas y los criterios e hipótesis utilizados para elaborarlas. Esta información deberá aportarse en el marco de los próximos procedimientos de revisión de los importes de los cánones ferroviarios.

b) De los informes semestrales de seguimiento previstos en la cláusula octava de los convenios entre la Administración General del Estado y los Administradores de Infraestructuras ADIF y ADIF-Alta Velocidad para la sostenibilidad económica de las infraestructuras ferroviarias que integran su red durante el periodo 2021-2025, los correspondientes a los ejercicios 2022, 2023 y 2024. Los informes deberán aportarse a medida que se vayan finalizando.

CUARTO.- Requerir a las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad para que remitan a esta Comisión la información relativa a los costes subyacentes resultantes del modelo de costes y el cálculo de los costes directos de los cánones del artículo 97 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario del último ejercicio auditado, y su comparación con las previsiones realizadas, explicando, en su caso, las desviaciones producidas. Esta información deberá aportarse antes del 31 de mayo de cada ejercicio, en 2023, 2024 y 2025.

QUINTO.- 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 30 de junio de 2022, es superior a los costes que cabe trasladar a la adición según 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 realice las modificaciones necesarias de acuerdo con lo establecido en el epígrafe V.Segundo.B 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.

Respecto a la adición o recargo propuesto por ADIF AV.

La CNMC no ha tenido en cuenta en su Informe-Resolución, que los cánones de 2023 se mantienen, para ese mismo ejercicio, los correspondientes a los años 2020, con independencia de los costes existentes y de la adición, como sucedió en los ejercicios correspondientes a los años 2021 y 2022.

En la Resolución/Informe emitida por la CNMC se argumenta, que la adición para los servicios VCM propuesta por los gestores de infraestructuras para este servicio generará unos ingresos de 221,5 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 190,5 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".

El objetivo de los recargos establecidos en dicha Directiva 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. La normativa europea y nacional no habla de recuperar únicamente los costes no elegibles, sino la totalidad de los costes asumidos por el Administrador para lograr su sostenibilidad económica.

Los Convenios celebrados entre Ministerio y los administradores de infraestructuras ferroviarias, se celebran para poder llegar al equilibrio financiero de estos últimos, entre otros objetivos. No es correcta la afirmación que hace la CNMC respecto a la minoración de la adición de los servicios VCM porque son superiores a los costes del administrador de infraestructuras ferroviarias. Si fuera suficiente esa cuantía por medio de los cánones, incluida la adición, no sería preciso que el Ministerio de Transporte, Movilidad y Agenda Urbana subvencionara, en parte, la actividad de esta Entidad Pública.

- 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 de 22 de noviembre de 2024, recurso 2252/2021, siguiendo a la 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 las 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 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.

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 exlimitación 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 exlimitado 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.-Se impugna la Resolución de la CNMC con relación a la adición de los servicios VCM. Sostiene la resolución que la adición propuesta por los gestores de infraestructuras para este servicio generará unos ingresos de 221,5 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 190,5 millones de euros.

ADIF 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. El Administrador de Infraestructura puede recuperar la totalidad de los costes asumidos para lograr su sostenibilidad económica y no únicamente los costes considerados como no elegibles.

La cuestión ha sido resuelta en la sentencia de 22 de noviembre de 2024, anteriormente citada respecto de los cánones para 2022, en la que señalamos:

"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 (...) 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 incurrir 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. #8

ADIF sostiene que los cánones no son suficientes cubrir los costes, razón la que se firma convenio con el Ministerio para poder llegar al equilibrio, pero tiene en cuenta la totalidad de los costes sin haberse acreditado que la adición no suponga ingresos superiores a los costes no elegibles, por lo que el recurso ha de 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** 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.