



Roj: **SAN 4406/2022 - ECLI:ES:AN:2022:4406**

Id Cendoj: **28079230082022100494**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **19/09/2022**

Nº de Recurso: **856/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000856 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06086/2020

Demandante: ADIF Alta velocidad

Procurador: D^a. SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCÓN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a diecinueve de septiembre de dos mil veintidós.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº **856/2020**, seguido a instancia de la Entidad Pública Empresarial **ADIF Alta velocidad**, representada por la procuradora de los Tribunales **D^a. Sharon Rodríguez de Castro Rincón**, con asistencia letrada, y como Administración demandada la **Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC)**, que contó con asistencia letrada actuando en su representación el procurador de los tribunales **D. Ramón Rodríguez Nogueira**.

Intervino como ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **Don Santiago Soldevila Fragoso**.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. Mediante resolución de Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de fecha 27 de septiembre de 2018 (Resolución de cánones de 2019) y de acuerdo al artículo 11 de la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se adoptaron las siguientes medidas para el próximo ejercicio de supervisión:

-Requerir a las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras (Adif) y Adif-Alta Velocidad (Adif AV) para que aportasen antes del 31 de marzo de 2019, una metodología transparente de estimación del tráfico ferroviario.

Dichas entidades cumplieron el requerimiento mediante escrito que tuvo entrada en el registro de la CNMC el 28 de marzo de 2019.

-Requerir a ADIF y ADIF AV para que presentasen, junto al resto de elementos esenciales de los cánones ferroviarios del siguiente ejercicio, el desarrollo de una metodología de desagregación e imputación de los costes de personal en estaciones.

El 18 de junio de 2019 ADIF y ADIF AV aportaron la documentación relativa a los costes del servicio básico en estaciones de viajeros, pero no aportaron la metodología solicitada.

2. El 2 de octubre de 2019 tuvo entrada en el registro de la CNMC la propuesta de cánones a que hacen referencia los artículos 97 y 98 de la Ley del Sector Ferroviario para el ejercicio 2020.

En el mismo escrito, ADIF y ADIF AV comunicaban el inicio del proceso de consultas previsto en el artículo 100 de la Ley del Sector Ferroviario.

3. El 16 de octubre de 2019 se comunicó a ADIF y ADIF AV el inicio del procedimiento de oficio en base a las competencias de la CNMC establecidas en el artículo 11.2.b) de la Ley 3/2013 de 4 de julio (LCNMC), con objeto de analizar la propuesta de revisión de las cuantías unitarias de los cánones ferroviarios para el ejercicio 2020.

En el mismo trámite, se requirió a los administradores de infraestructuras para que aportaran información complementaria en relación con los resultados del modelo de costes y la metodología de estimación de tráfico.

4. ADIF y ADIF AV contestaron mediante escrito que tuvo entrada en registro de la CNMC el 6 de noviembre de 2019.

5. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC emitió informe sin observaciones.

6. Mediante resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de fecha 5 de marzo de 2020, se adoptaron los siguientes pronunciamientos:

Primero.

Requerir a las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad para que elaboren, antes del 31 de mayo de 2020, una propuesta de mejora del modelo de contabilidad analítica que permita identificar todos los costes no elegibles de acuerdo con el Reglamento de Ejecución 2015/909 de la Comisión de 12 de junio de 2015.

Segundo.

Requerir a las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad para que adecúen su metodología de imputación de los costes directos a los servicios ferroviarios según lo dispuesto en el epígrafe V.2 y el punto 3) del epígrafe IX de esta Resolución.

Tercero.

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 son superiores 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 que realicen las modificaciones necesarias de acuerdo con lo establecido en el epígrafe V y los puntos 5) y 8) del epígrafe IX de esta Resolución.

Cuarto.

Declarar que la adición propuesta por las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad prevista en el artículo 97.5.2º.a) de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario resulta excesiva, por lo que se les requiere que realicen las modificaciones necesarias de acuerdo con lo establecido en el punto 10) del epígrafe IX de esta Resolución

Quinto.

Requerir a las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad para que aporten un informe contable que detalle los criterios de reparto de los costes entre los diferentes servicios regulados y no regulados en las estaciones de viajeros antes del 31 de mayo de 2020.

SEGUNDO: Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

I. Carácter no vinculante de la resolución-informe de 5 de marzo de 2020.

1. En el Informe-Resolución de 5 de marzo de 2020, la CNMC establece respecto a su competencia que, de acuerdo con el artículo 100.1 de la Ley del Sector Ferroviario, corresponde a dicha Comisión informar sobre las propuestas de modificación o revisión de las cuantías de los cánones.

2. No obstante, en la parte dispositiva de dicho informe-propuesta se indica 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 son superiores 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 que realicen las modificaciones necesarias de acuerdo con lo establecido en el epígrafe V y los puntos 5) y 8) del epígrafe IX de esta Resolución".

3.El referido Informe es preceptivo, pero no vinculante.

4. 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.

5. 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.

6. Solo hay un caso concreto en el artículo 11.2, c) de la Ley 3/2013, en el que se establece expresamente que la CNMC podrá autorizar al administrador de infraestructuras ferroviarias a la continuidad del cobro de cánones en el caso de una infraestructura declarada congestionada.

7. Invoca el artículo 80.1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, según el cual salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.

II. Incompetencia de la CNMC para fijar los cánones de Adif y Adif Alta Velocidad para el año 2020.

1. La competencia de la CNMC se reduce pues a la emisión de un informe sobre la propuesta realizadas por los administradores de infraestructuras ferroviarias, sin que pueda revisar su actuación, ni obligarles a modificar su propuesta, como ha ocurrido en este caso.

2. En su informe de 29 de abril de 2015 sobre el anteproyecto de Ley del Sector Ferroviario, la CNMC reclamó que el informe de referencia fuera vinculante, siendo evidente que esta recomendación o sugerencia del supervisor no fue adoptada por el legislador.

3. En su informe de 25 de julio de 2018, sobre el anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre del Sector Ferroviario, y dado que el anteproyecto no modificaba el régimen legal de los

cánones, la CNMC, no sólo no insistió en su solicitud de que el informe del artículo 100 de la LSF tuviera efecto vinculante, sino que además señaló que el régimen actual de fijación de cánones "impide o limita el cumplimiento de diferentes artículos de la Directiva RECAST".

4. Infracción del artículo 47 de la Ley 39/2015, al haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido en este caso, pues no estamos ante una resolución en el sentido correcto de la palabra, sino que nos encontramos ante un informe.

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, la CNMC debe acompañar un informe y no dictar una resolución, como sucede en este caso.

5. Además, existe un segundo defecto procedimental, que determinaría la anulación de la citada resolución. consiste en querer establecer como vinculante un informe, que en realidad no lo es.

6. Incompatibilidad del acto impugnado con el artículo 7.1 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 único europeo.

Dispone dicho artículo que:

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 actuación de la CNMC, al imponer de manera vinculante sus criterios, menoscaba la autonomía e independencia el administrador de infraestructuras ferroviarias.

III. Otras consideraciones sobre el informe-resolución de 5 de marzo de 2020.

1. La CNMC reconoce en su resolución que no existe ningún defecto en la propuesta de cánones presentados por ADIF y ADIF AV, que se ajustan a las exigencias de los artículos 97 y 98 de la Ley del Sector Ferroviario.

2. Como en ejercicios precedentes, la CNMC ha auditado los datos de costes correspondientes al ejercicio 2018. Mediante licitación pública, se adjudicó a Ernst & Young S.L. la tarea de verificación de los modelos de costes de ADIF y ADIF AV del ejercicio 2018.

3. De la auditoría de la información contable se extrae que, en general, es correcto el tratamiento diferenciado por tipo de red en base a los mayores costes, que se han verificado los importes de los costes que deben recuperarse a través de los cánones ferroviarios y que se ha comprobado que los valores aportados por ADIF y ADIF AV se corresponden con los que se obtienen de sus sistemas informáticos de contabilidad.

4. Las diferencias que se suscitaron fueron menores y suponen un ajuste del -0,1% del total de los costes directamente imputables a los cánones (1,14 millones de € de un total de 873,2 millones de €).

Por ello, el ajuste que se impone por la CNMC, derivado de dichas diferencias menores detectadas por la auditoría, supone incrementar las tarifas propuestas por Adif para las líneas de alta velocidad en un 0,1% aproximadamente y disminuir las tarifas propuestas por Adif para las líneas convencionales en un 0,35% aproximadamente.

Dichas diferencias no suponen, por parte de ADIF ni por parte de ADIF AV, ningún tipo de vulneración de la legislación vigente, ni suponen discriminación, ni ningún otro tipo de defecto, que pudieran determinar la incorrección de los cánones propuestos por ADIF y ADIF AV, sino que en realidad estamos ante una diferencia mínima de contabilidad.

5. En base a esas diferencias mínimas que se establecen por los auditores de la CNMC pretende modificar los cánones propuestos por ADIF y ADIF AV, e imponer los suyos propios, sin tener competencias para ello.

6. Además, la CNMC no dio posibilidad a las recurrentes a pronunciarse sobre las diferencias detectadas, ni de conocer el informe de auditoría en el que se basa la CNMC para fijar aquellos cánones.

7. Otro aspecto sobre el que se pronuncia expresamente la CNMC, se refiere a la propuesta relativa a que los nuevos operadores puedan decidir el número de plazas que ofertarán en cada tren, comunicándolo a los gestores de infraestructura.

No es posible atender a este requerimiento de la CNMC toda vez que la Ley 38/2015 del sector ferroviario es taxativa en este sentido señalando en el artículo 97.5. 2º que:

"La adición será por cada plaza kilómetro; se calculará sobre la base del tren kilómetro del canon de utilización y por todas las plazas que tiene el tren en cada trayecto, diferenciando por cada una de las líneas tipo A y por tipo de servicio".

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO: Señalado el día 14 de septiembre de 2022 para la deliberación, votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de fecha 5 de marzo de 2020, se adoptaron los siguientes pronunciamientos:

Primero.

Requerir a las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad para que elaboren, antes del 31 de mayo de 2020, una propuesta de mejora del modelo de contabilidad analítica que permita identificar todos los costes no elegibles de acuerdo con el Reglamento de Ejecución 2015/909 de la Comisión de 12 de junio de 2015.

Segundo.

Requerir a las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad para que adecúen su metodología de imputación de los costes directos a los servicios ferroviarios según lo dispuesto en el epígrafe V.2 y el punto 3) del epígrafe IX de esta Resolución.

Tercero.

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 son superiores 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 que realicen las modificaciones necesarias de acuerdo con lo establecido en el epígrafe V y los puntos 5) y 8) del epígrafe IX de esta Resolución.

Cuarto.

Declarar que la adición propuesta por las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad prevista en el artículo 97.5.2º.a) de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario resulta excesiva, por lo que se les requiere que realicen las modificaciones necesarias de acuerdo con lo establecido en el punto 10) del epígrafe IX de esta Resolución

- Quinto.

Requerir a las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad para que aporten un informe contable que detalle los criterios de reparto de los costes entre los diferentes servicios regulados y no regulados en las estaciones de viajeros antes del 31 de mayo de 2020.

SEGUNDO: La primera cuestión que debe abordarse es la relativa a la naturaleza de la resolución impugnada, a la vista de las alegaciones de la parte recurrente.

A este respecto debemos mostrar nuestra conformidad con lo alegado por la defensa jurídica de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

En efecto, ninguna duda cabe que nos encontramos inequívocamente ante una resolución en sentido estricto, ya sin ninguna duda después de la contundente sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2021 asunto C-144/20 LatRailNet a la que nos referiremos con detalle en el fundamento jurídico siguiente.

Ahora bien, no 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.

Llegados a este punto no nos cabe duda de que la interpretación del artículo 100 de la Ley 38/2015 debe realizarse a la luz de la STJUE citada y al hecho de que la Directiva 2012/34/UE del Parlamento y del Consejo de 31 de noviembre de 2012 (Recast), con la finalidad de garantizar la total autonomía del administrador ferroviario, no contempla la intervención del poder legislativo como culminación del procedimiento de aprobación de los cánones de este sector.

A esta circunstancia debe añadirse el hecho de que la Comisión Europea, justamente por esta intervención del legislador no prevista en la Directiva, ha iniciado contra España el procedimiento de infracción 2014/4163 que según la información facilitada por la CNMC se mantiene vivo y eventualmente podría derivar en un recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

No obstante esta paradoja vinculada a la contradicción entre el artículo 100 de la Ley del Sector Ferroviario y la posición que la Directiva Recast y la STJUE LatRailNet concede al administrador ferroviario, nada impide que la resolución impugnada pueda ser unirse a los documentos a que se refiere el artículo 100 de la Ley 38/2015 para ser incorporados al anteproyecto de ley general de presupuestos del Estado, a la espera de que se resuelva el procedimiento de infracción y una eventual intervención del Tribunal de Justicia, si iniciado éste, deriva en la interposición de un recurso de incumplimiento.

En todo caso, la CNMC, de forma acertada como examinaremos a continuación, citó de manera inequívoca en el fundamento jurídico primero del acto impugnado la normativa que, en su opinión, le permitía dictar en el fondo y en la forma, la resolución que es objeto de recurso.

Tal y como señala la defensa de la CNMC, el artículo 11 de la Ley 3/2013 de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia LCNMC constituye la base legal que determina el papel de la Comisión en materia de supervisión ferroviaria, circunstancia que como veremos es de la máxima relevancia a los efectos de la resolución del presente caso. 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.

En este contexto, los razonamientos de la resolución afirmando su competencia para actuar en la forma en lo que lo ha hecho son los que razonablemente pueden exigirse a una resolución. Su parte dispositiva tampoco deja lugar a dudas al respecto, sin que, contrariamente a lo que afirma la recurrente, pueda inferirse de la misma que la CNMC se está limitando a emitir un informe.

En plena coherencia con este planteamiento, la parte final de la resolución indica a sus destinatarias, que la misma puede ser impugnada por 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.

Particularmente relevante es, como veremos en el fundamento jurídico siguiente, que la actuación de la CNMC objeto de recurso produce efectos jurídicos por sí misma, por lo que en todo caso se trata de un acto recurrible.

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 (Directiva 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.

Así las cosas, la actuación de la CNMC objeto de recurso 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.

TERCERO: La cuestión central objeto de la presente controversia se vincula a la extensión de las competencias del regulador, en este caso la CNMC, en relación con la fijación de los cánones exigibles por la utilización de las líneas ferroviarias integrantes de la Red Ferroviaria de Interés General y por la utilización de las instalaciones de servicio e infraestructuras a los que se refieren los artículos 97 y 98 de la Ley 38/2015 de 29 de Septiembre del Sector Ferroviario.

Dichos cánones fueron propuestos por los administradores de las infraestructuras ferroviarias, en este caso Adif y Adif Alta Velocidad.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2021 asunto C-144/20 LatRailNet que fue aportada por la CNMC, cobra una especial relevancia a estos efectos, pues incide de manera directa en la cuestión planteada y permite descartar la primera petición subsidiaria de la CNMC en orden al planteamiento por este Tribunal de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo para delimitar los términos de la actuación de la CNMC pues estamos en presencia de un acto aclarado por el propio Tribunal de Justicia.

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 (Directiva Recast), viene a señalar lo siguiente:

1. 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).
2. No obstante, la sentencia recuerda en sus apartados 41 a 47 que debe garantizarse que el administrador de infraestructuras disfrute de independencia en su gestión y para garantizar dicha independencia 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.
3. En este sentido, subraya que el artículo 29, apartado 1, de la Directiva establece un reparto de competencias entre los Estados miembros y el administrador de infraestructuras por lo que respecta a los sistemas de tarificación. Así, incumbe a los Estados miembros establecer un marco de tarificación, mientras que la determinación del canon y su cobro corresponden al administrador de infraestructuras.
4. 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.

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.

A mayor abundamiento 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 interpretar 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.

La representación de la CNMC nos propone plantear una segunda cuestión prejudicial a los efectos de delimitar la compatibilidad del artículo 100 de la Ley 38/2015 con la Directiva Recast y más en concreto sobre la naturaleza de mero informe que dicha norma atribuye a la intervención de la CNMC.

Aunque ciertamente podría plantearse dicha cuestión no lo consideramos imprescindible a la vista de lo razonado por el Tribunal de Justicia en la sentencia LatRailNet, ya que esta nos proporciona elementos de juicio suficientes para resolver el tema planteado.

En efecto, una vez afirmada con rotundidad la naturaleza ejecutiva de la resolución del regulador por dicha sentencia, decae por su propia lógica la calificación de la misma como mero informe.

Este Tribunal, que actúa como órgano de instancia y por tanto no está vinculado por la obligación de elevar cuestiones prejudiciales, considera que existe jurisprudencia suficiente y reiterada para resolver con seguridad en el sentido que lo hacemos.

Además, actuando de esta manera y siendo conscientes de la existencia del procedimiento de infracción seguido por la Comisión, evitamos dilaciones en la resolución del presente procedimiento.

CUARTO: A la luz de lo expuesto, y haciendo un fiel seguimiento de la jurisprudencia del TJUE, debe descartarse de entrada el primer y principal argumento de las recurrentes en su demanda en el sentido de que la CNMC carece de cualquier tipo de competencia para controlar sus propuestas en materia de fijación de cánones, pues el Tribunal de Justicia es contundente cuando afirma que las tiene y que las puede ejercer incluso de oficio.

Ahora bien, del mismo modo subraya que en el ejercicio de dichas competencias, debe limitarse a efectuar un control de legalidad y de evitación de la discriminación, sin que pueda limitar o condicionar las propuestas basadas en criterios de oportunidad.

La CNMC justifica su intervención por la aplicación del artículo 11.2, b de la Ley 11.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC) que le faculta para supervisar y controlar las actividades de los administradores de infraestructuras ferroviarias en relación con el sistema, la cuantía o estructura de cánones, tarifas y precios por la utilización de infraestructuras y servicios, sin perjuicio de que la CNMC emita informe sobre la propuesta de cánones previsto en el artículo 100 de la Ley del Sector Ferroviario.

Por su parte, el artículo 11.3 de la Ley 3/2013 establece que, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia decidirá por iniciativa propia, cuando corresponda, las medidas adecuadas para corregir discriminaciones en perjuicio de los candidatos, distorsiones del mercado y otras situaciones indeseables en estos mercados.

La posibilidad de adoptar "medidas adecuadas" es una herramienta regulatoria, que en el caso del sector ferroviario procede de la Directiva Recast, pero que no resulta extraña a la regulación de los mercados, dado que tiene naturaleza similar a la otorgada por la normativa europea a los reguladores en otros ámbitos como es, por ejemplo, el de las tarifas aeroportuarias o la energía.

No obstante, las recurrentes aprovechan el escrito de conclusiones para matizar su primer argumento de la demanda y subrayan, al valorar la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2021 asunto C-144/20 LatRailNet, que la CNMC se ha excedido en sus funciones al determinar directamente cuáles son los cánones que tanto ADIF como ADIF AV deben recibir por la prestación de sus servicios.

Podemos compartir con la recurrente su crítica respecto de que la CNMC no se limita en su resolución a destacar la ilegalidad de la propuesta de las recurrentes e indicarles la solución ajustada a la legalidad, pues va más allá y fija directamente los cánones como fácilmente se aprecia leyendo la resolución.

No obstante, esta circunstancia no nos permite concluir que, actuando de esta forma, la CNMC se haya excedido en sus atribuciones y no haya respetado los márgenes de actuación concedidos por el Tribunal de Justicia.

En efecto, la CNMC ha señalado la ilegalidad cometida por las recurrentes, esencialmente por su interpretación difusa de los conceptos de costes no elegibles a los que se refiere el artículo 4 del Reglamento 2015/909 de la Comisión y frente a ello la recurrente no pone una argumentación con el suficiente grado de precisión que pudiera generarnos una duda sobre la formas de actuar de la CMNC, pues el argumento que emplea para justificar un eventual error y por lo tanto un exceso de la CNMC, es muy fácilmente rebatible.

Se dice en la demanda que la CNMC en su resolución afirmó que las recurrentes habían estimado correctamente los costes no elegibles actuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Reglamento señalado, por lo que a continuación no puede afirmarse que el cálculo efectuado por las recurrentes es erróneo.

La lectura de la resolución de la CNMC y su propio alegato al respecto despeja cualquier duda, pues lo que en realidad manifiesta la CNMC en su resolución es que las recurrentes han mejorado su metodología respecto de ejercicios anteriores, pero justamente en el tratamiento de costes no elegibles incurren en una falta de claridad que determina la intervención de la CNMC que censura su legalidad, por lo que no existe la contradicción denunciada.

La CNMC ciertamente ha fijado directamente los cánones, pero lo ha hecho siguiendo una metodología ajustada a la legalidad sobre la base de una auditoría externa, a la que legítimamente puede acudir y tratar como documento de trabajo interno, sin que la recurrente haya podido señalar en la demanda un error de interpretación de la normativa o una interpretación alternativa posible.

Lejos de ello, la recurrente en su escrito de conclusiones emplea como argumento principal que la deficiencia detectada por la CNMC es mínima por lo que en realidad no se habría producido una infracción de la legalidad vigente.

Frente a este argumento solo cabe decir que la irregularidad no se mide por la cuantía o su magnitud, pues con indiferencia de ello, el cálculo del canon es ilegal sea cual sea la diferencia de cuantía detectada.

Por todo ello entendemos que no existe tal exceso y en consecuencia este argumento debe ser desestimado.

QUINTO: La recurrente, en su demanda se refiere también a otro error cometido por la CNMC que, en su opinión, determinaría la anulabilidad de la resolución impugnada.

En concreto indica que no es posible atender el requerimiento de la CNMC relativo a que los nuevos operadores puedan decidir el número de plazas que ofertarán en cada tren comunicándolo a los gestores de infraestructuras, por oponerse al artículo 97.5.2 a, de la Ley 38/2015.

Dicha norma dispone lo siguiente:

"La cuota líquida será el resultado de aplicar sobre la cuota íntegra una adición para cada una de las modalidades A y B de acuerdo con los criterios siguientes:

a) Canon por adjudicación de capacidad (Modalidad A).

La adición a la cuota íntegra del canon de capacidad por el uso no eficiente de ésta, tiene por objetivo optimizar la utilización de la red ferroviaria, incentivando las mejoras en los procesos de programación de trenes por parte de los operadores.

La adición se aplicará, de acuerdo con las cuantías que se establezcan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, a la diferencia, en valor absoluto, entre el número de trenes kilómetro adjudicados y el número de trenes kilómetro que ha utilizado, por tipo de línea y tipo de servicio.

La adición se aplicará para los servicios de viajeros por cada tren kilómetro de diferencia en valor absoluto entre la capacidad adjudicada y la utilizada en un mes por tipo de línea y tipo de servicio, cuando dicha diferencia, sea superior al 2 por ciento de la capacidad adjudicada y en cuanto exceda a dicho porcentaje.

Para los servicios de mercancías, por cada tren kilómetro de diferencia, en valor absoluto, entre la capacidad adjudicada y la utilizada en un mes por tipo de línea, cuando la diferencia sea superior al 15 por ciento de la capacidad adjudicada y en cuanto exceda a dicho porcentaje.

En el caso de trenes en que el candidato solicitante de la capacidad no sea la empresa ferroviaria que utiliza ésta, en el caso de defecto de utilización de la capacidad adjudicada, la adición se liquidará al candidato solicitante y en caso de exceso de utilización de la línea respecto de la capacidad solicitada, la adición se liquidará a la empresa ferroviaria que ha utilizado la línea.

El administrador de infraestructuras ferroviarias deberá revisar cada tres años los porcentajes de diferencias mínimas entre capacidad adjudicada y utilizada, en base a su evolución y con el objeto de que continúen siendo un elemento incentivador del uso eficiente de la red ferroviaria. Los nuevos porcentajes se actualizarán mediante su publicación en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, junto con la actualización de las tarifas".

Por otra parte, el apartado b) de dicho precepto se refiere al canon por utilización de las líneas ferroviarias, que denomina modalidad B.

El artículo 97.5.2 a, de la Ley 38/2015 termina señalando que a cuantía de la adición se fijará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado atendiendo a los siguientes criterios:

Servicios de viajeros por líneas tipo A: La adición será por cada plaza kilómetro, se calculará sobre la base del tren kilómetro del canon de utilización y por todas las plazas que tiene el tren en cada trayecto, diferenciando por cada una de las líneas tipo A y por tipo de servicio.

Servicios de viajeros fuera de las líneas A: La adición será determinada por cada tren kilómetro calculado en el canon de utilización (modalidad B).

Para concluir, el dispositivo cuarto de la resolución impugnada dice:

"Declarar que la adición propuesta por las Entidades Públicas Empresariales Administrador de Infraestructuras y ADIF-Alta Velocidad prevista en el artículo 97.5.2º.a) de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario resulta excesiva, por lo que se les requiere que realicen las modificaciones necesarias de acuerdo con lo establecido en el punto 10) del epígrafe IX de esta Resolución".

En el referido punto 10 del epígrafe IX de la resolución impugnada se establece que "La propuesta de adición a la modalidad A del canon del artículo 97 de la Ley del Sector Ferroviaria comunicada por los gestores para 2020 se considera excesiva, ya que el importe propuesto incluye el importe de la modalidad A del canon, la cual ya se habría abonado por parte de los operadores en el momento de la adjudicación de la capacidad. Por tanto, ADIF y ADIF AV deberán aplicar los importes establecidos en la siguiente tabla", que se acompaña con las cifras concretas.

SEXTO: La recurrente, sin mayor argumentación se opone al requerimiento Cuarto de la resolución impugnada con apoyo en el párrafo final del artículo 97.5.2 º de la Ley 38/2015:



"La cuantía de la adición se fijará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado atendiendo a los siguientes criterios: Servicios de viajeros por líneas tipo A: La adición será por cada plaza kilómetro, se calculará sobre la base del tren kilómetro del canon de utilización y por todas las plazas que tiene el tren en cada trayecto, diferenciando por cada una de las líneas tipo A y por tipo de servicio".

En primer lugar, debe destacarse la falta de desarrollo argumental de la recurrente en este punto, pues se limita a citar un apartado aislado del artículo 97 de la Ley 38/2015 y, sin más, afirma que no puede cumplir la resolución de la CNMC por no ajustarse a dicho precepto.

En nuestra opinión no existe tal contradicción con la Ley, pues el examen en conjunto del artículo 95.5.2 de la Ley 38/2015, avala el planteamiento de la CNMC.

En efecto, tal y como se indica en la resolución impugnada, "el hecho imponible de la modalidad A es la petición y adjudicación de la capacidad, por lo que esta modalidad del canon será abonada por la empresa ferroviaria tanto si ésta se usa como si no", conclusión avalada por el artículo 97.5.2 a).

En consecuencia, la CNMC termina afirmando que "la adición prevista en el artículo 97.5.2º.a) debería basarse en los importes (...) correspondientes únicamente a las Modalidades B", debiendo por lo tanto excluirse los importes basados en la modalidad A que son lo que propone la recurrente.

Ello es así, porque de seguirse el criterio de la recurrente, la adición propuesta sería excesiva.

Este razonamiento no solo no se opone a lo dispuesto en párrafo invocado por Adif, sino que es plenamente complementario y coherente con el mismo, pues lo relevante es que en el cálculo de la adición debe tomarse en consideración tanto la capacidad como la utilización en función del tipo de línea (A y las restantes) y eso es justamente lo que se hace en la resolución impugnada evitando una duplicidad de pago.

SÉPTIMO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso limitándolas por todos los conceptos a 3000 euros, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente limitándolas por todos los conceptos a 3000 euros. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"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."