



Roj: **SAN 4400/2022 - ECLI:ES:AN:2022:4400**

Id Cendoj: **28079230082022100488**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **19/09/2022**

Nº de Recurso: **858/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000858 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06089/2020

Demandante: ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAR (ADIF)

Procurador: D^a. SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCÓN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA N^o:

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 el recurso contencioso administrativo nº **858/20**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora **D^a. Sharon Rodríguez de Castro Rincón**, en nombre y representación de la entidad **ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAR (ADIF)**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, de fecha 5 de marzo de 2020, sobre la propuesta de cánones de ADIF Y ADIF ALTA VELOCIDAD para 2020 y por la que se adoptan medidas para el próximo ejercicio de supervisión de acuerdo con el artículo 11 de la ley 3/2013, de 4 de junio.

La **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)** está representada por el Procurador **D. Ramón Rodríguez Nogueira**.



Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^ª. Ana Isabel Gómez García**, Magistrada de la Sección.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo, se interpuso por la representación procesal de ADIF, contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 5 de marzo de 2020, relativa a la propuesta de cánones de ADIF y ADIF ALTA VELOCIDAD para 2020 y por la que se adoptan medidas para el próximo ejercicio de supervisión, de acuerdo con el artículo 11 de la ley 3/2013, de 4 de junio.

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de Derecho y terminó por suplicar que se anule la resolución impugnada y proceda a dejar sin efecto la misma, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado a la representación de la CNMC para que la contestara, que expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dicte sentencia por la que desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo; con expresa imposición de costas al recurrente.

En primer Otrosí solicita el planteamiento de la oportuna cuestión prejudicial, al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al objeto de que se planteen las siguientes cuestiones (o semejantes que se consideren):

"¿Deben interpretarse los artículos 56 y 30.4 (in fine) 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, así como el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/909 de la Comisión, de 12 de junio de 2015, relativo a las modalidades de cálculo de los costes directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario, en el sentido de que se oponen a una disposición nacional que únicamente atribuya a la autoridad reguladora nacional la facultad de emitir un informe no vinculante respecto de la adecuación de una propuesta de modificación de cánones a los principios de los cánones establecidos en la referida Directiva y Reglamento?"

¿Deben interpretarse los artículos 56 y 30.4 (in fine) 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, así como el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/909 de la Comisión, de 12 de junio de 2015, relativo a las modalidades de cálculo de los costes directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario, en el sentido de que confieren al organismo regulador la facultad de adoptar por iniciativa propia una decisión por la que se comine a la empresa que desempeña las funciones esenciales del administrador de infraestructuras ferroviarias a introducir, en disposiciones relativas al cálculo de los cánones por la utilización de infraestructuras (sistema de cánones), determinadas modificaciones acerca de su adecuación a los costes directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario?"

CUARTO: Ha biendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se practicó la propuesta y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 18 de mayo de 2022, en que se acordó por providencia dejar sin efecto el señalamiento a fin de deliberar y fallar el recurso juntamente con el PO 856/20, dada la conexión existente entre ambos. Y se señaló como fecha para la deliberación y fallo el día 14 de septiembre del año en curso, en que se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se dirige el presente recurso contra la citada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 5 de marzo de 2020, dictada en el procedimiento relativo a la propuesta de cánones de ADIF y ADIF ALTA VELOCIDAD para 2020 y por la que se adoptan medidas para el próximo ejercicio de supervisión, de acuerdo al artículo 11 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

En dicha resolución se **RESUELVE:**

«**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.»

En los "Antecedentes" de la resolución se expone, en síntesis, que:

- La Resolución de 27 de septiembre de 2018 sobre la propuesta de cánones de ADIF y ADIF Alta Velocidad para el año 2019 y por la que se adoptan medidas para el próximo ejercicio de supervisión de acuerdo al artículo 11 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, estableció que las Entidades Públicas Empresariales ADIF y ADIF-Alta Velocidad debían aportar, antes del 31 de marzo de 2019, una metodología transparente de estimación del tráfico ferroviario.

En cumplimiento de este requerimiento, los gestores de infraestructuras aportaron dicha metodología mediante escrito que tuvo entrada en el registro de la CNMC con fecha 28 de marzo de 2019.

- La Resolución de cánones de 2019 también requería a ADIF y ADIF AV el desarrollo de una metodología de desagregación e imputación de los costes de personal en estaciones que debían presentar junto al resto de elementos esenciales de los cánones ferroviarios del siguiente ejercicio.

Con fecha 18 de junio de 2019, los gestores de infraestructura aportaron, a través del registro de la CNMC, la documentación relativa a los costes del servicio básico en estaciones de viajeros, si bien no aportaron la metodología solicitada.

- 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.

- 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 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.

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

- 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 ha emitido informe sin observaciones.

En los Fundamentos de Derecho se justifica la habilitación competencial de la Comisión en el artículo 11.2 de la LCNMC y artículo 100.1 de la Ley del Sector Ferroviario; se hacen consideraciones preliminares sobre los cánones ferroviarios y la necesaria orientación de algunos de ellos a los costes directos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31.3, 3er párrafo, de la Directiva 2012/34/UE del Parlamento y del Consejo de 21 de noviembre de 2012 por la que se establece un espacio ferroviario único europeo (en adelante, Directiva RECAST).

Se razona que en un contexto competitivo como el que cabe esperar del proceso de liberalización, ADIF y ADIF AV deberían hacer un uso del procedimiento de consultas más acorde con su función de instrumento de gestión, permitiendo que las empresas ferroviarias tengan un papel relevante en la fijación de los cánones y puedan realizar alegaciones en base a toda la información relevante; asimismo, sería recomendable que las dos reuniones que se mantengan con los operadores ferroviarios se realicen de forma previa a la aprobación



definitiva de las tarifas y antes del inicio del periodo de solicitud de capacidad. Que los cánones ferroviarios son esenciales para la financiación de los gestores de infraestructuras, dado que, como se observa en la tabla que se inserta, supusieron en 2018 el 54% de los ingresos de ADIF y el 57% de los de ADIF AV.

Que los costes directos del servicio ferroviario, los únicos que pueden ser recuperados a través del canon de acceso a las infraestructuras ferroviarias, de acuerdo con la normativa europea, son una aproximación indirecta al coste marginal a corto plazo del servicio, lo que implica que el cálculo del coste directo debe excluir todos aquellos costes que no varían con la prestación del servicio. Que, conforme con lo establecido en el artículo 3.1 del RE-2015/909, los costes no elegibles han de detrarse de los costes imputables a los cánones ferroviarios. ADIF y ADIF AV calculan costes diferenciados para las líneas tipo A (alta velocidad) y el resto (red convencional), como prevé el RE 2015/909 siempre que los costes imputables de las dos redes sean sustancialmente diferentes (artículo 4.1, segundo párrafo); 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, con la salvedad de algunos ajustes menores, y es correcto el tratamiento diferenciado por tipo de red en base a los mayores costes. En el proceso de auditoría de la contabilidad de costes llevado a cabo se han identificado las diferencias entre los importes comunicados por ADIF y ADIF AV y los importes auditados en relación con:

- el importe de los activos intangibles, - el importe del coste no elegible de equipos de alimentación eléctrica, - ajuste en la distribución de los costes entre tipos de línea.

Que una vez establecidos los costes directos totales es necesario asignarlos a los diferentes servicios ferroviarios previstos en el artículo 97.7 de la Ley del Sector Ferroviario. En el caso de las líneas A, se estaría asignando a estos servicios un menor coste del que realmente les corresponde y la diferencia entre el coste asignado por ADIF y ADIF AV al servicio VL1 y el coste que realmente genera estaría siendo asumida por el resto de los servicios. Los importes de la modalidad B del canon para todos los servicios ferroviarios varían sustancialmente, por ello, en las sucesivas propuestas de modificación de los cánones que se presenten a la CNMC, los gestores de infraestructuras deberán modificar el cálculo de los costes directos correspondientes a la modalidad B del artículo 97 de la Ley del Sector Ferroviario de cada servicio ferroviario considerando un tren tipo que pondere el desgaste de todos los modelos, incluyendo las composiciones dobles.

Mientras ADIF y ADIF AV asignan los costes en función del tráfico observado de cada servicio ferroviario, el importe unitario se basa en la previsión de tráfico para el ejercicio siguiente; fórmula de cálculo que tiene impacto sobre el canon que debe pagar cada servicio ferroviario ya que se obtendrán importes unitarios menores (mayores) cuando se prevean incrementos (disminuciones) del tráfico de un determinado servicio. Por ello, se insta a ADIF y a ADIF AV a calcular su asignación en función del tráfico previsto y no al tráfico observado en el ejercicio anterior. De manera que se considera que, de cara a las propuestas de cánones de ejercicios posteriores, los gestores de infraestructura deberán: i) estimar el desgaste de cada servicio ferroviario en función de un tren tipo que refleje los modelos que efectivamente se utilizan en la red ferroviaria, y; ii) asignar los costes a los servicios en función del tráfico previsto y no histórico, como hasta la fecha; los gestores deberán profundizar en el análisis de las diferentes partidas de coste e identificar aquellas que puedan clasificarse como coste no elegible de acuerdo con el artículo 4.1 del RE 2015/909. Se insta a ADIF y a ADIF AV a desarrollar un estudio técnico que estime los costes incrementales a largo plazo del tráfico de mercancías en las líneas diseñadas para el tráfico de viajeros.

En cuanto a la propuesta de cánones, se considera, en síntesis, que los gestores deben aportar información detallada y adelantar el Procedimiento de consultas, de modo que puedan mantenerse al menos dos reuniones de manera previa a la aprobación de las tarifas; ADIF y ADIF AV deberán descontar 1,14 millones de euros de su propuesta, de forma que los costes directos alcanzan un total de 872,09 millones de euros; ADIF y ADIF AV deberán remitir una propuesta de mejora del modelo de contabilidad analítica que permita identificar todos los costes no elegibles de acuerdo con el RE 2015/909 antes del 31 de mayo de 2020; los criterios de reparto de los costes a los diferentes servicios ferroviarios previstos en el artículo 97.7 se consideran adecuados, si bien ADIF y ADIF AV deberán, en las sucesivas propuestas de cánones, estimar el desgaste de cada servicio ferroviario en función de un tren tipo que refleje los modelos que efectivamente se utilizan en la red ferroviaria, y asignar los costes a los servicios en función del tráfico previsto y no histórico; para el transporte de mercancías ADIF y ADIF AV deberán desarrollar y aportar, junto con el resto de información soporte del modelo en la próxima propuesta de modificación, un estudio técnico que estime los costes incrementales de este tráfico para establecer los cánones ferroviarios en aquellos casos en que, como consecuencia de la evolución de las infraestructuras, la red convencional deje de estar operativa, obligando a las empresas ferroviarias de mercancías a utilizar la red de alta velocidad.

SEGUNDO: En el escrito de demanda de este recurso impugna la entidad actora la anterior resolución, invocando los siguientes motivos:



1.- Falta de competencia de la CNMC para fijar los cánones de ADIF Y ADIF ALTA VELOCIDAD para el año 2020. Carácter no vinculante de la Resolución-Informe de 5 de marzo de 2020.

Se alega al respecto que no estamos ante una resolución sino ante un informe preceptivo pero no vinculante; correspondiendo a los administradores generales de infraestructuras ferroviarias la determinación, revisión y cobro de los cánones por utilización de las infraestructuras ferroviarias (art. 23 Ley 38/2015). Mientras que el artículo 100 de la misma Ley atribuye a la CNMC la emisión de un informe sobre la propuesta realizadas por los administradores de infraestructuras ferroviarias y su remisión al Ministerio de Fomento para su inclusión en el anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, por lo que la efectividad de la citada propuesta sobre actualización de las tarifas de cánones 2020 está vinculada a la aprobación de unos nuevos Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2020. Y el artículo 11 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC, establece la supervisión de los cánones por la utilización de la infraestructura y los servicios ferroviarios, pero en ningún momento se establece que deba autorizar o aprobar aquellos cánones o que su función sea la determinar el importe de estos. Que, conforme establece el artículo 80 de la Ley 39/2015, salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.

Se añade que la actuación de la CNMC al imponer cánones ferroviarios a los administradores de infraestructuras ferroviarias se opone al criterio de la propia Comisión, adoptado por su Pleno, que considera que el informe emitido de acuerdo con el artículo 100 de la LSF no tiene carácter vinculante; y en el mismo sentido se pronunció la Abogacía del Estado en su informe de 28 de diciembre de 2016. Y que nos encontramos ante una nulidad de las establecidas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, al haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido en este caso, al haber dictado una Resolución, cuando lo que debería haber hecho la CNMC es emitir un Informe; y que se pretende establecer como vinculante un informe, que en realidad no lo es.

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

Reiterando sus anteriores argumentos, razona la recurrente que, en la mal llamada resolución de 5 de marzo de 2020, la Comisión impone a ADIF y a ADIF AV la modificación de los cánones propuesto y su sustitución por los determinados en aquel Informe, invadiendo las competencias establecidas por la Ley del Sector Ferroviario a los Administradores de Infraestructuras Ferroviarias.

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

Que el procedimiento de aprobación de los cánones no termina hasta que se produce la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, y que es el Ministerio de Fomento quien eleva la propuesta de cánones para su inclusión en los citados presupuestos, en base a las propuestas de los administradores de infraestructuras y los informes que acompañan aquella determinación

3.- Otras consideraciones sobre el Informe-resolución de 5 de marzo de 2020.

A las anteriores consideraciones se añade que la CNMC señala que ADIF y ADIF AV han estimado los costes no elegibles de conformidad con el artículo 4.1 del RE-2015/909, por lo que no existe ningún defecto en la propuesta de cánones presentados por ADIF y ADIF AV. Por ello no se entiende que por parte de la CNMC se proceda a determinar el importe de los cánones que deben aplicar ambos administradores de infraestructuras para el año 2020. El ajuste que se impone por la CNMC, derivado de diferencias menores puestas de manifiesto en el proceso de 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; se trata de una diferencia mínima de contabilidad y no de vulneración de la legislación vigente, ni de discriminación ni ningún otro tipo de defecto, que pudieran determinar la incorrección de los cánones propuestos. La CNMC ha optado por imponer su propio importe para los cánones, sin haber dado posibilidad a las Entidades de pronunciarse sobre los mismos o de conocer el informe de Ernst & Young, S.L., en el que se basa la CNMC para fijar aquellos cánones, lo que supone una nueva irregularidad que debería determinar la anulación de la Resolución-Informe de 5 de marzo de 2020.

TERCERO: La representación de la CNMC, en su escrito de contestación a la demanda, comienza por solicitar el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, dada la controversia sobre el alcance de las funciones y competencias de supervisión y control de la CNMC en la concreta materia de supervisión de cánones ferroviarios. Indicando que tanto la Directiva 2012/34/UE (RECAST) como el Reglamento de Ejecución 2015/909, de 12 de julio, permiten intervenir al organismo regulador cuando, como en el caso que nos ocupa, detecte que el cálculo de los cánones no cumple con los estándares previstos en el citado Reglamento.

Que la habilitación competencial en que se fundamentaba la aprobación de la Resolución de 5 de marzo de 2020 era, principalmente, el artículo 11.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), cuya actual redacción es el resultado de la transposición de la Directiva 2012/34/UE, operada por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre; que dicha habilitación competencial se completa con la previsión de que la CNMC emita informe sobre la propuesta de cánones previsto en el artículo 100 de la Ley 38/2015, así como con el Reglamento de Ejecución 2015/909, de 12 de junio de 2015 relativo a las modalidades de cálculo de los costes directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario; que 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.

Se califica de erróneo el planteamiento de ADIF en cuanto a la naturaleza de la resolución de 5 de marzo de 2020 y la competencia de la CNMC, al centrar su argumentación en el artículo 100 de la Ley 38/2015, obviando no sólo el resto de la habilitación competencial argüida por el regulador, sino también las resoluciones dictadas en años anteriores con el mismo objeto. Que la aprobación del Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, fue producto de la apertura de varios procedimientos por parte de la Comisión Europea contra España por el retraso en la incorporación al ordenamiento jurídico español de diversas directivas, entre ellas, la Directiva RECAST, modificada por la Directiva 2016/2370/UE.

Que el artículo 11 LCNMC, en su redacción actual, establece las labores de supervisión y control por parte de la CNMC en cuanto al sistema, cuantía o estructura de cánones, tarifas y precios por la utilización de infraestructuras y servicios, competencia que no puede agotarse con una simple opinión no vinculante. Y el artículo 11.2.d) de la LCNMC faculta a la CNMC para «intervenir» en caso de que prevea que la fijación de cánones y tarifas puede «contravenir las disposiciones vigentes»; además de tener (art. 12.1 LCNMC) la competencia para resolver, con carácter vinculante, los conflictos que surjan entre los agentes, que pueden versar sobre *"3.º La cuantía, la estructura o la aplicación de los cánones, tarifas y precios que se les exijan o puedan exigírseles"*.

Que el Reglamento de Ejecución 2015/909, que versa precisamente sobre las modalidades de cálculo de los costes directamente imputables a la explotación del servicio ferroviario, es de directa aplicación, y además de establecer los costes elegibles y no elegibles de la red ferroviaria, obliga, en su Disposición Transitoria, al administrador de infraestructuras a transmitir al organismo regulador su método de cálculo de los costes directos. Por otra parte, la Directiva RECAST, atribuye a los organismos reguladores expresamente facultades para revisar los cánones (art. 56 en relación con el artículo 30.4, en su inciso final).

Se citan sentencias de esta Sala en las que se reconoce la competencia de la CNMC y se razona sobre la naturaleza del informe previsto en el artículo 100 de la LSF, contrastando dicho precepto con el artículo 56.6 de la Directiva RECAST, que establece que el papel del regulador es el de un verdadero garante de la legalidad, con capacidad de analizar minuciosamente la propuesta de los administradores de infraestructuras y determinar, en calidad de organismo experto, si la misma es conforme o no con la legalidad.

Que la CNMC ha indicado en diferentes ocasiones que, si bien el modelo de costes permite calcular los costes imputables a la prestación del paquete mínimo de acceso, la estimación de algunos costes no elegibles no se ajusta a los requisitos establecidos en el Reglamento de Ejecución 2015/909, que sean variables con el tráfico ferroviario. Y encargó a Ernst & Young S.L. la auditoría de los datos de costes correspondientes al ejercicio 2018 de ADIF y el proceso de verificación de los costes identificó diferencias en la distribución de los costes en función del tipo de línea respecto de la información aportada por los gestores de infraestructuras: i) un mayor coste de 99 mil euros en las líneas A (74 mil euros en la modalidad A y 25 mil euros en la modalidad C) que debería atribuirse a las líneas no A; y, ii) un mayor coste de 65 mil euros en líneas A en relación con los costes recuperables mediante los cánones del artículo 98 de la Ley del Sector Ferroviario. El importe conjunto de estos ajustes es de 1,14 millones de euros menos de los calculados por ADIF y ADIF Alta Velocidad. Sin perjuicio de su importe, la CNMC no puede obviar los resultados de la auditoría y el hecho que los costes directos que se pretende imputar a los cánones no se corresponden con los costes directos, por lo que resultaba necesario el ajuste incluido en la Resolución recurrida, al objeto de asegurar el cumplimiento de lo establecido por el marco regulador.

Tras la liberalización de los servicios de transporte nacional de viajeros el 14 de diciembre de 2020, por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas, la Resolución de 5 de marzo de 2020 incluye determinados aspectos que resultan relevantes, a juicio de la CNMC, para generar certidumbre sobre los entrantes potenciales a este proceso en relación con los cánones ferroviarios. Para facilitar la consolidación de las empresas ferroviarias entrantes se señalan posibles actuaciones en relación con el diseño de la bonificación prevista en el artículo 97.6. 1º de la Ley del Sector Ferroviario y del recargo. Aspectos que

superan las competencias de ADIF como gestor de infraestructuras; en cualquier caso, este aspecto concreto no pasa de ser una mera recomendación, sin carácter vinculante.

Por último, se justifica la solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

CUARTO: Para dar respuesta a las cuestiones controvertidas planteadas, 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 vigentes".

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 precepto 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.

SEXTO: 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 ya citado artículo 31 de la Directiva 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."*

La resolución recurrida, además de las normas mencionadas, toma en consideración el RE 2015/909, en relación con el sistema de cálculo de los costes unitarios directos medios, a fin de analizar el sometimiento del sistema de cálculo aplicado por ADIF a la normativa de aplicación, partiendo de la consideración de que los cánones ferroviarios son los asociados a la provisión del "paquete de acceso mínimo", recogido en el Anexo I de la Directiva RECAST y traspuesto a nuestro ordenamiento en el artículo 20 de la Ley del Sector Ferroviario como "servicios básicos mínimos para el acceso a la infraestructura". Y considera que el modelo de contabilidad analítica y de cálculo de los cánones de ADIF y ADIF AV debe tomar en consideración aspectos como la asignación de capacidad, la gestión del tráfico y la seguridad en la circulación, como la utilización de las líneas ferroviarias y de las instalaciones de transformación y distribución de la energía eléctrica de tracción; así como implementar mejoras en la metodología que permitan una mejor definición del coste directamente imputable.

Se aprecia la inclusión por ADIF de costes no elegibles en el cálculo de los costes directos imputables a los cánones ferroviarios. Atendido el resultado de la auditoría realizada, se expone que existen algunas diferencias entre los importes comunicados por ADIF y los auditados, en relación con activos intangibles, (artículo 4.1.g) del RE 2015/909), equipos de alimentación eléctrica (artículo 4.1.k), distribución de los costes entre tipos de línea. Se afirma que para garantizar que las reducciones en las partidas de coste no se contabilicen como un menor coste directo, lo que hipotéticamente acabaría dando lugar a que mejoras de eficiencia resultasen en mayores cánones ferroviarios, en próximos ejercicios, ADIF y ADIF AV deberán justificar las reducciones de los costes no elegibles aportando tanto los motivos por los que se han producido dichas reducciones

como los criterios de imputación de estas partidas de coste, tanto a las divisiones elegibles como al resto. Asimismo, se considera necesario implementar el esquema de incentivos a reducir los cánones ferroviarios, dada la evolución en el incremento anual de los costes subyacentes de los cánones.

En relación con la propuesta de adición al canon por utilización de las líneas ferroviarias, se considera que en la propuesta examinada los gestores de infraestructuras han calculado la variación del coste total por cánones de un tren 365 plazas que presta servicios VL1 (los servicios de alta velocidad mayoritarios); el efecto conjunto de la propuesta de cánones y adición supondría una reducción del coste por tren respecto de los importes vigente del 0,84% en la línea Madrid- Barcelona-Frontera francesa y del 8,76% en las líneas Madrid-Sevilla/Málaga, y en el resto de las líneas, donde no se establecía un recargo previamente, la nueva propuesta incrementaría los costes por tren en un 3,3%. Que, de acuerdo con las cuentas anuales publicadas por RENFE Viajeros, sus resultados han mejorado desde 2015, fecha en que se analizaron los recargos vigentes, presentando beneficios en 2018 de 122,2 millones de euros frente a las pérdidas de 8,5 millones de 2015; el porcentaje que representan los cánones sobre el total de sus costes se ha reducido en 10 puntos porcentuales, hasta el 36,5% en 2018. Que la demanda de los servicios ferroviarios de alta velocidad se ha incrementado sensiblemente desde la aprobación del actual esquema de cánones ferroviarios y adición; considerando la Comisión que el impacto agregado de la propuesta de ADIF y ADIF AV (cánones y adición) reduce los costes por este concepto en los principales corredores de alta velocidad (Noreste y Sur), si bien resulta en un mayor coste para los trenes de mayor tamaño. Se concluye que la modificación de los recargos propuesta para las líneas A, considerada de forma conjunta con la modificación de los cánones ferroviarios, puede ser aceptada por el mercado. Si bien, teniendo en cuenta que los servicios nacionales de transporte de viajeros se liberalizan a partir del 14 de diciembre de 2020, se entiende que ADIF y ADIF AV han de desarrollar una metodología para determinar si el mercado puede aceptar los recargos que eventualmente pueda proponer o modificar, valorando para ello determinados elementos: identificando los segmentos en el mercado y justificando los criterios por los que consideran que son independientes -Disposición adicional 19ª LSF-; considerando, además de la rentabilidad de cada segmento, el grado de cobertura de los costes directos, la cuota modal del ferrocarril en el corredor, la evolución reciente del tráfico en la línea, las ratios de ocupación y aprovechamiento de los trenes, la elasticidad-precio de la demanda y el porcentaje que suponen los cánones sobre la facturación del operador, así como cualquier otro indicador que ADIF y ADIF AV pudieran considerar relevante para su análisis; considerando las elasticidades-precio de la demanda, tanto de surcos, como del consumidor final, y estableciendo los importes del recargo de forma proporcional a éstas, garantizando los principios de capacidad del mercado y competencia óptima entre segmentos.

Para las líneas convencionales se considera que la propuesta de cánones comunicada por ADIF debe modificarse en la forma que se indica en la resolución.

Por último, la propuesta de cánones por utilización de instalaciones ferroviarias incluidos en el artículo 98 de la Ley del Sector Ferroviario se considera adecuada; si bien, la evolución de los costes de los servicios regulados, así como los cambios derivados del traspaso del canal de ventas a RENFE requieren que ADIF y ADIF AV aporten, antes del 31 de mayo de 2020, un informe contable que detalle los criterios de reparto de los costes entre los diferentes servicios describiendo los cambios que se han producido en los últimos ejercicios.

Resulta de todo ello que la CNMC, además de justificar las irregularidades apreciadas en la propuesta de ADIF, establece la forma en que se han de determinar los cánones y fija los mismos. Ello no es el resultado de una actuación arbitraria e injustificada de la Comisión, sino que responde a la lógica de contrastar los importes de la propuesta, empleando una metodología en la que se aprecian errores o criterios inadecuados, con los resultados de la aplicación de la metodología que el regulador considera la correcta.

En ningún caso se aprecia motivo alguno de nulidad, conforme al artículo 47 de la Ley 39/2015. Debiendo rechazar expresamente la alegación de que la utilización por la Comisión de un informe de auditoría encargado por ella, sin dar traslado del mismo a los administradores de infraestructuras ferroviarias, constituya un vicio procedimental determinante de indefensión. Pues el regulador, para el mejor ejercicio de sus competencias, puede encargar y valerse de cuantos informes internos o externos estime oportuno.

En todo caso, la recurrente no alega ni justifica que la CNMC haya incurrido en error alguno al realizar los cálculos conforme a los criterios que se exponen razonadamente. Por el contrario, reconoce expresamente ADIF que en su resultado de los importes de los costes que deben recuperarse a través de los cánones ferroviarios existen algunas diferencias, lo que supone 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 €); si bien ello no constituye 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 se trata de una diferencia mínima de contabilidad.



El impreciso desarrollo argumental de la parte recurrente sobre la discordancia que aprecia en la resolución impugnada respecto de lo establecido en el artículo 97.5.2º de la Ley 38/2015, no permite acoger el criterio postulado por dicha parte.

Dispone el precepto que *"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".

No apreciamos 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.

Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.

SÉPTIMO: En atención a lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, procede la condena en costas a la parte recurrente.

La Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el apartado 4 de dicho artículo, fija en 3.000 euros la cuantía máxima de las costas procesales, por todos los conceptos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora **D^a. Sharon Rodríguez de Castro Rincón**, en nombre y representación de la entidad **ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF)**, contra la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 5 de marzo de 2020, que confirmamos.

Con condena en costas a la parte recurrente, hasta el límite de 3000 € 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.