



Roj: **STS 3762/2025 - ECLI:ES:TS:2025:3762**

Id Cendoj: **28079130032025100145**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **29/07/2025**

Nº de Recurso: **6056/2022**

Nº de Resolución: **1103/2025**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE LUIS GIL IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5862/2021,**
ATS 17221/2022,
STS 3762/2025

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.103/2025

Fecha de sentencia: 29/07/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **6056/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/07/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Gil Ibáñez

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **6056/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Gil Ibáñez

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 003

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1103/2025

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José Luis Gil Ibáñez

D. Juan Pedro Quintana Carretero

D.^a Pilar Cancer Minchot

En Madrid, a 29 de julio de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número **6056/2022** interpuesto por la procuradora de los tribunales D^a. Laura Albarrán Gil, en representación de Renfe Operadora (RENFE OPERADORA) y de Renfe Mercancías Sociedad Mercantil Estatal S.A. (RENFE MERCANCÍAS), con la asistencia letrada de D. Helmut Erich Broklemann y de D.^a Mariarosaria Ganino, contra la sentencia de 21 de octubre de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo número 302/2017, sobre sanciones impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en el que han intervenido como partes recurridas la Abogacía del Estado, en la representación y asistencia que legalmente le corresponde, y el procurador de los tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (AEFP), con la asistencia letrada de D. Crisanto Pérez-Abad Martín.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Gil Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En virtud de la denuncia formulada por AEFP contra RENFE OPERADORA y otras entidades, la CNMC, previa la realización de una información reservada, instruyó un expediente que terminó por resolución de 28 de febrero de 2017 que impuso a RENFE OPERADORA y a RENFE MERCANCÍAS dos sanciones: (i) una sanción de multa por importe de 49.962.000€ por la comisión de una infracción única y continuada de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); y (ii) otra sanción de multa por importe de 15.129.100€ por la comisión de una infracción única y continuada de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, disponiendo que de cada una de las sanciones responden solidariamente las ambas entidades.

La primera infracción consiste en haber realizado acuerdos y prácticas concertadas entre empresas competidoras en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, restrictivos de la competencia por su efecto, sancionándose, igualmente, a otras empresas -TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, HISPANAUTO, SEMAT, DBI, DB ML y DB SR DEUTSCHLAND-; la segunda infracción, por las que se sanciona únicamente a las dos entidades aquí recurrentes, se debe a la realización de conductas que han implicado un abuso de posición dominante en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España durante el periodo 2008-2014.

Notificada la resolución sancionadora, por la representación procesal de RENFE OPERADORA y de RENFE MERCANCÍAS se interpuso recurso contencioso-administrativo, seguido con el número 302/2017 en la Sección Sexta de la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, que terminó por sentencia de 21 de octubre de 2021, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS: Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL, S.A., contra la resolución de 28 de febrero de 2017, S/ DC/0511/14 RENFE OPERADORA, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, con expresa condena en costas a las demandantes."

SEGUNDO.-Notificada la sentencia, por RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS se solicitó el complemento de la sentencia, en relación con la sanción impuesta por infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, lo que se denegó por auto de 31 de mayo de 2022.

Por la representación procesal de RENFE OPERADORA y de RENFE MERCANCÍAS se presentó entonces escrito de preparación de recurso de casación, que así se tuvo por preparado por la Sala de instancia, por auto de 21 de julio de 2022, y que fue admitido por auto de la Sección Primera de esta Sala de 1 de diciembre de 2022, en el que se acordó:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º 6056/2022 preparado por RENFE MERCANCÍAS SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL SA y RENFE OPERADORA contra la sentencia de 21 de octubre de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo n.º 302/2017 .

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en perfilar, precisar o concretar nuestra jurisprudencia a fin de (i) aclarar la extensión

y los límites del control jurisdiccional de las resoluciones de la CNMC que implican apreciaciones económicas complejas en relación, particularmente, con el análisis requerido por la jurisprudencia del TJUE para acreditar una restricción por efecto en el sentido de los arts. 1 LDC y 101 TFUE, esclareciendo los criterios que deben tenerse en cuenta para establecer una infracción de este tipo; y, (ii) la necesidad de llevar a cabo un análisis que establezca que la empresa investigada disfruta de independencia global de comportamiento en el mercado de referencia para poder afirmar la existencia de una posición de dominio. Sin perjuicio de [que] la Sección de Enjuiciamiento extienda la interpretación a otras cuestiones o normas que considere de aplicación.

Todo ello sin perjuicio de [que] la Sección de Enjuiciamiento extienda la interpretación a otras cuestiones o normas que considere de aplicación.

[...]"

TERCERO.-Por diligencia de ordenación de 2 de diciembre de 2022 se concedió a la parte recurrente el plazo de 30 días para presentar el escrito de interposición del recurso de casación, lo que así hizo, mediante escrito presentado el 30 de enero de 2023, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que entendió procedentes, terminó suplicando:

"1º) Que con estimación del presente recurso de casación se anule la Sentencia recurrida, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

2º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la Sentencia recurrida, el Tribunal Supremo se sitúe en la posición procesal propia de la Sala de instancia, y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia.

3º) Que en consecuencia estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte contra la Resolución de la CNMC de 28.2.2017 en el expte. S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA en los términos solicitados en el escrito de demanda."

CUARTO.-Mediante providencia de 2 de marzo de 2023 se tuvo por interpuesto el recurso de casación formulado por la recurrente y se dio traslado a las partes recurridas para que pudiesen oponerse al mismo.

El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, se opuso al recurso mediante escrito presentado el 19 de abril de 2023, en el que, tras exponer los argumentos que consideró procedentes, terminó solicitando que se dictara sentencia desestimando el recurso de casación y confirmando la sentencia recurrida.

La representación procesal de AEFPP presentó, con fecha 15 de marzo de 2023, escrito de oposición al recurso de casación, en el que, tras alegar lo que estimó oportuno, terminó suplicando:

"Se admita el presente escrito de oposición y se dicte Sentencia por la que se desestime el recurso de casación en su totalidad, confirmando la sentencia recurrida, con imposición de costas del recurso a la parte recurrente RENFE.

A título subsidiario, para el caso de que se estimara total o parcialmente el recurso, que se devuelvan los autos al tribunal de instancia para que se subsane cualquier omisión reponiéndose las actuaciones al estado y momento oportuno para que se analice la cuestión en una nueva sentencia."

QUINTO.-Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 8 de julio de 2025, fecha en la que tal diligencia ha tenido lugar, continuando la deliberación el siguiente día 15 de julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación

1. La sentencia impugnada

El recurso de casación se ha interpuesto contra la sentencia de 21 de octubre de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 302/2017, que desestimó la impugnación jurisdiccional de la resolución de 28 de febrero de 2017, dictada por la CNMC, por la que se impusieron a RENFE OPERADORA y a RENFE MERCANCÍAS dos sanciones de multa, una, por importe de 49.962.000€, por la comisión de una infracción única y continuada de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC, y otra, por importe de 15.129.000€, por la comisión de una infracción única y continuada de los artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC, disponiendo que de cada una de las sanciones responden solidariamente ambas entidades

En concreto, la primera infracción, la de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC, consiste en que las recurrentes habrían realizado acuerdos y prácticas concertadas entre empresas competidoras en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, restrictivos de la competencia por su efecto; la segunda infracción, la de los artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC, estriba en la realización de conductas que han implicado un abuso de su posición dominante en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España durante el periodo 2008-2014.

Las demandantes pretendieron la nulidad de la resolución impugnada invocando varios motivos de impugnación que la sentencia recurrida resume en las siguientes infracciones: (i) de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, al declarar la resolución sancionadora que los acuerdos controvertidos celebrados con otras empresas -a las que también se sancionó- restringen la competencia por sus efectos, omitiendo por completo el análisis exigido por la jurisprudencia para acreditar la existencia de una restricción de la competencia por efecto; (ii) de los artículos 2 de la LCD y 102 del TFUE, al declarar que RENFE tiene posición de dominio en el mercado de tracción sin acreditar la necesaria independencia de comportamiento; (iii) del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución, pues se declara la existencia de una conducta discriminatoria abusiva sin pruebas de cargo e ignorando las pruebas de descargo; (iv) de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al imponer dos sanciones al mismo sujeto por los mismos hechos; (v) de los artículos 64 de la LDC y 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) al imponer multas desproporcionadas; y (vi) del artículo 138 de la LRJPAC, al carecer la resolución sancionadora de la necesaria motivación en lo que se refiere a la determinación del importe de las multas.

La Sala de instancia aborda en el fundamento jurídico sexto las primeras alegaciones desplegadas en la demanda, apoyándose en lo ya dicho en su anterior sentencia de 8 de septiembre - por error dice de 31 de julio- de 2021, recaída en el recurso ordinario número 302/2017, en la que resolvió la impugnación en vía judicial del mismo acuerdo sancionador llevada a cabo por otras empresas también multadas, partiendo de *"una precisión que hace la propia resolución y que entendemos determinante para enjuiciar las conductas sancionadas, cual es el necesario análisis conjunto de los hechos imputados pues, dice, «estos acuerdos y prácticas concertadas conforman un conjunto unitario, con independencia de la fecha de firma y vigencia formal de los acuerdos, puesto que, dado el contexto jurídico y económico en el que se suscribieron, conjuntamente formaban parte de la estrategia de reparto de mercado y mantenimiento del statu quo»"*.

Reproduciendo la sentencia precedente, señala que es del todo plausible que, como sostiene la CNMC, *"la firma casi simultánea de los dos primeros acuerdos entre RENFE y el Grupo Deutsche Bahn, así como el paralelismo en el texto y en los objetivos de ambos, obedeciera al hecho de haber sido concebidos conjuntamente, de modo conexo e integrando una serie de contrapartidas entre ambos grupos"*. Esta simultaneidad y vinculación se ve reforzada, además, por la firma de contratos de arrendamiento, que también evidencian dicha coordinación. A la luz de estos elementos, la sentencia concluye que los acuerdos en cuestión respondían a una estrategia unitaria de reparto del mercado y de mantenimiento de la situación existente, estrategia que habría buscado preservarse tras la entrada en el mercado de un operador del tamaño del Grupo Deutsche Bahn, con el fin de alinear sus intereses con RENFE y reducir la presión competitiva. A esta finalidad, habría contribuido, asimismo, la existencia de participaciones cruzadas en las empresas.

Asimismo, la Sala de instancia destaca que la resolución sancionadora incluye un análisis motivado de los efectos que las conductas imputadas han producido en los mercados afectados, este análisis se presenta como coherente con la descripción fáctica de las conductas acreditadas y con su repercusión en los mercados correspondientes.

En relación con la alegación sobre la imposición de dos sanciones al mismo sujeto por los mismos hechos, la sentencia recurrida se remite a lo resuelto en la precedente sentencia de 23 de julio de 2021, dictada en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales número 1/2017, seguido también a instancia de RENFE OPERADORA y de RENFE MERCANCÍAS, cuyos razonamientos transcribe, en la que sobre esta concreta cuestión concluyó que no existe vulneración del principio *non bis in ídem*, por cuanto las conductas atribuidas a dichas entidades no son idénticas, sino que se configuran como dos infracciones distintas residenciadas, una, en el artículo 1, y la otra, en el artículo 2, ambos de la de la LDC.

Por último, igualmente con cita de sentencias precedentes, descarta que exista falta de motivación en la resolución sancionadora o que se hayan vulnerado los artículos 63 y 64 de la LDC al cuantificar la sanción, negando, asimismo, que se hayan infringido los principios de graduación y proporcionalidad invocados por la parte demandante, analizando detalladamente las circunstancias valoradas para individualizar las multas.

2. El auto de admisión del recurso de casación

El auto de admisión, ante los términos en los que la controversia quedó planteada en la instancia, advierte de la existencia de diversos pronunciamientos de este Alto Tribunal en relación con la capacidad de los órganos judiciales para conocer y pronunciarse sobre todos los elementos presentes en las decisiones económicas complejas y su pertinencia para fundar las decisiones adoptadas, precisándose, con cita de la sentencia de 20 de diciembre de 2018 (casación 6552/2017), que *"el control que corresponde ejercer a este Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación, consiste en determinar si el tribunal de instancia, al ejercer ese control, cumplió con los criterios fijados en la jurisprudencia de los tribunales de justicia de la Unión o si, por el contrario, incurrió en excesos, o si las razones jurídicas utilizadas no son conformes a derecho"*, si bien la cuestión que se suscita *"no se refiere a la mera discrepancia con la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia de considerar probados los elementos incriminatorios que se relacionan en la resolución impugnada"*.

En el sentido indicado, se advierte que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en *"perfilar, precisar o concretar nuestra jurisprudencia a fin de (i) aclarar la extensión y los límites del control jurisdiccional de las resoluciones de la CNMC que implican apreciaciones económicas complejas en relación, particularmente, con el análisis requerido por la jurisprudencia del TJUE para acreditar una restricción por efecto en el sentido de los arts. 1 LDC y 101 TFUE, esclareciendo los criterios que deben tenerse en cuenta para establecer una infracción de este tipo; y, (ii) la necesidad de llevar a cabo un análisis que establezca que la empresa investigada disfruta de independencia global de comportamiento en el mercado de referencia para poder afirmar la existencia de una posición de dominio"*, dejando abierta la puerta para que, ahora, se extienda la interpretación a otras cuestiones o normas que consideremos de aplicación.

3. Posiciones de las partes

A. El escrito de interposición

El escrito de interposición, tras referirse al objeto del litigio y a la sentencia impugnada, enuncia y desarrolla varias infracciones normativas y jurisprudenciales en las que dicha sentencia habría incurrido, diferenciando las dos infracciones por las que se han impuesto las sanciones.

a) Infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Este motivo de impugnación tiene dos vertientes:

- Por un lado, se funda en la infracción de los preceptos citados al concluir la sentencia recurrida que los acuerdos suscritos en 2008 restringen la competencia por sus efectos, sin aplicar los criterios exigidos al respecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que requiere un análisis de la situación real en la que se habría encontrado la competencia en ausencia del acuerdo *-counterfactual-*, que debe ser realista, y del impacto del acuerdo sobre la situación de la competencia, tratando aquellos acuerdos como si constituyeran una restricción por objeto. Además, la sentencia se limita a reproducir los pasajes de la resolución de la CNMC en los que se *"describen"* supuestos efectos restrictivos, sin desarrollar un análisis propio ni comprobar si tales efectos han sido debidamente acreditados.

- Por otro lado, en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24 de la Constitución Española), en conexión con el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al no haberse ejercido un control jurisdiccional pleno sobre la calificación de los acuerdos de 2008 como restricción por efecto, citando diversas sentencias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los que resultaría la obligación de la Sala de instancia de ejercer un control en profundidad, tanto de hecho como de derecho, sobre las resoluciones de la CNMC, control que ha de ser especialmente riguroso cuando se trate de apreciaciones técnicas o económicas complejas y que no se habría producido en el caso, pues se eludió el control sustantivo, vulnerándose así el derecho a un proceso con todas las garantías, conforme a los estándares constitucionales, europeos y jurisprudenciales.

b) Infracción de los artículos 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

En relación con los preceptos indicados, en el escrito de interposición se sostiene la vulneración de diversas reglas procesales, denunciándose:

- En primer lugar, que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva y en falta de motivación al desestimar la pretensión relativa a la anulación de la declaración de infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE mediante una fundamentación que no se refiere a dicha pretensión, sino que reproduce argumentos aplicables a una reclamación distinta, cual es la relativa a los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE formulada por otros recurrentes en un procedimiento diferente.



- En segundo lugar, que se ha infringido el derecho de la recurrente a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, pues se ha producido un desajuste entre la fundamentación de la sentencia recurrida, referida íntegramente a la infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, y los motivos que sustentan la pretensión de anulación de la declaración de la infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE, a los que no da respuesta.
- En tercer lugar, que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva, dado que no se ha ejercido un control de plena jurisdicción en relación con la declaración de un abuso de posición dominante, sin que la sentencia haya realizado análisis alguno, ni fáctico ni jurídico, sobre la existencia de tal cuestión.
- Finalmente, que la sentencia recurrida infringe los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE por inaplicar la jurisprudencia del TJUE en materia de abuso de posición de dominio, a cuyo tenor, para acreditar la existencia de tal posición, es necesario demostrar la capacidad de la empresa de actuar en el mercado con independencia significativa de sus competidores y clientes, sin que baste valorar la cuota de mercado de la empresa investigada, ya que deben considerarse también otros factores como las presiones competitivas de los competidores reales y potenciales y el poder compensatorio de los clientes.

B. El escrito de oposición del Abogado del Estado

El escrito de oposición del Abogado del Estado sale al paso de las alegaciones de las recurrentes en el siguiente sentido:

- Sobre la infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE comienza considerando que la jurisprudencia sobre la extensión y los límites del control jurisdiccional de las resoluciones de la CNMC que implican apreciaciones económicas complejas se ha establecido al margen del examen de infracciones *in procedendo*, como las relativas a la motivación o a la incongruencia omisiva de las sentencias, sin que se haya abordado una infracción de reparto de mercados derivada de contratos preferenciales recíprocos firmados entre las sancionadas RENFE y DB/TRANSFESA que integraban una cuota de mercado conjunta del 100% en el mercado de servicios de tracción en España, sino cuestiones distintas, habiéndose realizado en la sentencia impugnada un control, por más que exista un desacuerdo en cuanto al resultado y que exista una remisión a una sentencia anterior, referida a la misma resolución, pero a otras entidades también sancionadas.
- Sobre la infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, reconoce que, conforme la jurisprudencia del TJUE, para apreciar la existencia de una posición de dominio, resulta necesario demostrar que la empresa investigada goza de una independencia global de comportamiento en el mercado relevante, para lo que hay que realizar un análisis estructural del mercado y la determinación de una cuota o posición de mercado de la empresa dominante y de sus competidores, así como tener en cuenta otros factores importantes, como la probabilidad de entrada de competidores potenciales o la expansión futura de competidores reales, junto con las barreras de entrada y la fuerza de negociación de los clientes de la empresa (poder compensatorio de la demanda). En relación a esta apreciación, defiende que la sentencia recurrida responde adecuadamente, de forma razonada y jurídicamente fundada, a las alegaciones relativas a la infracción del artículo 2 LDC y del artículo 102 TFUE, en concreto, por las remisiones que hace a sentencias precedentes.

C. El escrito de oposición de Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas

En este escrito de oposición al recurso de casación se pone de manifiesto, con carácter preliminar, que la recurrente centra la impugnación en la supuesta falta de congruencia y de motivación de la sentencia recurrida, así como en una pretendida vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, siendo así que estas cuestiones escapan a la delimitación realizada por el auto de admisión.

Además, rechaza las infracciones denunciadas en el escrito de interposición:

- Sobre la infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE por inaplicación de la jurisprudencia del TJUE, se opone a la citada por la parte recurrente e invoca la que entiende aplicable, en cuya virtud, para constatar una restricción de la competencia por efecto resulta obligado efectuar un análisis contrafactual que valore lo que habría sucedido en ausencia de los acuerdos cuestionados, atendiendo al contexto económico y jurídico aplicable, la naturaleza de los bienes o servicios afectados y las condiciones reales de funcionamiento del mercado relevante; en este marco, el examen contrafactual no puede escindirse del resto de elementos contextuales, sino que debe integrarse en un análisis conjunto y coherente, como así ha declarado también la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En el supuesto de autos, ese análisis ha sido realizado, efectuándose por la Sala de instancia un control jurisdiccional pleno y efectivo, no limitado a ratificar el criterio de la CNMC, sino analizando de forma explícita el impacto concreto de las conductas reprochadas sobre los mercados afectados.
- Sobre la infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE sostiene que la CNMC realizó el análisis exigido por TJUE para determinar la existencia de una posición de dominio y la Sala de instancia examinó y confirmó

que dicho análisis se había efectuado conforme a Derecho, todo ello en un supuesto en el que la constatación de la posición de dominio resulta evidente a la vista de los datos objetivos del mercado, sin que ello resulte afectado por que la sentencia recurrida remita en su fundamentación a lo expuesto en sentencias anteriores, afirmando el cumplimiento fiel del mandato de la jurisprudencia comunitaria y constatando una realidad fáctica evidente: las altísimas cuotas y la existencia de dominio, ausente prueba que mostrase circunstancias excepcionales.

SEGUNDO.- Normativa aplicable

1. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Nos interesa tener presentes los artículos 101 y 102 del TFUE, ubicados en la Sección Primera, "Disposiciones aplicables a las empresas", del Capítulo 1, "Normas sobre competencia", del Título VII, "Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de legislaciones":

" Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE)

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Artículo 102 (antiguo artículo 82 TCE)

Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."

2. La ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Por su lado, la LDC española establece en los artículos 1 y 2 lo siguiente:

"Artículo 1. Conductas colusorias.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.*
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y*
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.*

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

Artículo 2. Abuso de posición dominante.

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

- a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.*
- b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.*
- c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.*

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal."

TERCERO.- La primera cuestión de interés casacional: la restricción por efecto conforme a los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Mediante la primera cuestión de interés casacional enunciada en el auto de 1 de diciembre de 2022 se pretende aclarar la extensión y los límites del control jurisdiccional de las resoluciones de la CNMC que implican apreciaciones económicas complejas en relación, particularmente, con el análisis requerido por la jurisprudencia del TJUE para acreditar una restricción por efecto en el sentido de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC.

Para dar respuesta a esta cuestión resulta de interés que, de la mano de la jurisprudencia del TJUE, delimitemos (1) el concepto de restricción de la competencia por efecto y exponamos (2) el alcance del control jurisdiccional en presencia de apreciaciones económicas complejas, a continuación, íntimamente relacionado con ello, (3) los requisitos para apreciar una restricción de la competencia por efecto, tras lo cual estaremos en disposición de (4) contestar la cuestión de interés casacional y de (5) resolver la controversia jurídica planteada en el proceso teniendo presentes la argumentación y la solución que ofrece la sentencia impugnada.

1. Concepto de restricción de la competencia por efecto

El apartado 1 del artículo 101 del TFUE declara la incompatibilidad con el mercado interior y prohíbe *"todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior"*, de lo que sigue que la prohibición alcanza dos situaciones: (i) las restricciones por objeto, referidas a prácticas que, por su propia naturaleza, están diseñadas para reducir la competencia, y (ii) las restricciones por efecto, relativas a prácticas que, aunque no tengan ese propósito, terminan perjudicando la competencia.

La distinción entre restricciones por objeto y por efecto es transcendental, porque, entre otras consecuencias, determina el tipo de análisis que ha de realizarse para su apreciación, pues las primeras son, en principio, más fáciles de probar, al basarse en la misma naturaleza de los acuerdos, mientras que las segundas requieren un examen más complejo de las circunstancias del mercado. Como señala el TJUE en la sentencia de 26 de octubre de 2023, EDP-Energías de Portugal y otros (C-331/21, EU:C:2023:812), *"Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de noviembre de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, apartado 16 y jurisprudencia citada, y de 18 de noviembre de 2021, Visma Enterprise, C-306/20, EU:C:2021:935, apartados 54 y 55 y jurisprudencia citada). Así pues, no es necesario examinar los efectos de un acuerdo en la competencia cuando esté acreditado su objeto contrario a ella (sentencia de 29 de junio de 2023, Super Bock Bebidas, C-211/22, EU:C:2023:529, apartado 31 y jurisprudencia citada)"* (apartado 97).

El TJUE ha puesto de relieve reiteradamente la distinción entre ambos tipos de restricciones a la competencia. Como muestra, podemos citar la sentencia de 5 de diciembre de 2024, Tallinna Kaubamaja Grupp y KIA Auto (C-606/23, EU:C:2024:1004), que, con cita de otras anteriores, recuerda que:

"23 A este respecto, es preciso recordar que, en virtud del artículo 101 TFUE, apartado 1, serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

24 Para poder considerar, en un caso concreto, que a un acuerdo, a una decisión de una asociación de empresas o a una práctica concertada le es aplicable la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE, apartado 1, es necesario demostrar, según la propia redacción de esta disposición, que dicho comportamiento o bien tiene por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, o bien tiene tal efecto (sentencia de 21 de diciembre de 2023, International Skating Union/Comisión, C-124/21 P, EU:C:2023:1012, apartado 98 y jurisprudencia citada).

25 Para ello, debe realizarse, en un primer momento, el examen del objeto del comportamiento en cuestión. En el supuesto de que, al final de tal examen, quede de manifiesto que ese comportamiento tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario llevar a cabo el examen de su efecto sobre la competencia. Así pues, solo en el supuesto de que no quepa considerar que dicho comportamiento tiene un objeto contrario a la competencia, será necesario llevar a cabo, en un segundo momento, el examen de este efecto (sentencia de 21 de diciembre de 2023, International Skating Union/Comisión, C-124/21 P, EU:C:2023:1012, apartado 99 y jurisprudencia citada).

26 El examen que debe llevarse a cabo difiere dependiendo de si el comportamiento en cuestión tiene por «objeto» o por «efecto» impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, ya que cada uno de estos dos

conceptos está sometido a un régimen jurídico y probatorio diferente (sentencia de 21 de diciembre de 2023, *International Skating Union/Comisión*, C-124/21 P, EU:C:2023:1012, apartado 100 y jurisprudencia citada)."

Además, el concepto de restricción de la competencia por efecto también se ha perfilado por el TJUE, según se recoge en la misma sentencia de 5 de diciembre de 2024, *Tallinna Kaubamaja Grupp y KIA Auto*, acabada de citar, en la que señaló que, "según reiterada jurisprudencia, el concepto de comportamiento que tiene un «efecto» contrario a la competencia engloba cualquier comportamiento del que no pueda considerarse que tiene un «objeto» contrario a la competencia, siempre que se demuestre que este comportamiento tiene por efecto real o potencial impedir, restringir o falsear la competencia de modo sensible (sentencia de 21 de diciembre de 2023, *International Skating Union/Comisión*, C-124/21 P, EU:C:2023:1012, apartado 109 y jurisprudencia citada)"(apartado 28). En el mismo sentido, y entre otras, podemos citar las sentencias de 21 de diciembre de 2023 -3-, *Royal Antwerp Football Club* (C-680/21, EU:C:2023:1010), *European Superleague Company* (C-333/21, EU:C:2023:1011) y *Internacional Skating Union/Comisión* (C-124/21 P, EU:C:2023:1012).

De esta manera, cuando una conducta empresarial no revela por sí sola un grado suficiente de perjuicio a la competencia como para ser calificada de restricción por objeto, es necesario proceder a un análisis contextual exhaustivo, en el que se valoren sus efectos negativos reales o, al menos, potenciales, de forma suficientemente probada, sobre el juego competitivo.

En cualquier caso, como declara la sentencia de 2 de abril de 2020, *Budapest Bank y otros* (C-228/18, EU:C:2020:265), "El hecho de que la autoridad o el órgano jurisdiccional competentes puedan calificar un mismo comportamiento contrario a la competencia de restricción tanto «por el objeto» como «por el efecto» no les exime de su obligación de, por un lado, apoyar sus declaraciones al respecto en las pruebas necesarias y, por otro, precisar en qué medida dichas pruebas se refieren a uno u otro tipo de restricción constatada", sin perjuicio de que, en el ámbito de la restricción de la competencia por los efectos, estos pueden ser tanto actuales como potenciales pero, siempre, suficientemente acusados (en este sentido, sentencias de 9 de julio de 1969, *Völk*, 5/69, EU:C:1969:35, apartado 7, y de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, C-238/05, EU:C:2006:734, apartado 50).

Desde esta perspectiva, cabe entender por restricción por efecto aquella conducta o práctica que, sin revelar un perjuicio manifiesto a la competencia por su objeto, genera consecuencias anticompetitivas efectivas o potenciales, que se traducen en un deterioro sensible del funcionamiento del mercado, en perjuicio del interés general o del bienestar del consumidor.

Esta aproximación, sitúa el análisis de los efectos en el centro del juicio de compatibilidad con el artículo 101 TFUE y exige, como desarrollaremos luego, una metodología de control de los elementos necesarios para apreciar la restricción por los efectos.

2. El alcance del control jurisdiccional en presencia de apreciaciones económicas complejas

El TJUE ha afirmado de forma constante que el control judicial sobre las decisiones de la Comisión -y, por extensión, de las autoridades nacionales de competencia- que incorporan apreciaciones económicas complejas no puede verse restringido a un control meramente superficial o de legalidad externa, sino que ha de ser pleno y efectivo.

Así lo ha sostenido en sentencias como las de 20 de mayo de 2010, *Tetra Laval/Comisión* (C-12/03 P, EU:C:2010:280), de 8 de diciembre de 2011, *Chalkor/Comisión* (C-386/10 P, EU:C:2011:815) o de 10 de julio de 2014, *Telefónica y Telefónica de España/Comisión* (C-295/12 P, EU:C:2014:2062), en las que se establece que los tribunales deben verificar no solo la exactitud material, fiabilidad y coherencia de los elementos probatorios, sino también la pertinencia y suficiencia de dichos elementos para sustentar las conclusiones de la autoridad administrativa, lo que exige un examen que no se limite a controlar la razonabilidad de la decisión, sino que comprenda una revisión exhaustiva, tanto de hecho como de Derecho, de los fundamentos técnicos y económicos en que aquella se apoya.

En este mismo sentido, la sentencia de 11 de septiembre de 2014, *MasterCard y otros/Comisión* (C-382/12 P, EU:C:2014:2201), bien que con respecto al artículo 81 del TCE -hoy artículo 101 del TFUE-, dice lo siguiente:

"155 En lo que respecta a la extensión del control jurisdiccional, conviene recordar que resulta de la jurisprudencia de la Unión que, conforme al artículo 263 TFUE, cuando conoce de un recurso de anulación de una decisión adoptada en aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, el Tribunal debe ejercer de modo general, y sobre la base de los elementos aportados por la recurrente en apoyo de los motivos alegados, un control completo sobre si concurren o no los requisitos de aplicación de dichas disposiciones (véanse, en este sentido, las sentencias *Remia y otros/Comisión*, EU:C:1985:327, apartado 34; *Chalkor/Comisión*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, apartados 54 y 62; así como *Otis y otros*, C-199/11, EU:C:2012:684, apartado 59). El Tribunal debe asimismo

comprobar de oficio si la Comisión motivó su Decisión (véanse, en este sentido, las sentencias Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 61 y jurisprudencia citada, así como Otis y otros, EU:C:2012:684, apartado 60).

156 Al realizar dicho control, el Tribunal no puede apoyarse en el margen de apreciación del que dispone la Comisión, en virtud de la función que le ha sido asignada, en materia de política de competencia, por los Tratados UE y FUE, para renunciar a ejercer un control en profundidad tanto de hecho como de Derecho (véanse, en este sentido, las sentencias Chalkor/Comisión, EU:C:2011:815, apartado 62, así como Otis y otros, EU:C:2012:684, apartado 61)."

Este criterio, establecido para resoluciones de la Comisión, ha sido también proclamado por nuestra jurisprudencia en cuanto a la extensión y a los límites del control jurisdiccional de las resoluciones de la CNMC que implican apreciaciones económicas complejas en relación, particularmente, con la delimitación del mercado relevante (sentencias de 20 de diciembre de 2018 -recurso de casación número 6552/2017-, de 21 de diciembre de 2018 -recurso de casación número 5720/2017- o de 8 de enero de 2019 -recurso de casación número 5618/2017-), sosteniendo que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el control judicial de apreciaciones económicas complejas realizadas por el ente regulador puede extenderse, no solo a la "exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también a la pertinencia de los datos y su adecuación para sostener las conclusiones alcanzadas. De modo que cuando el tribunal entienda que las deducciones obtenidas no tienen una base suficiente y fiable o no existe una correspondencia lógica entre la decisión obtenida con los datos en los que se sustenta, pueden anular la decisión del organismo regulador" (del segundo fundamento de Derecho de la sentencia de 20 de diciembre de 2018, citada).

3. Requisitos para apreciar una restricción de la competencia por efecto

En el ámbito propio de las restricciones por efecto existe una jurisprudencia consolidada del TJUE, pudiendo destacarse lo que, en lo que ahora interesa, expuso, entre las más recientes, la sentencia de 5 de diciembre de 2024, Tallinna Kaubamaja Grupp y KIA Auto, citada, en el sentido de que para apreciar una restricción por efecto ha de demostrarse que el comportamiento tiene por efecto real o potencial impedir, restringir o falsear la competencia de modo sensible:

"29 Para ello, es necesario examinar el juego de la competencia en el marco real en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo, la decisión de una asociación de empresas o la práctica concertada en cuestión (sentencias de 18 de noviembre de 2021, Visma Enterprise, C-306/20, EU:C:2021:935, apartado 74, y de 21 de diciembre de 2023, International Skating Union/Comisión, C-124/21 P, EU:C:2023:1012, apartado 110 y jurisprudencia citada), definiendo el mercado o los mercados en los que este comportamiento puede producir sus efectos y, posteriormente, identificando estos efectos, ya sean reales o potenciales. Este examen implica tomar en consideración el conjunto de las circunstancias pertinentes.

30 El examen de los efectos de un acuerdo entre empresas en relación con el artículo 101 TFUE implica por tanto la necesidad de tomar en consideración el marco concreto en el que se encuadra el acuerdo, especialmente el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas y la naturaleza de los bienes o servicios contemplados, así como las condiciones reales de funcionamiento y la estructura del mercado o mercados pertinentes. Resulta de ello que la hipótesis contrafactual, ideada partiendo de la inexistencia de tal acuerdo, debe ser realista y creíble (sentencia de 27 de junio de 2024, Comisión/Servier y otros, C-176/19 P, EU:C:2024:549, apartado 341 y jurisprudencia citada).

31 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha tenido la ocasión de precisar que establecer la hipótesis contrafactual tiene por objeto determinar las posibilidades realistas de comportamiento de los actores económicos de no existir el acuerdo en cuestión y determinar de este modo el juego probable y la estructura del mercado de no existir dicho acuerdo [sentencias de 30 de enero de 2020, Generics (UK) y otros, C-307/18, EU:C:2020:52, apartado 120, y de 18 de noviembre de 2021, Visma Enterprise, C-306/20, EU:C:2021:935, apartado 76].

32 Sin embargo, el carácter a la vez realista y creíble de la hipótesis contrafactual no pone en entredicho la posibilidad de tener en cuenta los efectos puramente potenciales de un acuerdo entre empresas para determinar si constituye una restricción de la competencia por los efectos. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en particular, que considerar que, cuando se haya ejecutado un acuerdo entre empresas, no podrán tenerse en cuenta los efectos potenciales de dicho acuerdo para apreciar sus efectos restrictivos de la competencia pasaría por alto tanto las características del método contrafactual inherente al examen de una restricción de la competencia por los efectos como la jurisprudencia según la cual los efectos restrictivos de la competencia pueden ser tanto actuales como potenciales, pero deben ser suficientemente acusados (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de junio de 2024, Comisión/Servier y otros, C-176/19 P, EU:C:2024:549, apartados 345 a 353).

33 Así pues, tras un examen adecuado del juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo controvertido, basta con poder comprobar la existencia de efectos restrictivos potenciales sobre la competencia que sean suficientemente acusados (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de mayo de 1998, *Deere/Comisión*, C-7/95 P, EU:C:1998:256, apartados 77 y 78, y de 28 de mayo de 1998, *New Holland Ford/Comisión*, C-8/95 P, EU:C:1998:257, apartados 91 y 92)."

La sentencia de 27 de junio de 2024, *Comisión/Servier y otros* (C-176/19P, EU:C:2024:549) profundiza en el método "contrafactual" del siguiente modo:

340 Este método, denominado «contrafactual», tiene como finalidad identificar, al aplicar el artículo 101 TFUE, apartado 1, la existencia de un nexo causal entre, por una parte, un acuerdo entre empresas y, por otra, la estructura o el funcionamiento de la competencia en el mercado en el que dicho acuerdo produce sus efectos. De este modo, permite asegurarse de que la calificación de restricción de la competencia por los efectos se reserve a los acuerdos que presentan no una mera correlación con una degradación de la situación competitiva en este mercado, sino a los que causan esa degradación.

341 El método contrafactual tiene como razón de ser el hecho de que destacar tal relación de causa-efecto tropieza con la imposibilidad de observar, en la práctica, en un mismo momento, el estado del mercado con y sin el acuerdo de que se trate, dado que estos dos estados, por definición, se excluyen mutuamente. Por tanto, es necesario comparar la situación observable, esto es, la que resulta de dicho acuerdo, con la situación que se habría producido de no haberse adoptado ese acuerdo. Por tanto, el citado método exige comparar una situación observable con una que, por definición, es hipotética, en el sentido de que no se ha producido. Pues bien, el examen de los efectos de un acuerdo entre empresas en relación con el artículo 101 TFUE implica la necesidad de tomar en consideración el marco concreto en el que se encuadra dicho acuerdo, especialmente el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas y la naturaleza de los bienes o servicios contemplados, así como las condiciones reales de funcionamiento y la estructura del mercado o mercados pertinentes. Resulta de ello que la hipótesis contrafactual, ideada partiendo de la inexistencia de tal acuerdo, debe ser realista y creíble [véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, *Generics (UK) y otros*, C-307/18, EU:C:2020:52, apartados 115 a 120].

342 Por tanto, es imperativo, para la correcta aplicación del método contrafactual, asegurarse de que la comparación realizada se sustenta en bases sólidas y verificables, tanto por lo que respecta a la situación observada -la resultante del acuerdo entre empresas- como a la hipótesis contrafactual. Para ello, el punto de referencia temporal que permite realizar tal comparación debe ser el mismo para la situación observada y para la hipótesis contrafactual, de modo que debe evaluarse el carácter contrario a la competencia de un acto en el momento en el que este se cometió (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de diciembre de 2012, *AstraZeneca/Comisión*, C-457/10 P, EU:C:2012:770, apartado 110).

[...]

344 A diferencia de la hipótesis contrafactual, la situación observada es la que corresponde a las condiciones competitivas existentes en el momento de la celebración del acuerdo y que se derivan de este. Esta situación es real y, por tanto, no es necesario basarse en hipótesis realistas para valorarla. Por consiguiente, a efectos de declarar la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE, pueden tenerse en cuenta, para valorar esa situación, acontecimientos posteriores a la celebración de dicho acuerdo. No obstante, conforme a la jurisprudencia citada en el apartado 342 de la presente sentencia, tales acontecimientos solo son pertinentes en la medida en que contribuyan a determinar las condiciones de competencia existentes en el momento en que se cometió tal infracción, tal como se deriven directamente de la existencia de dicho acuerdo.

[...]

353 En tercer lugar, como se ha recordado en el apartado 340 de la presente sentencia, el método contrafactual no tiene por objeto prever cuál habría sido la conducta de una parte si no hubiera celebrado un acuerdo con su o sus competidores, sino destacar una relación causal entre dicho acuerdo y la degradación de la situación competitiva en el mercado, sobre la base de una hipótesis contrafactual que, aunque teórica, debe ser realista y creíble [...]"

A la luz de estas consideraciones, podemos concluir que el análisis de una posible restricción por efecto requiere un examen adecuado del juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir el acuerdo controvertido y comprobar la existencia de efectos restrictivos reales o potenciales sobre la competencia que sean suficientemente acusados.

4. Respuesta a la cuestión de interés casacional

La respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de 1 de diciembre de 2022, a partir de las consideraciones jurisprudenciales expuestas, que imponen un estándar de escrutinio elevado que obliga a las autoridades de competencia a motivar adecuadamente las decisiones sancionadoras por efecto y a los órganos jurisdiccionales a ejercer una revisión sustantiva y no meramente formal sobre tales decisiones, ha de ser la siguiente:

- El control jurisdiccional de las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que implican apreciaciones económicas complejas para acreditar una restricción por efecto ha de ser pleno y efectivo. Para calificar un acuerdo o unos acuerdos como restrictivos de la competencia por sus efectos, en el sentido de los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, es necesario acreditar que la competencia ha resultado impedida, restringida o falseada de manera significativa en relación con la estructura del mercado de referencia. A tal fin, debe analizarse cuál habría sido la situación real de la competencia en ausencia del acuerdo en cuestión, así como su impacto actual o potencial sobre la competencia, que deberá ser suficientemente significativo. Las conclusiones deberán basarse en datos que sean bastantes, pertinentes y coherentes.

5. Resolución de la controversia jurídica sobre la restricción de la competencia por efecto

La proyección al supuesto de autos de la respuesta que se acaba de dar a la cuestión de interés casacional pone de relieve que la sentencia impugnada es conforme a lo declarado, por cuanto, en la fundamentación que transcribe, la Sala de instancia realiza un examen jurídico que, en coherencia con la jurisprudencia sobre las restricciones de la competencia por efecto, aborda de manera integrada los requisitos esenciales para la calificación de la conducta sancionada.

Esta apreciación se sigue de (A) cómo la sentencia recurrida ha aplicado el método "*contrafactual*", (B) el análisis que ha realizado de los efectos anticompetitivos producidos en el mercado por los acuerdos colusorios y (C) del examen que ha hecho del contexto global para apreciar la infracción.

A. La verificación de la aplicación del método "*contrafactual*"

La Sala de instancia efectúa un examen explícito de la situación del mercado en ausencia de los acuerdos controvertidos, dando así cumplimiento a la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala del Tribunal Supremo que exige valorar la situación real de la competencia en el caso de no haberse celebrado los acuerdos en cuestión.

En efecto, en la sentencia recurrida se analiza de qué manera se habría configurado el mercado en defecto de los acuerdos celebrados entre RENFE, TRANSFESA y el Grupo BD, constatando que, de no haberse llevado a cabo, TRANSFESA habría mantenido la capacidad de tracción propia generada con la adquisición de diez locomotoras nuevas en leasing, evitando así su dependencia respecto de RENFE, su principal competidor.

También evidencia que la incorporación del Grupo DB, primer operador ferroviario de mercancías en Europa, al mercado español a través de la adquisición de TRANSFESA, habría introducido una presión competitiva significativa, dada su solvencia técnica y capacidad para explotar el servicio de tracción de manera autónoma o para prestar servicios a terceros.

En concreto, en el sexto fundamento de Derecho se contiene un párrafo en el que se indica que: "*Las consideraciones que hace la resolución sobre la condición de competidoras de RENFE y TRANSFESA en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril son indiscutibles, del mismo modo que la descripción de la situación del Grupo Deutsche Bahn en el momento de la celebración de los contratos: aunque no era entonces un competidor real de RENFE en la prestación de tracción ferroviaria a terceros (puesto que el Grupo Transfesa iba a utilizar dicha tracción para tráfico propios), sí constituía competencia potencial puesto que, de decidirlo así, habría podido en un corto periodo de tiempo pasar a prestar dichos servicios a terceros toda vez que TRANSFESA contaba en 2008 con material de tracción y maquinistas*", lo que supone, a nuestro entender, la realización de un análisis contrafactual, describiendo el escenario alternativo en el que TRANSFESA/DB habría podido entrar en el mercado de tracción ferroviaria como competidor efectivo de RENFE, de no haberse celebrado el acuerdo impugnado.

Del mismo modo, en el párrafo siguiente del mismo sexto fundamento de Derecho, se afirma que: "*Por otra parte, el subarriendo de las locomotoras recién adquiridas en leasing por TRANSFESA tuvo el efecto incuestionable de desprenderse de la capacidad de tracción de la que habría podido disponer ya en el año 2008, cuando dichas máquinas fueron entregadas*", lo que implica la ponderación, por la Sala de instancia, del efecto que habría tenido la conservación de dicha capacidad de tracción propia por TRANSFESA en términos de presión competitiva sobre RENFE, contrastándolo con la situación real resultante del subarriendo de las locomotoras.

De igual manera, cuando, en otro párrafo más adelante del sexto fundamento de Derecho, afirma que: *"Y ese examen global no puede ser ajeno tampoco a las consideraciones que hace la CNMC desde el punto de vista del impacto en la libre competencia, y así al destacar que «.. el Grupo Renfe y el Grupo Transfesa constituían los operadores más relevantes en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril en España y la entrada de DB en el capital de TRANSFESA había reforzado la capacidad competitiva de Grupo Transfesa, al pasar a contar con la experiencia en tracción por ferrocarril y la capacidad financiera suficiente como para poder ejercer una presión competitiva muy significativa sobre RENFE, quien hasta fechas muy recientes había tenido el monopolio legal en el mercado de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías», evidenciando con ello la repercusión en esta materia".* Con ello, se está comparando la situación real, en la que Transfesa pasó a depender de RENFE, con la situación hipotética alternativa en la que, gracias a la entrada de DB, Transfesa habría podido ejercer una presión competitiva significativa sobre RENFE, rompiendo la situación de monopolio previo, en ausencia de los acuerdos restrictivos cuestionados.

Asimismo, a continuación, en dicho sexto fundamento de Derecho, se indica que: *"También destaca la circunstancia de que el segundo operador en este mercado pasara a depender en gran medida, como consecuencia de los acuerdos adoptados, de su principal competidor, el Grupo Renfe, respecto de un input necesario para competir como es la tracción",* destacándose en la sentencia que, sin el acuerdo, el segundo operador no habría dependido de su competidor principal para tracción, es decir, podría haber competido de forma más independiente.

Finalmente, en el contexto del examen de la restricción de la competencia por efecto y del examen de la descripción de los efectos que la resolución de la CNMC realiza, la sentencia recurrida en casación expone, entre otras cosas, que: *"A continuación, se refiere a lo que califica como impacto adverso de los acuerdos «... en el desarrollo de la tracción propia del Grupo Deutsche Bahn en España, lo cual se ha traducido a su vez en una dinámica de la competencia más débil en el transporte de mercancías por ferrocarril entre los grupos Renfe y Deutsche Bahn, dado que el Grupo Deutsche Bahn no ha gozado de una mayor independencia comercial respecto a RENFE, en comparación con aquella situación que hubiera prevalecido de haber consolidado el Grupo Deutsche Bahn su integración vertical a partir de las diez locomotoras que había adquirido TRANSFESA RAIL»".* Por tanto, se está comparando una situación real -debido a los acuerdos, DB no desarrolló su tracción propia en España y, en consecuencia, la competencia entre DB y RENFE fue más débil, manteniéndose la dependencia de DB respecto de RENFE- y la situación hipotética alternativa -si DB hubiera consolidado su integración vertical (es decir, si hubiera operado con las diez locomotoras adquiridas por TRANSFESA RAIL), habría gozado de mayor independencia comercial respecto de RENFE, resultando en una dinámica de competencia más fuerte en el mercado de transporte ferroviario de mercancías-.

Por tanto, apreciamos que la sentencia impugnada realiza un análisis contrafactual suficiente, coherente con el exigido por el TJUE, comparando la situación de competencia resultante de los acuerdos con la que habría existido de no haberse suscrito los mismos.

B. Análisis de los efectos anticompetitivos producidos en el mercado por los acuerdos colusorios

La Sala de instancia aborda, igualmente, el impacto efectivo de los acuerdos sancionados sobre el mercado relevante, como la eliminación o la reducción de la presión competitiva derivada de la entrada del Grupo BD como competidor de RENFE en el mercado de tracción ferroviaria de mercancías, al quedar TRANSFESA, su filial, dependiente de RENFE como proveedor preferente de tracción.

Así, en la sentencia recurrida se pone de relieve que la restricción de la competencia tuvo lugar mediante un reparto de mercado y mantenimiento del *statu quo*, pues la estrategia contractual perseguía alinear los intereses del Grupo BD con RENFE, evitando la competencia por servicios de tracción a terceros, consolidando a RENFE como proveedor casi exclusivo. En este escenario verifica la reducción de la competencia en el sector de tracción ferroviaria argumentando que el Grupo DB no ha gozado de una mayor independencia comercial respecto de RENFE en comparación con la situación que hubiera prevalecido de haber consolidado el Grupo DB su integración vertical a partir de las diez locomotoras que había adquirido de TRANSFESA RAIL.

A mayor abundamiento, y con referencia expresa a las consecuencias de las conductas en el mercado explicitadas en la resolución sancionadora añade, en síntesis, como efectos de los pactos colusorios en el mercado, la compartimentación del mercado europeo de transporte de mercancías por ferrocarril siguiendo fronteras nacionales, el deterioro de la calidad del servicio para el cliente (ya en términos de precios, variedad o calidad del servicio), que no solo ha afectado al cliente final, sino también a actividades conexas (expedición y logística) que subcontratan dicho transporte, con especial referencia al transporte de ferrocarril de vehículos terminados, el cierre del mercado logístico por la limitación de acceso a campas clave como Fuencarral y La Llagosta y el efecto indirecto en la expedición y logística de vehículos terminados.

C. Análisis del contexto global para apreciar la infracción

Por último, hemos de advertir que la sentencia recurrida examina los acuerdos firmados por RENFE mediante un enfoque conjunto y contextual, afirmando que estos acuerdos conforman una estrategia unitaria del reparto del mercado y de mantenimiento del *statu quo*, considerando el contexto jurídico y económico, la simultaneidad de su firma, el paralelismo textual, y las consecuencias estructurales en el mercado.

CUARTO.- La segunda cuestión de interés casacional: la existencia de una posición de dominio conforme a los artículos 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

La segunda cuestión de interés casacional precisada en el auto de 1 de diciembre de 2022 tiene que ver con la procedencia de llevar a cabo un análisis que establezca que la empresa investigada disfruta de independencia global de comportamiento en el mercado de referencia para poder afirmar la existencia de una posición de dominio, lo que requiere que nos detengamos (1) en el concepto de posición dominante y (2) en el análisis de independencia en el mercado como determinante para constatar la posición de dominio, para (3) responder a la cuestión y proyectar todo ello en la sentencia impugnada mediante (4) la resolución de la controversia jurídica planteada al respecto en el proceso.

1. El concepto de posición dominante

Como expone el TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2023, *European Superleague Company*, citada, el artículo 102 del TFUE *"tiene por objetivo evitar que se menoscabe la competencia en detrimento del interés general, de las empresas individuales y de los consumidores, reprimiendo los comportamientos de empresas en posición dominante que restringen la competencia basada en los méritos y que, de este modo, pueden causar un perjuicio directo a los consumidores, o que impiden o falsean esta competencia y que pueden, de este modo, causarles un perjuicio indirecto (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, apartados 22 y 24; de 27 de marzo de 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, apartado 20, y de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20, EU:C:2022:379, apartados 41 y 44)"*(apartado 124), constituyendo *"tales comportamientos aquellos que, en un mercado en el que el grado de competencia ya está debilitado, en razón precisamente de la presencia de una o varias empresas en posición dominante, impiden, por medios distintos de los que rigen una competencia entre las empresas basada en los méritos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o el desarrollo de esta competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, C-280/08 P, EU:C:2010:603, apartados 174 y 177; de 27 de marzo de 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, apartado 24, y de 12 de mayo de 2022, Servizio Elettrico Nazionale y otros, C-377/20, EU:C:2022:379, apartado 68)"*(apartado 125). Sin embargo, el precepto citado, *"al mismo tiempo que impone a las empresas en posición dominante la responsabilidad especial de no menoscabar, con su comportamiento, una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior, no prohíbe la existencia en sí misma de una posición dominante, sino únicamente su explotación abusiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de marzo de 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, apartado 23, y de 6 de diciembre de 2012, AstraZeneca/Comisión, C-457/10 P, EU:C:2012:770, apartado 188)"*(apartado 128).

Ahora bien, como resulta del marco jurídico antes expuesto, tanto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia prohíben el abuso de una posición de dominio, pero no definen lo que deba entenderse por tal.

Es el mismo TJUE el que ha precisado el concepto jurídico de posición dominante. Así, la sentencia de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión*, C-27/1976 (EU:C:1978:22), definió la posición dominante como *"La situación de poder económico que ostenta una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores"*(apartado 65).

En ulterior sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, C-85/76 (EU:C:1979:36), consolidó esta definición señalando que *"el hecho de tener una cuota de mercado muy alta coloca a la empresa que la posee, durante cierto tiempo, [...] en una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con ella y que, ya por sólo eso, le proporciona, al menos durante períodos relativamente largos, la independencia de comportamiento característica de la posición dominante"*(apartado 41).

Esta caracterización de la posición de dominio mediante la apreciación de la independencia de comportamiento, más allá de la capacidad de obstaculizar la competencia, ha sido reiterada con posterioridad, como en la sentencia de 15 de diciembre de 1994, *DLG*, C-250/92 (EU:C:1994:413), apartado 47, y en una pluralidad de sentencias del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), como las de 22 de noviembre de 2001, *AAMS/Comisión*, T-139/98 (EU:T:2001:272) apartado 51; de 23 de octubre de 2003, *Van den Bergh Foods/Comisión*, T-65/98 (EU:T:2003:281), apartado 154; o la de 29 de marzo de 2012, *Telefónica y Telefónica de España/Comisión*, T-336/2007 (EU:T:2012:172), apartado 147.

2. El análisis de la independencia en el mercado como determinante para constatar la posición de dominio

Si bien la jurisprudencia europea señala a la independencia de comportamiento de la empresa como factor determinante de la posición de dominio, la cuestión que se plantea es determinar los factores a tener en cuenta para poder constatar que la empresa goza de una independencia global en el mercado de referencia que le otorga la posición de dominio.

A estos efectos, el TJUE utiliza, por regla general, no sólo la cuota de mercado sino también otros criterios en atención a las circunstancias concretas. No obstante, cuando las cuotas de mercado son muy elevadas, constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, un indicio suficiente para acreditar una posición dominante.

En efecto, la existencia de una posición dominante puede resultar, en general, de la concurrencia de varios factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes (sentencia de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión*, citada, apartado 66, y de 15 de diciembre de 1994, *DLG*, también citada, apartado 47). Entre estos factores, uno muy significativo es la existencia de cuotas de mercado muy altas, lo que constituye, por sí mismo y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante, pues el hecho de tener una cuota de mercado muy alta coloca a la empresa que la posee durante cierto tiempo, por el volumen de producción y de oferta que representa, en una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con ella y que, por esa mera circunstancia, le proporciona, al menos durante períodos relativamente largos, la independencia de comportamiento característica de la posición dominante (por todas, sentencia 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, citada, apartado 41). En concreto, una cuota de mercado del 50 % conlleva por sí misma, salvo circunstancias excepcionales, una posición dominante (sentencia de 3 de julio de 1991, *AKZO/Comisión*, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 60).

En el ámbito de nuestra jurisprudencia podemos destacar la sentencia de 7 de mayo de 2024 -casación número 2691/2022-, que, en respuesta a la cuestión de interés casacional planteada, afirma que *"la práctica concertada de un grupo de empresas que, ostentando una posición cuasi monopolística en un producto o servicio, se vale de esa posición para limitar y condicionar un mercado conexo, tiene por sus propias características un claro efecto anticompetitivo al colocar a los competidores en una clara situación de desventaja, por lo que debe ser considerada un abuso de posición de dominio"*.

Por tanto, salvo en aquellos supuestos de cuotas muy elevadas que acerquen a la empresa al monopolio, denominadas *"super dominancia"* en cuyo caso, y salvo circunstancias excepcionales, constituyen un indicio suficiente para acreditar una posición dominante, los porcentajes de la cuota de mercado no son definitivos, pues, como señala la Comisión en sus Orientaciones sobre las prioridades en la aplicación del antiguo artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea, *"La evaluación de la dominación tendrá en cuenta la estructura competitiva del mercado, y en especial los siguientes factores: - las presiones ejercidas por los suministros existentes de los competidores en liza y la posición de mercado de estos (posición de mercado de la empresa dominante y de sus competidores); - las presiones ejercidas por la amenaza creíble de una expansión futura de los competidores existentes o de una entrada de competidores potenciales (expansión y entrada); - las presiones ejercidas por la capacidad de negociación de los clientes de la empresa (poder de negociación de la demanda)"*.

Como recordó nuestra sentencia de 8 de enero de 2019 -casación número 5618/2017-, *"La selección de las técnicas de análisis, fuentes de información y métodos de estimación a utilizar en cada caso específico dependerá de la disponibilidad o acceso a la información necesaria, de las características de los mercados involucrados, del tipo de prácticas investigadas, de antecedentes de investigación referidos a situaciones comparables en otros casos, etc."*.

3. Respuesta a la cuestión de interés casacional

De lo que antecede se sigue que la respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión de 1 de diciembre de 2022 ha de ser la siguiente:

- Para afirmar la existencia de una posición de dominio, a efectos de los artículos 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, es necesario demostrar que la empresa investigada goza de independencia global en el mercado de referencia para lo que, salvo en aquellos supuesto de *"super dominancia"*, hay que analizar, no solo la cuota de mercado de la empresa, sino todos los factores concurrentes, como las presiones de los competidores existentes y potenciales y el poder negociador de los clientes.

4. Resolución de la controversia jurídica sobre el abuso de posición dominante

La proyección al supuesto de autos de la respuesta que se acaba de dar a la cuestión de interés casacional pone de relieve que la Sala de instancia no ha analizado y, mucho menos, de acuerdo con los parámetros indicados, la existencia de una posición de dominio y el abuso de la misma por el que se impone la sanción, al considerar infringidos los artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC, y ello pese a la remisión que hace a las sentencias anteriores de la misma Sala de 23 y de 31 de julio de 2021.

Cabe recordar en este punto la consolidada doctrina jurisprudencial sobre la motivación de resoluciones judiciales, resumida por la sentencia de 7 de febrero de 2019 -recurso de casación número 3619/2015- en los siguientes términos:

"SEXTO.- De forma más concreta y dando respuesta a la concreta denuncia que formula la parte recurrente, al considerar que la remisión al contenido de una sentencia anterior y su reproducción, no colma las exigencias de motivación, ha de señalarse que el motivo ha de ser desestimado, porque la remisión que hace la sentencia recurrida a otra anterior no supone lesión de la congruencia, motivación y claridad que han de presidir la elaboración de las sentencias.

Es decir, este tipo de remisiones trayendo a colación en un recurso lo razonado en otro anterior no transgrede, en principio, las normas que rigen la congruencia y motivación de las sentencias, ex artículo 120.3 de la CE .

Será el modo en que se lleve a cabo tal operación jurídica de reenvío al precedente y transcripción de su contenido lo que pueda vulnerar dichas exigencias procesales, esto es, si en el caso examinado, a juzgar por el contenido de la demanda, el debate suscitado en la instancia se identifica sustancialmente con lo razonado en la sentencia transcrita por la impugnada, tal operación es perfectamente admisible, como ocurre en el presente caso."

Por tanto, la motivación por remisión a otras sentencias no lesiona *per se* las exigencias constitucionales de motivación y congruencia, siempre que el órgano judicial tome en consideración los argumentos aducidos por las partes y la sentencia de referencia resuelva de manera fundamentada la cuestión suscitada en el caso concreto.

En el supuesto que examinamos, la sentencia recurrida, para fundamentar su respuesta al motivo de impugnación formulado por la parte demandante relativo a la inexistencia de abuso de posición de dominio y, por tanto, de infracción de los artículos 102 TFUE y 2 LDC, se limita a efectuar una remisión parcial, por un lado, al contenido de la sentencia de 31 de julio -sic- de 2021 (recurso 309/2017). Sin embargo, como correctamente denuncia la recurrente, la remisión efectuada -en el fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada- se refiere exclusivamente a la infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, sin abordar en ningún momento la infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE invocada expresamente en la demanda.

Por otro lado, tampoco puede entenderse que se de respuesta a la impugnación de la sanción por infracción de los artículos 102 TFUE y 2 de la LDC por la remisión -contenida en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia impugnada- a la sentencia de la misma Sala y Sección de 23 de julio de 2021 -procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales 1/2017-, en respuesta a la denuncia de la vulneración del principio *no bis in ídem*. Y es que, si bien en la sentencia de remisión se mencionan las infracciones de forma separada y se recogen las razones expuestas por la CNMC para imputar a RENFE la infracción de los artículos indicados y los motivos por los que justifica que la discriminación comercial implica una situación de abuso, en ningún caso, dados los límites de enjuiciamiento que impone el procedimiento especial, realiza un examen específico y directo de las alegaciones de la recurrente sobre la falta de acreditación de la independencia de comportamiento necesario para declarar la existencia de posición de dominio, aparte de que la sentencia aquí recurrida en casación no incorpora ni hace referencia expresa a los fundamentos específicos relativos a la infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE contenidos en aquella resolución.

Por consiguiente, la sentencia de instancia omite todo análisis y respuesta al núcleo del motivo de impugnación articulado por RENFE, centrado en la exigencia, derivada de la jurisprudencia comunitaria, de que la empresa pueda comportarse de manera apreciablemente independiente de sus competidores, clientes y consumidores para ser considerada dominante. La falta de análisis sobre este extremo supone una evidente incongruencia omisiva y genera indefensión, al no resolver el tribunal de instancia una pretensión de la parte recurrente ni examinar sus correspondientes alegaciones.

SÉPTIMO.- Conclusión y costas procesales

De cuanto antecede se deduce que: (i) en cuanto a la sanción impuesta por la vulneración de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC, la sentencia impugnada ha ejercido el control que le incumbía con plena jurisdicción, habiendo analizado detalladamente los acuerdos, la situación de la competencia en su ausencia y su impacto en el mercado, rechazando las alegaciones de las recurrentes fundadamente y valorando críticamente las pruebas aportadas; sin embargo, (ii) no ha hecho lo mismo con los criterios expuestos en relación con la infracción de los artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC, ya que ni siquiera ha analizado las razones de



impugnación desplegadas por la allí demandante y ahora recurrente en casación, por lo que dicha sentencia ha de ser casada y anulada en esta parte.

Una vez casada la sentencia recurrida procedería que resolviésemos la controversia planteada en el proceso de instancia con respecto a la sanción impuesta por infracción de los repetidos artículos 102 del TFUE y 2 de la LDC. No obstante, según hemos dicho, la Sala de instancia no ha examinado ninguna de las alegaciones formuladas por RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS, por lo que consideramos procedente aplicar aquí la previsión contenida en el artículo 93.1, último inciso, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que permite, cuando se justifique su necesidad, que la sentencia que resuelve el recurso de casación ordene la retroacción de las actuaciones, así como su devolución al órgano judicial de procedencia. Y, en este caso, consideramos justificada tal devolución porque la Sala de instancia no ha realizado ningún examen de la impugnación de la referida sanción.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley de esta Jurisdicción Contencioso-administrativa, no procede hacer expresa imposición de costas a alguna de las partes procesales como tampoco de las costas del proceso de instancia, habida cuenta que se devuelven las actuaciones a la Sala de que procede para que dicte nueva sentencia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero.-Declarar haber lugar al presente recurso de casación número **6056/2022** interpuesto por la representación procesal de Renfe Operadora y de Renfe Mercancías Sociedad Mercantil Estatal S.A. contra la sentencia de 21 de octubre de 2021, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo número 302/2017, que casamos y anulamos en parte, en cuanto no examina ni resuelve la impugnación de la sanción impuesta por la infracción de los artículos 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Segundo.-Ordenar la devolución de las actuaciones a la Sala de instancia de la que proceden, para que, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, dicte otra sentencia resolviendo lo que corresponda respecto de las cuestiones y pretensiones planteadas en relación con la sanción impuesta por la infracción del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, sin que dicha sentencia vuelva a examinar la conformidad a Derecho de la sanción impuesta por la infracción del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Tercero.-No hacer imposición de las costas procesales causadas en este recurso de casación ni de las generadas en el proceso de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.