



Roj: **SAN 5862/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5862**

Id Cendoj: **28079230062021100605**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/10/2021**

Nº de Recurso: **302/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000302 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02459/2017

Demandante: RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL, S.A.

Procurador: D^a. LAURA ALBARRAN GIL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: AEFPP

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

S E N T E N C I A N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil veintiuno.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **302/2017**, el recurso contencioso- administrativo formulado por **RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL, S.A.** representadas por la procuradora doña Laura Albarran Gil, 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, por la que se le impuso sanciones por importe de 49.962.000 y 15.129.000 euros.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que solicita « [d]icte sentencia por la que estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta representación y anule la citada Resolución o, subsidiariamente, las multas impuestas o, subsidiariamente, reduzca dichas multas, imponiendo en todo caso el pago de las costas [...]»

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 19 de mayo de 2021 en que efectivamente se deliberó y votó.

La resolución del presente recurso ha estado a la espera del dictado de la sentencia

Ha sido ponente al Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo formulado por RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL, S.A. (en adelante RENFE) 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, por la que se le impuso una sanción por importe de 49.962.000 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de abril, y en lo sucesivo LDC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); y otra sanción por importe de 15.129.1 euros de la que ambas responderán solidariamente por la comisión de una infracción única y continuada del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE.

La parte dispositiva de la resolución impugnada concretaba:

«**PRIMERO.-** Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción única y continuada 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 , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de la citada infracción a las siguientes empresas:

1. Renfe Operadora, 2. Renfe Mercancías, S.A., (...) **TERCERO.-** Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

1. Una multa de 49.962.000 euros, de la que responden solidariamente Renfe Operadora y Renfe Mercancías. (...)

QUINTO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción única y continuada del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución.

SEXTO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a Renfe Operadora y Renfe Mercancías, S.A.

SÉPTIMO.- Imponer a Renfe Operadora y Renfe Mercancías una multa de 15.129.000 euros de la que ambas responderán solidariamente. [...]».

SEGUNDO.- Los antecedentes que precedieron al dictado de la resolución recurrida pueden resumirse de este modo:

1.- Con fecha 28 de marzo de 2014 se registró en la CNMC escrito de denuncia de la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (AEFP) contra Renfe Operadora (RENFE) y sus filiales activas en el transporte de mercancías por ferrocarril, así como contra Transportes Ferroviarios Especiales, S.A. (TRANSFESA) y su filial Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A. (SEMAT), por supuestas conductas prohibidas por la LDC y que consistirían, según la denunciante, y por un lado, en un abuso de posición

dominante por parte de RENFE en la prestación de servicios de transporte ferroviario de mercancías y ciertos segmentos vecinos (tales como la tracción y el alquiler de vagones); y, por otro lado, en un acuerdo restrictivo de la competencia entre RENFE y TRANSFESA en el ámbito del transporte de automóviles por ferrocarril.

2.- Tras acordar con esa misma fecha el inicio de una información reservada al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), y recabar la documentación que obra a los folios 454 y siguientes del expediente administrativo, el 21 de octubre de 2014 la DC acordó la incoación de expediente sancionador contra RENFE, Renfe Mercancías, S.A. (RENFE MERCANCIAS), RENFE ALQUILER, TRANSFESA, Transfesa Rail, S.A. (TRANSFESA RAIL), Pool Ibérico Ferroviario A.I.E. (PIF), Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E. (HISPANAUTO) y SEMAT por posibles conductas prohibidas en los artículos 1 y 2 de la LDC, así como en los artículos 101 y 102 del TFUE, consistentes en:

- Abuso de posición dominante por parte de RENFE, RENFE MERCANCIAS y RENFE ALQUILER, por la posible aplicación a empresas asociadas a AEFP de condiciones comerciales discriminatorias en relación con otros clientes en la prestación de servicios de tracción o en el alquiler de vagones; y

- Posible acuerdo colusorio entre RENFE, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, HISPANAUTO y SEMAT, tendente al reparto del mercado en el ámbito del transporte ferroviario de mercancías, y en especial automóviles, así como sus piezas y componentes.

3.- Recabada la información que igualmente consta en el expediente, por acuerdo de 9 de junio de 2015 se amplió el acuerdo de incoación a las empresas DBIH, DB Mobility Logistics AG (DB ML), DB Schenker Rail Deutschland AG (DB SR DEUTSCHLAND) y DB Schenker Rail International Limited (DB SR INTERNATIONAL).

4.- Con fecha 24 de agosto de 2015 se formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue notificado a las partes, frente al cual formularon las alegaciones que constan en el procedimiento.

5.- Mediante sendos escritos el Grupo Deutsche Bahn, por un lado, y RENFE y RENFE MERCANCIAS, por otro, solicitaron el inicio de la tramitación de una terminación convencional para el expediente sancionador, planteando una serie de compromisos. Tramitado dicho procedimiento, con suspensión del plazo máximo para resolver, se acordó con fecha 18 de abril de 2016 finalmente el cierre del mismo, y la reanudación del cómputo del plazo máximo para resolver, al no admitirse los compromisos propuestos, y ello por entender la DC que no solucionaban adecuadamente los problemas de competencia derivados de las conductas objeto del expediente de referencia, ni garantizaban suficientemente el interés público.

6.- El 7 de junio de 2016 se acordó el cierre de la fase de instrucción, y el 9 de junio siguiente se notificó a las partes la correspondiente propuesta, frente a la cual formularon las alegaciones que tuvieron por conveniente.

7.- Tras los trámites que refleja el expediente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 28 de febrero de 2017.

TERCERO.- Antes de analizar las alegaciones formuladas en la demanda y en las que la parte actora funda su pretensión, conviene hacer una breve referencia a las entidades que ocupan esa posición procesal teniendo en cuenta que actúan bajo la misma representación y que resultaron sancionadas por la resolución de 28 de febrero de 2017.

El objeto de litigio se centra en analizar la legalidad de la sanción impuesta a las entidades demandantes a quienes se imputa, como decimos, una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE por la realización de las conductas que, reflejadas en la propuesta de resolución por la DC, fueron consideradas acreditadas finalmente por la Sala de Competencia.

La primera infracción deriva de una vulneración única y continuada del artículo 1 de la LDC, así como el artículo 101 del TFUE, por parte de RENFE, RENFE MERCANCIAS, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, HISPANAUTO, SEMAT, DBIH, DB ML y DB SR DEUTSCHLAND, infracción consistente en acuerdos y prácticas concertadas entre empresas competidoras en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, restrictivos de la competencia por su efecto, derivados de la firma de:

- (i) el acuerdo de cooperación, de 1 de noviembre de 2008, firmado por Renfe Operadora y DB Schenker Rail Deutschland AG (en el momento de la firma, Railion Deutschland AG);

- (ii) el acuerdo, de 1 de diciembre de 2008, firmado por Renfe Operadora, Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A. (en el momento de la firma, Activa Rail, S.A.), Pool Ibérico Ferroviario A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E., y Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A.;

- (iii) el contrato, de 14 de octubre de 2008, de subarrendamiento de 5 locomotoras por parte de Transfesa Rail, S.A. (en el momento de la firma, Activa Rail, S.A.) a DB Schenker Rail International Limited (en el momento de la firma, English Welsh & Scottish Railway International Limited); y

(iv) el contrato, de 4 de diciembre de 2008, de subarrendamiento de 5 locomotoras por parte de Transfesa Rail, S.A. (en el momento de la firma, Activa Rail, S.A.) a Renfe Operadora.

Estos acuerdos y prácticas concertadas entre competidores han tenido un efecto restrictivo de la competencia, al limitar indebidamente la competencia estática y dinámica entre sus partícipes en los mercados de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril (con especial énfasis, en el segmento de vehículos terminados, así como sus piezas y componentes), el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario y el sector de la logística y expedición de vehículos terminados, sin que estos acuerdos y prácticas concertadas se encuentren amparados por la exención prevista en el artículo 1.3 de la LDC.

La resolución recurrida se refiere además a las partes intervinientes y al funcionamiento del sector del transporte de mercancías por ferrocarril, e identifica los mercados relevantes afectados, que serían el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España; el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España; el mercado de alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías en España; y el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario, de ámbito regional dentro de España.

Mercados que describe a continuación, con referencia singular a la dimensión de cada uno de ellos.

Expone los hechos que considera acreditados, para lo cual parte de la evolución histórica del sector de transporte de mercancías por ferrocarril en España y la posición de dominio de RENFE y RENFE MERCANCIAS en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías una vez producida la liberación de dicho sector tras la entrada en vigor la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (LSF).

Alude al monopolio legal que ostentaba RENFE antes de la entrada en vigor de la LSF sobre la provisión de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en la red de competencia estatal, y que tras la liberalización se constituye como el operador principal en el sector de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, destacando que las empresas privadas de transporte de mercancías que operaban en España con anterioridad a dicha Ley contrataban la tracción con el predecesor de RENFE. Entre ellas destaca a TRANSFESA, principal empresa privada entonces en el transporte de mercancías por ferrocarril; y al Grupo COMSA y el Grupo ACS en el ámbito del transporte de materiales y apoyo a la explotación para la construcción de las líneas españolas de Alta Velocidad, grupos empresariales que, con la liberalización del ferrocarril, constituyeron filiales, en concreto Comsa Rail Transport, S.A., y Continental Rail, S.A., respectivamente, para proveerse internamente de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías.

Recuerda que la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías entraña la asunción de unos elevados costes fijos por causa de la locomotoras necesarias para operar, además de que el proceso de homologación para poder circular por la Red de Ferrocarriles es lento, y el mantenimiento de las locomotoras implica un coste que califica de periódico y relevante, sin que se mitigue por acudir a la alternativa del alquiler, incidiendo también en el coste y el tiempo necesario para la formación del personal especializado en su manejo y mantenimiento.

De este modo se evidenciaría que en este mercado son muy importantes las economías de red, de tal forma que aquellos operadores con un mayor tamaño (en cuanto a locomotoras) pueden ofrecer unos servicios más atractivos al cliente en términos de disponibilidad de maquinaria y abanico de destinos, lo cual estimula su demanda. Y, a su vez, esa mayor demanda permite optimizar el uso de las locomotoras posibilitando unos menores costes operativos en comparación con aquellos operadores de menor tamaño. Todo lo cual determinó que RENFE y su sucesora en el negocio de la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, RENFE MERCANCIAS, hubieran ocupado una posición dominante en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España durante el periodo 2008-2014.

Es también destacable en cuanto a la concreta situación de las empresas demandantes en este proceso la circunstancia, recogida entre los hechos probados de la resolución, de que con anterioridad a que DEUTSCHE BAHN AG (DB) adquiriese el control de TRANSFESA -en abril de 2008-, esta se doto de tracción ferroviaria propia en España, para lo cual constituyó una filial -Activa Rail, S.A., después denominada TRANSFESA RAIL- que obtuvo su correspondiente licencia ferroviaria, contrató en régimen de leasing diez locomotoras y procedió a la formación de maquinistas propios.

Asimismo, se indica en la resolución que paralelamente a la toma de control de TRANSFESA por parte de DB esta entro en el mercado español de transporte de mercancías por ferrocarril a través de English Welsh & Scottish Railway International Limited (EWSI, hoy denominada DB SR INTERNATIONAL), que obtuvo licencia de operador ferroviario en enero de 2008.

Relata a continuación la resolución recurrida que, después de tomar DB el control de TRANSFESA, RENFE y distintas empresas del Grupo Deutsche Bahn alcanzaron dos acuerdos comerciales en relación con el transporte de mercancías por ferrocarril, acuerdos que describe «[C]on fecha 1 de noviembre de 2008, RENFE y Railion Deutschland AG (hoy DB SR DEUTSCHLAND) firmaron un acuerdo de cooperación (folios 4692 a 4702) por el que ambas empresas se declararon socios preferenciales y establecieron unas nuevas condiciones comerciales para los servicios de tracción ferroviaria y provisión de vagones que RENFE prestaba a DB SR DEUTSCHLAND en España. La duración de este acuerdo se extendía hasta el 31 de diciembre de 2013 (salvo para el tráfico concreto de un cliente de DB SR DEUTSCHLAND, en cuyo caso la vigencia del acuerdo se prolongaba hasta el 31 de marzo de 2014). Ambas partes establecieron que a partir de aquel momento cooperarían como "socios preferenciales" (cláusula 3). En particular, se recoge en el acuerdo que "ambas partes realizarán todos aquellos esfuerzos razonables de modo a proporcionarse mutuamente técnica y financieramente ofertas competitivas para nuevas oportunidades de tráficos internacionales". Asimismo, el acuerdo establece (cláusulas 1 y 2) que las condiciones comerciales recogidas en el mismo se iban a aplicar a la sección española de todos los tráficos internacionales de mercancías por ferrocarril entre España y Alemania (u otro país europeo) en los que cooperaban RENFE y DB SRDEUTSCHLAND, siendo los servicios prestados por RENFE de tracción y, en algún caso puntual, además, de provisión de vagones. En concreto, el acuerdo recoge (cláusula 5) el precio que para el año 2009 pasa a regir la prestación de los mencionados servicios en 25 contratos vigentes entre las partes en el momento de la firma del acuerdo (de los cuales doce eran de automóviles, ocho de piezas y componentes de automoción, tres de contenedores, uno siderúrgico y uno de productos químicos), así como la fórmula de revisión anual de dichos precios durante la vigencia del acuerdo de cooperación. De acuerdo con lo manifestado por DBIH (folio 5298 en relación con el folio 4367), en virtud de la cláusula 1 del acuerdo, la fórmula de revisión anual de precios contenida en la cláusula 5 del acuerdo de cooperación resultó de aplicación a todos los transportes individuales de empresas dependientes de DB SCHENKER RAIL AG (y no solamente a DB SR DEUTSCHLAND) cuya tracción y provisión de vagones proporcionó RENFE dentro de España durante la vigencia del acuerdo. Los tráficos de empresas del Grupo Deutsche Bahn que se acogieron a esta fórmula de revisión anual de precios a lo largo del periodo de vigencia de dicho acuerdo de cooperación, vienen recogidos en el expediente (según datos proporcionados por RENFE -folio 4703- y según datos proporcionados por DBIH -folios 5390 a 5392-) [...]».

Al segundo de los acuerdos se refiere la resolución del siguiente modo: «[U]n mes después de la celebración del reseñado acuerdo de cooperación entre RENFE y DB SR DEUTSCHLAND, el 1 de diciembre de 2008, RENFE, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL (en el momento de la firma, ACTIVA RAIL), PIF, HISPANAUTO y SEMAT firmaron un segundo acuerdo por el que "TRANSFESA considera a RENFE como su proveedor preferente para realizar el servicio de tracción en la península ibérica y, asimismo RENFE considera a TRANSFESA como cliente preferente en la realización de los actuales tráficos internacionales/nacionales, así como futuras oportunidades en este sector", con una vigencia prevista hasta el 31 de diciembre de 2013 (folios 638 a 663). El contenido básico de este segundo acuerdo, a efectos del expediente, es el siguiente: - RENFE, por un lado, y TRANSFESA e HISPANAUTO, por otro, acordaron los precios para 2009 de los servicios de tracción que la primera prestaba a las segundas, así como la fórmula de revisión anual de estos durante la vigencia del acuerdo (cláusulas 1 y 3 y Anexos B1 y B2); asimismo, se acordó extender la vigencia del contrato por el que RENFE proporcionaba servicios de tracción a PIF dentro de España, que había sido firmado por ambas entidades el 1 de enero de 2008 (folios 2204 a 2223), para hacerla coincidir con la del presente acuerdo (cláusula 2); RENFE prolongó el arrendamiento a SEMAT de dos plataformas logísticas de automóviles, situadas en Fuencarral (Madrid) y La Llagosta (Barcelona), con los precios y la revisión anual de los mismos recogidos en el propio acuerdo (cláusula 4); y RENFE y TRANSFESA RAIL acordaron que firmarían un contrato por el cual la segunda arrendaría a la primera cinco locomotoras Vossloh Euro 4000 en las mismas condiciones técnicas y comerciales que TRANSFESA RAIL tenía contraídas con la sociedad de leasing Ángel Trains EspanPa, S.A. (hoy Alpha Trains Iberia, S.A.) (cláusula 5) [...]».

El siguiente hito en el relato de hechos probados sobre el cual la CNMC construye la imputación lo constituyó el arrendamiento en otoño de 2008 de las diez locomotoras que TRANSFESA había contratado en leasing el 3 de agosto de 2007 por un período de diez años.

Cinco de ellas las alquiló ACTIVA RAIL, hoy TRANSFESA RAIL, a EWSI (hoy denominada DB SR INTERNATIONAL) mediante contrato de 14 de octubre de 2008, arrendamiento que concluyó el 30 de abril de 2011, fecha a partir de la cual, y hasta la formulación del pliego de concreción de hechos, fueron utilizadas por TRANSFESA.

Las otras cinco locomotoras se las arrendó a RENFE mediante contrato de 4 de diciembre de 2008, arrendamiento que finalizó el 28 de noviembre de 2013, momento a partir del cual fueron explotadas por TRANSFESA.

Destaca en este punto la resolución recurrida que las locomotoras se entregaron a EWSI y a RENFE en la sede de Vossloh España, S.A., donde se fabricaron, el 14 de octubre y el 4 de diciembre de 2008, respectivamente (días de la firma de los contratos). También señala la resolución que el derivado del contrato RENFE/ACTIVA RAIL es el único alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías que ha suscrito RENFE en el periodo 2005-2014.

Resultaría igualmente significativo que tras adquirir DB el control de TRANSFESA, esta suspendió la provisión interna de tracción ferroviaria hasta el 1 de mayo de 2011, manteniéndose inactiva, habiendo reconocido que el Grupo Transfesa nunca utilizó locomotoras propias para traccionar transporte de vehículos terminados, ya que para ello siempre habría acudido a los servicios del Grupo Renfe. Así, indica que TRANSFESA utilizó la tracción propia proporcionada por:

- las cinco locomotoras que le fueron devueltas por EWSI el 1 de mayo de 2011 tras finalizar su arrendamiento.

- las cinco locomotoras que le fueron devueltas por RENFE con fechas 28 de noviembre y 5 de diciembre de 2013 tras finalizar su arrendamiento, y

- las ocho locomotoras que alquiló, con distintas duraciones, en el periodo que transcurre entre el 1 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2014 (folio 2188). La duración de estos alquileres osciló entre los 5 meses y los 2 años y 10 meses.

Asimismo, al referirse a la actividad de transporte de mercancías por ferrocarril en España y la tracción ferroviaria utilizada en la misma llevada a cabo por el Grupo Deutsche Bahn (excluyendo al Grupo Transfesa y EWSI) desde la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril en España, destaca que los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril prestados por estas empresas en España durante dicho periodo se refieren exclusivamente a servicios internacionales con origen o destino España, y que para el tramo dentro de España de todos sus tráficos internacionales con origen o destino España, las empresas del Grupo Deutsche Bahn utilizaron exclusivamente tracción ferroviaria proporcionada por RENFE y su sucesora en el negocio del transporte de mercancías por ferrocarril, RENFE MERCANCIAS, como se acreditaría a la vista del folio 5299 del expediente administrativo en relación con los folios 5378 y 5390 a 5394.

La resolución de 27 de febrero de 2018 pone de manifiesto de manera destacada, al aludir a la tracción ferroviaria utilizada por el Grupo Transfesa en España desde la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril, que la propia TRANSFESA reconoció que el Grupo Transfesa (en concreto, PIF e HISPANAUTO) nunca habría utilizado locomotoras propias para traccionar transporte de vehículos terminados, ya que para ello siempre acudió a los servicios del Grupo Renfe. También que TRANSFESA ha empleado la tracción de RENFE en la sección española de todo su transporte internacional de mercancías por ferrocarril que ha atravesado la frontera francesa, durante el periodo 2005-2014, y que "... la inmensa mayoría del transporte internacional de TRANSFESA durante dicho periodo ha sido de piezas y componentes de automóvil".

Del mismo modo precisa que, para el tramo dentro de España de todos sus tráficos internacionales con origen o destino España, las empresas del Grupo Deutsche Bahn utilizaron exclusivamente tracción ferroviaria proporcionada por RENFE y su sucesora en el negocio del transporte de mercancías por ferrocarril, RENFE MERCANCIAS.

Por otra parte, la CNMC describe la conexión accionarial entre las diferentes empresas, que habría quedado acreditada de manera suficiente con los documentos incorporados al expediente administrativo. Se refiere en este sentido a las participaciones en terceras empresas del sector del transporte de mercancías por ferrocarril en España que posee el Grupo Renfe, indicando que, a su vez, el Grupo Deutsche Bahn (a través de la empresa DB Schenker Rail Automotive GmbH) tiene una participación accionarial del 14,55% en PECOASA, empresa del Grupo Renfe que gestiona la actividad del grupo en el transporte de vehículos de motor terminados por ferrocarril.

Como consecuencia de las participaciones cruzadas en el accionariado de algunas de las filiales de los grupos Renfe y Deutsche Bahn, se nombraron Consejeros que están presentes en los Consejos de Administración de empresas de ambos grupos -al respecto señala que, a la fecha de elaboración del PCH, el Director General de RENFE MERCANCIAS, era Consejero de TRANSFESA; el Vicepresidente del Consejo de TRANSFESA, era Consejero de TRANSFESA RAIL y SEMAT, gerente de PIF e HISPANAUTO, a la vez que Consejero de PECOASA; y se producía coincidencia en la misma persona de los cargos de Director en el Grupo Renfe, Consejero Delegado de CONTE RAIL, Presidente de INTERCONTAINER y de CONSTRURAIL, donde RENFE tiene una destacada participación accionarial, Consejero de LOGIRAIL, filial de RENFE MERCANCIAS que presta servicios logísticos en tierra y en la que se incluye la gestión de 4 campas para el sector del automóvil, PECOASA y RAILSIDER, a la vez que Consejero de TRANSFESA y SEMAT.

Especial relevancia atribuye la resolución al hecho de que, si bien RENFE ha seguido una política comercial según la cual se aplicarían condiciones análogas a todas las empresas de transporte de mercancías que le solicitan servicios de tracción ferroviaria y, entre tales condiciones, una penalización en caso de anulación de servicios es lo cierto que no llegó a aplicar dichas penalizaciones al Grupo Transfesa en tales casos.

CUARTO.- Sobre la base de los hechos que hemos sintetizado, y que la resolución describe con explícita referencia a los folios del expediente administrativo que los acreditan, la DC consideró probada la comisión de una infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en acuerdos y prácticas concertadas, restrictivos de la competencia por su efecto, por parte de RENFE OPERADORA, RENFE MERCANCIAS, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, HISPANAUTO, SEMAT, DBI, DB ML y DB SR DEUTSCHLAND.

Entendía que tales acuerdos derivaban de la firma de los siguientes acuerdos:

- el acuerdo de cooperación, de 1 de noviembre de 2008, firmado por Renfe Operadora y DB Schenker Rail Deutschland AG (en el momento de la firma, Railion Deutschland AG).
- El acuerdo, de 1 de diciembre de 2008, firmado por Renfe Operadora, Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A. (en el momento de la firma, Activa Rail, S.A.), Pool Ibérico Ferroviario A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E., y Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A.
- El contrato, de 14 de octubre de 2008, de subarrendamiento de 5 locomotoras por parte de Transfesa Rail, S.A. (en el momento de la firma, Activa Rail, S.A.) a DB Schenker Rail International Limited (en el momento de la firma, English Welsh & Scottish Railway International Limited).
- El contrato, de 4 de diciembre de 2008, de subarrendamiento de 5 locomotoras por parte de Transfesa Rail, S.A. (en el momento de la firma, Activa Rail, S.A.) a Renfe Operadora.

Además, consideraba que *«[e]stos acuerdos y prácticas concertadas entre competidores han tenido un efecto restrictivo de la competencia, al limitar indebidamente la competencia estática y dinámica entre sus partícipes en los mercados de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril (con especial énfasis, en el segmento de vehículos terminados, así como sus piezas y componentes), el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario y el sector de la logística y expedición de vehículos terminados, sin que estos acuerdos y prácticas concertadas se encuentren amparados por la exención prevista en el artículo 1.3 de la LDC [...]»*.

La propuesta emitida por la DC fue asumida por la Sala de Competencia en su resolución, en la que hace una valoración sobre la antijuridicidad de la conducta y advierte que *«[l]a firma casi simultánea de los dos primeros acuerdos entre RENFE y el Grupo Deutsche Bahn y especialmente los paralelismos en el texto y en los objetivos de ambos, permiten afirmar que fueron concebidos conjuntamente, por lo que están conectados y forman un todo de contrapartidas entre ambos grupos [...]»*.

Analiza la sucesión de hechos y pone de relieve que no existe explicación alternativa plausible a que el Grupo Transfesa abandonara su plan de auto prestación de servicios de tracción, contrariamente a lo previsto antes de la entrada de DB en el capital de TRANSFESA, teniendo presente que *«[E]l Grupo Transfesa había ya incurrido en una inversión sustancial, en términos económicos y de tiempo, para dotarse de tracción propia, que no solo incluía la adquisición de las locomotoras, sino también la formación de los maquinistas, lo cual hacía la tracción interna más atractiva que la de un tercero, dada la relevante base de clientes de TRANSFESA ya en el momento del alquiler [...]»*.

Destaca especialmente que:

- las decisiones de arrendar cinco locomotoras de TRANSFESA a RENFE y de no invertir en la ulterior adquisición de locomotoras adicionales fueron resultado, no de una decisión adoptada unilateralmente, sino de los acuerdos alcanzado con RENFE al objeto de que el Grupo Transfesa no utilizase internamente las diez locomotoras adquiridas y que las necesidades de tracción del Grupo Deutsche Bahn en España se cubrieran a largo plazo por RENFE.
- resultaría sorprendente que el Grupo Deutsche Bahn, primer operador de transporte de mercancías por ferrocarril a nivel europeo no hubiera empleado por entero tracción propia en el transporte internacional de mercancías por ferrocarril con origen o destino España, a pesar de contar con locomotoras propias en España (bajo TRANSFESA RAIL), Francia (bajo la filial Euro Cargo Rail), Alemania, Reino Unido, Italia y otros países.
- no puede explicarse el alquiler por parte de RENFE de las cinco locomotoras de TRANSFESA, cuando es lo cierto que RENFE se encontraba en aquel momento llevando a cabo un plan de modernización que le

proporcionaría 47 nuevas locomotoras diesel (lo que suponía muchas más locomotoras que las que tenían los demás operadores del mercado conjuntamente).

La resolución expone además las ventajas que los acuerdos implicaban para ambas partes:

- Por un lado, el Grupo Deutsche Bahn se vinculó a largo plazo con RENFE para que le cubriera las necesidades de tracción que tenía en aquel momento en España, declarando a RENFE su socio/proveedor preferencial, con la consecuencia de excluir a terceros de la posibilidad de cubrir las necesidades de tracción del Grupo Deutsche Bahn. Además, dicho Grupo obtuvo de RENFE un tratamiento preferencial y garantías de suministro, con revisiones de precios acordadas de antemano.

- En el acuerdo entre RENFE y el Grupo Transfesa de 1 de diciembre de 2008 se indicaba que, ante una necesidad de tracción, el Grupo Transfesa consideraría a RENFE como su proveedor preferencial, y RENFE tendría al Grupo Transfesa como cliente preferente, acreditándose que, frente a la práctica habitual de RENFE, no aplicó penalizaciones al Grupo Transfesa por las anulaciones de servicios.

- Mediante los acuerdos controvertidos, específicamente la prórroga del alquiler de las campas para automóviles de RENFE a favor de SEMAT, se garantizó la posición del Grupo Transfesa en el mercado del transporte de mercancías por ferrocarril en España y, en particular, en el segmento de vehículos terminados en España, principal ámbito de actuación del Grupo Transfesa. Al propio tiempo, la prórroga del alquiler de tales campas tuvo efectos anticompetitivos en el mercado porque impidió que RENFE licitara de forma abierta el alquiler de las mismas a otros posibles operadores interesados.

Concluye la resolución que la repercusión en materia de competencia en el mercado de transporte de mercancías sería evidente atendido el hecho de que *«[e]l segundo operador en este mercado dependa casi por entero del Grupo Renfe, su principal competidor y primer operador en el mercado de transporte de mercancías en España, en materia de un input necesario para competir como es la tracción, dependencia afianzada a largo plazo por los acuerdos colusorios alcanzados [...]»*

QUINTO.- El escrito de demanda pretende la nulidad de la resolución impugnada y de manera resumida identifica con la (i) la infracción de los artículos 101 TFUE y 1 LDC, al declarar la resolución recurrida que los Acuerdos controvertidos 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) La infracción de los artículos 102 TFUE y 2 LDC, al declarar que RENFE tiene posición de dominio en el mercado de tracción sin acreditar la necesaria independencia de comportamiento. (iii) La infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE al declarar la resolución recurrida la existencia de una conducta discriminatoria abusiva sin pruebas de cargo e ignorando las pruebas de descargo. (iv) La infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al imponer dos sanciones al mismo sujeto por los mismos hechos. (v) La infracción de los artículos 64 LDC y 131 de la Ley 30/1992, al imponer multas desproporcionadas a RENFE. (vi) Por último, la infracción del artículo 138 de la Ley 30/1992, al carecer la resolución recurrida de la necesaria motivación en lo que se refiere a la determinación del importe de las sanciones.

El Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso, reiterando en parte las razones de la resolución impugnada.

SEXTO.- Para abordar los tres primeros motivos invocados en el escrito de demanda, no podemos apartarnos de lo ya dicho en la sentencia 31 de julio de 2021, recurso 309/2017. Partíamos en la citada sentencia de *«[u]na 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".*

En efecto, resulta del todo plausible que, como señala 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 el hecho de haber sido concebidos conjuntamente, de modo conexo e integrando una serie de contrapartidas entre ambos grupos; simultaneidad y vinculación acreditada también con la firma de los contratos de arrendamiento. Ha de destacarse, frente a las afirmaciones de la demanda, que la supuesta habitualidad en la firma de contratos análogos no ha sido en modo alguno probada. Así, y cuando asegura que el contrato de 1 de noviembre de 2008 es en realidad un contrato marco cuyo objetivo principal sería consolidar una serie de acuerdos individuales para tráficos internacionales ya existentes, de manera que no solo se refiere a tráficos del Grupo Transfesa, sino también a tráficos con otros muchos clientes del Grupo DB, lo cierto es que no lo acredita de ningún modo, pues a la demanda no se acompaña otro contrato que pudiera tener las características o el

alcance del suscrito con RENFE en aquella fecha, cuando la pretendida habitualidad en esta clase de acuerdos por parte del Grupo DB haría sumamente fácil el aportar cualquier otro ejemplo.

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.

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.

No puede desconocerse que cinco de ellas fueron alquiladas a RENFE que, según la resolución disponía del mayor parque de locomotoras de España y tenía capacidad de tracción excedentaria. Pese a que la parte actora pone en cuestión este dato, y destaca el uso real por parte de RENFE de las locomotoras subarrendadas por TRANSFESA, no deja de ser contradictorio que argumente que se desprendió de las locomotoras -no olvidemos que recién adquiridas pues de hecho se entregaron en la fábrica directamente a RENFE- atendida la grave situación de crisis económica, y, al mismo tiempo, afirme que RENFE en esa misma situación de crisis necesitaba realmente toda la capacidad de tracción posible, no solo de la que disponía ya, sino también de la proporcionada por TRANSFESA.

En cualquier caso, la crisis económica no resulta, a juicio de la Sala, justificación suficiente de ese cambio radical de estrategia empresarial de TRANSFESA que, de aumentar su capacidad de tracción propia con la adquisición de diez locomotoras -con la inversión que ello suponía, tanto económica como de tiempo necesario para la formación del personal- pasó a desprenderse de ellas con la consecuencia de pasar a depender de la tracción proporcionada por RENFE.

Sí resulta, por contra, una explicación plausible de todo ello que, ante la adquisición de TRANSFESA por parte del Grupo DB, se llegara a los acuerdos finalmente firmados entre este Grupo y RENFE que suponían en rigor un reparto de los mercados afectados, de tal manera que, incorporado al mercado español el Grupo DB, conseguía través de estos acuerdos una vinculación a largo plazo con RENFE a quien declaraba su proveedor preferencial, lo que le aseguraba tener cubiertas las necesidades de tracción del Grupo Deutsche, con la consecuencia de excluir la posibilidad de la prestación de este servicio por terceros.

Para RENFE, el acuerdo de 1 de diciembre de 2008 suscrito con el Grupo TRANSFESA le suponía asegurarse la condición de proveedor preferencial de tracción ferroviaria de dicho Grupo que, al mismo tiempo, adquiriría la condición de cliente preferente. Y con todo ello, la práctica exclusividad en la prestación de esta clase de servicio, resultando muy ilustrativo que RENFE no aplicase las penalizaciones habituales a l Grupo TRANSFESA en los casos de anulación del servicio.

Pues bien, estos acuerdos coincidentes en el tiempo y en el propósito descrito, resultan en su conjunto sugerentes de la conducta colusoria que se sanciona si se advierte, además, que en la misma línea inciden el alquiler de locomotoras y la prórroga del alquiler a RENFE de las campas de titularidad de TRANSFESA.

Entendemos que es esta perspectiva conjunta de los diferentes acuerdos adoptados la que debe primar a la hora de enjuiciar la conducta y su eventual carácter colusorio, y no el análisis individualizado de cada uno dichos acuerdos que propone la parte actora en su demanda.

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.

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.



Y el hecho de que el Grupo Deutsche Bahn, primer operador de transporte de mercancías por ferrocarril a nivel europeo no emplease solo tracción propia en el transporte internacional de mercancías por ferrocarril con origen o destino España, a pesar de contar con locomotoras propias en España (bajo TRANSFESA RAIL).

La evidencia de todo ello permite afirmar que los acuerdos descritos obedecían a una estrategia unitaria de reparto del mercado y de mantenimiento de la situación existente, que se habría querido conservar tras la entrada en el mercado de un operador de la dimensión del Grupo DB con el objetivo de alinear sus intereses con RENFE y reducir la presión competitiva, a lo que habría contribuido también el hecho de las participaciones cruzadas en las empresas que describe la resolución.

Las explicaciones ofrecidas en la demanda sobre el alcance de cada uno de los acuerdos, y a las que nos hemos referido antes, son insuficientes ante esa evidencia que resulta de una apreciación conjunta de las distintas conductas descritas.

Por otra parte, las pruebas acopiadas en el expediente son sin duda bastantes para justificar las conductas imputadas, y el contenido concreto de los acuerdos es indiscutible, como lo son los términos del subarriendo de las locomotoras, o la prórroga del alquiler de las campas. [...].

En cuanto al análisis la restricción de la competencia por efecto, también se dijo en esta sentencia que « [l]a resolución no discute la licitud de los acuerdos analizados, sino que entiende que, conjuntamente considerados, habrían tenido efectos restrictivos de la competencia y, en particular, un reparto del mercado afectado.

Recuerdan la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la necesidad de que la autoridad de competencia lleve a cabo un análisis de los efectos, doctrina reflejada en la sentencia de 11 de septiembre de 2014, asunto C-67/13 P Goupement des cartes bancaires y en otras posteriores, y acogida tanto por esta Sala de la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo en los pronunciamientos que cita.

Y critican que, en este caso, no se incluya en la resolución el preceptivo análisis de efectos contrarios a la competencia.

Si bien es admisible el planteamiento inicial de este motivo en la medida en que es la misma resolución sancionadora la que refiere la efectiva causación de efectos anticompetitivos en el mercado, no puede decirse, sin embargo, que no se haga una descripción de tales efectos.

A esta cuestión dedica el epígrafe 4.3 bajo la rúbrica Efectos de las conductas en el mercado, con una prolija descripción de los mismos.

Así, parte del hecho incontrovertido de que el Grupo Renfe y el Grupo Deutsche Bahn constituyen, respectivamente, el primer y segundo operador de transporte de mercancías por ferrocarril en España por volumen de facturación, "... aglutinando conjuntamente porcentajes superiores al 80% del transporte de mercancías por ferrocarril en España, que en los casos de los segmentos del automóvil y el siderúrgico se eleva hasta el 100%".

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".

Ello lo relaciona con la "... compartimentación del mercado europeo de transporte de mercancías por ferrocarril siguiendo fronteras nacionales, al menos en el caso de España, ya que la entrada del Grupo Deutsche Bahn en España se ha visto limitada en cuanto a desarrollo de capacidad de tracción propia a raíz de los acuerdos colusorios, restando efectos a la liberalización del sector a nivel europeo, destinado a propiciar una mayor competencia y sus consiguientes beneficios". A lo cual vincula la consecuencia de que la competencia más débil en el transporte de mercancías por ferrocarril en España "... se ha traducido necesariamente en un peor servicio para el cliente (ya sea en términos de precios, variedad o calidad del servicio), que no solo ha afectado al cliente final, sino también a las actividades conexas (expedición, logística) que subcontratan dicho transporte", con especial referencia al caso concreto del transporte por ferrocarril de vehículos terminados. Mereciendo mención especial el agravamiento de los efectos anticompetitivos en este ámbito por "... el proceso de concentración que ha vivido el sector con posterioridad a la firma de los acuerdos entre RENFE y el Grupo Deutsche Bahn. Así, tras la adquisición del control de las sociedades PECO VASA y LTF por parte de RENFE en 2010, el segmento de transporte de vehículos terminados por ferrocarril quedó reducido esencialmente a dos operadores, RENFE y el Grupo Transfesa, pues son los dos únicos operadores con tracción ferroviaria propia que ofrecen servicios en dicho segmento dentro de la RFIG de ancho ibérico y UIC".

Alude a los efectos restrictivos de la competencia en el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario "... al haber vedado durante un periodo de al menos 6 años (desde el 1 de diciembre de 2008 hasta al menos la fecha de incoación del presente expediente) el acceso (efecto cierre) a las campas de Fuencarral y La Llagosta a otros operadores potencialmente interesados, campas del máximo interés para un operador logístico de vehículos terminados, pues se sitúan en los dos puntos con mayor consumo de automóviles de España, lo cual indica la importancia comercial que tiene contar con campas en estas ubicaciones"; y concluye refiriéndose al efecto indirecto en el mercado de expedición y logística de vehículos terminados "... al haber garantizado para el Grupo Deutsche Bahn unos inputs escasos y valorados de cara a prestar este servicio a los fabricantes de automóviles durante tan largo tiempo e impidiendo que con las mismas un tercero o la propia RENFE desarrollase su actividad en este mercado. Por último, los vínculos estructurales existentes entre los grupos Renfe y Deutsche Bahn, reseñados supra, constituyen un factor adicional que ha acrecentado los efectos de las restricciones anticompetitivas descritas".

Y también menciona el alcance de los efectos anticompetitivos al cuantificar la sanción - página 84 de la resolución-.

Por lo tanto, es indudable que la resolución incluye un análisis de efectos que, de manera motivada, expone las consecuencias que para los mercados afectados han tenido las conductas imputadas a las entidades recurrentes. Análisis que resulta por lo demás coherente con la descripción de las conductas acreditadas y con el alcance que cabe atribuirles en dichos mercados.

Cuestión distinta es que las recurrentes discrepen de todo ello, sin que esa sola discrepancia desvirtúe, a juicio de esta Sala, el análisis llevado a cabo por la CNMC. [...]».

Con ambas remisiones se da respuesta a las dos primeras alegaciones del escrito de demanda.

SÉPTIMO.- En cuanto a la alegación relativa a la imposición de dos sanciones al mismo sujeto por los mismos hechos, la queja ha sido resuelta con ocasión del dictado de la sentencia de 23 de julio de 2021, en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, recurso 1/2017, en la que dijimos sobre esta concreta cuestión que « [n]o existe en el caso examinado vulneración del principio non bis in ídem por cuanto entendemos que no existe identidad en las conductas realizadas por RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS que han llevado a la CNMC a considerar la existencia de dos conductas infractoras diferentes, una por el artículo 1 de la LDC y otra por el artículo 2 de la LDC .

La recurrente apoya su defensa diciendo que concurre el requisito de la identidad en los hechos que se han sancionado doblemente y que ha concretado en el tratamiento preferencial dado por Renfe a las empresas del Grupo Deutschland/Transfesa recogido en los acuerdos adoptados entre ambas empresas en fechas 1 de noviembre y 1 de diciembre de 2008.

Sin embargo, entendemos que la recurrente parte de un dato erróneo al identificar el "tratamiento preferencial" como el mismo hecho que ha motivado la dualidad de infracciones y la dualidad de sanciones. No se desprende de la resolución sancionadora que haya sido ese "tratamiento preferencial" el hecho que ha llevado a la CNMC a sancionar a la parte actora tanto por el artículo 1 como por el artículo 2, como así veremos. Es cierto que las conductas imputadas derivan de los mismos acuerdos comerciales alcanzados entre Renfe y el Grupo Deutschland/Transfesa en fechas 1 de noviembre y 1 de diciembre de 2008; no obstante, en la medida en que esos acuerdos contienen muchas cláusulas es posible, en un principio, su calificación de forma autónoma como conductas infractoras diferentes sin que ello suponga infracción del principio non bis in ídem porque, entonces, ya no concurriría la identidad en los hechos.

Si acudimos a la resolución impugnada apreciamos que efectivamente los hechos que ha tenido en cuenta la CNMC para sancionar por las conductas prohibidas en el artículo 1 no coinciden con las conductas que han permitido sancionar también por el artículo 2.

Siguiendo con este argumento, la CNMC ha sancionado como venimos diciendo por la realización de conductas colusorias prohibidas en el artículo 1 de la LDC que dispone: "Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o practica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional". Y entre las conductas que se describen como prohibidas, la CNMC ha entendido que la actuación llevada a cabo por la recurrente encaja en los supuestos a) y c) del citado precepto que consideran como tales: a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales; y c) el reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento".

Es decir, la CNMC ha sancionado a la recurrente por la comisión de la infracción del artículo 1 por cuanto que ha adoptado acuerdos en relación con el transporte de mercancías por ferrocarril con empresas competidoras del Grupo Deutschland/Tranfesa -como son los acuerdos comerciales adoptados en fechas 1 de noviembre y

1 de diciembre de 2008 así como los contratos de 14 de octubre y de 4 de diciembre de 2008- que contenían cláusulas que restringían la competencia al fijar unas condiciones comerciales para los servicios de tracción ferroviaria que implicaban un reparto del mercado afectado mediante el respeto del status quo que existía en los mercados españoles de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías antes de la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril. En el acuerdo de 1 de noviembre de 2008 denominado acuerdo de cooperación por el que las empresas firmantes se declaran socios preferenciales y se fijan nuevas condiciones comerciales para los servicios de tracción ferroviaria y provisión de vagones que RENFE prestaba a DB SR DEUTSCHLAND en España hasta el 31 de diciembre de 2013 estableciendo, además, los precios así como su revisión anual, se aprecia un reparto del mercado entre ellas al decir que "ambas partes realizarán todos aquellos esfuerzos razonables de modo a proporcionarse mutuamente técnica y financieramente ofertas competitivas para nuevas oportunidades de tráfico internacionales". Igualmente se aprecia ese reparto de mercado en el acuerdo de 1 de diciembre de 2008 en el que TRANSFESA consideraba a RENFE como su proveedor preferente para realizar el servicio de tracción en la península ibérica y, por otra parte, RENFE consideraba a TRANSFESA como cliente preferente en la realización de los tráfico internacionales/nacionales.

Conductas que, como se recoge en la resolución, "son susceptibles de distorsionar la liberalización del sector de transporte de mercancías por ferrocarril". Y la CNMC en la resolución impugnada justifica porque esos acuerdos pueden calificarse como conductas prohibidas en el artículo 1 citado señalando que: "Al vincularse ambas partes a largo plazo se garantizan que dentro del servicio de transporte que el cliente final contrata con el Grupo Deutsche Bahn, la parte de tracción será cubierta solo por Renfe o Renfe Mercancías y el resto del servicio por el Grupo Deutsche Bahn". Y añade la CNMC que: "Fruto del mantenimiento del status quo preexistente a la liberalización del sector de transporte de mercancías por ferrocarril, articulado a través de tales contratos, se redujeron la capacidad y los incentivos del Grupo Deutsche Bahn y el Grupo Transfesa, por una parte, y el Grupo Renfe, por otra, de competir significativamente entre sí por la captación de clientes en el ámbito minorista de transporte de mercancías por ferrocarril y en el ámbito mayorista de tracción ferroviaria". Y finaliza la CNMC diciendo que: "...los vínculos estructurales existentes entre los Grupos Renfe y Deutsche Bahn han reforzado el alineamiento de intereses entre ambos grupos empresariales para reducir la presión competitiva entre ellos".

Además, la CNMC justifica en la resolución como esos acuerdos colusorios restringen la competencia al señalar:

"Por lo que respecta a los efectos anticompetitivos que han tenido en el mercado los acuerdos colusorios analizados, cabe destacar, en primer lugar, su impacto adverso 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.

La anterior situación ha conducido a una compartimentación del mercado europeo de transporte de mercancías por ferrocarril siguiendo fronteras nacionales, al menos en el caso de España, ya que la entrada del Grupo Deutsche Bahn en España se ha visto limitada en cuanto a desarrollo de capacidad de tracción propia a raíz de los acuerdos colusorios, restando efectos a la liberalización del sector a nivel europeo, destinado a propiciar una mayor competencia y sus consiguientes beneficios.

Esta competencia más débil en el transporte de mercancías por ferrocarril en España se ha traducido necesariamente en un peor servicio para el cliente (ya sea en términos de precios, variedad o calidad del servicio), que no sólo ha afectado al cliente final, sino también a las actividades conexas (expedición, logística) que subcontratan dicho transporte.

Además, en el caso concreto del transporte de vehículos terminados por ferrocarril, se ha de tener en cuenta que:

- el Grupo Deutsche Bahn no sólo es un actor destacado en este segmento a través del Grupo Transfesa, sino también a través de otras sociedades del grupo con sede en otros países europeos que realizan transportes de vehículos terminados con origen o destino España, como son los casos de DB SR DEUTSCHLAND, DB Schenker Rail Automotive GmbH y la antigua ATG Autotransportlogistic GmbH93.

Así, por ejemplo, un examen de los contratos a los que se aplicaron las condiciones comerciales del acuerdo de cooperación, de 1 de noviembre de 2008, entre RENFE y DB SR DEUTSCHLAND revela que la gran mayoría de estos contratos hacían referencia a vehículos terminados y componentes de automoción.

Los efectos anticompetitivos se han visto agravados por el proceso de concentración que ha vivido el sector con posterioridad a la firma de los acuerdos entre RENFE y el Grupo Deutsche Bahn. Así, tras la adquisición del control de las sociedades PECOASA y LTF por parte de RENFE en 2010, el segmento de transporte de vehículos terminados por ferrocarril quedó reducido esencialmente a dos operadores, RENFE y el Grupo Transfesa, pues

son los dos únicos operadores con tracción ferroviaria propia que ofrecen servicios en dicho segmento dentro de la RFIG de ancho ibérico y UIC.

Los acuerdos colusorios también han tenido efectos restrictivos de la competencia en el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario, al haber vedado durante un periodo de al menos 6 años (desde el 1 de diciembre de 2008 hasta al menos la fecha de incoación del presente expediente) el acceso (efecto cierre) a las campas de Fuencarral y La Llagosta a otros operadores potencialmente interesados, campas del máximo interés para un operador logístico de vehículos terminados, pues se sitúan en los dos puntos con mayor consumo de automóviles de España, lo cual indica la importancia comercial que tiene contar con campas en estas ubicaciones.

Lo anterior ha tenido a su vez un efecto indirecto en el mercado de expedición logística de vehículos terminados, al haber garantizado para el Grupo Deutsche Bahn unos inputs escasos y valorados de cara a prestar este servicio a los fabricantes de automóviles durante tan largo tiempo e impidiendo que con las mismas un tercero o la propia RENFE desarrollase su actividad en este mercado.

Por último, los vínculos estructurales existentes entre los grupos Renfe y Deutsche Bahn, reseñados supra, constituyen un factor adicional que ha acrecentado los efectos de las restricciones anticompetitivas descritas".

Junto a esa conducta, la CNMC ha imputado también a RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS la infracción prevista en el artículo 2 de la LDC y se le ha sancionado por 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. Concretamente, el citado artículo 2 de la LDC se refiere al abuso de posición dominante y dispone: "Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional". Y en el caso analizado la CNMC ha sancionado a la parte actora porque ha entendido que concurre el supuesto de abuso referido en el artículo 2.2.d) que dice: "El abuso podrá consistir, en particular en: 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". El artículo 102 del TFUE también entiende que son prácticas abusivas "aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva".

La CNMC recoge en la resolución sancionadora las razones que justifican la imputación y sanción por el artículo 2 al decir:

"Tal abuso se ha concretado en la discriminación comercial a terceros operadores ferroviarios (particularmente a los miembros de la AEFP) en su oferta de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, en relación con las condiciones acordadas con las empresas TRANSFESA, PIF, HISPANAUTO y DB SR DEUTSCHLAND".

Los acuerdos firmados por RENFE con DB SR DEUTSCHLAND, TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO en materia de servicios de tracción ferroviaria, contienen las siguientes condiciones comerciales discriminatorias con respecto a terceros demandantes de tracción:

(i) un tratamiento preferencial por parte de RENFE a DB SR DEUTSCHLAND, TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO a la hora de prestarles servicios de tracción ferroviaria.

Así, en el acuerdo de 1 de noviembre de 2008 (cláusula 3), RENFE y DB SR DEUTSCHLAND se declaran mutuamente socios preferenciales "de modo a proporcionarse [...] ofertas competitivas para nuevas oportunidades de tráfico internacionales" [que, para el caso de RENFE, se traduce en la realización de ofertas competitivas de servicios de tracción dentro de España a DB SR DEUTSCHLAND para dichos tráfico internacionales]. Durante la vigencia del acuerdo de 1 de noviembre de 2008, el mismo resultó de aplicación a todos los acuerdos de DB SR DEUTSCHLAND con clientes cuyo transporte transcurriera parcial o totalmente por España.

En el acuerdo de 1 de diciembre de 2008, RENFE declaró a TRANSFESA "como cliente preferente en la realización de los actuales tráfico internacionales/nacionales, así como futuras oportunidades en este sector".

Desde la firma de este acuerdo, RENFE ha proporcionado los servicios de tracción de todos los tráfico de PIF e HISPANAUTO, y de todos aquellos internacionales de TRANSFESA (en su tramo dentro de España).

Con estos acuerdos, DB SR DEUTSCHLAND, TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO tuvieron garantizadas sus necesidades de tracción a 5 años (duración de los acuerdos), con revisiones de precios pactadas de antemano.

(ii) ausencia de penalización por parte de RENFE en caso de que el Grupo Transfesa anulase servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías".

Es decir, la CNMC ha concretado ese abuso por parte de RENFE en cuanto que ha realizado conductas que han supuesto una discriminación comercial para terceras empresas que demandaban tracción ferroviaria para transporte de mercancías por ferrocarril en relación con las condiciones acordadas con DB SR Deutschland, Transfesa, PIF y Hipanauto. Condiciones desiguales que han provocado una desventaja competitiva y que demuestran abuso en su posición de dominio cuando RENFE no exige a TRANSFESA, PIF, HISPANAUTO ni a DB SR DEUTSCHLAND ninguna penalización para el caso de que anulasen servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, como así se ha reconocido por Transfesa (folio 2153), por el Grupo Deutsche Bahn (folio 6334) y por Renfe (folios 2153, 7088 y 7089), frente a la exigencia de esa penalización a empresas ferroviarias miembros de la AEFP como se aprecia en la oferta remitida por Renfe a Comsa Rail Transport, S.A. realizadas en el marco de una solicitud de servicio de tracción en el tramo Barcelona-La Soler (Francia) (folios 269 y 299).

Asimismo, la CNMC justifica porque esa discriminación comercial implica una situación de abuso que permite encuadrar esa conducta en el artículo 2 de la LDC que le hace diferente de la imputación también de conductas prohibidas en el artículo 1:

"En relación a los efectos de la conducta de abuso de posición de dominio de RENFE y RENFE MERCANCÍAS, ésta ha retrasado el avance de la liberalización en el transporte de mercancías por ferrocarril operada por la LSF, perjudicando en último término a los clientes de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril (ya sea finales o mediatos, como las empresas de expedición o logística), ya que se han visto privados de un mejor servicio de transporte por ferrocarril (ya sea en términos de precios o calidad del servicio) como resultado de la menor competencia en dicho mercado.

Al evitar la extensión de las condiciones de contratación de servicios de tracción ferroviaria que RENFE presta a las empresas del Grupo Deutsche Bahn en España a terceros competidores, tal discriminación habría llevado a un menor dinamismo competitivo aguas abajo en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, ya que, al no poder acceder las demás empresas ferroviarias a los servicios de tracción ferroviaria en las mismas condiciones comerciales que el Grupo Deutsche Bahn, éstas no han podido contar con una capacidad de tracción en términos competitivos con el que poder ofrecer un mayor volumen y variedad de servicios de transporte.

Dada la posición de RENFE y el Grupo Transfesa el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España, del que son los principales operadores, la falta de acceso a la tracción de RENFE en condiciones similares a las de grupo Deutsche Bahn habría impedido a estos competidores desarrollar estrategias expansivas de captación de nuevos clientes, lo que ha contribuido a perpetuar la problemática competitiva que genera su menor tamaño en un mercado en el que las economías de escala y de red son muy significativas".

Lo expuesto, permite a esta Sala alcanzar la conclusión de que no concurre identidad en los hechos que han llevado a la CNMC a sancionar a RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS como responsable de dos infracciones distintas previstas en los artículos 1 y 2 de la LDC. Así, por un lado, se le ha sancionado por la realización de las conductas prohibidas en el artículo 1 en la medida en que ha alcanzado acuerdos colusorios con otras empresas competidoras que restringen la competencia al acordarse entre ellas el reparto del mercado. Y, por otro lado, se le ha imputado y sancionado con arreglo al artículo 2 que se ha producido en cuanto que ha abusado de su posición dominante en el mercado al aplicar condiciones comerciales desiguales dependiendo de quién fuera el empresario competidor otorgando así ventajas competitivas a las empresas del Grupo Deutschland/Transfesa frente a las empresas ferroviarias asociadas a la AEFP. [...]

OCTAVO.- El resto de las quejas se centran en la sanción impuesta, su falta de motivación y proporcionalidad.

Este motivo de impugnación, que es habitual en todas las sanciones impuestas por la CNMC, ha sido abordado en reiteradas ocasiones por esta Sala, examinando el formato o los términos en los que se aplican las sanciones por el órgano regulador.

Ya hemos dicho, y entre otras en las sentencias de 21 de junio de 2021, recurso 529/2016; 17 de junio de 2021, recurso 527/2016; o 6 del 16 de junio de 2021, recurso 531/2016, que «la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores. Tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como "umbrales de nivelación" (o "límites extrínsecos", como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009. Considerando el Tribunal Supremo que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, han de concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma, precepto que interpreta en el sentido de que "... el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora - interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o no puede, simultáneamente operar en otros mercados". [...].».

La motivación del acuerdo sancionador se escinde las dos infracciones sancionadas.

Para la infracción del artículo 1 de la LDC, razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica, por lo que dicho porcentaje, el 10%, debe reservarse como "respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría". En concreto el año de referencia fue el 2015, y el volumen el de 2.227.341.000 euros, de acuerdo con la información aportada el 10 de febrero de 2017 (folio 9259). Debió ser el año 2016, pero la cifra de negocios total consolidada correspondiente a ese año no ha sido aprobada por el consejo de las respectivas empresas. Así, en el caso de RENFE, aportó de negocios consolidada correspondiente al año 2015 y una estimación de la cifra para 2016.

La cuota conjunta de las empresas participantes en el acuerdo colusorio en los mercados afectados es alta, de media por encima del 80%. Los efectos anticompetitivos se han visto agravados por el proceso de concentración que ha vivido el sector con posterioridad a la firma de los acuerdos entre RENFE y el Grupo Deutsche Bahn.

Explica la resolución siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo que « *[g]ravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos y otras circunstancias de la conducta- permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la infracción. En consecuencia, este Consejo considera que el tipo sancionador global en esta infracción debe situarse, con carácter general, en el 5,0%, sin perjuicio de los ajustes que corresponde hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa [...].* ».

En la individualización de la conducta, respecto del mercado afectado en el caso de RENFE se fijó en 1.063.031.417 euros, lo que daba un porcentaje del 82,6 %, según datos de la propia empresa.

No se consideró la concurrencia de circunstancias agravantes. A los efectos de la sanción aplicó el 6,5 sobre el indicado volumen de negocios del 2015, y para respetar el principio de proporcionalidad lleva a cabo « *[u]na estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede determinarse beneficio ilícito potencial) (...) si se aplicara a RENFE el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción (6,50%), la sanción resultante supera con creces el límite de proporcionalidad, que está en el entorno de 49.962.000 euros, por lo que es necesario reducir la sanción, por motivos de proporcionalidad, hasta que la multa alcance dicho importe [...].* ».

En cuanto a la sanción relativa a la infracción del artículo 2 de la LDC, analiza los factores que han de determinar el porcentaje que, con ese límite máximo, resulta oportuno aplicar en cada caso, donde a cuota del mercado relevante afectada por la infracción ha oscilado entre el 99,8% en 2008 y el 85,8% en 2013. En cuanto al ámbito geográfico afectado comprende la totalidad del territorio nacional.

Destaca que el abuso de posición de dominio de RENFE y RENFE MERCANCÍAS ha retrasado el avance de la liberalización en el transporte de mercancías por ferrocarril operada por la Ley del Sector Ferroviario, perjudicando en último término a los clientes de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril. La falta



de acceso a la tracción de RENFE en condiciones similares a las de grupo Deutsche Bahn habría impedido a estos competidores desarrollar estrategias expansivas de captación de nuevos clientes.

Descarta la existencia de circunstancias agravantes y valora positivamente el intento de acuerdo transaccional y considera como tipo sancionador adecuado a esta infracción el 4,8%, sin que en este caso proceda hacer ningún ajuste por participación, ya que en este caso el abuso de posición de dominio ha sido realizado por una sola empresa. Aun así, considera que si se aplica al volumen de negocios total de las empresas multiproducto conduciría a una sanción en euros que no respetaría la proporcionalidad, por lo que tiene en cuenta el volumen de negocios medio en el mercado afectado representa menos del 2,4% de su volumen de negocios total. Es decir, solo un 2,4% del volumen de negocios de esta empresa corresponde al mercado afectado.

Es a partir de estos datos, explicados y explicitados por la resolución sancionadora, como siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores le permite concretar, dentro de la escala legal que discurre desde el importe mínimo hasta el 10% del volumen total de negocios de cada sujeto responsable. Como se ha dicho en anteriores ocasiones se ha llevado a cabo teniendo en cuenta la valoración de la densidad antijurídica de la conducta, y que el reproche sancionador en este expediente debe ser efectivamente disuasorio, si bien el principio de proporcionalidad exige que la sanción no se sitúe en el tramo superior de la escala, y que los ajustes al alza o a la baja que corresponda hacer en la fase de determinación de las sanciones ha de atender a la conducta de cada empresa.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que ha fijado el porcentaje sancionador sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en la participación de un cártel consistente en la adopción de acuerdos para el reparto del mercado, para la fijación de precios y para el intercambio de información comercialmente sensible. Hay una referencia expresa a la configuración de dicho mercado, a la duración de la infracción y a su extensión geográfica, de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, en los porcentajes que ya hemos dicho para cada sanción.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada atendiendo a la doctrina que sobre esta cuestión acoge nuestra jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, donde afirmaba « [L]a exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones" [...]. ».

Ha de insistirse en que, en el caso que nos ocupa, las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador y como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC- Treuhand AG « [a] la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos



numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181). [...]»

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante.

NOVENO.- La desestimación del recurso conlleva que las costas le sean impuestas a las entidades demandantes de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

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.

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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.