

RESOLUCIÓN
(Expte. S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 28 de febrero de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA, incoado por la Dirección de Competencia contra varias empresas por supuesta infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en acuerdos y prácticas concertadas, restrictivos de la competencia por su efecto, en los mercados de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España, y el alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario, de ámbito regional dentro de España, y una discriminación comercial abusiva, en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 28 de marzo de 2014 tuvo entrada 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 (folios 1 a 58, que alcanzan hasta el folio 370 con anexos). Según la denunciante dichas conductas consistirían, 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. A la vista de la citada denuncia, la Dirección de Competencia (DC) inició una **información reservada** (S/DC/0511/14) con fecha 28 de marzo de 2014, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de expediente sancionador.
3. En el marco de dicha información reservada, con fecha 8 de mayo de 2014, la DC remitió las siguientes **solicitudes de información**:
 - a la AEFP, en relación con la actividad, personal y activos de sus empresas asociadas; las empresas activas en el sector del transporte de mercancías por ferrocarril, así como del alquiler de locomotoras y de vagones; y la normativa sectorial (folios 454 a 458).

La contestación de la AEFP tuvo entrada en la CNMC el 20 de mayo de 2014 (folios 473 a 609).
 - a TRANSFESA, en relación con la actividad, composición accionarial y activos, tanto propios como de las empresas en las que tiene una participación (folios 459 a 461).

La contestación de TRANSFESA tuvo entrada en la CNMC el 26 de mayo de 2014 (folios 616 a 663).
 - a RENFE, en relación con las empresas en las que tiene una participación; la actividad y activos, tanto propios como de Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A. (RENFE ALQUILER); las empresas activas en el sector del transporte de mercancías por ferrocarril, así como del alquiler de locomotoras y de vagones; la normativa sectorial; y la línea ferroviaria Barcelona-Le Soler (folios 462 a 469).

La contestación de RENFE tuvo entrada en la CNMC el 28 de mayo de 2014 (folios 681 a 824).
4. Con fecha 21 de octubre de 2014, la DC **incoó el expediente sancionador** de referencia contra RENFE, Renfe Mercancías, S.A. (RENFE MERCANCÍAS), 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 (folios 846 y 847),

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:

- por un lado, un abuso de posición dominante por parte de RENFE, RENFE MERCANCÍAS 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
- por otro lado, un 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.

5. Asimismo, se declaró como **interesado** en el expediente a la AEFP.
6. El acuerdo de incoación fue notificado a todas las partes con fecha 22 de octubre de 2014 (folios 848 a 874).
7. Con fecha 3 de noviembre de 2014, la DC remitió las siguientes **solicitudes de información**:

- a RENFE, en relación con la actividad propia y de sus filiales, sus competidores, sus clientes, sus activos (así como su grado de utilización), y las relaciones comerciales con competidores en el transporte ferroviario de mercancías, en especial con TRANSFESA y sus filiales (folios 895 a 914).

La contestación de RENFE tuvo entrada en la CNMC el 25 de noviembre de 2014 (folios 1069 a 2117), la cual fue posteriormente completada con fecha de 16 de diciembre de 2014 mediante la aportación de una versión corregida de un anexo de la contestación (folios 3263 y 3264).

- a TRANSFESA, en relación con la actividad propia y de sus empresas participadas, sus competidores, sus activos, el material rodante que han tomado en alquiler, las locomotoras que han arrendado, los servicios de tracción ferroviaria que han contratado, y sus relaciones comerciales con competidores en el transporte ferroviario de mercancías, en especial con RENFE y sus filiales (folios 915 a 928).

La contestación de TRANSFESA tuvo entrada en la CNMC el 26 de noviembre de 2014 (folios 2118 a 3241). Asimismo, en dicho escrito TRANSFESA formuló **alegaciones** con el objeto de explicar las actividades que realiza, así como matizar ciertas afirmaciones contenidas en la denuncia que dio origen al expediente de referencia. El escrito de contestación de TRANSFESA fue posteriormente completado con fecha 17 de diciembre de 2014 con la aportación en versión electrónica de determinados anexos de la contestación que se habían aportado anteriormente en versión papel (folios 3070 y 3071).

8. Con fecha 4 de noviembre de 2014, la DC envió una **solicitud de información** a la AEFP en relación con sus asociados, competidores de RENFE y sus filiales en la prestación de servicios de tracción para el transporte de mercancías, el alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías por parte de RENFE y sus filiales, y el transporte de automóviles por ferrocarril (folios 929 a 932). La contestación de la AEFP tuvo entrada en la CNMC el 14 de noviembre de 2014 (folios 1032 a 1061).
9. Con fecha 19 de febrero de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de RENFE (folios 3292 a 3539) por el que realizaba distintas **alegaciones** en relación con las conductas de RENFE, RENFE MERCANCÍAS y RENFE ALQUILER valoradas como presuntamente anticompetitivas en el acuerdo de incoación del expediente de referencia, de cara a defender la compatibilidad de su proceder con la legislación de competencia.
10. Con fecha 24 de febrero de 2015, la CNMC remitió una **solicitud de información** a los nueve fabricantes de vehículos de motor radicados en España (Ford España, S.L.; Mercedes-Benz España, S.A.; Renault España, S.A.; Nissan Motor Ibérica, S.A.; General Motors España, S.L.U.; Seat, S.A.; Iveco España, S.L.; Peugeot Citroën España Automóviles España, S.A.; y Volkswagen-Audi España, S.A.) en relación con el transporte de los vehículos de motor, así como de sus piezas y componentes, que estos operadores fabrican en España. En particular, también se les solicitó información en relación a la utilización que hacen del ferrocarril para el transporte de los elementos que fabrican (folios 3540 a 3584). Las contestaciones a dicha solicitud de información tuvieron entrada en la CNMC en diversas fechas, entre el 4 y el 27 de marzo de 2015, si bien la contestación de Ford España, S.L. fue posteriormente completada con fecha 13 de julio de 2015.
11. Con fecha 17 de marzo de 2015, la DC remitió una **solicitud de información** a TRANSFESA (folios 3763 a 3774) en relación con los activos propios y de las sociedades controladas por TRANSFESA; los servicios de tracción y de alquiler de plataformas logísticas que TRANSFESA hubiera contratado con RENFE; las sociedades a las que SEMAT ha alquilado vagones; los accionistas de PIF, HISPANAUTO y SEMAT; y su actividad en el transporte de automóviles por ferrocarril. La contestación de TRANSFESA tuvo entrada en la CNMC el 7 de abril de 2015 (folios 3865 a 3892).
12. Con fecha 24 de marzo de 2015, la DC remitió una **solicitud de información** a RENFE (folios 3811 a 3830) en relación con los activos propios y de sociedades controladas por RENFE (así como su grado de utilización); los servicios de tracción y de alquiler de plataformas logísticas para el transporte de mercancías por ferrocarril que TRANSFESA y sus sociedades controladas han contratado con RENFE o una de sus sociedades controladas; su actividad en el transporte de automóviles por ferrocarril; las participaciones accionariales en empresas del sector de transporte de mercancías por ferrocarril; los servicios de tracción ferroviaria

en la línea Barcelona-Le Soler; y los vagones alquilados a empresas del Grupo Deutsche Bahn. La contestación de RENFE tuvo entrada en la CNMC el 15 de abril de 2015 (folios 4051 a 4339), la cual fue completada posteriormente con fecha 30 de abril de 2015 mediante la aportación de una versión corregida de un anexo de la contestación (folios 4530 a 4532).

13. Con fecha 26 de marzo de 2015, la DC envió una **solicitud de información** a Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L. (DBIH) (folios 3842 a 3857) en relación con la actividad de las empresas controladas por Deutsche Bahn AG (DB) que han prestado servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España (exceptuando aquéllas pertenecientes al Grupo Transfesa), sus activos, el material rodante y plataformas logísticas que han tomado en alquiler, la tracción ferroviaria que han contratado (en particular, en la línea Barcelona-Le Soler) y el Memorándum de entendimiento que suscribieron RENFE y DB Schenker Rail AG en 2013. La contestación de DBIH tuvo entrada en la CNMC el 20 de abril de 2015 (folios 4360 a 4414) y fue posteriormente completada (folios 5022 a 5218, y 5293 a 5394), con fechas 1 y 9 de junio de 2015, a requerimiento de la DC de 19 de mayo de 2015 (folios 4665 a 4672).
14. Con fecha 9 de abril de 2015, la DC **solicitó información** a las empresas con licencia y certificado de seguridad para traccionar trenes para el transporte de mercancías en España o sus matrices (al margen de las incoadas, RENFE, RENFE MERCANCÍAS y TRANSFESA RAIL): Acciona Rail Services, S.A. (ACCIONA), Comsa Rail Transport, S.A. (COMSA), Continental Rail, S.A., Logitrén Ferroviaria, S.A. (LOGITRÉN), Tracción Rail, S.A., Transitia Rail, S.A., Sociedad Pública Eusko Trenbideak Ferrocarriles Vascos Sociedad Anónima (EUSKO TRENBIDEAK), Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya (FGC), Ferrovial Railway, S.A., National Express Spanish Holdings Sucursal en España (NATIONAL EXPRESS), Interurbana de Autobuses, S.A., Obrascón Huarte Lain, S.A. (OHL) y Eco Rail, S.A. La citada solicitud de información versaba sobre la actividad propia y de sus empresas controladas, sus activos, el parque existente de vagones para el transporte de mercancías por ferrocarril, los proveedores de material rodante en alquiler para el transporte de mercancías por ferrocarril, los proveedores de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, y las barreras de entrada en el transporte de mercancías por ferrocarril. Las contestaciones a la solicitud de información de dichas empresas tuvieron entrada en la CNMC entre el 17 de abril de 2015 y el 5 de junio de 2015.
15. Con fecha 19 de mayo de 2015, la DC remitió las siguientes **solicitudes de información**:
 - a RENFE, en relación con los accionistas de Construirail, S.A., el contrato de arrendamiento de cinco locomotoras que celebraron RENFE y TRANSFESA RAIL en 2008, así como los contratos/acuerdos/cartas de precio suscritos entre DB o cualquier empresa controlada por DB (excluyendo aquéllas pertenecientes al

Grupo Transfesa) y RENFE o cualquier sociedad controlada por RENFE (folios 4665 a 4672).

La contestación de RENFE tuvo entrada en la CNMC el 29 de mayo de 2015 (folios 4688 a 5021).

- a DBIH, en relación con los contratos/acuerdos/cartas de precio suscritos entre DB o cualquier empresa controlada por DB (excluyendo aquéllas pertenecientes al Grupo Transfesa) y RENFE o cualquier sociedad controlada por RENFE (folios 4665 a 4680). Asimismo, se reiteraba el requerimiento de determinada información no aportada en su contestación a la anterior solicitud de información que le dirigió la DC.

La contestación de DBIH tuvo entrada en la CNMC con fechas 1 y 9 de junio de 2015 (folios 5022 a 5218, y 5293 a 5394).

16. Con fecha 9 de junio de 2015, la DC **amplió la incoación** del expediente sancionador de referencia a DBIH, DB Mobility Logistics AG (DB ML), DB Schenker Rail Deutschland AG (DB SR DEUTSCHLAND) y DB Schenker Rail International Limited (DB SR INTERNATIONAL) (folios 5257 a 5259). El acuerdo de ampliación de la incoación fue notificado a todas las entidades afectadas en esa misma fecha (folios 5260 a 5290).
17. Asimismo, la DC incorporó al expediente determinada información pública relacionada con el objeto del expediente de referencia con fecha 16 de julio de 2015 (folios 5465 a 5565).
18. Con fecha 24 de agosto de 2015, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, se formuló el **Pliego de Concreción de Hechos (PCH)**, que fue notificado a la AEFP, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, HISPANAUTO, SEMAT, DBIH, DB ML, DB SR DEUTSCHLAND y DB SR INTERNATIONAL, RENFE, RENFE ALQUILER y RENFE MERCANCÍAS, mediante escritos de fecha 25 de agosto de 2015. En dichos escritos, la DC acordó de oficio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 49.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), ampliar el plazo de 15 días de alegaciones al PCH en 7 días adicionales, dada la cuantía de las cuestiones de hecho y de derecho suscitadas en el expediente de referencia.
19. Con fecha 16 de septiembre de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito del Grupo Deutsche Bahn por el que **solicitaba el inicio de la tramitación de una terminación convencional** para el referido expediente sancionador, planteando una serie de compromisos referidos a su relación comercial con el Grupo Renfe y la explotación de las locomotoras en leasing de TRANSFESA RAIL.
20. Con fecha 17 de septiembre de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de RENFE y RENFE MERCANCÍAS, por el que también **solicitaban el inicio de la tramitación de una terminación convencional** para el referido

expediente sancionador, para lo cual planteaban unos compromisos relacionados con desinversiones estructurales relacionadas con el Grupo Deutsche Bahn, su relación comercial con el Grupo Deutsche Bahn y el parque de locomotoras en alquiler de RENFE ALQUILER.

21. Con fecha 17 de septiembre de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de la AAFP de **alegaciones al PCH** (folios 5913 a 6057).
22. Con fecha 18 de septiembre de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de **alegaciones** de RENFE y RENFE MERCANCÍAS al PCH (folios 6078 a 6111), escrito que fue complementado con fecha 25 de septiembre de 2015 con la presentación de dos versiones censuradas, una no confidencial (folios 6305 a 6336) y otra confidencial para todos menos para RENFE, RENFE MERCANCÍAS, RENFE ALQUILER, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, HISPANAUTO, SEMAT, DBIH, DB ML, DB SR DEUTSCHLAND y DB SR INTERNATIONAL (folios 6273 a 6304).
23. Asimismo, con fecha 19 de septiembre de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de **alegaciones** al PCH de TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, HISPANAUTO, SEMAT, DBIH, DB ML, DB SR DEUTSCHLAND y DB SR INTERNATIONAL (folios 6112 a 6171).
24. Con fecha 25 de septiembre de 2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Director de Competencia acordó el **inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente** de referencia, dando a RENFE y RENFE MERCANCÍAS, por un lado, y al Grupo Deutsche Bahn, por otro, un plazo de 15 días para la presentación de una propuesta de compromisos que resolviesen los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y que garantizaran suficientemente el interés público.
25. Asimismo, a fin de que las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente de referencia no pusiesen en riesgo la tramitación del mismo, en el Acuerdo de 25 de septiembre de 2015 **se suspendió el cómputo del plazo máximo de resolución del expediente** hasta la conclusión del procedimiento de terminación convencional, al amparo de lo establecido en el artículo 37.1.g) de la LDC.
26. Con fecha 23 de octubre de 2015, tuvo entrada en la CNMC la **primera propuesta de compromisos de RENFE y RENFE MERCANCÍAS**, que fue remitida al resto de interesados y a la Asociación de Propietarios y Operadores de Vagones de España (FAPROVE) con fecha 19 de noviembre de 2015.
27. Asimismo, con fecha 23 de octubre de 2015, tuvo entrada en la CNMC la **primera propuesta de compromisos del Grupo Deutsche Bahn**, que fue remitida al resto de interesados y a FAPROVE con fechas 19 y 20 de noviembre de 2015.

28. Ambas propuestas de compromisos también fueron remitidas al Consejo de la CNMC con fecha 20 de noviembre de 2015.
29. Por lo que respecta a los interesados, presentaron **alegaciones a las propuestas de compromisos**, con fecha 15 de diciembre de 2015, la AEFP y, con fecha 16 de diciembre de 2015, el Grupo Deutsche Bahn. Asimismo, con fecha 17 de diciembre de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de FAPROVE por el que contestaba al requerimiento de información que la DC le realizó en relación con las propuestas de compromisos recibidas.
30. Con fecha 22 de enero de 2016, el Director de Competencia acordó, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39.3 del RDC, que las primeras versiones de los compromisos presentados por RENFE y RENFE MERCANCIAS, por un lado, y por Grupo Deutsche Bahn, por otro, no resolvían adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente de referencia, y que fueron puestos de manifiesto en el PCH elaborado por la DC con fecha 24 de agosto de 2015, ni garantizaban suficientemente el interés público. Asimismo, en este acuerdo se otorgó a RENFE y RENFE MERCANCIAS, por un lado, y al Grupo Deutsche Bahn, por otro, un plazo de diez días hábiles para presentar **nuevos compromisos** que, a juicio de la DC, resolviesen los problemas de competencia detectados en el expediente de referencia y que garantizaran suficientemente el interés público.
31. Con fecha 11 de febrero de 2016, tuvieron entrada en la CNMC las **segundas propuestas de compromisos aportadas por RENFE y RENFE MERCANCIAS**, por un lado, y por el **Grupo Deutsche Bahn**, por otro. Ambas propuestas de compromisos también fueron remitidas al Consejo de la CNMC con fecha 19 de febrero de 2016.
32. Con fecha 5 de abril de 2016, tuvo entrada en la CNMC un escrito de RENFE y RENFE MERCANCIAS, modificando su segunda propuesta de compromisos, el cual también fue remitido al Consejo de la CNMC con fecha 6 de abril de 2016.
33. El 18 de abril de 2016 la DC acordó que las últimas propuestas de compromisos presentadas tanto por RENFE y RENFE MERCANCIAS, el 5 de abril de 2016, como por el Grupo Deutsche Bahn, el 11 de febrero de 2016, no resolvían adecuadamente los problemas de competencia derivados de las conductas objeto del expediente de referencia ni garantizaban suficientemente el interés público.
34. La desestimación por la DC de las segundas propuestas de compromisos presentadas tanto por RENFE y RENFE MERCANCIAS como por el Grupo Deutsche Bahn supuso el **cierre del procedimiento de terminación convencional** en el expediente de referencia y la **reanudación del cómputo del plazo máximo para resolver**, acordados con fecha 18 de abril de 2016. En aplicación del artículo 12 del RDC, el nuevo plazo máximo pasó a ser el 14 de noviembre de 2016.

35. El acuerdo de cierre del procedimiento de terminación convencional de 18 de abril de 2016, anteriormente mencionado, fue objeto de **recurso** ante el Consejo de la CNMC tanto por RENFE y RENFE MERCANCÍAS como por el Grupo Deutsche Bahn. Estos recursos (R/AJ/035/16 y R/AJ/034/16) fueron resueltos en sentido desestimatorio por sendas Resoluciones del Consejo de la CNMC de 7 de julio de 2016.
36. Con fecha 7 de junio de 2016, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, la DC procedió al **cierre de la fase de instrucción** en el expediente de referencia, con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la LDC, comunicándoselo a los interesados el mismo 7 de junio de 2016. La **Propuesta de Resolución** fue notificada a las partes con fecha 9 de junio de 2016.
37. Con fecha 30 de junio de 2016 tuvo entrada en la CNMC escrito de la AEFP de alegaciones a la Propuesta de Resolución (folios 8566 a 8608), tras haberle sido ampliado en 7 días por la DC el plazo de 15 días inicialmente previsto. En sus alegaciones la AEFP solicita la práctica de prueba.
38. Con fecha 5 de julio de 2016 tuvo entrada en la CNMC escrito de **alegaciones** de RENFE y RENFE MERCANCÍAS a la Propuesta de Resolución (folios 8614 a 8776), tras haberle sido ampliado en 7 días por la DC el plazo de 15 días inicialmente previsto. En dichas alegaciones solicitan vista ante el Consejo de la CNMC, así como la práctica de prueba. Asimismo, ese mismo día tuvo entrada la respuesta de RENFE y RENFE MERCANCÍAS a la solicitud de información sobre diferentes cifras relativas a su volumen de negocios (folios 8609 a 8613), cuyo plazo de contestación original de 15 días había sido ampliado por la DC en 7 días.
39. También con fecha 5 de julio de 2016 tuvo entrada en la CNMC escrito de TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, HISPANAUTO, SEMAT, DBIH, DB ML, DB SR DEUTSCHLAND y DB SR INTERNATIONAL, de **alegaciones** a la Propuesta de Resolución (folios 8777 a 8817), tras haberle sido ampliado en 7 días por la DC el plazo de 15 días inicialmente previsto.
40. Con fecha 15 de septiembre de 2016, se acordó por la Sala de Competencia de la CNMC, de conformidad con el artículo 37.2.c) de la LDC, la **remisión a la Comisión Europea del Informe Propuesta**, la cual tuvo lugar el 16 de septiembre de 2016, lo que supuso la suspensión con tal fecha del plazo máximo para resolver el expediente, siendo así comunicado a las partes. Superado el plazo previsto en el Acuerdo de 15 de septiembre, la **suspensión** acordada **se levantó** con fecha 17 de octubre de 2016, lo cual fue nuevamente notificado a las partes, continuando el cómputo del plazo para dictar Resolución.
41. Mediante escrito de 13 de octubre de 2016, RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS manifestaron a esta Sala de Competencia que, con fecha 10 de octubre, habían interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución de la CNMC de 7 de julio de 2016, y el Acuerdo de la DC de 19 de abril de 2016, relativos al cierre

del procedimiento de terminación convencional. Señalan asimismo que en dicho recurso contencioso-administrativo se ha solicitado la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la Resolución del Consejo de la CNMC de 7 de julio de 2016, recaída en el expediente R/AJ/035/16, RENFE, y el Acuerdo de 19 de abril de 2016 de la Dirección de Competencia que tal Resolución confirma, ambos en relación al cierre de la terminación convencional. Consecuentemente, con fecha 3 de noviembre de 2016 se acordó la **suspensión del plazo máximo de duración de este procedimiento** al amparo del artículo 37.1.d) de la Ley 15/2007, hasta la resolución por la Audiencia Nacional de la medida cautelar interesada por RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS en el recurso contencioso-administrativo interpuesto, lo que fue notificado a todas las partes.

42. Con fecha de 23 de enero de 2017, la Sección Sexta de la Audiencia Nacional comunicó a la Abogacía del Estado Auto de denegación de la medida cautelar solicitada por RENFE y RENFE OPERADORA en el marco del recurso contencioso-administrativo señalado en el Antecedente de Hecho anterior. En consecuencia, se procedió a efectuar el **levantamiento de la suspensión del plazo máximo de duración de este procedimiento**, con efectos de 23 de enero de 2017, siendo notificado a todas las partes.
43. Con fecha 26 de enero de 2017, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerimiento de información del volumen de negocios total en 2016 de las empresas incoadas, lo que supuso la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente, por el plazo de diez días concedido para aportar la información requerida, desde su notificación a las interesadas.
44. Habiéndose recibido respuesta al requerimiento de información precitado, por Acuerdo de 13 de febrero de 2017 y con efectos de 12 de febrero, la Sala resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, notificándolo a las partes. En consecuencia, el plazo máximo de duración del procedimiento finaliza el 16 de marzo de 2017.
45. La Sala de Supervisión Regulatoria informó sin observaciones el expediente sancionador en su reunión de 23 de febrero de 2017.
46. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 28 de febrero de 2017.
47. Son interesadas en este expediente Renfe Operadora (RENFE), Renfe Mercancías, S.A. (RENFE MERCANCÍAS), Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A. (RENFE ALQUILER), Transportes Ferroviarios Especiales, S.A. (TRANSFESA), Transfesa Rail, S.A. (TRANSFESA RAIL), Pool Ibérico Ferroviario A.I.E. (PIF), Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E. (HISPANAUTO), Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A. (SEMAT), Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L. (DBIH), DB Mobility Logistics AG (DB ML), DB Schenker Rail Deutschland AG (DB SR DEUTSCHLAND) y DB Schenker Rail International Limited (DB SR

INTERNATIONAL), así como la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (AEFP).

II. LAS PARTES

Las partes implicadas en el presente expediente, tal y como consta en el PCH de la DC, son las siguientes:

1. Renfe Operadora (RENFE)

RENFE es la sociedad matriz del Grupo Renfe, un grupo español de capital público con presencia en los sectores del transporte de viajeros y mercancías por ferrocarril, así como actividades relacionadas.

RENFE se constituyó en 2005 a raíz de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, que motivó la extinción de Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (Renfe) y el reparto de su actividad entre la propia RENFE, para operar el material y los servicios ferroviarios, y el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), para administrar las infraestructuras ferroviarias (vías, estaciones...).

Desde entonces RENFE ha visto modificada su estructura en distintas ocasiones, por lo que, para una mejor comprensión de la participación de RENFE y sus filiales incoadas en las prácticas anticompetitivas objeto del presente expediente, se exponen a continuación dichas modificaciones:

- desde su constitución hasta octubre de 2011, la actividad de **transporte de mercancías por ferrocarril y logística** formaba parte de una unidad de negocio o área operativa de RENFE;
- desde octubre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2013, RENFE contó con cuatro empresas filiales, sobre las que ejercía control exclusivo, que participaron en la gestión del transporte de mercancías por lo que se refiere a las siguientes áreas de actividad:
 - o Contrén Renfe Mercancías, S.A. (sociedad al 100% de RENFE): sector intermodal;
 - o Irión Renfe Mercancías, S.A. (sociedad al 100% de RENFE): sector siderúrgico;
 - o Multi Renfe Mercancías, S.A. (sociedad al 100% de RENFE): sector granel, petroquímico y multiproducto; y
 - o Pecovasa Renfe Mercancías, S.A. (PECOVASA, en la que RENFE tiene una participación del 60% –folio 4079–): sector automoción.
- a raíz del Real Decreto Ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios, se constituyeron cuatro sociedades cuyo capital pertenece íntegramente a RENFE, para la gestión de las distintas áreas de negocio:

- Renfe Viajeros, S.A., para el transporte de viajeros y comercialización de productos asociados;
- **Renfe Mercancías, S.A.** (RENFE MERCANCÍAS), para el transporte de mercancías y servicios logísticos y para lo cual absorbió las sociedades Contrén Renfe Mercancías, S.A., Irión Renfe Mercancías, S.A. y Multi Renfe Mercancías, S.A.;
- Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.A., para la fabricación, mantenimiento y transformación de material rodante; y
- Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A. (RENFE ALQUILER), para la puesta a disposición del mercado de material rodante excedentario.

Como resultado de la última reestructuración, RENFE no presta directamente ningún servicio relacionado con el transporte de mercancías, sino que se centra en definir la política y estrategia de negocio del grupo, así como en gestionar diferentes funciones corporativas (folio 3246).

2. Renfe Mercancías, S.A. (RENFE MERCANCÍAS)

RENFE MERCANCÍAS, filial de RENFE que devino operativa el 1 de enero de 2014, tiene como actividad principal la prestación de servicios de **transporte de mercancías** y de **operador logístico**. RENFE MERCANCÍAS también presta distintos servicios relacionados con los mismos tales como la **provisión de servicios de tracción ferroviaria, alquiler de vagones y locomotoras**, y carga y descarga en terminales ferroviarias.

Asimismo, RENFE MERCANCÍAS lleva a cabo determinadas actividades a través de las siguientes filiales:

- PECOVASA, que se encarga de la comercialización del transporte ferroviario de vehículos terminados al cliente final, así como de la prestación de servicios logísticos asociados a dicho transporte. RENFE adquirió el control de esta empresa el 17 de mayo de 2010¹.
A su vez, PECOVASA controla la sociedad Puerto Seco Ventastur, S.A., que gestiona un centro logístico para automóviles situado en Venta de Baños (Palencia).
- Logirail, S.A. (LOGIRAIL, sociedad al 100% de RENFE MERCANCÍAS), que presta servicios logísticos en tierra para las áreas de negocio de RENFE MERCANCÍAS y así contribuir a prestar un servicio logístico integral del que el transporte por ferrocarril sea un eslabón.

¹ En la que, como se ha señalado, RENFE tiene una participación del 60% (folio 4079). Informe económico y de actividad de RENFE del año 2010, página 70, disponible en:

http://www.renfe.com/docs/2010_Economico_cast.pdf

LOGIRAIL gestiona 4 campas (plataformas logísticas) para el sector del automóvil situadas en Torrejón de Ardoz (Madrid), Villaverde Bajo (Madrid), La Llagosta (Barcelona) y Villamalla (Girona) (folios 5467 y 5468).

- Conte Rail, S.A. (CONTE RAIL, sociedad al 50% con Noatum Ports, S.L.), dedicada a la realización de operaciones relacionadas con el transporte intermodal (carga y descarga de composiciones ferroviarias, maniobras y pruebas de freno, estocaje, limpieza y pequeñas reparaciones de contenedores vacíos...) en la terminal ferroviaria de Coslada (Madrid).

RENFE MERCANCÍAS también prestó servicios de transporte de vehículos terminados por ferrocarril a través de la sociedad Logística y Transporte Ferroviario, S.A. (LTF), de la cual RENFE adquirió la totalidad del capital social en marzo de 2010 (folios 4076 y 4077). Con fecha 18 de diciembre de 2014, según datos del Registro Mercantil, se disolvió LTF, habiendo pasado sus operaciones a integrarse en PECOVASA.

3. Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A. (RENFE ALQUILER)

RENFE ALQUILER, constituida el 29 de abril de 2014, es la sociedad del Grupo Renfe especializada en el alquiler de locomotoras y vagones.

4. Transportes Ferroviarios Especiales, S.A. (TRANSFESA)

TRANSFESA, constituida en 1943, es la sociedad matriz del Grupo Transfesa, especializada en el transporte (principalmente por ferrocarril y en menor medida por carretera) y logística de mercancías, a nivel nacional e internacional, para lo cual cuenta con un relevante parque de vagones, camiones, cajas móviles, almacenes y centros logísticos.

El sector del automóvil (vehículos y piezas) constituye el principal negocio del Grupo Transfesa, al suponer alrededor de un 80% de su facturación².

Desde el 18 de marzo de 2008, TRANSFESA forma parte del Grupo Deutsche Bahn, al haber vendido la familia Fernández Fernández (sus fundadores) su participación de control a Deutsche Bahn AG (DB). Con posterioridad, en 2010, **DB** adquirió la participación que tenía en TRANSFESA la empresa pública francesa SNCF (20,2%) y parte de la autocartera, pasando a disponer del **77,3% del capital social**. El resto del accionariado se reparte entre **RENFE (22,4%**, folio 624) y distintos accionistas particulares (0,3%).

5. Transfesa Rail, S.A. (TRANSFESA RAIL)

² Según presentación corporativa de la propia TRANSFESA, de fecha de octubre de 2012 (página 2 de la presentación, folios 5529 a 5553).

TRANSFESA RAIL es una **empresa filial al 100% de TRANSFESA** constituida en 2005 con el fin de prestar servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, para lo cual obtuvo su licencia el 4 de julio de 2006.

Su denominación inicial fue **Activa Rail, S.A.**, pasando en diciembre de 2013 a su denominación actual, si bien ya venía operando en el mercado bajo la marca Transfesa Rail con anterioridad.

6. Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A. (SEMAT)

SEMAT, constituida en 1942, es una empresa filial de TRANSFESA dedicada a la logística de automóviles, participada por TRANSFESA en un 62,8% y por RENFE en un 37,8% (folio 624). Cuenta para ello con un parque de vagones porta-automóviles y gestiona 5 centros logísticos para automóviles en Fuencarral (Madrid), El Salobral (Madrid), La Llagosta (Barcelona), Zuera (Zaragoza) y La Roda de Andalucía (Sevilla).

7. Pool Ibérico Ferroviario A.I.E. (PIF)

PIF, constituida en 2001, es una agrupación de interés económico para explotar en común (pool) vagones porta-automóviles de sus socios, destinados al transporte de vehículos por ferrocarril en trayectos interiores dentro de España.

Sus dos asociados son TRANSFESA (14,5%) y SEMAT (85,5%), motivo por el cual **PIF se integra en el Grupo Transfesa** (folio 624).

8. Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E. (HISPANAUTO)

HISPANAUTO es una agrupación de interés económico constituida en 1985 para explotar en común (pool) vagones porta-automóviles de ejes intercambiables (es decir, que pueden circular por vías de ancho internacional e ibérico) de sus socios, destinados al transporte internacional de vehículos por ferrocarril con origen o destino España.

Sus dos asociados son STVA (filial del Grupo SNCF) y TRANSFESA, que tiene una participación mayoritaria (75,5%), motivo por el cual **HISPANAUTO se integra en el Grupo Transfesa** (folio 624).

9. Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L. (DBIH)

DBIH, constituida en 2007 y **propiedad al 100% de DB Mobility Logistics AG, es una sociedad holding del Grupo Deutsche Bahn** que aglutina diferentes participaciones de dicho grupo empresarial en empresas con sede en España, entre ellas TRANSFESA.

Con anterioridad a octubre de 2010, su denominación fue **Schenker Ibérica, S.L.**

10. DB Mobility Logistics AG (DB ML)

DB ML, **propiedad al 100% de Deutsche Bahn AG** (matriz del Grupo Deutsche Bahn), es una sociedad holding que gestiona las empresas del Grupo Deutsche Bahn activas en el sector del transporte y la logística. Cabe señalar que, a su vez, Deutsche Bahn AG tiene como accionista mayoritario a la República Federal de Alemania (folios 5470 a 5472).

Más concretamente, DB ML engloba las siguientes unidades de negocio del Grupo Deutsche Bahn: DB Bahn Long-Distance, DB Bahn Regional, DB Arriva, DB Schenker Rail, DB Schenker Logistics y DB Services. En particular, DB Schenker Rail concentra la actividad de transporte de mercancías por ferrocarril, donde se erige como el primer operador a nivel europeo.

Como se ha señalado, DB ML es propietaria al 100% de DBIH, que aglutina distintas participaciones del Grupo Deutsche Bahn en empresas cuya actividad principal se centra en España.

11.DB Schenker Rail Deutschland AG (DB SR DEUTSCHLAND)

DB SR DEUTSCHLAND, **propiedad al 100% de DB ML**, es la principal empresa de la unidad de negocio del Grupo Deutsche Bahn en el ámbito del transporte de mercancías por ferrocarril (DB Schenker Rail), con operaciones en la zona de Centroeuropa, principalmente en Alemania, donde constituye el primer operador del mercado.

Con anterioridad a marzo de 2009, su denominación fue **Railion Deutschland AG**.

12.DB Schenker Rail International Limited (DB SR INTERNATIONAL)

DB SR INTERNATIONAL es una filial de DB Schenker Rail (UK) Limited (anteriormente conocida como English Welsh & Scottish Railway Holdings Limited –EWS–), cabecera del Grupo Deutsche Bahn en el ámbito del transporte de mercancías por ferrocarril para el Reino Unido, donde constituye el principal operador del mercado. DB SR INTERNATIONAL tiene su origen en la sociedad británica Railfreight Distribution, activa en el transporte internacional de contenedores y automóviles, así como sus piezas y componentes. En 1997 Railfreight Distribution fue adquirida por EWS, que la rebautizó como **English Welsh & Scottish Railway International Limited (EWSI)** en diciembre de 1998, pasando en marzo de 2013 a adoptar su denominación actual.

En 2009 DB SR INTERNATIONAL comenzó a operar trenes de carga comercial en España mediante su licencia ferroviaria del Reino Unido hasta mayo de 2011 en el que las actividades ferroviarias en España de DB SR INTERNATIONAL fueron transferidas al Grupo Transfesa (folio 4376).

13.Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (AEFP)

La AEFP, constituida en 2005, agrupa a las empresas privadas nacionales, no controladas por entidades públicas, que estén en posesión de la correspondiente

licencia administrativa para operar como empresa ferroviaria en el transporte de mercancías en España.

En la actualidad cuenta con seis empresas asociadas: Acciona Rail Services, S.A. (Grupo Acciona); Comsa Rail Transport, S.A. (Grupo Comsa Emte); Continental Rail, S.A. (Grupo ACS); Logitrén Ferroviaria, S.A.; Tracción Rail, S.A. (Grupo Azvi); y Transitia Rail, S.A.

III. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

III.1. Funcionamiento del sector de transporte de mercancías por ferrocarril.

Es preciso diferenciar el servicio de **transporte de mercancías** propiamente dicho del servicio de **expedición de mercancías** (freight forwarding) y de la actividad de **logística**.

Así, por lo que respecta al **servicio de expedición** y siguiendo los precedentes de la Comisión Europea en materia de control de concentraciones económicas, cabe definir este servicio como la organización del transporte de bienes (pudiendo incluir, aparte del transporte en sí mismo, diferentes tipos de servicios tales como el almacenamiento y las gestiones administrativas, por ejemplo, aduaneras) al objeto de satisfacer lo demandado por el cliente³. Por lo tanto, se desprende que el transporte constituye un componente del servicio de expedición de mercancías⁴.

Asimismo, resulta preciso resaltar que, en el servicio de expedición de mercancías, el servicio de transporte no es prestado necesariamente por la propia empresa de expedición, ya que no es infrecuente que subcontrate el mismo con un tercero⁵. Este hecho permite distinguir entre dos tipos principales de clientes del servicio de transporte de mercancías: (i) los propios clientes finales, con necesidad de transportar productos, y (ii) los intermediarios, tales como las empresas de expedición, que organizan el transporte en nombre del cliente final⁶.

³ Véase al respecto la decisión de la Comisión Europea en la concentración COMP/M.1794 *Deutsche Post/Air Express International* (párrafo 8).

⁴ Véanse al respecto las decisiones de la Comisión Europea en las siguientes concentraciones: COMP/M.2905 *Deutsche Bahn/Stinnes* (párrafos 8 y ss.); COMP/M.4746 *Deutsche Bahn/EWS*; y COMP/M.5096 *RCA/MAV Cargo*.

⁵ Véase al respecto la decisión de la Comisión Europea en la concentración COMP/M.1794 *Deutsche Post/Air Express International* (párrafo 8).

⁶ En el test de mercado llevado a cabo por la Comisión Europea en el marco de la concentración COMP/M.5855 *Deutsche Bahn/Arriva* (párrafo 143), se confirmó la conclusión alcanzada en casos anteriores de que el transporte de mercancías constituye un mercado de producto distinto del de servicios de expedición. Lo mismo ocurrió en la concentración COMP/M.4786 *Deutsche Bahn/Transfesa* (párrafo 35).

Por su parte, los **servicios logísticos** se pueden definir, siguiendo a la Comisión Europea⁷, como aquella parte del proceso de la cadena de suministro que planifica, implementa y controla el flujo y almacenamiento eficiente y eficaz de bienes, servicios e información relacionada, desde el punto de origen hasta el de consumo, al objeto de satisfacer lo solicitado por el cliente. Estos servicios comprenden diversas actividades tales como suministro de piezas, control de inventario, seguimiento de productos, recogida de pedidos, gestión, entrega secuencial, control de calidad, tecnologías de la información y gestión de cuentas, así como servicios de valor añadido como montaje e instalación con la entrega, reutilización de productos y materiales (logística inversa) y entrega ordenada de acuerdo con los requisitos del cliente.

En cualquier caso, cabe destacar que el elemento fundamental del servicio logístico es la gestión de los bienes, siendo también relevantes la provisión de servicios de almacenamiento y transporte⁸. Por lo tanto, se deduce que el transporte constituye un componente del servicio logístico, al igual que ocurre con los servicios de expedición.

En determinados sectores industriales, la provisión de servicios logísticos puede requerir de conocimientos (know-how) y tecnologías especializadas y específicas. Es el caso, por ejemplo, de la **logística de vehículos terminados**, donde siguiendo a la autoridad alemana de competencia⁹, se pueden distinguir tres actividades principales: (i) el transporte desde la planta de fabricación a la campa, (ii) los servicios en campa (almacén y servicios postproducción), y (iii) la distribución regional de los automóviles terminados (desde la campa al concesionario).

Cabe distinguir distintos **modos de transporte**: terrestre (carretera, ferroviario, fluvial, por tubería...), marítimo y aéreo. Teniendo en cuenta el origen y destino del transporte y las características de las mercancías, la Comisión Europea ha señalado que no todos los modos de transporte pueden considerarse sustitutivos perfectos desde el punto de vista de la demanda, pues ello dependerá del precio, duración de viajes, capacidad de carga (peso, tamaño, cantidad, peligrosidad, etc.), calidad del servicio (puntualidad, seguridad...) y disponibilidad geográfica, entre otros factores, de las distintas opciones¹⁰.

En tercer lugar, dentro del transporte de mercancías por ferrocarril, puede distinguirse entre:

⁷ Véase al respecto la decisión de la Comisión Europea en la concentración COMP/M.2411 *Autologic/TNT/Wallenius/Cat JV* (párrafos 15 y ss.).

⁸ Véase al respecto la decisión de la Comisión Europea en la concentración COMP/M.3971 *Deutsche Post/Exel* (párrafo 14).

⁹ Az. 89 – 2013/94 (26 de junio de 1994) – *ATG/Menke/Silcock&Colling, WuW/BKartA 2659*.

¹⁰ Véanse al respecto las decisiones de la Comisión Europea en las siguientes concentraciones: COMP/M.2905 *Deutsche Bahn/Stinnes*; COMP/M.3150 *SNCF/Trenitalia*; y COMP/M.4294 *Arcelor/SNCFL/CFL Cargo*.

- el servicio *nacional vs. internacional*. Así, tradicionalmente los operadores de transporte de mercancías cooperan entre sí para ofrecer transportes internacionales, habida cuenta de las diferencias técnicas y regulatorias existentes para operar entre países europeos.
- el servicio de *tren completo vs. el servicio de vagón individual* o de *transporte de contenedores* (tren multicliente). Así, el servicio de tren completo ofrece conexiones “punto a punto”, dedicadas a un solo cliente y adaptadas a las necesidades específicas de éste. Por su parte, los trenes formados por vagones de distintos clientes (convoy) se componen en una terminal, se transportan a otra terminal de la región de destino y se separan en cargas de vagones individuales para su transporte hasta su destino final (a menudo mediante transporte intermodal).
- el servicio de *transporte vs. servicio de tracción*. Así, mientras que en el servicio de **transporte** el operador de transporte pone a disposición del cliente **tanto vagones como locomotoras** para realizar el transporte, en el caso del servicio de **tracción** el cliente sólo contrata la **locomotora y el conductor** (lo cual incluye el servicio complementario de otras locomotoras y servicios de apoyo), por contar el cliente con vagones^{11,12}.
- según el tipo de mercancía transportada:
 - o vehículos de motor terminados, principalmente como parte de la cadena logística de los mismos, siendo el cliente final primordialmente los fabricantes de los mismos, para lo cual se emplea un tipo especial de vagón conocido como “vagón abierto”;
 - o granel/multiproducto: este tipo de transporte se utiliza para productos tales como graneles (carbón, cementos, cereales, áridos, abonos), prefabricados de hormigón (vigas, traviesas, dovelas), productos manufacturados, madera y papel, productos químicos y combustibles. Para ello se utilizan vagones cisterna (productos químicos y combustibles), tolvas (cereales y carbón) y vagones cerrados (productos de consumo);
 - o siderúrgico, para productos derivados de la industria del acero, tanto productos planos como largos; e
 - o intermodal o contenedores/cajas móviles, en la medida en que el contenedor/caja móvil estandariza el transporte facilitando el

¹¹ Además, el servicio de tracción incluye la gestión, por parte del proveedor de tracción, de los permisos para que el tren pueda circular por la red ferroviaria.

¹² Véanse al respecto las decisiones de la Comisión Europea en el expediente sancionador A. 37865 (párrafo 51) y en las concentraciones COMP/M.5579 *TLP/Ermewa*, y COMP/M.6150 *Veolia Transport/Trenitalia/JV*.

empleo de distintos modos de transporte para una misma carga¹³. Este tipo de mercancía requiere un tipo especial de vagón conocido como plataforma portacontenedores.

Finalmente, cabe señalar que la prestación del servicio de transporte de mercancías por ferrocarril, así como el servicio de tracción ferroviaria relacionado, precisa de una serie de bienes y servicios accesorios que actúan como inputs¹⁴:

- el acceso a la infraestructura por la que han de circular los trenes, cuya gestión en España corresponde, por lo que se refiere a la Red Ferroviaria de Interés General (RFIG), a ADIF, entidad pública empresarial dependiente del Ministerio de Fomento; y
- material rodante (locomotoras y/o vagones), su mantenimiento y reparación, personal, suministros, servicios de carga y descarga, etc.

Por lo que se refiere al **material rodante**, éste constituye uno de los principales costes de las empresas de transporte de mercancías por ferrocarril, especialmente en lo atinente a las **locomotoras**, de acuerdo con el *Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España* de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), publicado en 2013¹⁵, y con declaraciones públicas de la propia RENFE¹⁶. Por ello, se han desarrollado como alternativas al empleo de material rodante en propiedad tanto el alquiler de locomotoras y vagones como los servicios de tracción ferroviaria.

El hecho de contar con locomotoras en propiedad permite realizar una distinción adicional entre los operadores de transporte de mercancías por ferrocarril:

- aquellos operadores que cuentan con tracción ferroviaria propia, por lo que pueden ofrecer al cliente locomotoras y, en su caso, vagones propios para el transporte de sus mercancías; y

¹³ Los contenedores son empleados por su versatilidad para el tráfico marítimo y pueden llevar todo tipo de mercancías: productos bajo temperatura dirigida (*reefers*), de carga seca, líquidos (contenedores cisterna), open top, cerrados... Las cajas móviles se utilizan más en servicios de transporte ferroviario entre puntos interiores (no marítimos) y son empleadas principalmente en productos de consumo, bienes de equipo y componentes de automoción.

Tanto en los puertos marítimos como en las terminales interiores existen infraestructuras especiales para descargar y cargar estas mercancías.

¹⁴ El Tribunal de Primera Instancia de la UE (hoy Tribunal General) reconoció, en el asunto T-229/94 *Deutsche Bahn v. Comisión Europea* (párrafo 10), que estos servicios constituyen mercados distintos de aquél del transporte de mercancías por ferrocarril.

¹⁵ Disponible en:

http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2013/CNC_T_RANSORTE%20FERROCARRIL.pdf (pág. 69).

¹⁶ Así, en una entrevista publicada el 15 de junio de 2015 en la publicación "El Vigía", el Director General de RENFE MERCANCÍAS señaló que "*la locomotora es un coste muy importante en el transporte ferroviario*" (folios 5564 y 5565).

- aquellos operadores con vagones propios pero sin locomotoras en propiedad, por lo que, para ofrecer servicios de transporte de mercancías por ferrocarril, han de alquilarlas o utilizar el servicio de tracción que les ofrezca un operador con dicha capacidad.

Esta distinción es relevante a efectos de competir en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, en la medida que aquellos operadores que cuentan con locomotoras propias disponen de mayor independencia y flexibilidad de acción en el mercado (frente a las alternativas que puedan existir en términos de alquiler o tracción), si bien es cierto que esa mayor independencia y flexibilidad conlleva un mayor coste para el operador debido a la elevada inversión que supone una locomotora (o flota de ellas, si se quiere prestar un servicio a un gran cliente).

Frente a la adquisición de material rodante, su alquiler resulta:

- significativamente más barato y conlleva un menor riesgo de entrada, al evitar que, dados los elevados plazos de amortización del material y la menor duración relativa de los contratos de transporte, el operador deba hacer frente a los gastos de adquisición del material si eventualmente tiene menos actividad de la planeada; y
- más rápido, si la adquisición conlleva la homologación del material, lo cual puede prolongar la compra entre dos y tres años.

Como señala el precitado *Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España* (página 70), mientras que el alquiler de material rodante está muy extendido en el resto de Europa, esta opción es poco habitual en España, donde la principal vía de acceso al material rodante sigue siendo la adquisición en propiedad, situación en la que han influido los siguientes factores:

- la imposibilidad de utilizar material rodante europeo, debido a diferencias técnicas (principalmente, el ancho de vía ibérico, diferente al internacional) y reglamentaciones distintas en materia de infraestructuras. La adquisición de material no adaptado a la red española conlleva modificaciones sustanciales, lo cual incrementa notablemente su precio.
- RENFE, que cuenta con un amplio parque de material rodante, apenas ha desarrollado el alquiler hasta fechas recientes, con la puesta en marcha efectiva de RENFE ALQUILER.

III.2. Mercados relevantes afectados.

A los efectos del presente expediente, se considerará que los mercados relevantes afectados son:

- 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.

Asimismo, se entenderá que la dimensión nacional de los mercados comprende la cobertura de la Red Ferroviaria de Interés Nacional (RFIG), tanto de ancho ibérico como de ancho internacional/UIC, homologada para el transporte de mercancías¹⁷.

La DC detalla en su PR con precisión la delimitación realizada en materia de **mercado de producto**, como se recoge a continuación, análisis que esta Sala comparte plenamente:

III.2.1 *Provisión de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril*

Para determinar los mercados de productos relevantes en el sector del transporte de mercancías resulta preciso analizar la sustituibilidad de la demanda y de la oferta entre las distintas opciones de transporte.

Teniendo en cuenta el origen y destino del transporte y las características de las mercancías, la Comisión Europea ha indicado que no todos los modos de transporte pueden considerarse sustitutivos perfectos desde el punto de vista de la demanda, pues ello dependerá del precio, tiempo de viajes, capacidad de carga (peso, tamaño, cantidad, peligrosidad, etc.), calidad del servicio (puntualidad, seguridad...) y disponibilidad geográfica, entre otros factores, de las distintas opciones¹⁸.

La práctica decisoria de la Comisión Europea ha distinguido distintos mercados de transporte de mercancías en función del modo de transporte. Así, la Comisión ha diferenciado entre el transporte aéreo, marítimo y terrestre¹⁹ y, en el seno de

¹⁷ Se excluye de esta cobertura la red ferroviaria de ancho métrico, por los motivos apuntados por la DC en el párrafo 101 del PCH (escaso volumen de transporte de mercancías, limitada cobertura geográfica, necesidad de material rodante específico, gestión y explotación por FEVE), aspecto éste que las partes no han cuestionado. En España existe una única línea homologada para el transporte de mercancías en ancho UIC, que transcurre entre Barcelona y la frontera francesa, a través de la red de la empresa ferroviaria hispanofrancesa TP Ferro.

¹⁸ Véanse al respecto las decisiones de la Comisión Europea en las siguientes concentraciones: COMP/M.2905 *Deutsche Bahn/Stinnes*; COMP/M.3150 *SNCF/Trenitalia*; y COMP/M.4294 *Arcelor/SNCF/CFL Cargo*.

¹⁹ Véase al respecto la decisión de la Comisión Europea en la concentración COMP/M.4746 *Deutsche Bahn/EWS* (párrafos 13 a 17).

este último, ha distinguido la existencia de un **mercado separado de transporte por ferrocarril**, en distintos casos examinados²⁰.

En este sentido, la Comisión Europea ha señalado que el ferrocarril presenta determinadas características que lo hacen más apropiado para:

- el transporte de mercancías pesadas y a granel,
- el transporte de cantidades elevadas y a largas distancias, y
- clientes con acceso a infraestructuras ferroviarias; así, aquellos clientes que han invertido en dichas infraestructuras en sus instalaciones industriales a menudo privilegian el ferrocarril²¹.

Por lo tanto, puede concluirse que, para determinados clientes, sólo el transporte por ferrocarril puede satisfacer ciertos requisitos relacionados con el tipo de mercancía a transportar, la cantidad/volumen, el peso, la ubicación y la duración del transporte, constituyendo para una parte sustancial de dichos clientes la única alternativa²².

Por ejemplo, la Comisión Europea en su decisión en la concentración COMP/M.4786 *Deutsche Bahn/Transfesa* (párrafo 24) recogió cómo para los grandes fabricantes de automóviles resulta preciso un nivel mínimo de logística mediante ferrocarril para sus automóviles terminados, debido a las limitaciones de espacio dentro de las grandes plantas de fabricación. Además, habida cuenta de los significativos costes fijos que entraña el transporte por ferrocarril y que los costes de transporte por camión son en su mayoría variables, el atractivo del transporte por ferrocarril frente al camión puede ser mayor para cantidades elevadas y largas distancias.

La anterior conclusión se ve respaldada, en el marco del presente expediente, por las declaraciones realizadas por determinados fabricantes de vehículos de motor que poseen fábricas en España y una elevada producción (Ford España, S.L. –folio 3722–, General Motors España, S.L. –folio 3784–, Mercedes-Benz España, S.A. –folio 3633– y SEAT, S.A. –folio 3748–).

En los precedentes citados, la Comisión Europea también ha considerado que sólo cabe esperar la sustituibilidad por el lado de la demanda entre el tren y otros modos de transporte terrestre en un corredor cuando los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril presentan un precio excesivo como consecuencia,

²⁰ Véanse al respecto las decisiones de la Comisión Europea en las concentraciones COMP/M.4746 *Deutsche Bahn/EWS* (párrafo 23) y COMP/M.5855 *Deutsche Bahn/Arriva* (párrafo 152).

²¹ Véanse al respecto las decisiones de la Comisión Europea en las concentraciones COMP/M.4746 *Deutsche Bahn/EWS* (párrafo 14) y COMP/M.5877 *Geodis/Giraud* (párrafo 12), así como las declaraciones de la propia DB (folios 5473 y 5474).

²² Véase al respecto la decisión de la Comisión Europea en la concentración COMP/M.5855 *Deutsche Bahn/Arriva* (párrafo 145).

por ejemplo, de la existencia de poder de mercado²³ o de costes elevados debido a la orografía²⁴. Sin embargo, en casos en los que se abordaba la cuestión sobre la sustituibilidad por el lado de la demanda de manera más global, la Comisión Europea ha considerado que los demás modos de transporte terrestre no son sustitutivos del ferrocarril, como se ha señalado anteriormente.

Asimismo, en los precedentes comunitarios, la Comisión Europea ha dejado abierta la cuestión de si el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril puede segmentarse en servicios *nacionales vs. internacionales*, *tren completo vs. vagón individual* y en función del tipo de mercancía transportada²⁵.

A efectos del presente expediente, en el que se analizan las políticas comerciales de los incoados a nivel nacional, procede considerar la sustituibilidad por el lado de la demanda de manera global, de modo que, siguiendo a la Comisión Europea, **se considera que los demás modos de transporte terrestre de mercancías no son sustitutivos del ferrocarril**. En particular, corresponde incluir en distintos mercados de referencia los servicios de transporte de mercancías por carretera y por ferrocarril, a pesar de la lógica presión competitiva que ejercen entre sí los distintos modos de transporte, dado que determinados tráficos ferroviarios son difícilmente sustituibles, en particular los que evitan acarreo en el inicio o final del trayecto, como los tráficos a la exportación de vehículos a través de los puertos. Además, en tanto que los incoados están presentes en mayor o menor medida en los distintos segmentos de mercancías transportadas, así como en los servicios nacionales e internacionales, se puede dejar abierta la realización de divisiones más estrechas del mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, puesto que no afecta al análisis final de las prácticas objeto del presente expediente.

Asimismo, dada su importancia a efectos del presente expediente, cabría plantear la posibilidad de delimitar, dentro del transporte de mercancías por

²³ En su decisión en la concentración COMP/M.5096 *RCA/MAV Cargo*, la Comisión Europea subrayó que dicho poder de mercado podía estar precisamente presente en el caso examinado, lo cual explicaría cierta sustituibilidad percibida por los consumidores entre el tren y la carretera (fenómeno también conocido como paradoja del celofán): la ausencia de competencia entre operadores ferroviarios permitía al incumbente ferroviario establecer sus precios por encima de los hipotéticos precios competitivos del ferrocarril, tan sólo limitados por los precios del transporte por carretera. Así, la Comisión Europea expuso que la liberalización del servicio de transporte ferroviario era susceptible de acercar los precios del ferrocarril a su precio competitivo (que también se podía traducir en ganancias de calidad, como mayor puntualidad), aumentando la brecha entre ferrocarril y carretera y llevando a una sustituibilidad cada vez menor entre el tren y la carretera.

²⁴ Así, en la concentración COMP/M.3150 *SNCF/Trenitalia*, la Comisión Europea estimó que todos los modos de transporte terrestre de mercancías que cruzaban los Alpes entre Francia e Italia por el paso fronterizo de Fréjus/Mont Cenis, que une Lyon y Turín, podían ser sustitutivos entre sí por el lado de la demanda. En este caso, dicho corredor se consideró como un cuello de botella y, por tanto, un mercado relevante al no ser factible el transporte vía otras rutas por factores económicos o técnicos.

²⁵ Véanse al respecto las decisiones de la Comisión Europea en las concentraciones COMP/M.2905 *DB/Stinnes* (párrafo 9) y COMP/M.5855 *DB/Arriva* (párrafo 151).

ferrocarril, un mercado relativo al transporte de vehículos de motor terminados por ferrocarril diferenciado del de otros tipos de mercancías²⁶. Esta posible subdelimitación se fundamentaría en las características de:

- la demanda, constituida primordialmente por los fabricantes de automóviles, quienes licitan el transporte de vehículos terminados (desde la fábrica hasta campas/puertos) a menudo junto con servicios logísticos que incluyen el estocaje en campas y la distribución capilar; y
- los activos específicos que se emplean en el transporte de vehículos terminados por ferrocarril, tales como accesos ferroviarios en las plantas de producción y campas, y un tipo de vagón especial, conocido como “abierto”, que, debido a la naturaleza de la mercancía, sólo puede transportar aproximadamente la mitad de toneladas que otro tipo de vagones. A raíz de esto último, los costes de tracción para transportar vehículos terminados son superiores con respecto al caso de otro tipo de mercancías, pues para el mismo volumen de toneladas es preciso traccionar trenes con un mayor número de vagones (dentro de los límites que permita el administrador ferroviario) o bien varios trenes.

Sin embargo, en la medida en que la delimitación de un mercado separado de transporte de vehículos terminados por ferrocarril no afecta el análisis llevado a cabo en el presente expediente, se puede dejar abierta una ulterior segmentación dentro del mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, sin perjuicio de que las prácticas colusorias objeto del presente expediente hayan podido tener una especial incidencia en el segmento del transporte de vehículos de motor terminados por ferrocarril, ya que desde el año 2010 las principales alternativas en este tipo de transporte son RENFE y el Grupo Transfesa.

En atención a lo anterior, a efectos del análisis de las conductas objeto del presente expediente, se considera como mercado de producto relevante el **mercado de transporte de mercancías por ferrocarril**, ya que los acuerdos analizados tienen la aptitud de afectar potencialmente al transporte de mercancías por ferrocarril, independientemente del producto objeto de prestación del servicio.

III.2.2 *Provisión de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías*

Siguiendo a TRANSFESA (folio 2148), mediante el servicio de tracción ferroviaria “una locomotora desplaza o arrastra los vagones que se utilizan para el transporte de mercancías, ya sean vehículos terminados, piezas, recambios, cereales o cualquier otra mercancía. Este servicio no sólo comprende la puesta a disposición de la locomotora en sí, sino también la puesta a disposición del

²⁶ El transporte de piezas y componentes de vehículos por ferrocarril se lleva a cabo, por lo general, en cajas móviles o en vagones de carga general, por lo que se incluye en los segmentos intermodal o multiproducto.

maquinista de la misma, las tareas de supervisión y seguridad, y la gestión y adquisición de los surcos del gestor ferroviario, en este caso ADIF’.

La Comisión Europea²⁷ ha distinguido un mercado de producto separado relativo a la prestación de servicios de tracción ferroviaria, diferenciado del mercado de alquiler o venta de locomotoras.

Así, mientras que los servicios de tracción sólo pueden ser proporcionados por operadores ferroviarios que cuenten con la debida habilitación, para el alquiler o adquisición de locomotoras la demanda se puede dirigir a fabricantes, empresas especializadas de alquiler o a los propios operadores. Además, el alquiler o compra de una locomotora no puede sustituir a la tracción en la medida en que sólo alcanza la puesta a disposición del material rodante y la tracción incluye también un conductor, servicios de mantenimiento y reparación, así como reservas de capacidad en la red ferroviaria.

El servicio de tracción goza de tradición en España, pues con anterioridad a la liberalización del mercado de transporte de mercancías operada por la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, RENFE ya prestaba este servicio a empresas privadas de transporte de mercancías por ferrocarril, como TRANSFESA. Con dicha liberalización, la oferta se ha ampliado a operadores privados que reúnan los requisitos normativos al efecto.

Asimismo, dadas las características y regulación del transporte de viajeros por ferrocarril, cabe considerar que la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías constituye un mercado distinto de aquel servicio de tracción ferroviaria prestado para el transporte de viajeros.

En atención a lo anterior, se considerará como mercado de producto relevante a efectos del presente expediente la **prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías**.

III.2.3 Alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías

Los precedentes comunitarios en materia de competencia²⁸ han definido de forma separada los mercados de venta y alquiler de material rodante, dada la existencia de diferencias que ocasionan que, a efectos prácticos, sean mercados poco sustitutivos a corto plazo. Además, dichos precedentes han distinguido mercados de alquiler de material rodante en función de su destino, viajeros o mercancías:

²⁷ Véase al respecto la Decisión de 27 de agosto de 2003, relativa al expediente sancionador COMP/37.685 GVG/FS (párrafos 51 y ss.).

²⁸ Véanse al respecto las decisiones de la Comisión Europea en las concentraciones COMP/M.669 *Charterhouse/Porterbrook Leasing Compañy*; COMP/M.3090 *Volkswagen/Offset/Crescent/Leaseplan/JV*; COMP/M.4844 *Fortis/ABN Amro Assets*; COMP/M.5263 *Deutsche Bank London/Lloyds TSB Bank/Antin Infrastructure Partners (BNP Paribas)/Porterbrook Leasing*; y COMP/M.5439 *OP Trust/Deutsche Bank London/Lloyds TSB Bank/BNP Paribas/Porterbrook Leasing*.

- así, la prestación de servicios de transporte de pasajeros suele estar sujeta a concesiones públicas que implican habitualmente el alquiler de material rodante específico;
- en cambio, el material rodante destinado a transportar mercancías se alquila en función de las necesidades del operador arrendatario.

Asimismo, la Comisión Europea ha establecido una distinción adicional, a efectos de definición de mercados, entre el leasing financiero y el leasing operativo,²⁹ cuyas diferencias, desde el punto de vista de la demanda, estriban en la propiedad del material rodante:

- en el caso del leasing financiero, la propiedad y el riesgo de los activos se transfiere al arrendatario, por lo que el material aparecerá en el balance de éste bajo la rúbrica “opción de compra”,
- mientras que en el caso del leasing operativo, el riesgo y el beneficio recaen sólo sobre el arrendador.

Si bien los precedentes comunitarios no se han pronunciado expresamente acerca de la existencia de un mercado de producto diferenciado referido al alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías, cabe definir uno en este sentido basándose en las consideraciones que se acaban de realizar y por analogía con la decisión de la Comisión Europea en la concentración COMP/M.5579 *TLP/ERMEWA*³⁰, que definió un mercado de producto separado relativo al alquiler de vagones para el transporte de mercancías.

En atención a lo anterior, se considerará como mercado de producto relevante a efectos del presente expediente el **alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías**.

III.2.4 *Alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario*

Los centros logísticos de automoción (también conocidos como plataformas logísticas para automóviles o, en términos sectoriales, como campas) constituyen una infraestructura en la que se prestan servicios de almacenamiento de vehículos terminados y postproducción (así, inspección y preparación de cargas) a los fabricantes de automóviles como parte de la cadena logística de los vehículos terminados.

Estos centros logísticos permiten almacenar los vehículos terminados procedentes de distintas fábricas y marcas, y distribuirlos de forma capilar a los diferentes concesionarios de una zona utilizando principalmente transporte por camión.

²⁹ Véanse al respecto las decisiones de la Comisión Europea en las concentraciones COMP/M.3090 *Volkswagen/Offset/Crescent/Leaseplan/JV*; COMP/M.4844 *Fortis/ABN Amro Assets*; COMP/M.4844 *Fortis/ABN Amro Assets*; y COMP/M.5263 *Deutsche Bank London/Lloyds TSB Bank/Antin Infrastructure Partners (BNP Paribas)/Porterbrook Leasing*.

³⁰ Véase al respecto la Decisión de 22 de enero de 2010, párrafos 15 a 27.

En particular, estos centros logísticos se distinguen de los almacenes ubicados junto a las fábricas, en que son multimarca y, por tanto, sus servicios se ofertan en el mercado a todos los fabricantes de vehículos (frente al carácter monomarca y de autoprestación de los servicios provistos en los almacenes situados junto a las fábricas).

En el caso concreto de los centros logísticos con acceso ferroviario, estos centros permiten realizar el transporte de los vehículos terminados desde la fábrica hasta el centro vía ferrocarril. Por ello, los servicios que se prestan en un centro logístico de automoción con acceso ferroviario constituyen un servicio verticalmente relacionado con el transporte de vehículos terminados por ferrocarril.

Debido a la naturaleza específica de estas instalaciones y que los acuerdos examinados en el marco del presente expediente afectan al alquiler de estos centros logísticos con acceso ferroviario, cabe considerar que el alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario constituye un mercado de producto relevante.

En atención a lo anterior, se considerará como mercado de producto relevante a efectos del presente expediente el **alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario**.

III.2.5 Mercados geográficos.

Respecto del **mercado geográfico**, tal como detalla la DC en los párrafos (98) a (109) del PCH, se considera que para los tres primeros mercados de producto relevantes señalados (servicios de transporte de mercancías por ferrocarril, servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías y alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías), éste es de ámbito **nacional** a los efectos del expediente de referencia, entendiéndose como nacional la cobertura de la RFIG de ancho ibérico y UIC homologada para el transporte de mercancías.

Por su parte, el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario reviste un ámbito **regional**. En todo caso, a los efectos del presente expediente, tal como la DC aclara en su Propuesta de Resolución, no es necesario pronunciarse de forma definitiva sobre la delimitación exacta de estos ámbitos geográficos regionales, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis.

III.3. Estimación del tamaño de los mercados relevantes afectados y cuotas

III.3.1. Mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España

En su Informe y Propuesta de Resolución la DC ofrece una estimación del tamaño del mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España a partir de los datos obrantes en el expediente, que proceden

exclusivamente de empresas con locomotoras propias para el transporte de mercancías.³¹

Esta estimación es parcial del tamaño real del mercado, en la medida en que no tiene en cuenta empresas que transportan mercancías por ferrocarril exclusivamente con vagones propios y tracción de terceros. Sin embargo, la estimación realizada tiene la virtud de reflejar la posición competitiva entre sí de las empresas con locomotoras propias dentro del transporte de mercancías por ferrocarril. Asimismo, el peso de estos operadores sin tracción propia en este mercado es previsiblemente reducido, teniendo en cuenta que, como se verá más adelante, gran parte de los servicios de tracción a terceros proporcionados en España son prestados por RENFE, siendo sus principales clientes operadores con medios de tracción propios, especialmente el Grupo Transfesa.

Para realizar esta estimación, se ha empleado el importe neto de la cifra de negocios de las empresas señaladas, si bien es preciso resaltar con carácter previo, que algunas de dichas empresas no están activas comercialmente, por lo que no aparecen en la estimación.³² No se ha considerado la actividad de aquellas empresas que operan exclusivamente en red de ancho métrico.³³

Por último, también se han tenido en cuenta los siguientes datos obrantes en el expediente de cara a proporcionar una estimación del mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España:

- basándose en la información proporcionada por COMSA, se ha incluido a Ibercargo Rail, S.A. (IBERCARGO), controlada al 50% por COMSA y Takargo – Transportes de Mercadorias S.A. (operador ferroviario privado portugués), en la estimación del mercado, por comercializar dicha sociedad tráfico ferroviario para mercancías entre España y Portugal con locomotoras de sus accionistas (folio 4539); y
- basándose en la información proporcionada por DBIH (folio 4385), se ha incluido a English Welsh & Scottish Railway International Limited (EWSI), empresa que como se ha señalado pertenece al Grupo

³¹ El listado de estas empresas se ha obtenido a partir de información pública de ADIF (folios 5475 a 5477), que refleja las empresas ferroviarias que cuentan con licencia y certificado de seguridad para traccionar trenes en España para el transporte de mercancías (y sociedades controladas).

³² Éste es el caso de Ferrovial Railway, S.A. (grupo Ferrovial) (folios 4517 y 4518), Guinovart Rail, S.A. (grupo OHL) (folios 4653 y 4654), National Express Spanish Holdings Sucursal en España (folios 4417 a 4419), Interurbana de Autobuses, S.A. (folio 4512) y Eco Rail, S.A. (folios 4640 y 4641).

³³ No se ha considerado la actividad de la Sociedad Pública Eusko Trenbideak Ferrocarriles Vascos Sociedad Anónima (EUSKO TRENBIDEAK) ni de Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya (FGC), por operar exclusivamente en ancho métrico (folios 4432 y 4438, respectivamente). FGC controla a su vez dos empresas, siendo una de ellas Autometro, S.A., que opera en red de ancho métrico (folio 4438), por lo que tampoco se ha incluido su actividad en la estimación del mercado.

Deutsche Bahn, durante el periodo que tuvo actividad comercial en España.³⁴

Tabla 1: Ingresos (euros) por empresa en el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España (2005-2013), así como el % que representa dentro del total en cada año

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Grupo Renfe	[...] [80-90%]	[...] [80-90%]	[...] [80-90%]	[...] [80-90%]	[...] [80-90%]	[...] [70-80%]	[...] [70-80%]	[...] [60-70%]	[...] [60-70%]
Grupo Transfesa	[...] [10-20%]								
EWSI	0	0	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	0	0	0
Acciona Rail Services	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	0	0	0
Comsa Rail Transport	0	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]
Continental Rail	0	0	[...] [0-10%]						
Logitrén Ferroviaria	0	0	0	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]
Tracción Rail	0	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]
Transitia Rail	0	0	0	0	0	0	0	0	164.612 0,06%
Cargometro Rail Transport	0	0	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]
Ibercargo Rail	0	0	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]
TOTAL	[...] 100%								

Fuente: elaboración propia a partir de datos obrantes en el expediente

Adicionalmente, la DC ofrece una estimación del mercado por segmentos según el tipo de mercancía que es objeto de transporte mediante ferrocarril:

a) Granel/multiproducto

Tabla 2: Ingresos (euros) por empresa en el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España, en el segmento granel/multiproducto (2005-2013), así como el % que representa dentro del total en cada año

	Grupo Renfe	Grupo Transfesa³⁵	Acciona Rail Services	Continental Rail	Tracción Rail	TOTAL
--	--------------------	-------------------------------------	------------------------------	-------------------------	----------------------	--------------

³⁴ Las cifras de negocio de EWSI han sido aportadas en libras esterlinas, por lo que para su conversión en euros se ha utilizado la media del tipo de cambio €/£ en los años 2009 (0,880) y 2010 (0,888).

³⁵ Cabe señalar que para calcular la facturación del Grupo Transfesa en este segmento, se han tenido en cuenta las categorías 'carga general' y 'granel' que la entidad ha aportado a la DC (folios 2179).

2005	[...] [80-90%]	[...] [10-20%]	0	0	0	[...] 100%
2006	[...] [80-90%]	[...] [10-20%]	0	0	0	[...] 100%
2007	[...] [80-90%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	0	0	[...] 100%
2008	[...] [80-90%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	0	[...] [0-10%]	[...] 100%
2009	[...] [80-90%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	0	[...] [0-10%]	[...] 100%
2010	[...] [80-90%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	0	[...] [0-10%]	[...] 100%
2011	[...] [80-90%]	[...] [0-10%]	0	0	[...] [0-10%]	[...] 100%
2012	[...] [80-90%]	[...] [0-10%]	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] 100%
2013	[...] [80-90%]	[...] [0-10%]	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] 100%

Fuente: elaboración propia a partir de datos obrantes en el expediente

b) Siderúrgico

Tabla 3: Ingresos (euros) por empresa en el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España, en el segmento siderúrgico (2005-2013), así como el % que representa dentro del total en cada año

	Grupo Renfe	Grupo Transfesa	TOTAL
2005	[...] [90-100%]	[...] [0-10%]	[...] 100%
2006	[...] [90-100%]	[...] [0-10%]	[...] 100%
2007	[...] [90-100%]	[...] [0-10%]	[...] 100%
2008	[...] [90-100%]	[...] [0-10%]	[...] 100%
2009	[...] [90-100%]	[...] [0-10%]	[...] 100%
2010	[...] [90-100%]	[...] [0-10%]	[...] 100%
2011	[...] [90-100%]	[...] [0-10%]	[...] 100%
2012	[...] [90-100%]	[...] [0-10%]	[...] 100%
2013	[...] [90-100%]	[...] [0-10%]	[...] 100%

Fuente: elaboración propia a partir de datos obrantes en el expediente

c) Intermodal

Tabla 4: ingresos (euros) por empresa en el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España, en el segmento intermodal (2005-2013), así como el % que representa dentro del total en cada año

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Grupo Renfe	[...] [80-90%]	[...] [80-90%]	[...] [80-90%]	[...] [80-90%]	[...] [80-90%]	[...] [60-70%]	[...] [50-60%]	[...] [50-60%]	[...] [50-60%]
Grupo Transfesa	[...] [10-20%]	[...] [10-20%]	[...] [10-20%]	[...] [10-20%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [10-20%]	[...] [10-20%]	[...] [10-20%]
EWSI	0	0	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	0	0	0
Acciona Rail Services	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	0	0	0	0	0
Comsa Rail Transport	0	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [10-20%]	[...] [10-20%]
Continental Rail	0	0	[...] [0-10%]						
Logitrén Ferroviaria	0	0	0	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]
Tracción Rail	0	0	0	0	0	0	0	[...] [0-10%]	0
Transitia Rail	0	0	0	0	0	0	0	0	[...] [0-10%]
Cargometro Rail Transport	0	0	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]
Ibercargo Rail	0	0	0	0	[...] [0-10%]	[...] [10-20%]	[...] [10-20%]	[...] [10-20%]	[...] [0-10%]
TOTAL	[...] 100%								

Fuente: elaboración propia a partir de datos obrantes en el expediente

d) Automóviles

En este segmento únicamente existen dos operadores ferroviarios que cuenten con tracción propia: el Grupo Renfe y el Grupo Transfesa. Cabe señalar que en la información del Grupo Renfe aparece incluida, a partir de 2010, la actividad de dos operadores que no tenían tracción propia, LTF y PECOVASA, al haber pasado a controlarlas RENFE en dicha fecha.

Asimismo, cabe resaltar la importancia, para el Grupo Transfesa, del transporte de automóviles por ferrocarril, pues esta actividad supuso aproximadamente la mitad de su facturación por transporte de mercancías por ferrocarril en el periodo 2005-2013.

Tabla 5: Ingresos (euros) por empresa en el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España, en el segmento automóvil (2005-2013), así como el % que representa dentro del total en cada año

	Grupo Renfe	Grupo Transfesa	TOTAL
2005	[...] [20-30%]	[...] [70-80%]	[...] 100%
2006	[...] [20-30%]	[...] [70-80%]	[...] 100%

2007	[...] [20-30%]	[...] [70-80%]	[...] 100%
2008	[...] [20-30%]	[...] [70-80%]	[...] 100%
2009	[...] [20-30%]	[...] [70-80%]	[...] 100%
2010	[...] [50-60%]	[...] [40-50%]	[...] 100%
2011	[...] [50-60%]	[...] [40-50%]	[...] 100%
2012	[...] [50-60%]	[...] [50-60%]	[...] 100%
2013	[...] [50-60%]	[...] [40-50%]	[...] 100%

Fuente: elaboración propia a partir de datos obrantes en el expediente

III.3.2 Mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España

Igualmente, la DC ofrece una estimación del tamaño del mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España a partir del importe neto de la cifra de negocios en dicho mercado de las empresas que cuentan con tracción ferroviaria propia. Por lo tanto, para estimar el tamaño de este mercado se ha empleado la facturación que ha reportado a las empresas prestar dicho servicio a terceros, excluyéndose del cómputo el autoconsumo de tracción ferroviaria por los operadores.

Tabla 6: Ingresos (euros) por empresa en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España (2005-2013), así como el % que representa dentro del total en cada año

	RENFE	EWSI	Acciona Rail Services	Comsa Rail Transport	Ibercarga Rail	TOTAL
2005	[...] 100%	0	0	0	0	[...] 100%
2006	[...] 100%	0	0	0	0	[...] 100%
2007	[...] 100%	0	0	0	0	[...] 100%
2008	[...] [90-100%]	0	0	[...] [0-10%]	0	[...] 100%
2009	[...] [90-100%]	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	0	[...] 100%
2010	[...] [90-100%]	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	0	[...] 100%
2011	[...] [90-100%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] 100%
2012	[...] [80-90%]	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] 100%
2013	[...] [80-90%]	0	0	[...] [0-10%]	[...] [0-10%]	[...] 100%

Fuente: elaboración propia a partir de datos obrantes en el expediente

Como se puede observar en la tabla 6, las empresas del Grupo Transfesa no han prestado servicios de tracción a terceras empresas durante el periodo 2005-2013. Asimismo, se ha incluido la cifra de negocios de EWSI ya que, de acuerdo con la información obrante en el expediente, ha prestado puntualmente servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías a terceros.

Si bien el dato de facturación es el que mejor refleja la posición relativa de las empresas en el mercado, como complemento también se ofrecen los datos del parque de locomotoras (ya sea en propiedad, leasing o alquiler) de las empresas con licencia ferroviaria y certificado de seguridad, en la medida en que recoge también la competencia potencial que suponen las locomotoras que los operadores están empleando para traccionar transportes propios (y no de terceros, como recoge únicamente la tabla 6).

En particular, en estos datos se han omitido las empresas de alquiler de locomotoras activas en España, dado que estas empresas no pueden ofrecer el servicio completo que supone la tracción (en particular, la puesta a disposición de maquinistas, y la gestión y adquisición de los surcos del gestor ferroviario), mientras que las empresas con licencia y certificado sí tienen la aptitud para poderlo prestar.

Tabla 7: parque de locomotoras de empresas ferroviarias aptas para el transporte de mercancías en España (2005-2013)

		RENFE	TRANSFESA RAIL	Acciona Rail Services	Comsa Rail Transport	Continent al Rail ³⁶	Logitrén Ferroviaria	Tracción Rail ³⁷	Transitia Rail	Ferrovial Railway	FGC	Ibercargo Rail	TOTAL
2005	ancho ibérico	[...]	0	0	[...]	0	0	0	0	0	0	0	[...]
	%	[90-100%]	0	0	[0-10%]	0	0	0	0	0	0	0	100%
2006	ancho ibérico	[...]	0	0	[...]	0	0	0	0	0	0	0	[...]
	%	[90-100%]	0	0	[0-10%]	0	0	0	0	0	0	0	100%
2007	ancho ibérico	[...]	0	0	[...]	[...]	0	0	0	0	0	0	[...]
	UIC	0	0	[...]	0	0	0	0	0	0	0	0	[...]
	%	[90-100%]	0	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	0	0	0	0	0	0	100%
2008	ancho ibérico	[...]	[...]	0	[...]	[...]	0	[...]	0	0	[...]	0	[...]
	UIC	0	0	[...]	0	0	0	0	0	0	0	0	[...]
	%	[90-	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	0	[0-10%]	0	0	[0-	0	100%

³⁶ De acuerdo con lo manifestado por CONTINENTAL (folios 5456 a 5458), no se ha considerado aquella parte de su parque de locomotoras específicas para trabajos de construcción y mantenimientos de vías ferroviarias, por no estar homologadas para el transporte de mercancías.

³⁷ Dado que Tracción Rail, S.A. sólo ha aportado el dato actual de su parque de locomotoras (y no su evolución histórica), se ha supuesto que tiene el mismo número de locomotoras desde el inicio de su actividad comercial (2008).

		100%]									10%]		
2009	ancho ibérico	[...]	[...]	0	[...]	[...]	[...]	[...]	0	0	[...]	0	[...]
	UIC	0	0	[...]	0	0	0	0	0	0	0	0	[...]
	%	[90-100%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	0	0	[0-10%]	0	100%
2010	ancho ibérico	[...]	[...]	0	[...]	[...]	[...]	[...]	0	0	[...]	0	406
	UIC	[...]	0	[...]	0	0	0	0	0	0	0	0	[...]
	%	[80-90%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	0	0	[0-10%]	0	100%
2011	ancho ibérico	[...]	[...]	0	[...]	[...]	[...]	[...]	0	0	[...]	0	402
	UIC	[...]	0	[...]	0	0	0	0	0	0	0	0	[...]
	%	[80-90%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	0	0	[0-10%]	0	100%
2012	ancho ibérico	[...]	[...]	0	[...]	[...]	[...]	[...]	0	[...]	[...]	0	408
	UIC	[...]	0	[...]	0	0	0	0	0	0	0	0	[...]
	%	[80-90%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	0	[0-10%]	[0-10%]	0	100%
2013	ancho ibérico	[...]	[...]	0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	385
	UIC	[...]	0	[...]	0	0	0	0	0	[...]	0	0	[...]
	%	[80-90%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]	100%

Fuente: elaboración propia a partir de datos obrantes en el expediente

Se han omitido de esta tabla los datos relativos a EWSI, para evitar una doble contabilización de locomotoras, ya que su parque de locomotoras procedió en su integridad de un alquiler de locomotoras que le realizó TRANSFESA RAIL (folio 5028), por lo que las locomotoras de EWSI ya aparecen incluidas en el parque de TRANSFESA RAIL.

Por último, en su Propuesta de Resolución, la DC presenta una tabla que resume el % del volumen de facturación que supusieron PIF, HISPANAUTO y TRANSFESA dentro de los servicios de tracción proporcionados a terceros por el Grupo Renfe en el periodo 2005-2013 (folio 1094 en relación con el folio 1084):

Tabla 8: % del volumen de facturación (euros) que supusieron PIF, HISPANAUTO y TRANSFESA dentro de los servicios de tracción proporcionados a terceros por el Grupo Renfe (2005-2013)

	TOTAL	PIF	TRANSFESA	HISPANAUTO	Grupo Transfesa
2005	[...]	[...] [20-30%]	[...] [20-30%]	[...] [0-10%]	[...] [50-60%]
2006	[...]	[...] [20-30%]	[...] [20-30%]	[...] [0-10%]	[...] [50-60%]
2007	[...]	[...] [20-30%]	[...] [20-30%]	[...] [0-10%]	[...] [40-50%]

2008	[...]	[...] [20-30%]	[...] [20-30%]	[...] [0-10%]	[...] [40-50%]
2009	[...]	[...] [10-20%]	[...] [20-30%]	[...] [0-10%]	[...] [30-40%]
2010	[...]	[...] [10-20%]	[...] [10-20%]	[...] [0-10%]	[...] [30-40%]
2011	[...]	[...] [20-30%]	[...] [10-20%]	[...] [0-10%]	[...] [50-60%]
2012	[...]	[...] [20-30%]	[...] [10-20%]	[...] [0-10%]	[...] [50-60%]
2013	[...]	[...] [20-30%]	[...] [20-30%]	[...] [0-10%]	[...] [50-60%]
2005-2013	[...]	[...] [20-30%]	[...] [10-20%]	[...] [0-10%]	[...] [40-50%]

Fuente: elaboración propia a partir de datos obrantes en el expediente (folio 1094 en relación con el folio 1084)

III.3.3. Alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías

De acuerdo con los datos obrantes en el expediente, cabe distinguir los siguientes oferentes de locomotoras de ancho ibérico en alquiler para el transporte de mercancías en España:

- potencialmente, los propios operadores ferroviarios de transporte de mercancías, entre los cuales destaca por su parque RENFE.

En concreto, con anterioridad a 2005, RENFE ha alquilado puntualmente locomotoras para el transporte de mercancías (folios 3252 y 4505), si bien desde finales de 2004, con la entrada en funcionamiento de RENFE ALQUILER, la oferta del Grupo Renfe en este ámbito se ha incrementado.

- una sociedad dedicada al alquiler de locomotoras, Alpha Trains Iberia S.A. (ALPHA TRAINS), cuyo parque de unidades es de 24 unidades (folio 5254).

Cabe destacar que, de acuerdo con algunos operadores ferroviarios privados,

- o el plazo mínimo de alquiler ofrecido por ALPHA TRAINS ha sido en la mayoría de los casos de 5 años (Ferroviaal Railway, S.A. –folios 4521 y 4524- y Transítia Rail, S.A. –folio 5254-), y
- o ALPHA TRAINS ha tenido alquiladas casi todas sus unidades disponibles (Ferroviaal Railway, S.A. –folio 4521- y Transítia Rail, S.A. –folio 5254-).
- el fabricante de locomotoras CAF. De acuerdo con Ferroviaal Railway, S.A. (folio 4521), CAF tiene en la actualidad disponibles 6 ó 7 unidades con una mayor flexibilidad que ALPHA TRAINS en cuanto a plazos.

Existe coincidencia entre varios de los operadores ferroviarios privados consultados en el marco del presente expediente, en señalar, a propósito de las barreras de entrada en este mercado, la falta de unidades disponibles en alquiler de ancho ibérico.³⁸

Debido a lo anterior, los datos del parque de locomotoras (ya sea en propiedad, leasing o alquiler) de las empresas con licencia ferroviaria y certificado de seguridad reflejados en la tabla 7, permiten obtener una estimación del mercado de alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías en España, pues recoge la competencia potencial que suponen las locomotoras que los operadores están empleando para traccionar transportes propios. En particular, esta estimación ofrecida resulta bastante realista en la medida en que

- el parque de locomotoras de ancho ibérico en alquiler es escaso,
- la mayoría de las unidades disponibles se hallan alquiladas, por lo que aparecen incluidas dentro del parque de locomotoras de los distintos operadores, y
- las unidades disponibles no alquiladas por empresas que no son operadores ferroviarios, son escasas en relación con el parque de los operadores.

III.3.4 Alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario

De acuerdo con la información obrante en el expediente, las empresas que cuentan con centros logísticos de automoción con acceso ferroviario en España son,

- por parte del Grupo Renfe:
 - o LOGIRAIL, que gestiona 4 centros situados en Torrejón de Ardoz (Madrid), Villaverde Bajo (Madrid), La Llagosta (Barcelona) y Villamalla (Girona), y
 - o PECOVASA, quien controla la sociedad Puerto Seco Ventastur, S.A., que gestiona un centro de estas características en Venta de Baños (Palencia).
- por parte del Grupo Transfesa, SEMAT, que gestiona 5 centros logísticos para automóviles en Fuencarral (Madrid), El Salobral (Madrid), La Llagosta (Barcelona), Zuera (Zaragoza) y La Roda de Andalucía (Sevilla).

Cabe señalar, a efectos de estimación del mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario en España, que los centros de SEMAT situados en Fuencarral (Madrid) y La Llagosta (Barcelona) proceden de un alquiler realizado por RENFE que se remonta a fechas anteriores a 2005 (folio 3598).

³⁸ Comsa Rail Transport, S.A. –folio 4549-, Continental Rail, S.A. –folio 4509-, Ferrovial Railway, S.A. –folio 4524-, Logitrén Ferroviaria, S.A. –folio 4649- y Transitia Rail, S.A. –folio 5254-

Además, de acuerdo con información aportada por RENFE (folio 3598), también ha alquilado las siguientes campas con acceso ferroviario y de las que es usufructuario³⁹:

- una campa en El Salobral (Madrid), gestionada por SEMAT,
- una campa de Torrejón de Ardoz, gestionada por Sintax Logística, S.A., y
- dos campas en La Llagosta (Barcelona) y en Gandía, gestionadas por PECOVASA.

IV. HECHOS ACREDITADOS

Basándose en la documentación e información recabada en el marco del presente expediente, se consideran acreditados los siguientes hechos:

1. Sobre la liberalización del sector de transporte de mercancías por ferrocarril en España y la posición de dominio de RENFE y RENFE MERCANCÍAS en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías.

Con fecha 31 de diciembre de 2004, entró en vigor la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (LSF)⁴⁰ que liberalizaba la prestación de servicios de transporte de mercancías a través de ferrocarril, si bien su desarrollo reglamentario no permitió la aplicación efectiva de dicha ley hasta avanzado el año 2005.⁴¹

Con anterioridad a la aplicación efectiva de la LSF, la provisión de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en la red de competencia estatal era un monopolio legal de Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles, actual RENFE, por lo que:

- RENFE se constituye desde dicha liberalización como el operador incumbente en el sector de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, y

³⁹ RENFE devino usufructuario de todas las campas de automóviles cuyo alquiler se ha reseñado en virtud del apartado 2.1 y el Anexo IV.4 de la Orden FOM/2909/2006, de 19 de septiembre, con ocasión de la segregación de la antigua Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles en ADIF y la actual RENFE.

⁴⁰ De acuerdo con la Disposición final tercera de la LSF, modificada por el artículo único del Real Decreto-Ley 1/2004, de 7 de mayo, por el que se aplaza la entrada en vigor de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (BOE núm. 114, 11 de mayo de 2004).

⁴¹ Por ejemplo, la fijación de los cánones ferroviarios a pagar a ADIF, lo cual era esencial para la aplicación efectiva de la LSF, no se produjo hasta la publicación de la Orden FOM/898/2005/, de 8 de abril, publicada en el BOE (núm. 85) de 9 de abril de 2005. Si bien dicha orden ministerial entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, sus efectos económicos resultaron aplicables a todas las operaciones sujetas a gravamen realizadas desde el 1 de enero de 2005.

- 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 dichas empresas cabe destacar a:
 - (i) TRANSFESA, principal empresa privada por aquel entonces en el transporte de mercancías por ferrocarril, y
 - (ii) el 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, Comsa Rail Transport, S.A. y Continental Rail, S.A. respectivamente (que son miembros asociados al denunciante), para proveerse internamente de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías.

Con fecha 15 de febrero de 2007, Continental Rail, S.A. puso en servicio el primer tren privado que circuló por la RFIG tras la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril (folio 4475).

La cuota aproximada de RENFE, en el mercado relevante de la tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, en términos de ingresos, ha oscilado entre el 99,9 % en 2008 y el 85,5% en 2013. Por consiguiente, cabe considerar dicha cuota tan elevada en sí misma como prueba de la existencia de una posición dominante de RENFE en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España.⁴²

La mencionada posición de dominio de RENFE se ve corroborada por la cuota de RENFE dentro del parque de locomotoras para el transporte de mercancías en España, recogida en la tabla 7, *supra*, (parque de locomotoras de empresas ferroviarias aptas para el transporte de mercancías en España), que ha oscilado entre el 93,15% en 2008 y el 84,7% en 2013.

A lo anterior cabe sumar que en 2013 los únicos operadores al margen de RENFE que prestaron a terceros servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, fueron Comsa Rail Transport, S.A. e Ibercargo Rail, S.A. La capacidad de los operadores para ejercer una presión competitiva sobre RENFE se encuentra muy condicionada por las barreras a la expansión que caracterizan este mercado (costes fijos elevados y elevadas economías de escala derivadas, economías de red).

La provisión de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías entraña la asunción de unos **elevados costes fijos** en términos de las locomotoras necesarias para operar.⁴³

⁴² El PCH de la DC realiza un detallado análisis de la posición de dominio de RENFE y RENFE MERCANCÍAS en sus párrafos (262) a (283).

⁴³ Como ha reconocido también RENFE en el marco del expediente (folio 3596): “los tiempos necesarios para la fabricación y homologación de las locomotoras son de aproximadamente de tres a cuatro años si son de nueva construcción.” En idéntico sentido se pronuncia la AEFP en su

Además, en el caso de la adquisición de locomotoras, el proceso de homologación de la locomotora para circular por la RFGIG, conforme a las reglamentaciones técnicas (si el fabricante no se ha ocupado previamente) puede ser largo, pudiendo oscilar entre los 2 y 3 años.⁴⁴

Asimismo, el mantenimiento de las locomotoras, bien duradero, supone un coste periódico y relevante, tal y como pone de relieve Comsa Rail Transport, S.A. (folio 4549).

La alternativa a la adquisición de locomotoras en forma de alquiler de las mismas, tampoco aminora el elevado coste fijo que entraña este activo, dado que los operadores privados coinciden en destacar la poca profundidad de este mercado en España, a lo cual se suma los largos periodos en que se deben alquilar⁴⁵, y que la amortización de la locomotora supone una rebaja en los costes de tracción superior al 50% con respecto al alquiler⁴⁶.

Otra barrera de entrada viene dada por el coste y tiempo que conlleva formar específicamente al personal que va a conducir locomotoras para el transporte de mercancías, formación que versa tanto sobre el material que se conduce como sobre la infraestructura (ruta) en la que se va a circular.⁴⁷

En este mercado son muy relevantes las **economías de red**. Al operar la tracción ferroviaria en una red, aquellos operadores con un mayor tamaño (en términos de locomotoras) pueden ofrecer unos servicios más atractivos al cliente en términos de disponibilidad de maquinaria y abanico de destinos, lo cual estimula su demanda. Esta mayor demanda permite a su vez optimizar el uso de las locomotoras (a través, por ejemplo, de triangulaciones), posibilitando unos menores costes operativos en comparación con aquellos operadores de menor tamaño.⁴⁸

denuncia (folio 421), cuando indica que: “la puesta a disposición de la locomotora supone el mayor componente del coste del servicio.” La AEFP también señala en la contestación a una solicitud de información (folio 496) que se tardan alrededor de 24 meses en servir una locomotora desde que es adquirida. Las empresas asociadas a la AEFP también destacan el coste que entraña adquirir una locomotora como una barrera de entrada relevante (folios 5254, 4509 y 4649)

⁴⁴ Ferroviario Railway, S.A., folio 4525; Comsa Rail Transport, S.A., folio 4549. La AEFP, a su vez, estima que el tiempo medio para obtener licencias y certificado de seguridad es de 18 meses (folio 451).

⁴⁵ Comsa Rail Transport, S.A., folio 4549

⁴⁶ Transitia Rail, S.A., folio 5254.

⁴⁷ Así lo subrayan Comsa Rail Transport, S.A. (folio 4550) y Logitrén Ferroviaria, S.A. (folios 4560 y 4652). RENFE ha reconocido en el marco del expediente (folio 3596) que “para la habilitación de los maquinistas son necesarios entre tres y nueve meses, dependiendo del material y las líneas de circulación para los que se solicite habilitación.”

⁴⁸ Ferroviario Railway, S.A. resume el juego de estos efectos cuando señala, a propósito de las solicitudes que ha recibido de diferentes empresas para prestarles servicios de tracción ferroviaria, que “se nos ha pedido ofrecer tracción a trenes completos (empresas que disponen de vagones para operar) pero se trata siempre de pocos tráficos a la semana y/o poca distancia, por lo que es necesario contar con otros tráficos para amortizar la locomotora.” (folio 4526).

Dada la muy elevada cuota de mercado de RENFE, las alternativas competitivas existentes, las altas barreras a la entrada y a la expansión, y el reducido poder compensatorio de la demanda, corresponde concluir que RENFE y su sucesora en el negocio de la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, RENFE MERCANCÍAS, han contado con una posición de dominio en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, durante el periodo 2008-2014.

2. Con anterioridad a que DEUTSCHE BAHN AG (DB) adquiriese el control de TRANSFESA, ésta se dotó de tracción ferroviaria propia en España, para lo cual adoptó los siguientes pasos: constitución de una filial al efecto, la cual obtuvo su correspondiente licencia ferroviaria, contratación en leasing de diez locomotoras y formación de maquinistas propios

En febrero de 2005, según información pública⁴⁹ (folio 5544), TRANSFESA remitió a la Dirección de Ferrocarriles del Ministerio de Fomento una comunicación oficial en la que indicó su intención de desarrollar actividades de tracción ferroviaria, con el fin de transportar mercancías con locomotoras propias. Además, siguiendo esta misma fuente, TRANSFESA habría declarado que tenía planeado utilizar las locomotoras propias únicamente para dar servicio de tracción a sus vagones, sin intención de atender a terceros clientes, cubriendo tráficos internacionales.

Con fecha 17 de agosto de 2005 se constituyó Activa Rail, S.A. (ACTIVA RAIL, hoy denominada TRANSFESA RAIL), filial de TRANSFESA para realizar actividades de tracción ferroviaria y que obtuvo licencia de operador ferroviario el 4 de julio de 2006 (folio 5476).

Con fecha 3 de agosto de 2007, ACTIVA RAIL firmó un contrato de leasing con Angel Trains España, S.A. (actualmente denominada Alpha Trains Iberia, S.A.) por el que arrendó diez locomotoras de ferrocarril nuevas, de ancho ibérico⁵⁰. Estas locomotoras fueron fabricadas expresamente por Vossloh España, S.A. para su uso por ACTIVA RAIL. El contrato de leasing de cada locomotora tenía una duración de 10 años a partir de la entrega de la misma (cláusula 2 del contrato).

Según la modificación del mencionado contrato de leasing, realizada mediante carta de 31 de marzo de 2008 (folios 4872 a 4877), las locomotoras iban a entregarse a ACTIVA RAIL de acuerdo con el siguiente calendario: las tres primeras locomotoras el 30 de abril de 2008, las tres siguientes el 31 de mayo de 2008, la séptima el 30 de junio de 2008, las dos siguientes el 30 de septiembre

⁴⁹ Artículo publicado en el Boletín Transmarket nº 56, de 1 de febrero de 2005, titulado “*Transfesa inicia trámites para ser el primer operador ferroviario privado*”.

⁵⁰ Locomotoras modelo Vossloh Euro 4000 (folios 4716 a 4863). Este contrato fue modificado en tres ocasiones: mediante contrato de novación de 10 de marzo de 2008 (folios 4865 a 4870), mediante carta de 31 de marzo de 2008 (folios 4872 a 4877) y mediante carta de 30 de noviembre de 2008 (folios 4879 a 4886).

de 2008 y la última el 31 de octubre de 2008. El lugar de entrega de las locomotoras a ACTIVA RAIL se mantuvo con respecto al contrato original, siendo éste la sede de Vossloh España, S.A., fabricante de las mismas (folio 4791).

Con fecha de 18 de junio de 2008, de acuerdo con información pública (folio 5555)⁵¹, ACTIVA RAIL (hoy TRANSFESA RAIL) tenía previsto iniciar operaciones después del verano de 2008, para lo cual iba a contar con seis locomotoras Vossloh, ampliables en dos más. Más concretamente, TRANSFESA tenía planeado emplear los servicios de tracción de ACTIVA RAIL básicamente para rutas por el corredor mediterráneo, partiendo de Valencia, pasando por Barcelona y conectando a partir de ahí con la frontera francesa.

Según la antedicha información pública (folio 5555)⁵², ACTIVA RAIL había esperado para su puesta en marcha, fundamentalmente, a que sus conductores finalizaran los cursos de formación necesarios y ya sólo se encontraba a la espera del visto bueno final de su nuevo accionista, por aquel entonces Deutsche Bahn AG.

3. Adquisición del control de TRANSFESA por parte de DB

De acuerdo con el Informe Anual 2007 del Grupo Transfesa (folio 5524), el 27 de junio de 2007 el Presidente de TRANSFESA informó al Consejo de Administración de la entidad acerca de las conversaciones que los accionistas privados estaban manteniendo con DB para venderle una participación mayoritaria en TRANSFESA.

Simultáneamente, con fecha 28 de junio de 2007, el Consejo de Administración de DB aprobó la decisión de adquirir una participación mayoritaria en TRANSFESA, de acuerdo con un comunicado de prensa del mismo día (folios 5527 y 5528). Dicho comunicado de prensa recoge las declaraciones del entonces Director General de TRANSFESA en las que afirma que: *“Esta transacción consolidará el sector del tráfico de mercancías por ferrocarril en la Península Ibérica, contribuirá al proceso de liberalización en esta zona de Europa y permitirá a Transfesa continuar con su estrategia internacional y mejorar la oferta y la calidad de sus servicios para los clientes”*.

Con fecha 26 de julio de 2007, los accionistas privados de TRANSFESA, la familia Fernández Fernández, firmó con DB un contrato de compraventa de un paquete accionarial mayoritario en TRANSFESA⁵³.

Con fecha 3 de abril de 2008 se perfeccionó el anterior contrato de compraventa al resolverse favorablemente las condiciones suspensivas contenidas en el

⁵¹ Artículo publicado en el Boletín Transmarket nº 128, de 16 de junio de 2008, titulado *“Transfesa iniciará en septiembre tracción desde Valencia con 6 locomotoras”*.

⁵² *Íbidem*.

⁵³ Pág. 45 del Informe Anual 2007 del Grupo Transfesa, folio 5524.

mismo, especialmente en lo que se refiere a la aprobación de la operación por la Comisión Europea el 18 de marzo de 2008⁵⁴.

- 4. En paralelo a la toma de control de TRANSFESA por parte de DB, esta última entró en el mercado español de transporte de mercancías por ferrocarril a través de English Welsh & Scottish Railway International Limited (hoy denominada DB SR INTERNATIONAL), que obtuvo licencia de operador ferroviario en enero de 2008**

En enero de 2008, English Welsh & Scottish Railway International Limited (EWSI, hoy denominada DB SR INTERNATIONAL), filial de English Welsh & Scottish Railway Holding Limited (hoy DB Schenker Rail (UK) Limited)⁵⁵, obtuvo licencia de operador ferroviario con vistas a desarrollar actividades de tracción en España, a partir de la licencia de operador ferroviario que tenía en el Reino Unido (folios 4607 y folios 5559 y 5560).

- 5. Tras 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**

Con 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 tráfico internacionales*”⁵⁶.

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 tráfico internacionales de mercancías por ferrocarril entre España y Alemania (u otro país europeo) en los que cooperaban RENFE y DB SR

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Cabe señalar que English Welsh & Scottish Railway International Limited venía de ser recientemente adquirida por DB.

⁵⁶ Traducción propia a partir del original en inglés.

DEUTSCHLAND, 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 acuerdo⁵⁷ (de los cuales doce eran de automóviles, ocho de piezas y componentes de automoción, tres de contenedores, uno siderúrgico y uno de productos químicos)⁵⁸, 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–).

Un 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

⁵⁷ Por lo general, cada contrato de tracción suele comprender una única ruta, si bien no siempre es el caso, tal y como ocurre con algunos de los contratos relacionados en el mencionado acuerdo de cooperación entre RENFE y DB SR DEUTSCHLAND, de acuerdo con lo que se desprende de la comparación entre el Anexo B de dicho acuerdo de cooperación (folio 4700) y la información aportada por RENFE sobre dichos contratos (folio 4703).

⁵⁸ De acuerdo con RENFE (folio 4703), la frecuencia semanal de los servicios para cada ruta incluida en los 25 contratos varió a lo largo del periodo de vigencia del acuerdo de cooperación. Así, en el último año de vigencia del acuerdo, la frecuencia semanal media por ruta fue de 4,4 servicios, oscilando entre un máximo de nueve servicios por semana y ruta, y un mínimo de un servicio por semana y ruta.

primera prestaba a las segundas, así como la fórmula de revisión anual de éstos durante la vigencia del acuerdo (cláusulas 1 y 3 y Anexos B1 y B2⁵⁹);

- 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)⁶⁰, 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 Angel Trains España, S.A. (hoy Alpha Trains Iberia, S.A.) (cláusula 5).

Según el acta del Consejo de Administración de RENFE celebrado el 25 de noviembre de 2008 en el que se autorizó la firma del acuerdo RENFE/TRANSFESA/ACTIVA RAIL/PIF/HISPANAUTO/SEMAT, el Director General de Servicios de Mercancías y Logística informó al Consejo de Administración sobre el contenido del acuerdo en los siguientes términos (folios 3620 y 3621):

“entrada de la "DB" alemana en el accionariado de TRANSFESA, situación de las campas de Fuencarral y La Llagosta, adquisición de diez locomotoras por ACTIVA RAIL, S.A., contrato de mantenimiento de las mismas, etc..”.

En el expediente constan, de acuerdo con información aportada por RENFE (folio 4073) y TRANSFESA (folio 3881), todos los tráficos con origen y destino España del Grupo Transfesa que, con posterioridad al 1 de diciembre de 2008, se acogieron a las condiciones comerciales de tracción que habían sido acordadas con RENFE en:

- el acuerdo de 1 de diciembre de 2008 entre RENFE, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL (en el momento de la firma, ACTIVA RAIL), PIF, HISPANAUTO y SEMAT, y
- el contrato de prestación de servicios nº 00136-A/00, de 1 de enero de 2008, entre RENFE y PIF.

⁵⁹ Dichos precios vienen recogidos en el Anexo B1 (tráficos internacionales de vehículos terminados, así como sus piezas y componentes) y en el Anexo B2 (tráficos nacionales no relacionados con el sector del automóvil).

⁶⁰ Contrato de prestación de servicios nº 00136-A/00, de 1 de enero de 2008, entre RENFE y PIF.

Pese a que la vigencia inicial del acuerdo firmado entre RENFE, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, SEMAT, PIF e HISPANAUTO expiraba el 31 de diciembre de 2013, las condiciones comerciales recogidas en dicho acuerdo han continuado aplicándose revisadas tras dicha fecha, según los datos obrantes en el expediente (folios 2142 y 4074), tanto en lo que se refiere a los servicios de tracción que el Grupo Renfe ha prestado al Grupo Transfesa, como en lo que respecta al alquiler de las plataformas logísticas de La Llagosta (Barcelona) y Fuencarral (Madrid) que RENFE tiene alquiladas a SEMAT, si bien esta ampliación de la vigencia del acuerdo y revisión de las condiciones comerciales no se han plasmado por escrito.

En el expediente (según datos proporcionados por RENFE –folio 4074– y por TRANSFESA –folio 3882–) constan los tráficos del Grupo Transfesa cuya tracción proporcionó el Grupo Renfe a partir del 1 de enero de 2014.

6. En otoño de 2008 ACTIVA RAIL (hoy TRANSFESA RAIL) arrendó las diez locomotoras que había contratado en leasing el 3 de agosto de 2007

Con fecha 14 de octubre de 2008, ACTIVA RAIL arrendó a EWSI, cinco de las diez locomotoras que había contratado en leasing por 10 años (folios 4387 a 4406 y 5029 a 5218).

De acuerdo con el contrato firmado entre ambas entidades, EWSI asumía las mismas condiciones técnicas y comerciales que ACTIVA RAIL tenía contraídas con la sociedad de leasing Angel Trains España, S.A. (actualmente denominada Alpha Trains Iberia, S.A.).

La vigencia del contrato de arrendamiento firmado entre ACTIVA RAIL y EWSI tenía una duración de 12 meses prorrogables a contar desde la fecha de la entrega de cada una de las locomotoras (cláusula 3 del contrato).

Tras dos prórrogas, el contrato de arrendamiento concluyó el 30 de abril de 2011 (folios 4363 y 4407), coincidiendo con el cese de actividad de EWSI en España, y, desde el 1 de mayo de 2011 hasta la fecha de formulación del PCH, estas cinco locomotoras han sido utilizadas por TRANSFESA RAIL.

En relación con este arrendamiento de locomotoras de ACTIVA RAIL a EWSI, cabe señalar que:

- las locomotoras se entregaron a EWSI en la sede de Vossloh España, S.A., donde se fabricaron las locomotoras, el 14 de octubre de 2008 (día de la firma del contrato, en el caso de las dos primeras locomotoras) y el 1 de noviembre de 2008 (para las tres restantes), de acuerdo con lo recogido en la cláusula 3 y el Anexo I del contrato de arrendamiento entre ACTIVA RAIL y EWSI; y
- el contrato contiene un derecho de arrendamiento preferente en beneficio de EWSI de las otras cinco locomotoras en leasing de ACTIVA RAIL (cláusula 13 del contrato). En particular, el contrato recoge la previsión de que ACTIVA RAIL iba a alquilar posteriormente

a RENFE las otras cinco locomotoras que tenía en leasing, de modo que el derecho preferencial operaba sólo en el caso de que el contrato de alquiler de ACTIVA RAIL con RENFE terminase o de que cualquiera de dichas locomotoras deviniera disponible.

Con fecha 4 de diciembre de 2008, ACTIVA RAIL arrendó a RENFE las 5 restantes locomotoras que había contratado en leasing, por un periodo de cinco años a contar desde la fecha de su entrega (folios 4705 a 5021).

Dado que no se prorrogó el arrendamiento, éste concluyó el 28 de noviembre de 2013 (para tres de las cinco locomotoras) y el 5 de diciembre de 2013 (para las restantes) (folios 2313 y 2314), pasando a ser explotadas desde entonces y hasta la fecha de formulación del PCH por TRANSFESA RAIL.

Tal y como preveía la cláusula 5 (folio 644) del acuerdo de 1 de diciembre de 2008, celebrado entre RENFE, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, HISPANAUTO y SEMAT, este contrato de arrendamiento recoge las mismas condiciones técnicas y económicas que ACTIVA RAIL tenía contraídas con Angel Trains España, S.A.

En relación con este arrendamiento de locomotoras de ACTIVA RAIL a RENFE, cabe señalar que:

- las locomotoras se entregaron a RENFE en la sede de Vossloh España, S.A., donde se fabricaron las locomotoras, con fecha 4 de diciembre de 2008 (día de la firma del contrato), de acuerdo con lo recogido en la cláusula 3 y el Anexo I del contrato de arrendamiento entre ACTIVA RAIL y RENFE; y
- el derivado del contrato RENFE/ACTIVA RAIL es el único alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías que ha tomado RENFE en el periodo 2005-2014 (folio 4532).

7. EWSI (hoy DB SR INTERNATIONAL) estuvo activa en el mercado español de tracción desde 2009 hasta el 30 de abril de 2011, fecha en la que su actividad en España fue transferida al Grupo Transfesa

Tras tomar en alquiler cinco de las diez locomotoras que TRANSFESA RAIL tenía en leasing, EWSI inició su actividad comercial en España traccionando trenes en el año 2009, de acuerdo con lo manifestado por DBIH (folio 4607).

Durante su periodo de actividad comercial en España, EWSI utilizó exclusivamente la tracción proporcionada por las cinco locomotoras que le alquiló TRANSFESA RAIL (folio 4362 en relación con los folios 4366, 4367 y 5028), las cuales empleó para

- captar tráficos ferroviarios únicamente en el segmento intermodal (folio 4385), al margen del Grupo Transfesa (según información pública, folios 5556 a 5558)⁶¹; y
- traccionar trenes a TRANSFESA en 3 itinerarios nacionales (folio 2189)^{62,63}.

Durante su periodo de actividad en España, por tanto, EWSI tuvo una presencia poco significativa, en términos de ingresos, en el transporte de mercancías por ferrocarril y una escasísima presencia en la prestación de servicios de tracción ferroviaria a terceros para el transporte de mercancías por ferrocarril⁶⁴.

La actividad de EWSI en España finalizó el 30 de abril de 2011 cuando la misma fue transferida al Grupo Transfesa (folios 4366 y 5023).

8. Tras adquirir DB el control de TRANSFESA, ésta suspendió la provisión interna de tracción ferroviaria hasta el 1 de mayo de 2011

Como se ha señalado anteriormente, poco después que DB adquiriera TRANSFESA, su filial ACTIVA RAIL (hoy TRANSFESA RAIL) arrendó las locomotoras que había contratado en leasing a diez años y cuyo destino inicial iba a ser traccionar vagones de mercancías del Grupo Transfesa.

Lo anterior, unido a la decisión del Grupo Transfesa de no aumentar su parque de locomotoras (folios 2180 y 2184), condujo a que TRANSFESA RAIL (sociedad del grupo creada para prestar internamente servicios de tracción ferroviaria) se mantuviera inactiva hasta el 1 de mayo de 2011, fecha en la que el Grupo Transfesa asumió la gestión de la actividad de EWSI en España (folio 4607) y, como consecuencia de ello, finalizó el contrato de arrendamiento de las cinco locomotoras que la propia TRANSFESA RAIL había alquilado a EWSI en el año 2008.

⁶¹ Artículos publicados en el Boletín Transmarket nº 170, de 15 de junio de 2010, “Euro Cargo Rail inicia una nueva ruta para Transfesa” y en el Boletín Transmarket nº 189, de 17 de mayo de 2011, “Transfesa toma la gestión de Euro Cargo Rail”.

⁶² Si bien TRANSFESA ha señalado en el marco del expediente (folio 2189) que EWSI le ha prestado servicios de tracción en cuatro casos, cabe descontar un contrato (nº de referencia 8689.10), en la parte del servicio que transcurre por territorio nacional, en la medida en que se lo ha prestado RENFE, de acuerdo con la información recogida en el acuerdo de 1 de diciembre de 2008, firmado por RENFE, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL (en el momento de la firma, ACTIVA RAIL), PIF, HISPANAUTO y SEMAT (folio 649).

⁶³ De acuerdo con información pública (folio 5556), en una de dichas rutas (entre Tarragona y La Negrilla –Sevilla-) la frecuencia semanal del servicio fue de un viaje de ida y vuelta.

⁶⁴ Puede verse Tabla 1 *supra*: ingresos (euros) por empresa en el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España (2005-2013), así como el % que representa dentro del total en cada año, elaborada por la DC a partir de datos obrantes en el expediente,

9. Descripción de la tracción ferroviaria utilizada por el Grupo Transfesa en España desde la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril

TRANSFESA ha reconocido que el Grupo Transfesa (en concreto, **PIF e HISPANAUTO**) nunca ha utilizado locomotoras propias para traccionar transporte de vehículos terminados, ya que para ello siempre ha acudido a los servicios del Grupo Renfe (folio 2138).

De hecho, cuando en la relación de servicios de tracción contratados por HISPANAUTO proporcionada por TRANSFESA a la DC (folios 2189 a 2192) se indica como proveedor de servicios de tracción a Railion Deutschland AG o DB SR DEUTSCHLAND, en realidad es RENFE quien ha prestado el servicio en la sección española de estos tráficos, en virtud de los acuerdos de cooperación existentes entre RENFE y DB SR DEUTSCHLAND a los que, como se ha indicado anteriormente, les resultaban de aplicación las condiciones del acuerdo que firmaron RENFE y DB SR DEUTSCHLAND el 1 de noviembre de 2008.

Por lo que respecta a la tracción utilizada por **TRANSFESA** en el periodo 2005-2014 (folios 2189 a 2192), cabe distinguir dos etapas en relación con la misma:

- un primer periodo, del 1 de enero de 2005 al 30 de abril de 2011 (fecha en que la actividad en España de EWSI fue transferida al Grupo Transfesa), en el que TRANSFESA utilizó exclusivamente tracción ferroviaria suministrada por terceros al Grupo Transfesa y, en concreto, de EWSI, Tracción Rail, S.A. y RENFE.

Así, a 30 de abril de 2011 TRANSFESA utilizó la siguiente tracción de terceros al Grupo Transfesa (folios 2189 y 2190): EWSI (en tres itinerarios nacionales), Tracción Rail, S.A. (en un itinerario nacional)⁶⁵ y RENFE (en 20 itinerarios nacionales⁶⁶ y 4 contratos de transporte internacional⁶⁷ que engloban 8 rutas en total con una frecuencia semanal que oscilaba entre 3 y 4,5 trenes –folio 3881–).

- un segundo periodo, del 1 de mayo de 2011 al 31 de diciembre de 2014, en el que TRANSFESA pasó a utilizar también tracción ferroviaria propia del Grupo Transfesa y, en concreto:

⁶⁵ La relación de servicios de tracción contratados por TRANSFESA (folio 2189 y 2190) indica que este tráfico fue proporcionado por Tracción Rail desde el año 2009. Sin embargo, Tracción Rail ha señalado que este servicio comenzó a prestarlo en enero de 2010 (folio 4435).

⁶⁶ De acuerdo con lo señalado por RENFE (folio 3302), a partir de 2010 dejó de traccionar los tráficos de TRANSFESA relativos a fuel, biodiesel y anilina que aparecen recogidos en el Anexo A.2 del Acuerdo de 1 de diciembre de 2008. Por ello, estos tráficos no se han tenido en cuenta a la hora de computar los que traccionaba RENFE a TRANSFESA a 30 de abril de 2011.

⁶⁷ Se trata de los contratos con nº de referencia 9130.98, 9120.12, 8689.10 y 5400.06, relativos a piezas y componentes de vehículos de motor, en los que RENFE ha prestado el servicio de tracción a TRANSFESA en la sección del transporte que transcurre por España de conformidad con el acuerdo de 1 de diciembre de 2008, firmado por RENFE, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL (en el momento de la firma, ACTIVA RAIL), PIF, HISPANAUTO y SEMAT (folio 649).

- (i) 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
 - 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 ha oscilado entre los 5 meses y los 2 años y 10 meses.
- (ii) además, TRANSFESA utilizó la tracción que le proporcionaron Acciona Rail Services, S.A., Continental Rail, S.A., Tracción Rail, S.A. y RENFE.

Así, a 31 de diciembre de 2014, TRANSFESA utilizó la siguiente tracción (folios 2189 a 2192): propia (en nueve itinerarios nacionales, relativos a un único contrato con nº de referencia 68949), Acciona Rail Services, S.A. (en un itinerario nacional), Continental Rail, S.A. (en un itinerario nacional) y RENFE (en dos itinerarios nacionales con una frecuencia mensual de un tren, y en seis itinerarios internacionales con una frecuencia semanal que oscilaba entre tres y cuatro trenes –folio 3882–).

Cabe destacar 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 (folios 2189 a 2192). En este sentido, debe señalarse que la inmensa mayoría del transporte internacional de TRANSFESA durante dicho periodo ha sido de piezas y componentes de automóvil (folios 3881 y 3882).

10. Descripción de la actividad de transporte de mercancías por ferrocarril en España y la tracción ferroviaria utilizada en la misma, del Grupo Deutsche Bahn (excluyendo al Grupo Transfesa y EWSI) desde la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril en España

Al margen del Grupo Transfesa y EWSI, el Grupo Deutsche Bahn ha prestado servicios de transporte de mercancías por ferrocarril dentro de España en el periodo 2005-2014 mediante distintas empresas hoy dependientes de DB Schenker Rail AG, matriz de la unidad de negocio del Grupo Deutsche Bahn que gestiona la actividad de transporte de mercancías por ferrocarril (folios 5378 y 5390 a 5394). Entre estas empresas, cabe destacar a DB SR DEUTSCHLAND y

a ATG Autotransportlogistic GmbH (ATG, hoy integrada en la sociedad DB Schenker Rail Automotive GmbH⁶⁸).

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, en su gran parte consistente en vehículos terminados y componentes de automoción (como es el caso de todos los tráficós de ATG), si bien también ha cubierto contenedores y, en una escasa proporción, productos químicos.

Para el tramo dentro de España de todos sus tráficós internacionales con origen o destino España, las empresas del Grupo Deutsche Bahn han utilizado exclusivamente **tracción ferroviaria** proporcionada por RENFE y su sucesora en el negocio del transporte de mercancías por ferrocarril, RENFE MERCANCÍAS (folio 5299 en relación con los folios 5378 y 5390 a 5394).

Cabe señalar que, a partir de 2009, la fórmula de revisión anual de precios contenida en el acuerdo de cooperación de 1 de noviembre de 2008, firmado por RENFE y DB SR DEUTSCHLAND, resultó de aplicación a toda tracción proporcionada por RENFE dentro de España en transportes internacionales de empresas dependientes de DB Schenker Rail AG (y no solamente de DB SR DEUTSCHLAND) (folio 5298 en relación con el folio 4367).

11. Participaciones de las incoadas en el accionariado de terceras empresas del sector de transporte de mercancías por ferrocarril en España

De acuerdo con la información obrante en el expediente (folios 749 y 750), el Grupo Renfe posee las siguientes participaciones en terceras empresas del sector del transporte de mercancías por ferrocarril en España:

- en el Grupo Transfesa: TRANSFESA, matriz del Grupo Transfesa (donde RENFE tiene el 22,4% del capital, folio 624), y su filial SEMAT (donde RENFE tiene el 37,8% del capital, folio 624).

La participación accionarial del Grupo Renfe en estas empresas no ha variado desde que se produjo la liberalización del sector operada por la LSF (folio 4080).

- Construrail, S.A. (CONSTRURAIL)⁶⁹, donde RENFE ha aumentado su participación desde el 40% en el momento de la constitución de la sociedad en junio de 2003 al 49% desde diciembre de 2006. El resto del accionariado pertenece a Continental Rail, S.A. (folio 4690).

⁶⁸ De acuerdo con la información pública disponible en:

http://www.pressrelations.de/new/standard/result_main.cfm?aktion=jour_pm&r=427279

⁶⁹ CONSTRURAIL es un operador especializado en el transporte de mercancías por ferrocarril (principalmente, multimodal y de graneles) y su logística.

- Railsider Logística Ferroviaria, S.A. (RAILSIDER), donde RENFE MERCANCÍAS tiene una participación del 49%, siendo el capital restante propiedad del Grupo Algeposa. RAILSIDER es la matriz del grupo Railsider.
- Intercontainer Ibérica Compañía Logística Intermodal, S.A. (INTERCONTAINER)⁷⁰, donde RENFE MERCANCÍAS tiene una participación del 46%, estando el resto del capital en manos del operador logístico ferroviario IMS Rail Switzerland AG.

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 como se ha destacado gestiona la actividad del grupo en el transporte de vehículos de motor terminados por ferrocarril (folio 5469).

En virtud 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. Así, en la fecha de elaboración del PCH por la DC, y de acuerdo con información pública:

- El Director General de RENFE MERCANCÍAS, 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
- Asimismo 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 (sociedades donde RENFE tiene una destacada participación accionarial), Consejero de LOGIRAIL (filial de RENFE MERCANCÍAS que presta servicios logísticos en tierra y en la que se incluye la gestión de 4 campos para el sector del automóvil), PECOASA y RAILSIDER, a la vez que Consejero de TRANSFESA y SEMAT.

12. Sobre la política comercial del Grupo Renfe en la prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril, tracción ferroviaria para el transporte de mercancías y operaciones logísticas

La política comercial declarada de RENFE consiste en aplicar las mismas condiciones contractuales a todos sus clientes de un mismo servicio (por ejemplo, tracción ferroviaria para el transporte de mercancías), tal y como se desprende de la siguiente afirmación que RENFE ha realizado en el marco del expediente:

⁷⁰ INTERCONTAINER es un operador logístico especializado en transporte intermodal con modo principal ferrocarril.

“No existe distinción entre las condiciones contractuales aplicables en función de quien sea el demandante del servicio. Las posibles distinciones quedan establecidas en función del tipo de servicio demandado” (folio 710).

13. En el marco de su política comercial relativa a la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, RENFE ha incluido una cláusula comercial que recoge el pago de una penalización por parte del cliente en caso de anulación del servicio

Como se ha visto anteriormente, es política comercial declarada de RENFE establecer condiciones análogas a todas las empresas de transporte de mercancías que le solicitan servicios de tracción.

Conforme a sus cláusulas comerciales genéricas, y de acuerdo con los datos obrantes en el expediente, RENFE en el ámbito de la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, solicita el pago de una penalización en caso de que el cliente anule el tránsito contratado, tal y como recoge la siguiente cláusula incluida en dos ofertas remitidas por RENFE a Comsa Rail Transport, S.A. (empresa miembro de la asociación denunciante), realizadas en el marco de una solicitud de servicio de tracción en el tramo Barcelona-Le Soler (Francia):

“Cada tren anulado se facturará al 50% del precio, si es cancelado antes del jueves de la semana anterior, de no ser así el cliente deberá pagar el 100% del precio regular.”⁷¹

14. RENFE no ha aplicado penalizaciones al Grupo Transfesa en caso de anulación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías

De acuerdo con lo señalado por TRANSFESA en el marco del expediente (folio 2153), RENFE no ha aplicado penalizaciones al Grupo Transfesa por la anulación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías.

15. Sobre la utilización del parque de locomotoras y sus maquinistas para el transporte de mercancías por parte de RENFE

Distintos datos del mercado, así como declaraciones públicas, apuntan a que el Grupo Renfe ha dispuesto de capacidad no utilizada en cuanto a locomotoras y maquinistas para el transporte de mercancías coincidiendo con la crisis económica (i.e., a partir de 2009), tal y como se detalla a continuación:

- el Ministerio de Fomento publicó el 20 de julio de 2012 una presentación titulada "*Medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios*" (folios 316 a 337). En las páginas 6 y 11 de dicha presentación, se menciona que el parque de locomotoras de RENFE para el transporte de mercancías ascendía en aquel momento

⁷¹ Ofertas remitidas por RENFE Ref: 156-2012 COMSA Bcn Morrot-Le Soler (folio 296) y Ref: 23-2013 COMSA Bcn Morrot-Le Soler (folio 299).

a 360, de las cuales 59 locomotoras eléctricas y 15 locomotoras diésel se señalaban como excedentes (i.e. un 20% del total).

- la propia constitución de RENFE ALQUILER muestra la existencia de material rodante excedentario, pues a la misma se han destinado 49 locomotoras para el transporte de mercancías, 47 de ancho ibérico y dos de ancho UIC (folio 797);
- el Director General de RENFE MERCANCÍAS señaló en una entrevista publicada el 15 de junio de 2015 (folios 5564 y 5565)⁷², que: *“Nuestros maquinistas quieren trabajar más tiempo, pero hay sitios donde tenemos menos actividad. Hemos reducido el número de maquinistas de dos maneras: con un ERE con el que se jubilaron unos 90 maquinistas en su día y aprovechando la apertura de nuevas líneas de viajeros que necesitaban maquinistas. Ello, unido al aumento de actividad que estamos logrando, nos ha permitido aumentar el número de minutos/día de conducción efectiva en más de un 20% en un año. [...] el plan [de viabilidad que estaba elaborando RENFE MERCANCÍAS en el momento de la entrevista] contendrá una estrategia con los activos, porque estamos sobredimensionados. [...] Nos sobran entre 60 y 80 locomotoras, de un parque de 320.”*
- según un artículo de fecha 14 de noviembre de 2014 del que fuera Director General de la División de Transporte de Mercancías entre 2010 y 2012⁷³, RENFE MERCANCÍAS tenía, en aquellos momentos, 876 maquinistas. Su autor ponía el énfasis en la situación de sobredimensionamiento de RENFE MERCANCÍAS, ya que, en su opinión, mediante la aplicación de parámetros generalmente admitidos, dicha empresa debería facturar alrededor de 838 millones al año, mientras que en la práctica facturaba 221 millones de euros.

Para contrastar los datos públicos que apuntaban a un sobredimensionamiento del parque de locomotoras en relación con los servicios efectivos prestados, la DC solicitó a RENFE información relativa a la media mensual de uso diario de su parque de cabezas tractoras, así como a la punta mensual de su uso diario, en el ámbito del transporte de mercancías. Dado que RENFE no disponía de dichos datos (folio 3254), aportó su mejor estimación de los mismos a partir de (i) la media mensual de servicios realizados por locomotora disponible⁷⁴ y (ii) la punta mensual de servicios diarios realizados por el parque (folios 4064 a 4066). A partir de estos datos de RENFE, la DC ha calculado la media anual de ambos

⁷² Entrevista a Antonio Aguilar, Director General de Renfe Mercancías, publicada en El Vigia.com nº 525, de 15 de junio de 2015, páginas 8 y 9.

⁷³ Artículo de Manuel Acero, publicado en El Vigia.com el 14 de noviembre de 2014, titulado “La Renfe Mercancías que necesitamos” (folios 5561 a 5563).

⁷⁴ Como señala RENFE (folio 4064), para determinar el uso diario de las locomotoras, consideró sólo “las locomotoras disponibles, es decir: se ha descontado del parque total de locomotoras un determinado porcentaje de locomotoras correspondiente a las locomotoras sometidas a mantenimiento y, por tanto, no disponibles para la explotación”.

indicadores y, a continuación, su evolución anual, resultado que se incluye en la siguiente tabla:

Tabla 9: Evolución anual de la media de servicios por locomotora disponible y de la punta mensual de uso diario de dichos servicios de RENFE (2008-2014)

	Tipo de vía	Media de servicios por locomotora disponible	Punta mensual de servicios
2008	ancho ibérico	-3,69%	-11,76%
2009	ancho ibérico	-29,22%	-30,74%
2010	ancho ibérico	1,86%	-2,53%
2011	ancho ibérico	4,82%	-1,96%
2012	ancho ibérico	-3,33%	-2,87%
	UIC	83,58%	10,28%
2013	ancho ibérico	-32,13%	-16,79%
	UIC	17,77%	29,50%
2014	ancho ibérico	-7,00%	-8,78%
	UIC	29,82%	17,22%
media anual 2008-2014	ancho ibérico	-9,81%	-10,78%
	UIC	43,72%	19,00%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obrantes en el expediente (folios 4064 a 4066).

Como se puede observar en la tabla, dentro de la RFIG de ancho ibérico (pues, como se ha señalado, la RFIG de ancho UIC se limita a una única línea, entre Barcelona y la frontera francesa), la media de servicios realizados por locomotora disponible y la punta mensual de servicios diarios realizados por el parque disponible, han caído a una tasa media anual muy similar, del 10%, en el conjunto del periodo 2008-2014, con puntas de caída de alrededor del 30% en los años 2009 y 2013. Estos datos, por tanto, corroboran la conclusión de la existencia de una amplia capacidad ociosa en cuanto a locomotoras para el transporte de mercancías por parte de RENFE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- COMPETENCIA PARA RESOLVER

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete “aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “resolver los procedimientos

sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”, y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

Por otro lado, de acuerdo con los artículos 21.2.b) de la Ley 3/2013 y 14.2.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Supervisión Regulatoria emitirá informe en los procedimientos de defensa de la competencia cuando afecten a sectores sujetos a supervisión.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento sancionador corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC con informe de la Sala de Supervisión Regulatoria.

SEGUNDO.- OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

En el presente expediente sancionador esta Sala debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la DC, que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las prácticas investigadas constituyen una infracción de los artículos 1 y 2 de la LDC y 101 y 102 del TFUE.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, se trata en el presente expediente de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia (LDC), que prohíbe las conductas colusorias y el abuso de posición dominante.

Concretamente, las conductas referidas a las prácticas imputadas tuvieron lugar desde el 1 de noviembre de 2008, al menos, hasta la fecha de incoación del expediente. En atención a ello, la Ley 15/2007 es la norma nacional aplicable al presente procedimiento sancionador.

Por su parte, el artículo 101.1 del TFUE establece que *“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...”*

Asimismo, el artículo 102 del TFUE establece que *“Será incompatible con el mercado común 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 común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: [...] aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”.*

Los acuerdos que RENFE ha firmado con las empresas del Grupo Transfesa y del Grupo Deutsche Bahn, objeto de análisis en este expediente, guardan relación directa con el transporte internacional de mercancías por ferrocarril que tiene alguna sección que transcurre en España. El carácter internacional de este tráfico determina por definición que, como resultado de las conductas

examinadas, se pueda ver afectado el comercio entre Estados miembros de la UE. Asimismo, las prácticas investigadas son susceptibles de distorsionar la liberalización del sector de transporte de mercancías por ferrocarril e incrementar las barreras a la entrada de operadores de terceros países. Desde la perspectiva de su dimensión, este posible efecto sobre el comercio intracomunitario habría sido considerable, teniendo en cuenta que el volumen de negocios del Grupo Renfe en el conjunto de mercados afectados supera, ampliamente en este caso, los 40 millones de euros anuales.

En conclusión, en la medida en que las conductas analizadas en este expediente son susceptibles de tener efectos sobre el comercio intracomunitario, son aplicables asimismo los artículos 101 y 102 del TFUE. Tal aplicabilidad no ha sido cuestionada por las partes.

TERCERO.- PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Finalizada la instrucción del expediente, teniendo en cuenta la información obrante en el mismo, la DC entiende acreditada la existencia de dos conductas prohibidas: 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 MERCANCÍAS, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, HISPANAUTO, SEMAT, DBIH, DB ML y DB SR DEUTSCHLAND, y una infracción única y continuada de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistente en una discriminación comercial abusiva, al menos, a las empresas ferroviarias miembros de la AEFP, por parte de RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS, en su oferta de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril en España.

Concretamente, la DC considera, tal como precisa en su Informe Propuesta (párrafo 342 y siguientes):

“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 MERCANCÍAS, 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

- *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), y
- 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 segunda infracción deriva de una vulneración única y continuada del artículo 2 de la LDC, así como el artículo 102 del TFUE, por parte de RENFE y RENFE MERCANCÍAS, consistente en una discriminación comercial abusiva a las empresas ferroviarias asociadas a AEFP en su oferta de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril en España, que podría extenderse a terceras empresas, en relación con las condiciones económicas que RENFE y RENFE MERCANCÍAS han venido ofreciendo desde el año 2008 a DB SR DEUTSCHLAND, TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO.

Esta discriminación comercial abusiva ha tenido un objeto y efecto restrictivo de la competencia, al limitar indebidamente la competencia estática y dinámica que terceras empresas (en especial, las empresas miembro de la AEFP) ejercían sobre RENFE, RENFE MERCANCÍAS y el Grupo Deutsche Bahn en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril.”

CUARTO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1.- Antijuridicidad de las conductas

Esta Sala de Competencia constata que el expediente objeto de la presente resolución contiene suficientes evidencias y elementos probatorios para acreditar la efectiva comisión de las conductas que se imputan. Esas evidencias incluyen la información recabada a lo largo de la instrucción, la aportada a resultados de los diversos requerimientos de información formulados por la DC a las empresas incoadas, a clientes de las mercantiles incoadas y a otras empresas del sector, y la facilitada por la asociación denunciante. A continuación se diferencia el análisis para cada conducta infractora.

Con carácter previo, frente a las alegaciones formuladas a este respecto por las partes, esta Sala manifiesta la plena coincidencia con la conclusión alcanzada por la DC sobre los mercados relevantes afectados, como se ha anticipado *supra* en el apartado III.2: 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. Específicamente, comparte esta Sala la inclusión en distintos mercados de referencia de los servicios de transporte de mercancías por carretera y por ferrocarril, puesto que pese a la presión competitiva que pueden ejercer entre sí los distintos modos de transporte, determinados tráficos ferroviarios son difícilmente sustituibles, particularmente los que evitan acarreos en el inicio o el final del trayecto, como los tráficos a la exportación de vehículos a través de los puertos.

4.1.1.- Sobre la conducta colusoria

El artículo 1 de la LDC 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 en 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” [...] c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. [...]”*. De forma análoga, el artículo 101.1 del TFUE considera incompatibles con el mercado interior los acuerdos entre empresas que, teniendo por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, consistan en particular en repartirse los mercados.

Sin perjuicio de que en el apartado relativo a la responsabilidad esta Sala se pronunciará sobre la concreta individualización de las imputaciones realizadas a cada una de las empresas incoadas, aquí corresponde valorar si las prácticas investigadas constituyen una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, consistente en la adopción e implementación de acuerdos, entre RENFE, el Grupo Deutsche Bahn y el Grupo Transfesa restrictivos de la competencia por sus efectos, al constituir un reparto de los mercados afectados. Tal reparto se formalizó mediante el respeto del *statu quo* que existía en los mercados españoles de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías y de transporte de mercancías por ferrocarril en general antes de la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril.

Tales acuerdos, constitutivos de conducta colusoria de reparto de mercado, son los siguientes, tal como se ha señalado en el apartado relativo a Hechos Acreditados:

- el acuerdo de cooperación, de 1 de noviembre de 2008, firmado por RENFE y DB SR DEUTSCHLAND (en el momento de la firma, Railion Deutschland AG) (folios 4692 a 4702);

- el acuerdo, de 1 de diciembre de 2008, firmado por RENFE, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL (en el momento de la firma, ACTIVA RAIL), PIF, HISPANAUTO y SEMAT (folios 638 a 663);
- el contrato, de 4 de diciembre de 2008, de subarrendamiento de 5 locomotoras por parte de TRANSFESA RAIL (en el momento de la firma, ACTIVA RAIL) a RENFE (folios 4705 a 5021); y
- el contrato, de 14 de octubre de 2008, de subarrendamiento de 5 locomotoras por parte de TRANSFESA RAIL (en el momento de la firma, ACTIVA RAIL, S.A.) a DB SR INTERNATIONAL (en el momento de la firma, EWSI) (folios 4387 a 4406, y 5029 a 5218).

Esta Sala coincide con el análisis de la DC⁷⁵ en que la 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. También los contratos de arrendamiento responden a una decisión de carácter simultánea y denotan la vinculación entre ambos.

RENFE y TRANSFESA eran competidoras en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, y si bien en el momento de celebración de dichos acuerdos el Grupo Deutsche Bahn no era un competidor real de RENFE en la prestación de tracción ferroviaria a terceros (dado que el Grupo Transfesa iba a utilizar dicha tracción para tráfico propios), frente a lo alegado por RENFE, el Grupo Deutsche Bahn constituía competencia potencial de RENFE en este mercado, ya que, si el Grupo Deutsche Bahn lo hubiese así decidido, habría podido en un corto periodo de tiempo pasar a prestar dichos servicios a terceros, dado que TRANSFESA contaba en 2008 con material de tracción y maquinistas formados y habilitados.

Tal como señala el órgano instructor, los acuerdos precitados supusieron que, como efecto de su decisión de arrendar las diez locomotoras previamente adquiridas, el Grupo Transfesa retrasase la utilización de la capacidad de tracción ferroviaria que TRANSFESA RAIL tenía ya disponible en otoño de 2008. Esas locomotoras fueron alquiladas a RENFE, que disponía del parque de locomotoras para el transporte de mercancías más extenso en España y con capacidad excedentaria⁷⁶, y a EWSI, empresa del Grupo Deutsche Bahn que acababa de entrar en el mercado español (en enero de 2008) y que aún no tenía actividad en el mismo en el momento de la firma del contrato de arrendamiento de las locomotoras. Durante su periodo de actividad en España, tal como se recoge en el apartado de hechos probados, EWSI tuvo una presencia poco significativa, en términos de ingresos, en el transporte de mercancías por ferrocarril, donde se dedicó a captar nuevos clientes al margen del Grupo

⁷⁵ Párrafos (260) a (266) de la Propuesta de Resolución.

⁷⁶ Vid., *supra*, apartado 15 de Hechos Acreditados.

Transfesa y una escasísima presencia en la prestación de servicios de tracción ferroviaria a terceros para el transporte de mercancías por ferrocarril.

Esta Sala coincide con la DC en 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. El Grupo Transfesa había ya incurrido en una inversión sustancial, en términos económicos y de tiempo, para dotarse de tracción propia, que no sólo 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 alquiler⁷⁷. Además, la amortización de la locomotora supone una rebaja en los costes de tracción superior al 50% con respecto al alquiler, tal y como ha señalado Transita Rail, S.A. en el marco del expediente⁷⁸. Debe señalarse asimismo que TRANSFESA RAIL arrendó las locomotoras en las mismas condiciones técnicas y comerciales que las había adquirido en leasing, sin beneficio alguno para la arrendadora.

Resulta relevante subrayar que, frente a lo alegado por Deutsche Bahn, 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.

Tal como resalta la DC en su Informe Propuesta, resulta llamativo que el Grupo Deutsche Bahn, primer operador de transporte de mercancías por ferrocarril a nivel europeo, no haya 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 europeos.⁷⁹

Tampoco resulta comprensible el alquiler por parte de RENFE de las cinco locomotoras de TRANSFESA. RENFE se encontraba en aquel momento

⁷⁷ Como señala la DC (párrafo 287 de la PR), en el momento del alquiler, el Grupo Transfesa tenía tal base de clientes que resulta difícil de creer que no hubiese podido encontrar trenes propios que traccionar con esas 10 locomotoras recién adquiridas y, por tanto, modernas y eficientes. El Grupo Transfesa era y es el segundo operador del mercado de transportes de mercancías por ferrocarril en España, detrás de RENFE (vid. tabla 1, *supra*). Asimismo, el Grupo Deutsche Bahn se define en sus alegaciones al PCH como el “*mayor consumidor de servicios de tracción en España*” (folio 6153).

⁷⁸ Folio 5254.

⁷⁹ De acuerdo con la información pública disponible en la página web de DB Schenker Rail, unidad de negocio del Grupo Deutsche Bahn que aglutina su actividad de transporte de mercancías por ferrocarril.

<http://www.dbschenker.com/ho-en/about-dbschenker-new/db-schenker-rail/>

implementado un plan de modernización de su flota de locomotoras diésel a partir de locomotoras antiguas, las cuales fueron transformadas enteramente dando lugar a la flota (serie 333) de locomotoras diésel más moderna que tiene actualmente RENFE para el transporte de mercancías. De acuerdo con la información proporcionada por RENFE en el marco del expediente acerca de las altas y bajas de locomotoras de mercancías en su parque (folio 4532), a fecha de 28 de octubre de 2008, tenía transformadas y operativas 47 nuevas locomotoras diésel (lo que suponía muchas más locomotoras que las que tenían y tienen los demás operadores del mercado conjuntamente).

De no haber retrasado el empleo de dicha capacidad de tracción, el Grupo Transfesa habría podido reducir su dependencia de RENFE en materia de tracción ferroviaria, su principal proveedor en este sentido, lo cual habría incrementado la autonomía de actuación del Grupo Transfesa en el mercado aguas abajo de transporte de mercancías por ferrocarril en España, y potencialmente, podría haberse convertido en un oferente de servicios de tracción ferroviaria. Asimismo, fruto de los precitados acuerdos, RENFE, por un lado, y TRANSFESA, PIF, HISPANAUTO y DB SR DEUTSCHLAND, por otro, se garantizaron mutuamente carácter preferencial a la hora de contratar servicios de tracción en España.

Tal y como señala la DC en su Informe Propuesta, con la firma de los acuerdos de prestación de servicios de tracción con RENFE a finales de 2008, 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, lo cual tuvo como efecto que la posibilidad de cubrir las necesidades de tracción del Grupo Deutsche Bahn estuviese vedada casi por entero para un tercero.

El Grupo Deutsche Bahn obtuvo de RENFE, a través de los acuerdos reseñados, un tratamiento preferencial y garantías de suministro en materia de tracción durante un período de cinco años, que cubrían todas las necesidades de tracción en España de sus sociedades DB SR DEUTSCHLAND, TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO, con revisiones de precios pactadas de antemano.

En el acuerdo entre RENFE y el Grupo Transfesa, de 1 de diciembre de 2008, se indica claramente que ante una necesidad de tracción (tanto presente como futura) el Grupo Transfesa considerará a RENFE como su proveedor preferencial y RENFE considerará al Grupo Transfesa como cliente preferente (folio 640 *in fine*). A su vez, en el acuerdo entre RENFE y DB SR DEUTSCHLAND, de 1 de noviembre de 2008, se recoge que *“ambas partes realizarán todos aquellos esfuerzos razonables de modo a proporcionarse mutuamente técnica y financieramente ofertas competitivas para nuevas oportunidades de tráfico internacionales”* (cláusula 3ª, folio 4693). Tales acuerdos tenían una duración que alcanzaba hasta el 31 de diciembre de 2013⁸⁰ (prorrogada luego, en el caso

⁸⁰ Cláusula 6ª del contrato de 1 de diciembre de 2008 entre RENFE y el Grupo Transfesa y cláusula 9ª del contrato de 1 de noviembre de 2008 entre RENFE y DB SR DEUTSCHLAND.

del acuerdo de 1 de diciembre de 2008, hasta al menos la fecha de incoación del presente expediente), lo que garantizaba tal tratamiento preferencial durante un período de tiempo notable.

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.

Asimismo, ha quedado acreditado que RENFE no ha aplicado penalizaciones económicas al Grupo Transfesa por la anulación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías⁸¹.

Adicionalmente, mediante los acuerdos controvertidos, específicamente de 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, a la vez que RENFE resultaba limitada en el desarrollo de tal capacidad. Al garantizarse el Grupo Deutsche Bahn el alquiler de dichas campas durante 5 años adicionales, el Grupo Renfe no pudo contar con la capacidad de almacenaje adicional⁸² que representaban dichas campas en los dos núcleos con mayor consumo de vehículos terminados en España y por tanto de importancia capital para su logística.

La prórroga del alquiler de tales estratégicas 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. Dado que la campa de Fuencarral ha estado alquilada al Grupo Transfesa desde 1979 y la de La Llagosta desde 1999, ello ha acentuado el cierre del acceso a estas campas a terceros.

Fruto del mantenimiento del *statu 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 otro, 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.

Esta conducta se produce en un contexto, desde la perspectiva de la competencia en los mercados afectados, en el cual 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

⁸¹ Folio 2153 y folios 7088 y 7089 y apartado 14 de los Hechos Acreditados.

⁸² RENFE disponía de una campa en Madrid y otra en Barcelona (al margen de las alquiladas al Grupo Transfesa).

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.

Resulta evidente la repercusión en materia de competencia en el mercado de transporte de mercancías, el hecho de que el 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.

Tal como subraya el órgano de instrucción, durante el periodo que va desde la firma de los acuerdos colusorios hasta la incoación del presente expediente, el Grupo Transfesa ha utilizado tracción de RENFE y RENFE MERCANCÍAS en todo su transporte internacional de mercancías por ferrocarril en el tramo que transcurre por España. No puede dejar de destacarse el hecho de que el Grupo Deutsche Bahn, primer operador de transporte de mercancías por ferrocarril a nivel europeo, no haya 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). Asimismo, el Grupo Transfesa ha utilizado tracción de RENFE y RENFE MERCANCÍAS en todo su transporte ferroviario de vehículos terminados, así como sus piezas y componentes, ya sea enteramente nacional, o internacional en el tramo que transcurre por España⁸³.

La DC formula en su Propuesta de Resolución una imputación que se deriva de la información y documentación recabada, y de un detallado y exhaustivo análisis conjunto de los hechos acreditados. Frente a lo sostenido por las incoadas en sus alegaciones a la PR de la DC, esta Sala considera que no existe justificación razonable plausible que explique la conducta de las imputadas, distinta del carácter anticompetitivo de los acuerdos analizados.

A través de la instrucción realizada, la DC ha presentado evidencias suficientes de que los acuerdos controvertidos tenían la finalidad de contribuir al respeto y consolidación de la situación existente con anterioridad a la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril, en los mercados españoles de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías y de transporte de mercancías por ferrocarril. 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.

Los acuerdos controvertidos superan con creces los acuerdos habituales entre empresas ferroviarias en los tráficos internacionales, que llegan a acuerdos con

⁸³ El sector del automóvil (vehículos y piezas) constituye el principal negocio del Grupo Transfesa, al suponer alrededor de un 80% de su facturación.

operadores de los otros países por los que transcurre el transporte. En el caso de los acuerdos objeto de este expediente, el tramo de dicho transporte afectado es precisamente el nacional.

Frente a lo alegado por las partes, no resulta verosímil que TRANSFESA optara por ceder las locomotoras a RENFE como una decisión encaminada a redimensionar su material rodante a la vista de la disminución de su actividad. Esta decisión se adoptó en un momento previo a que se pusieran de manifiesto los efectos de la desaceleración económica. Además, en un contexto de liberalización reciente como era el caso, un operador entrante podía ser capaz de incrementar su actividad, incluso en un contexto recesivo, gracias a la pérdida de cuota de mercado del operador histórico. De hecho, cuando TRANSFESA recupera parte de sus locomotoras cedidas, a lo largo de 2011, el tráfico de mercancías por ferrocarril seguía un 15% por debajo del tráfico de 2008, por lo que, siguiendo la lógica alegada, debería haberlas arrendado de nuevo. Esta situación se ha prolongado hasta 2014, fecha en la que se han recuperado los niveles de actividad previos a la crisis económica. Por lo tanto, la actividad de 2008 era suficiente para que TRANSFESA hubiera operado el parque de locomotoras de su propiedad, conforme a lo inicialmente previsto, como ha sucedido posteriormente, sin que fuera necesario ese alegado redimensionamiento.

Tal como señala la DC, 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, y han permitido que los acuerdos colusorios pudieran implementarse con una mayor supervisión respectiva, al tener acceso a la política comercial de las empresas con participaciones cruzadas.

4.1.2.- Sobre el abuso de posición de dominio por parte de RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS

La posición de dominio de RENFE, y de su sucesora en el negocio de transporte de mercancías por ferrocarril, RENFE MERCANCÍAS, en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril en España, no ha sido rebatida por las partes en sus escritos de alegaciones. Efectivamente, a la luz de la muy elevada cuota de mercado de RENFE, las alternativas competitivas existentes, las altas barreras a la entrada y a la expansión, y el reducido poder compensatorio de la demanda, se debe concluir que RENFE y su sucesora en el negocio de la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, RENFE MERCANCÍAS, han contado con una posición de dominio en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, durante el periodo 2008-2014.

Esta Sala considera que ha quedado acreditado en la instrucción del presente expediente que RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS han abusado de su posición de dominio en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril en España.

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 tráficos 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 tráficos 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 tráficos 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 tráficos 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 (folio 2153).

Esta condición comercial resulta discriminatoria en relación con otros clientes, en la medida en que RENFE ha afirmado en el marco del expediente que tiene como política comercial aplicar las mismas condiciones a todos sus clientes de un mismo servicio (como la tracción ferroviaria para el transporte de mercancías)⁸⁴ y RENFE ha exigido dentro de su política comercial relativa a la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, el pago de una penalización en caso de que el cliente anulase el servicio.

⁸⁴ Folio 710, y apartado 12 de Hechos Acreditados.

RENFE y RENFE MERCANCÍAS han ofrecido servicios de tracción a empresas del Grupo Deutsche Bahn de forma generalizada en virtud de los acuerdos que RENFE firmó con DB SR DEUTSCHLAND, el 1 de noviembre de 2008, y con TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO, de 1 de diciembre de 2008. De hecho, el Grupo Deutsche Bahn ha sido el único cliente de servicios de tracción del Grupo Renfe que a la vez tenía capacidad de tracción propia. Estos acuerdos no incluían el pago de penalización alguna en caso de que el Grupo Deutsche Bahn anulase el servicio, tal y como han reconocido RENFE y RENFE MERCANCÍAS en su escrito de alegaciones al PCH⁸⁵. El Grupo Deutsche Bahn ha confirmado reiteradamente que el Grupo Renfe nunca le ha aplicado penalizaciones por anulación del servicio de tracción contratado⁸⁶.

Por otro lado, existe constancia escrita de la solicitud de tracción ferroviaria para un tráfico por parte de Comsa Rail Transport, S.A. (empresa miembro de la asociación denunciante) a RENFE para la línea Barcelona-Le Soler (Francia) de ancho UIC (folios 3393 a 3459). Si bien no se llegó a materializar finalmente la prestación del servicio, las ofertas que RENFE trasladó a COMSA contienen el pago de una penalización en caso de que el cliente anulase el servicio⁸⁷.

Ha sido denunciado por la AEFP que las empresas asociadas a la misma han visto denegadas por RENFE sus solicitudes de servicios de tracción para tráficos regulares de forma reiterada desde el año 2005 hasta al menos 2012. Si bien no se ha podido acreditar documentalmente tal **denegación de servicios de tracción ferroviaria** a empresas miembros de la AEFP, por haberse realizado las denegaciones telefónicamente, ha quedado acreditado que en todo el periodo investigado en el marco del expediente (años 2005 a 2014) ni RENFE ni RENFE MERCANCÍAS han prestado servicios de tracción ferroviaria a una empresa miembro de la AEFP con carácter regular (esto es, al margen de servicios para resolver incidencias puntuales como averías en locomotoras del cliente, servicios que por su carácter extraordinario y no planificado tienen un precio sustancialmente más elevado), tal y como reconocen las propias RENFE y RENFE MERCANCÍAS en sus alegaciones⁸⁸. No resulta razonable que para el resto de empresas ferroviarias distintas de TRANSFESA, algunas de menor tamaño que ésta, el acceso a este servicio de tracción por parte de RENFE sólo se haya contemplado para resolver incidencias o averías, y no como una opción de producción combinada de material rodante propio y tracción de terceros, singularmente de RENFE.

Debe señalarse, además, la ausencia de alternativas a RENFE y RENFE MERCANCÍAS a la hora de contratar servicios de tracción ferroviaria por parte

⁸⁵ Folio 6334.

⁸⁶ Folios 2153, 7088 y 7089 y apartado 14 de Hechos Acreditados.

⁸⁷ Ofertas remitidas por RENFE Ref: 156-2012 COMSA Bcn Morrot-Le Soler –folio 296– y Ref: 23-2013 COMSA Bcn Morrot-Le Soler –folio 299 y apartado 13 de Hechos Acreditados.

⁸⁸ Folio 6335.

de los miembros de la AEFPP, como ponen de manifiesto los datos disponibles sobre este mercado.⁸⁹

Con carácter general, cabe recordar en este contexto la clásica doctrina derivada de la jurisprudencia comunitaria (sentencia del TJ de 6 de marzo de 1974, asuntos acumulados 6/73 y 7/73, *Commercial Solvents*), conforme a la cual, si una empresa tiene posición dominante en el mercado primario de un insumo y, para favorecer su propia posición en el mercado secundario, niega el suministro del mismo a otra empresa, habrá incurrido en un abuso de posición de dominio contrario a la normativa de defensa de la competencia: “[...] una empresa que ostenta una posición dominante en el mercado de materias primas y que, con el fin de reservarlas para su propia producción de derivados, deniega el suministro de éstas a un cliente, productor también de dichos derivados, a riesgo de eliminar cualquier competencia por parte de dicho cliente, explota su posición dominante de forma abusiva” (párrafo 25 de la sentencia).

RENFE no ha firmado con otras empresas con tracción propia (al margen de las empresas citadas del Grupo Deutsche Bahn) un acuerdo marco a cuyas condiciones comerciales se puedan acoger sucesivamente las rutas cuya tracción contraten estos otros competidores con RENFE.

Y todo lo anterior pese a que RENFE y RENFE MERCANCÍAS han mostrado una capacidad ociosa, tanto en locomotoras como en maquinistas, susceptible de atender la demanda de servicios adicionales de tracción ferroviaria por parte de otras empresas ferroviarias diferentes de DB SR DEUTSCHLAND, TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO.⁹⁰

La conducta descrita desarrollada por RENFE y RENFE MERCANCÍAS constituye una infracción de los artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, consistente en una discriminación comercial a terceras empresas que demandan tracción ferroviaria para transporte de mercancías por ferrocarril (en especial, las empresas ferroviarias miembro de la AEFPP), en relación con las condiciones acordadas con DB SR DEUTSCHLAND, TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO.

El análisis recién realizado sobre ambas infracciones permite además concluir que, tal como entiende el órgano de instrucción y frente a las alegaciones de RENFE y RENFE MERCANCÍAS, no se les imputan dos infracciones distintas a partir del mismo conjunto de hechos, sino que existen hechos distintos a los que dan lugar a la infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE que determinan la existencia de la infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE. La infracción de abuso de posición de dominio deriva de la resistencia de RENFE y RENFE MERCANCÍAS a extender a otras empresas, singularmente a

⁸⁹ Vid., *supra*, tabla 6; singularmente, RENFE representó al menos el 97% del mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España hasta 2011.

⁹⁰ Vid. apartado 15 de los Hechos Acreditados, en relación a que el Grupo Renfe ha dispuesto de capacidad no utilizada en cuanto a locomotoras y maquinistas para el transporte de mercancías.

las mercantiles asociadas a la AEFB, las condiciones comerciales ofrecidas y acordadas con el Grupo Deutsche Bahn en la prestación de servicios de tracción para el transporte de mercancías por ferrocarril, lo cual dada la posición de RENFE y RENFE MERCANCÍAS en ese mercado, constituye una conducta abusiva. Los efectos restrictivos de la competencia generados por esa conducta son además específicos y distintos de los efectos provocados por la conducta colusoria, como se expone *infra* en el epígrafe dedicado a los efectos de las conductas en el mercado.

4.2.- Duración de las conductas

En relación a la duración de las conductas objeto del presente expediente, es preciso nuevamente diferenciar entre la duración de la infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE y la infracción de abuso de posición de dominio de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

Así, la conducta consistente en los acuerdos colusorios debe considerarse iniciada el 1 de noviembre de 2008, fecha de la firma del acuerdo de cooperación entre RENFE y DB SR DEUTSCHLAND. El término de la conducta varía dependiendo de la sociedad incoada considerada:

- para TRANSFESA RAIL, el 5 de diciembre de 2013, con la devolución de las últimas locomotoras que había dado en préstamo a RENFE;
- para el caso de DB SR DEUTSCHLAND, al menos hasta el 31 de marzo de 2014, pues es el último momento en que se tiene constancia en el expediente en que se aplicaron las condiciones del acuerdo de 1 de noviembre de 2008 que firmó con RENFE; y
- para el resto de incoados (RENFE, RENFE MERCANCÍAS, TRANSFESA, PIF, HISPANAUTO, SEMAT, DBIY Y DB ML) alcanzaría, al menos, hasta la fecha de incoación del presente expediente, habida cuenta de que las partes no han firmado un nuevo acuerdo sino que han seguido aplicando con revisiones los términos del acuerdo de 1 de diciembre de 2008, en relación con los servicios de tracción y alquiler de las dos campas para automóviles, y que el Grupo Transfesa ha seguido utilizando exclusivamente tracción del Grupo Renfe para sus transportes internacionales de mercancías por ferrocarril dentro de España (TRANSFESA), así como para el transporte de vehículos terminados por ferrocarril (PIF e HISPANAUTO), basándose en lo dispuesto en el acuerdo firmado el 1 de diciembre de 2008.

No puede este Consejo compartir las alegaciones de RENFE y RENFE MERCANCÍAS relativas a que la duración de la conducta sólo alcanzó hasta diciembre de 2013, conforme a las previsiones textuales de los repetidos acuerdos de noviembre y diciembre de 2009, y que las condiciones de la prestación de servicios de tracción al Grupo Deutsche Bahn en España son distintas a las previstas en los acuerdos anteriores.

Ha quedado acreditado que las condiciones comerciales recogidas en el acuerdo de 1 de diciembre de 2008 no han sido sustituidas por un nuevo contrato y han continuado aplicándose revisadas desde el 1 de enero de 2014, en materia de servicios de tracción prestados al Grupo Transfesa y en lo relativo al alquiler de las plataformas logísticas alquiladas por RENFE a SEMAT⁹¹. Por ello, corresponde concluir que la duración de los acuerdos colusorios y de sus efectos anticompetitivos se ha prolongado al menos hasta la fecha de incoación del presente expediente.

Por lo que se refiere a la duración de la infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, esta Sala coincide con la DC en entender que ésta comenzó con la firma del repetido acuerdo entre RENFE y DB SR DEUTSCHLAND, de 1 de noviembre de 2008, por el que la primera se convierte en suministrador preferente de la segunda. Respecto de la finalización de la conducta de abuso de posición de dominio, ésta habría persistido, al menos, hasta el momento de la incoación del presente expediente, toda vez que RENFE MERCANCÍAS, TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO han seguido aplicando los términos del acuerdo de 1 de diciembre de 2008, en relación con los servicios de tracción.

RENFE habría participado en la infracción hasta el 31 de diciembre de 2013, ya que a partir del 1 de enero de 2014 devino operativa la sociedad RENFE MERCANCÍAS, que pasó a ser la única sociedad controlada por RENFE prestadora de servicios de tracción para el transporte de mercancías por ferrocarril.

4.3.- Efectos de las conductas en el mercado

Con carácter previo, hay que recordar que el Grupo Renfe y el Grupo Deutsche Bahn han constituido y constituyen respectivamente el primer y segundo operador de transporte de mercancías por ferrocarril en España por volumen de facturación, aglutinando conjuntamente el porcentaje 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%⁹².

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.

⁹¹ Folios 2142 y 4074.

⁹² Vid. *supra*, tabla 1.

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 PECOVASA 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)⁹⁴ el acceso (efecto cierre) a las campas de Fuencarral y La Llagosta a otros operadores potencialmente interesados, campas del máximo

⁹³ Folio 4704, de acuerdo con RENFE, y folios 5378 y 5390 a 5394, de acuerdo con DBIH.

⁹⁴ La campa de Fuencarral ha estado alquilada al Grupo Transfesa desde 1979 y la de La Llagosta desde 1999.

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 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.

En relación a los efectos de la conducta de **abuso de posición de dominio** de RENFE y RENFE MERCANCIAS, 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.

4.4.- Responsabilidad de las entidades incoadas

La responsabilidad de las empresas a las que hace referencia el presente Fundamento de Derecho Cuarto resulta, a juicio de esta Sala de Competencia, incontestable a tenor de los hechos acreditados, las pruebas y resto de elementos de juicio contenidos en el expediente, por lo que esta Sala se muestra conforme con la imputación de responsabilidad realizada por la DC en su propuesta de resolución.

Además de las empresas firmantes de los acuerdos colusorios, Grupo Deutsche Bahn y el Grupo Transfesa, por una parte, y Grupo Renfe, por otro, la DC ha acreditado la participación en la infracción de DBIH (Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L), sociedad tenedora de las acciones del Grupo Deutsche Bahn en TRANSFESA, y DB ML (DB Mobility Logistics AG), como accionista a su vez al 100% de DBIH y responsable de la política del Grupo Deutsche Bahn en el transporte de mercancías por ferrocarril a nivel europeo, dado que la adopción de los citados acuerdos por parte del Grupo Transfesa fue decidida por estas empresas.

Respecto de RENFE MERCANCÍAS, su responsabilidad en los hechos constitutivos de infracción –que abarcan los años 2008 a 2014– procede de su participación en la conducta colusoria derivada de los citados acuerdos, implementándola a partir de la fecha en que dicha sociedad devino operativa (1 de enero de 2014) aglutinando la actividad de las empresas del Grupo Renfe presentes en el transporte de mercancías por ferrocarril. En particular, RENFE MERCANCÍAS, S.A. es la única sociedad controlada por RENFE que ha prestado servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías desde el 1 de enero de 2014 (folio 3256).

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la misma norma condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en los sujetos infractores de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

La DC señala en su Informe Propuesta que la responsabilidad de todos los operadores incoados por la infracción de conducta colusoria es al menos a título de negligencia, en la medida que deberían haber sido conscientes que estos acuerdos y prácticas concertadas equivalían a un reparto de mercado y mantenimiento del statu quo en el sector del transporte de mercancías por ferrocarril, que bloqueaban la liberalización efectiva de este sector y tenían efectos restrictivos sobre la competencia efectiva, resultando contrarios a los artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE. Respecto de la responsabilidad de RENFE y RENFE MERCANCÍAS en la conducta de abuso de posición de dominio, el órgano de instrucción considera que lo es al menos a título de negligencia, en la medida que deberían haber sido conscientes que este tratamiento discriminatorio en la prestación de servicios de tracción ferroviaria entre Grupo Deutsche Bahn y los miembros de AEFP no estaba justificado y restringía la competencia efectiva, siendo contrario a los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

En el presente caso, la Sala considera que ha quedado ampliamente acreditado que las empresas incoadas conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas desarrolladas y durante el período individualizado para cada empresa. Los hechos acreditados permiten concluir la existencia de actuaciones conscientes e intencionadamente realizadas por las empresas infractoras sin que la naturaleza de la conducta ni la experiencia en el mercado y capacidad de medios personales y económicos de las mercantiles implicadas permita que

pueda apreciarse el desconocimiento del carácter ilícito del comportamiento por parte de ninguna de ellas.

Esta Sala coincide con la apreciación del órgano de instrucción en cuanto a la participación de las incoadas en las prácticas descritas, diferenciando en función de las distintas infracciones, conforme a la siguiente determinación individualizada:

- RENFE OPERADORA, por su participación en la infracción consistente en acuerdos y prácticas concertadas, restrictivos de la competencia por su efecto, al menos hasta la fecha de incoación del presente expediente, y por la infracción consistente en discriminación comercial abusiva a empresas ferroviarias asociadas a AEFP en su oferta de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril en España, en relación con las condiciones económicas que ha venido ofreciendo desde el año 2008 a DB SR DEUTSCHLAND, TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO.

- RENFE MERCANCÍAS, por su participación en la infracción consistente en acuerdos y prácticas concertadas, restrictivos de la competencia por su efecto, y por la infracción consistente en discriminación comercial abusiva a empresas ferroviarias asociadas a AEFP en su oferta de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril en España, en relación con las condiciones económicas que ha venido ofreciendo desde el año 2014 a DB SR DEUTSCHLAND, TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO.

No obstante, tal como señala la DC en su PR, **no ha quedado acreditada** la responsabilidad de **RENFE ALQUILER DE MATERIAL FERROVIARIO**, S.A. en las infracciones objeto del presente expediente.

- TRANSFESA, por su participación en la infracción consistente en acuerdos y prácticas concertadas, restrictivos de la competencia por su efecto, hasta la fecha de incoación del presente expediente.

- TRANSFESA RAIL, por su participación en la infracción consistente en acuerdos y prácticas concertadas, restrictivos de la competencia por su efecto, hasta el 5 de diciembre de 2013, con la devolución de las últimas locomotoras que había dado en préstamo a RENFE.

- PIF, por su participación en la infracción consistente en acuerdos y prácticas concertadas, restrictivos de la competencia por su efecto, hasta la fecha de incoación del presente expediente.

- HISPANAUTO, por su participación en la infracción consistente en acuerdos y prácticas concertadas, restrictivos de la competencia por su efecto, hasta la fecha de incoación del presente expediente.

- SEMAT, por su participación en la infracción consistente en acuerdos y prácticas concertadas, restrictivos de la competencia por su efecto, hasta la fecha de incoación del presente expediente.

- DBIH, por su participación en la infracción consistente en acuerdos y prácticas concertadas, restrictivos de la competencia por su efecto, hasta la fecha de incoación del presente expediente.

- DB ML, por su participación en la infracción consistente en acuerdos y prácticas concertadas, restrictivos de la competencia por su efecto, hasta la fecha de incoación del presente expediente.

En el caso de DBIH, sociedad tenedora de las acciones del Grupo Deutsche Bahn en TRANSFESA, y DB ML, accionista al 100% de DBIH y responsable de la política del Grupo Deutsche Bahn en el transporte de mercancías por ferrocarril a nivel europeo, pese a no ser firmantes de los repetidos acuerdos colusorios, esta Sala coincide con la DC al considerar que la responsabilidad de las mismas por la infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE deriva de su decisión sobre la adopción de los acuerdos por parte del Grupo Transfesa.

- DB SR DEUTSCHLAND, por su participación en la infracción consistente en acuerdos y prácticas concertadas, restrictivos de la competencia por su efecto, al menos hasta el 31 de marzo de 2014, pues es el último momento en que se tiene constancia en el expediente en que se aplicaron las condiciones del acuerdo de 1 de noviembre de 2008 que firmó con RENFE.

Respecto de la **responsabilidad de DB SCHENKER RAIL INTERNATIONAL LIMITED** (desde 2007 a marzo de 2013, con la denominación social de EWSI) en esta infracción, conforme a la valoración del órgano de instrucción, que esta Sala no cuestiona, **se encuentra prescrita**, dado que la infracción muy grave atribuida a DB SR INTERNATIONAL tiene un plazo de prescripción de cuatro años (artículo 68 de la LDC), el término final de la conducta se sitúa en 30 de abril de 2011, último día en que EWSI tuvo arrendadas las repetidas 5 locomotoras de TRANSFESA RAIL, en el marco de un acuerdo colusorio, y la DC incoó el presente expediente sancionador a DB SR INTERNATIONAL el día 9 de junio de 2015.

QUINTO.- OTRAS ALEGACIONES Y CUESTIONES PLANTEADAS EN LA FASE DE RESOLUCIÓN

5.1. Sobre la solicitud de terminación convencional del expediente

Como se ha anticipado *supra* en el apartado de Antecedentes de Hecho, con fecha 16 de septiembre de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito del Grupo Deutsche Bahn, por el que solicitaban el inicio de la tramitación de una terminación convencional para el referido expediente sancionador. Con fecha 17 de septiembre de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito del Grupo Renfe con idéntica solicitud. Junto con sus escritos, las incoadas presentaron las líneas generales de los compromisos que se planteaban presentar en el marco de la terminación convencional.

Con fecha 25 de septiembre de 2015, el Director de Competencia acordó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente.

Con fecha 23 de octubre de 2015, tanto el Grupo Renfe como el Grupo Deutsche presentaron su primera propuesta formal de compromisos.

Con fecha 22 de enero de 2016, la DC acordó que los primeros compromisos presentados por el Grupo Renfe, por un lado, y el Grupo Deutsche Bahn, por otro, no resolvían adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente de referencia, y que fueron puestos de manifiesto en el PCH, ni garantizaban suficientemente el interés público.

Con fecha 11 de febrero de 2016, tuvieron entrada en la CNMC las segundas propuestas de compromisos aportadas por el Grupo Renfe y el Grupo Deutsche Bahn. La segunda propuesta de compromisos del Grupo Renfe fue objeto de modificación mediante escrito que tuvo entrada en la CNMC con fecha 5 de abril de 2016.

Por Acuerdo de 18 de abril de 2016, notificado el 19 de abril de 2016, la Dirección de Competencia (DC) acordó dar por cerrado el trámite de terminación convencional iniciado el 25 de septiembre de 2015.

Tanto el Grupo Deutsche Bahn/Transfesa como RENFE interpusieron recurso, de los previstos en el artículo 47 de la LDC, frente a tal Acuerdo de la DC (Exptes. R/AJ/034/16, COMPAÑÍAS y R/AJ/035/16, RENFE). Esta Sala de Competencia acordó desestimar ambos recursos mediante sendas resoluciones de 7 de julio de 2016, al considerar que el Acuerdo de la DC recurrido no generaba indefensión ni perjuicio irreparable en derechos o intereses legítimos de las entonces recurrentes.

Pues bien, tanto RENFE como TRANSFESA tratan del procedimiento de terminación convencional en sus escritos de alegaciones a la PR de la DC, alegaciones formuladas con anterioridad a la resolución por esta Sala de competencia de los repetidos recursos.

En el caso de TRANSFESA, se reitera en su consideración de que el Acuerdo de cierre de la terminación convencional, que se produjo por la negativa de RENFE a disponer de una oferta mayorista de servicios de tracción, supuso la imposibilidad para TRANSFESA de cualquier opción de terminación convencional, correspondiendo al Consejo y no a la DC, siempre según la argumentación de TRANSFESA, la adopción de tal decisión.

Desde la perspectiva de TRANSFESA, si el Consejo de la CNMC valorase que ha existido una conducta anticompetitiva reprochable a esa incoada, la sanción más adecuada sería que se les impusiera *“llevar a cabo el cumplimiento de aquellas medidas que las Compañías han ofrecido y que la propia DC consideró satisfactorias para resolver los supuestos problemas de competencia supuestamente causados por las Compañías”*⁹⁵.

En el caso de RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS, en sus alegaciones a la PR señala que, de no entrar a valorar la suficiencia de los compromisos propuestos en el marco de los recursos interpuestos frente al

⁹⁵ Folio 8816.

Acuerdo de cierre de la terminación convencional, *“el Consejo debiera pronunciarse sobre la suficiencia de los compromisos propuestos en el contexto de la PR elevada por la DC en el expediente sancionador.”*

Asimismo, RENFE alega que debiera aplicarse, en su caso, una atenuante por la realización de actuaciones que ponen fin a las supuestas infracciones, así como otra atenuante por haber aplicado los compromisos ofrecidos en su propuesta de compromisos de abril de 2016 de forma voluntaria y sin supeditarlos a la tramitación exitosa de la terminación convencional.

Como ha sido reiteradamente expuesto por la Autoridad de Competencia en pronunciamientos previos⁹⁶, y como se señalaba en las resoluciones que resolvieron los recursos administrativos interpuestos por RENFE y el Grupo DB al Acuerdo de la DC de 18 de abril de 2016 de cierre de Terminación convencional en el marco de este expediente, la terminación convencional de un expediente sancionador iniciado por posibles infracciones del Derecho de la competencia no es un derecho subjetivo de las empresas incoadas, de modo que cualquier iniciativa de terminación convencional puede ser rechazada por la CNMC con arreglo a lo dispuesto en los artículo 52 de la LDC y 39 del RDC, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes y atendiendo a que el elemento clave de la decisión es la valoración sobre la mejor manera de preservar la competencia en los mercados.

Esta interpretación sobre la terminación convencional ha sido confirmada por la jurisdicción contenciosa en distintos pronunciamientos derivados de la impugnación de la decisión de no iniciar la terminación convencional. Así, la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de enero de 2013 (rec. 57/2012) señala que:

“Ahora bien, no existe como pretenden las recurrentes, un derecho subjetivo de las empresas al acuerdo convencional, de manera que cualquier iniciativa puede ser rechazada por la Administración, que con arreglo al artículo 52 LDC y al artículo 39 del RDC, tiene una facultad y no una obligación, una vez que se propone por parte de los administrados, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes y sin perder de vista que la prioridad es preservar la competencia de los mercados. Los recurrentes tienen derecho a formular la solicitud y a que dicha solicitud tenga respuesta por parte de la Administración, tal y como en este caso aconteció, pero no tienen derecho a obligar a la Administración a incoar el expediente de Terminación Convencional, facultad legalmente reservada a la Administración habida cuenta que el objetivo de este expediente es satisfacer el interés general, que no el interés particular de los que presuntamente han realizado las prácticas prohibidas. La apelación al interés público como límite último del acuerdo o

⁹⁶ A título de ejemplo: Resoluciones de la CNC de 8 de mayo de 2013, Expte. R/0137/13, SPECIAL PRICES, AUTO REISEN, de 21 de febrero de 2013, Expte. R/0124/12 AVIS, o de 5 de marzo de 2012, Expte R/0094/11 TRANSCALIT), así como este Consejo en sus resoluciones de 20 de febrero de 2014 (Expte R/0160/13 UDER), 11 de septiembre de 2014 (Expte R/0276/14 FABRICANTES DE AUTOMÓVIL 2) y 11 de febrero de 2015 (Expte. R/AJ/391/14 TELEFÓNICA).

Terminación Convencional, además de reiterar la exigencia del artículo 88 de la Ley 30/1992 y por el artículo 103 de la Constitución, da un amplísimo margen a la CNC para aceptar o no la propuesta.”

También el Tribunal Supremo ha reiterado recientemente (sentencia de 5 de octubre de 2015) el margen de apreciación de que goza la Dirección de Competencia para valorar las circunstancias concurrentes en el marco de la terminación convencional, habida cuenta de la naturaleza y entidad de las prácticas imputadas, el número de afectados y la dificultad de que se alcancen unos compromisos adecuados para solventar los efectos nocivos sobre la competencia.

Como se ha indicado en los Antecedentes de Hecho, mediante Auto de la Audiencia Nacional de 2 de enero de 2017, fue rechazada la medida cautelar solicitada por RENFE y RENFE MERCANCÍAS, de suspensión de la Resolución de la CNMC de 7 de julio de 2016, que desestima el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la DC que daba por cerrado el trámite de terminación convencional. Resulta significativo que el Auto precise, sobre este aspecto, sin naturalmente entrar a decidir el fondo del asunto, que “[...] la referida "apariencia de buen derecho", capaz de detener la ejecución del acto recurrido o de requerir la adopción de una medida cautelar distinta de la suspensión, sólo cuando se evidencian datos objetivos muy relevantes, que pongan de manifiesto al margen de un juicio de fondo extraño a este incidente la abierta ilegalidad del acto, no existe en este supuesto.”

Una vez sentando el carácter discrecional de la decisión de si procede o no la terminación convencional de un expediente sancionador, en función tanto de la capacidad de los compromisos propuestos para resolver los problemas de competencia planteados como de la garantía suficiente del interés público, corresponde analizar las alegaciones de las partes sobre la suficiencia de los compromisos propuestos, a la vista de los mismos y de la valoración previa realizada por el órgano instructor.

La última propuesta de compromisos de RENFE y RENFE MERCANCÍAS, presentada mediante escrito de 5 de abril de 2016, retiró el principal compromiso anteriormente presentado, particularmente indicado para restaurar la competencia en el mercado, consistente en la puesta a disposición de capacidad de tracción ferroviaria de RENFE MERCANCÍAS, mediante una oferta mayorista, a los operadores con licencia ferroviaria y certificado de seguridad en España.

Ha quedado de manifiesto que la predisposición de RENFE a contemplar un compromiso de creación de una oferta mayorista de servicios de tracción para el transporte de mercancías, junto a otros compromisos complementarios necesarios, fue el factor determinante para que el órgano de instrucción iniciara el procedimiento de terminación convencional del presente expediente sancionador, tanto por su idoneidad para compensar los problemas de competencia detectados como por su condición de compromiso susceptible de ser vigilado, en términos de cumplimiento, de forma eficaz y eficiente por la Autoridad de la Competencia.

Esta Sala coincide con el órgano de instrucción en la valoración de que la repetida oferta mayorista hubiera permitido garantizar ex ante a todos los operadores ferroviarios el acceso en condiciones de igualdad a los servicios de tracción de RENFE, frente a lo sucedido en el mercado hasta la fecha, tal como ponen de manifiesto los hechos acreditados durante la infracción, donde el Grupo Deutsche Bahn/TRANSFESA ha tenido acceso preferencial y garantizado a largo plazo a toda la tracción que demandase por parte de RENFE, como operador dominante.

Respecto de las alegaciones del grupo DB en relación al cierre de la terminación convencional, esta Sala reitera los argumentos expuestos por la DC en su Acuerdo de cierre de 18 de abril de 2016, en el sentido de que, sin el concurso de RENFE y RENFE MERCANCÍAS, no se pueden resolver los problemas derivados de las conductas objeto de este expediente, especialmente en lo referido al mercado de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías. Los compromisos ofrecidos por el Grupo DB/TRANSFESA no permiten por sí mismos compensar las distorsiones de la competencia en los mercados afectados que han generado los acuerdos investigados y detallados en el apartado de hechos acreditados.

Entiende esta Sala que, en ausencia de la voluntaria asunción por RENFE de las obligaciones de comportamiento señaladas, a través de los compromisos inicialmente contemplados durante la tramitación de la terminación convencional, efectivamente no se dan los elementos de resolución de los problemas de competencia detectados y al tiempo protección del interés público que justificarían la terminación convencional de este expediente sancionador. En ausencia de tal oferta mayorista, además del resto de compromisos relevantes, no es posible compensar los efectos restrictivos de la competencia derivados de las conductas investigadas en el presente expediente y corresponde resolver el mismo a través de resolución sancionadora.

5.2. Sobre las pruebas propuestas y la solicitud de vista

En sus alegaciones RENFE y RENFE MERCANCÍAS solicitan vista ante el Consejo de la CNMC, así como la práctica de prueba. Ésta consiste en la incorporación al expediente de documental que anexan, al objeto de desvirtuar los argumentos de la PR en relación con el mantenimiento del statu quo en el transporte de mercancías y la inexistencia de atenuantes a su conducta. En algunos de los casos, se solicita que se declare la confidencialidad de la documentación anexa, sin incluir versión censurada.

También en sus alegaciones a la PR, la AEFP, en su condición de interesada, solicita la práctica de prueba testifical, en relación al mercado de material rodante y en relación a la que considera ineficiencia de RENFE respecto de precios de servicios de tracción.

A la vista de la instrucción realizada por la DC y de la documentación acreditativa de las conductas que se imputan, esta Sala entiende que todos los elementos fácticos en los que se fundamenta la declaración de infracción están disponibles

en el presente expediente y las pruebas adicionales solicitadas no superan el juicio de pertinencia necesario conforme al artículo 24.2 de la CE (SSTC 192/87, 212/90 y 297/1993), en la medida en que carecen, por sí solas, de suficiente capacidad para desvirtuar el análisis de la conducta imputada a las mercantiles incoadas o para aportar valor añadido en términos de defensa de las incoadas. Esta Sala considera que las documentales aportadas por RENFE y RENFE MERCANCÍAS en las alegaciones a la PR, incorporadas al expediente y valoradas por el Consejo, no resultan decisivas en términos de defensa.

Asimismo, esta Sala entiende que las pruebas testificales propuestas por la AEFP en las alegaciones a la PR no aportan valor añadido a los argumentos ya expuestos en sus alegaciones, y se revelan insuficientes para modificar la calificación que de los hechos acreditados formula esta Sala de Competencia. La testifical o requerimiento de información propuesta a operadores ferroviarios alternativos en relación al proceso de alquiler de material rodante por parte de RENFE y/o RENFE ALQUILER no permitiría, en opinión de este Consejo, contrarrestar la consideración argumentada de la DC sobre la ausencia de acreditación de una práctica anticompetitiva en relación con el alquiler de vagones para el transporte de mercancías, y en tal medida no corresponde su práctica, por innecesaria.

Respecto a la solicitud de vista realizada por RENFE y RENFE MERCANCÍAS en su escrito de alegaciones, esta Sala vuelve a recordar que la vista viene prevista en la LDC como una actuación que el Consejo puede acordar discrecionalmente, “cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente” (art. 19.1 RDC). La Sala de competencia, teniendo en cuenta que es potestad suya acordar la celebración de vista cuando lo considere conveniente para el examen y análisis del objeto del expediente, no considera necesario para la valoración del presente asunto acceder a la solicitud de celebración de vista, sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión a las partes, según ha señalado de forma reiterada la Audiencia Nacional, y dadas las amplias oportunidades, utilizadas por las incoadas a lo largo del procedimiento, para presentar alegaciones y confrontar los argumentos del órgano de instrucción.

5.3. Sobre la solicitud de confidencialidad

Con fecha 8 de julio de 2016, RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCÍAS solicitan la declaración de confidencialidad de su escrito de alegaciones a la PR y anexos con documentación acompañante, y adjuntan versión censurada, diferenciando entre versión para el Grupo Deutsche Bahn/Transfesa y versión para el resto de interesados.

En la medida en que se trata de datos no públicos sobre relaciones comerciales con un proveedor o bien sobre negociaciones y condiciones pactadas con clientes, así como sobre cuotas de mercado, estrategias y objetivos de negocio, corresponde declarar confidencial tal información.

Igualmente, procede declarar la confidencialidad de los datos del volumen de negocio afectado de las empresas de antigüedad inferior a cinco años.

SEXTO.- DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 1 DE LA LDC Y DEL ARTÍCULO 101 DEL TFUE

6.1.- Consideraciones previas a la determinación de la multa

Tal como señala la Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución, en el caso de las empresas incoadas que se encuentran bajo el control exclusivo de un mismo grupo empresarial, se considera que, a efectos de cada infracción, han actuado como una misma unidad económica, por lo que en dicho caso corresponde imponer una única sanción a los miembros de cada grupo, de la que responden solidariamente las empresas imputadas que están bajo el control exclusivo de ese grupo.

En cuanto a la valoración de la infracción, el artículo 62.4.a) de la LDC establece que será infracción calificada como muy grave “[e]l desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otras acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales”.

Por su parte, el apartado c) del artículo 63.1 señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Sobre la naturaleza del 10% –si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación– se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013)⁹⁷, sentencia que ha sido ya analizada en las últimas resoluciones de este Consejo. Según el Tribunal Supremo, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites “constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje” y continúa exponiendo que “se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.”
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de

⁹⁷ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores.

la LDC alude al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa", concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, "lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción". Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.

– Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme al artículo 64 de la LDC, antes citado.

– Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala que "las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas." Asimismo, precisa que la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia no puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

6.2.- Alegaciones de las infractoras sobre la sanción

De acuerdo con las alegaciones del GRUPO DB y TRANSFESA, si el Consejo de la CNMC valorase que ha existido una conducta anticompetitiva reprochable a esa incoada, entiende que la sanción más adecuada sería que se les impusiera *"llevar a cabo el cumplimiento de aquellas medidas que las Compañías han ofrecido y que la propia DC consideró satisfactorias para resolver los supuestos problemas de competencia supuestamente causados por las Compañías"*⁹⁸.

Pero esta Sala no puede aceptar esta pretensión de TRANSFESA, puesto que la acreditación de una infracción requiere la imposición de la correspondiente sanción en aras de la disuasión general y específica. Otra cosa es que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 64.3 de la LDC, poner los medios para remediar los efectos provocados por la conducta pueda ser considerado como atenuante de cara a la imposición de la sanción. Sin embargo, en el caso de TRANSFESA no se trata de medidas que hayan sido puestas en marcha, sino

⁹⁸ Folio 8816.

que fueron propuestas en el marco del intento de terminación convencional sin que llegaran a aplicarse efectivamente.

Por su parte, RENFE señala que, en el caso de que el Consejo considerara oportuna la imposición de una sanción, deberían aplicársele atenuantes tanto por la realización de actuaciones que ponen fin a las supuestas infracciones como por haber aplicado los compromisos ofrecidos en su propuesta de compromisos de abril de 2016 de forma voluntaria y al margen de la terminación convencional.

Concretamente, (i) RENFE señala haber iniciado los trámites para la desinversión de sus participaciones en TRANSFESA y SEMAT incluso antes de presentar su primera propuesta de compromisos, en tanto que se ha licitado y adjudicado la valoración por experto independiente de las sociedades participadas y la desinversión de las participaciones en TRANSFESA y SEMAT ha sido incluida entre los objetivos de negocio de RENFE MERCANCÍAS para el ejercicio 2016.

Asimismo, (ii) en fecha 14 de junio de 2016, RENFE y SEMAT han suscrito unos protocolos a los contratos de alquiler de las campas de El Salobral, Fuencarral y La Llagosta, que recogen lo previsto en la propuesta de compromisos de 5 de abril de 2016. En efecto, la prórroga está condicionada a que SEMAT resulte adjudicataria del contrato licitado por el Grupo Volkswagen el pasado 15 de marzo de 2016. La prórroga también está condicionada al compromiso de SEMAT de poner a disposición de otras empresas ferroviarias u operadores logísticos, prontamente y sin dilaciones, toda capacidad sobrante en dichas campas (incluyendo eventuales parcelas dentro de las mismas) en condiciones transparentes y no discriminatorias, y se establece que el incumplimiento de dicha obligación será causa de resolución del contrato. Se establece, además, que en caso de no resultar adjudicataria del contrato con el Grupo Volkswagen, SEMAT deberá comunicarlo inmediatamente a RENFE MERCANCÍAS, para que ésta pueda proceder a la licitación del alquiler de las campas.

Adicionalmente (iii) RENFE ha procedido a traspasar a RENFE ALQUILER locomotoras que permiten a operadores alternativos prestar servicios de tracción.

Finalmente, (iv) RENFE indica en sus alegaciones a la PR que el Consejo de Administración de RENFE MERCANCÍAS, S.A. ha aprobado las Condiciones Generales de Contratación de Transporte de Mercancías, y se están llevando a cabo los trámites necesarios para su publicación en la página web del Grupo RENFE-Operadora.

En opinión de esta Sala existen efectivamente dos compromisos de RENFE, ya vigentes, que, aunque insuficientes y que, por tanto, no permiten compensar por sí mismos todos los efectos anticompetitivos de las conductas infractoras, pueden valorarse como atenuante para la infracción del art. 1 de la LDC, de acuerdo con lo previsto en el art. 64.3.c): la desinversión de participación en TRANSFESA y SEMAT, y la eliminación del automatismo en la prórroga del alquiler de campas. Además, el traspaso a RENFE ALQUILER de locomotoras para que las alquile a operadores alternativos puede valorarse como una atenuante de la infracción del art. 2 de la LDC. Una y otra atenuante se tendrán

en cuenta en el momento de determinar la sanción, como se reflejará más adelante en esta resolución.

6.3.- Criterios para la determinación de la sanción por infracción del artículo 1 LDC: valoración global de la conducta

Se trata de un acuerdo colusorio entre las incoadas declaradas responsables en el apartado 4.4, tendente al reparto del mercado en el ámbito del transporte ferroviario de mercancías, y en especial automóviles, así como sus piezas y componentes. Constituye, por tanto, una infracción muy grave (art. 62.4.a.) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2016, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63.1.c).

A efectos de calcular la multa, de acuerdo con el artículo 61.3 último párrafo, el volumen de negocios total a tener en cuenta es el del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción. Sin embargo, en las respuestas al requerimiento de información formulado el día 26 de enero de 2017, ambas partes coinciden en declarar que la cifra de negocios total consolidada correspondiente al año 2016 no ha sido aprobada por el consejo de las respectivas empresas. Así, en el caso de RENFE, esta empresa aporta la cifra de negocios consolidada correspondiente al año 2015 (folio 9259), mientras que solo ofrece una estimación de la cifra para 2016. Por otro lado, DEUTSCHE BAHN, en su escrito de contestación (folio 9264) hace referencia, a su vez, al escrito de contestación de 2 de agosto de 2016, donde queda recogido el volumen de negocios total del Grupo Deutsche Bahn en 2015 (folio 9152).

Por tanto, en la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015, que es la cifra que se utilizará para la determinación de la sanción en ausencia de la de 2016:

Empresas	Volumen de negocios total en 2015 (€)
DEUTSCHE BAHN	37.652.000.000
RENFE	2.277.341.000

Teniendo en consideración estas cifras aportadas por las empresas, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Desde una perspectiva global de la infracción, los mercados afectados por la conducta colusoria, tal y como se ha señalado, son el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España, la provisión de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, el mercado de alquiler de

locomotoras para el transporte de mercancías en España y, por último, el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario, de ámbito regional dentro de España.

En cuanto al alcance de la conducta, a lo largo del periodo en que se han desarrollado las conductas objeto de esta resolución, la cuota conjunta de las empresas participantes en el acuerdo colusorio en los mercados afectados es alta, de media por encima del 80%.

En cuanto al ámbito geográfico afectado, como ya indicamos más arriba comprende la totalidad del territorio nacional con afectación del comercio intracomunitario. Ha quedado acreditado que, como consecuencia de los acuerdos alcanzados, se produjo 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.

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. Este contexto debe ser tenido en cuenta en el momento de fijar la multa por la infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Por último, cabe destacar el hecho de que la propia infracción estuviera concretada en una serie de acuerdos concluidos por las partes, que eran de obligatorio cumplimiento para ellas.

Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad 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.

6.4.- Criterios para la valoración individual de la conducta: participación en la conducta

Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador conviene considerar principalmente la participación de cada empresa en el volumen de negocios en los mercados afectados durante la infracción. Esta cifra corresponde a la facturación de las infractoras en esos mercados. Estos datos pueden deducirse de la información proporcionada por las empresas a requerimiento de la CNMC.

Los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta demuestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art. 64.1.a y d).

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios de los mercados afectados por cada infractora durante la infracción, así como la cuota de participación de cada empresa en el volumen de negocios total afectado por la infracción en este expediente:

Empresa	Volumen de negocios en el mercado afectado (€)	Cuota de participación en la conducta (%)
DEUTSCHE BAHN	223.699.531	17,4
RENFE	1.063.031.417	82,6

El dato del volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) de RENFE es el aportado por la entidad a requerimiento de la CNMC.

En cambio, ha sido necesario estimar la cifra de facturación del Grupo Deutsche Bahn en el mercado afectado. La entidad infractora aportó información correspondiente a dos mercados afectados, el de tracción de mercancías y el de servicios de transporte ferroviario. Llama la atención que, en casi todos los ejercicios, la cifra de servicios de tracción ferroviaria contratada supera a su facturación registrada en el mercado de servicios de transporte ferroviario. Esto se debe a que la infractora excluye del segundo mercado el factor transporte, sobre la base de que, en la medida en que el transporte de mercancías por ferrocarril se integra dentro de otro servicio (el logístico), considera que ese componente de transporte no forma parte del mercado de transporte, sino del mercado de servicios logísticos.

Sin embargo, este argumento no es correcto a efectos de determinar el mercado afectado, porque implicaría que, en la medida que un input productivo se integre en un producto más sofisticado, ese input ya no formaría parte del mercado

relevante del producto. Esta cuestión tiene transcendencia cuantitativa a efectos de cálculo del mercado afectado por las prácticas anticompetitivas (mercado de transporte de mercancías por ferrocarril), ya que cuando se utiliza el transporte de mercancías por ferrocarril en un servicio logístico, normalmente dicho transporte constituye el componente más importante y el de mayor cuantía de dicho servicio. No se debe olvidar que la entidad infractora está prestando de forma indirecta estos servicios de transporte incorporados dentro del servicio logístico.

Por este motivo, se ha optado por estimar el volumen de facturación de DEUTSCHE BAHN en España en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril a partir de los datos de tracción utilizada por DEUTSCHE BAHN en España (que se puede aproximar con una elevada precisión a partir de la tracción que DEUTSCHE BAHN ha contratado con RENFE, como se refleja en la PR), sabiendo que, según datos del sector, el coste de tracción supone en torno al 80% del servicio total de transporte⁹⁹. De todas formas, esta Sala ha considerado más prudente no añadir un margen comercial, para evitar cualquier posibilidad de estimación por exceso del volumen de negocios de DEUTSCHE BAHN en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril.

Así pues, como el volumen de negocios de Deutsche Bahn en el mercado afectado de tracción durante la infracción fue de 178.959.625 euros, puede deducirse un volumen de negocios estimado en el mercado afectado de servicios de transporte ferroviario partiendo de que la cifra anterior es un 80% del que trata de estimarse, es decir, 223.699.531 euros, que son los que se han recogido en la tabla anterior.

Siendo ello así, se considera adecuada la necesaria individualización de las sanciones teniendo en cuenta la participación de cada una a través de las empresas de sus respectivos grupos.

6.5.- Criterios para la valoración individual de la conducta: circunstancias agravantes y atenuantes

No se aprecia la concurrencia de agravantes.

En cambio, de acuerdo con lo mencionado anteriormente, atendiendo a las alegaciones de RENFE, esta Sala considera como atenuante haber aplicado dos de los compromisos ofrecidos en su propuesta de compromisos de abril de 2016 de forma voluntaria y al margen de la terminación convencional.

6.6.- Sanción a imponer a las entidades infractoras

⁹⁹ Así lo indica RENFE, en afirmación con una pretendida validez general para el sector, en las alegaciones que presentó sobre la modificación del compromiso de oferta mayorista de tracción y la Propuesta de compromisos alternativos (folios 7343 y 7350): “El coste de tracción representa aproximadamente el 80% del coste del servicio de transporte de mercancías”. Igualmente, en su recurso al cierre de la terminación convencional indicaba (folio 7509): “[...] al representar los costes de tracción alrededor del 80% del precio del transporte ferroviario”.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras la sanción que se muestra en la tabla siguiente:

Empresa	Volumen de negocios total en 2015 (€)	Tipo sancionador (%)
DEUTSCHE BAHN	37.562.000.000	5,6
RENFE	2.277.341.000	6,5

Ahora bien, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción, como el que se muestra en la tabla, si se aplica al volumen de negocios total de las empresas multiproducto –las que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado– conduciría a una sanción en euros que no respetaría la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de esta empresa. Puede comprobarse claramente el carácter multiproducto tanto de DEUTSCHE BAHN como de RENFE, porque su volumen de negocios medio en el mercado afectado representa menos del 10% de sus respectivos volúmenes de negocios totales. Es decir, solo una cantidad relativamente pequeña del volumen de negocios de estas empresas corresponde a los mercados afectados por la conducta.

Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una 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*)¹⁰⁰.

De acuerdo con las estimaciones realizadas con esos supuestos prudentes, 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.

Con respecto a DEUTSCHE BAHN, si se le aplicara el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción (5,60%), la sanción resultante supera también el límite de

¹⁰⁰ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras, o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como los *Ratios sectoriales de las sociedades no financieras* del Banco de España. Cuando no es posible tener datos específicos, los supuestos se basan en estimaciones de la literatura económica.

Los supuestos sobre estos parámetros son muy prudentes porque se exige que sean siempre razonables desde el punto de vista económico, y en caso de duda se toman siempre los valores más favorables a las empresas.

proporcionalidad, que está en el entorno de 10.513.000 euros, por lo que es necesario reducir la sanción, por motivos de proporcionalidad, hasta que la multa alcance dicho importe.

SÉPTIMO.- DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA LDC Y DEL ARTÍCULO 102 DEL TFUE

7.1.- Consideraciones previas a la determinación de la sanción

En cuanto a la valoración de la infracción, el artículo 62.4.a) de la LDC establece que será infracción calificada como muy grave “[e]l abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos”.

Por su parte, el apartado c) del artículo 63.1 señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa y, en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Sobre la naturaleza del 10% –si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación–, son de aplicación también aquí las aclaraciones que se han incluido en el apartado 6.1.

7.2.- Criterios para la determinación de la sanción: valoración de la conducta

Se trata de una infracción consistente en un abuso de posición dominante por parte de RENFE y RENFE MERCANCÍAS, 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 ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril en España. Constituye por tanto una infracción muy grave (art. 62.4.a) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2016, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63.1.c).

Como se ha dicho antes, el volumen de negocios total de RENFE en el año 2015 es de 2.227.341.000 euros, de acuerdo con la información aportada el 10 de febrero de 2017 (folio 9259).

Teniendo en consideración esta cifra aportada por RENFE, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en el apartado 6.1. de esta resolución.

Desde una perspectiva global de la infracción, el mercado afectado por la conducta, tal y como se ha señalado, es el mercado de prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías

En cuanto al alcance de la conducta, a lo largo del periodo en que se han desarrollado las conductas objeto de esta resolución, la 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, como ya indicamos más arriba, éste comprende la totalidad del territorio nacional. Además, la infracción ha producido efectos intracomunitarios.

Ha quedado acreditado que la conducta de 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 (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.

Como se ha anticipado en el apartado 4.3. en materia de efectos de la conducta, 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 en 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.

Además, cabe destacar el hecho de que la propia infracción estuviera concretada en un acuerdo concluido por las partes, de obligatorio cumplimiento para ellas.

Por último, no se aprecia la concurrencia de agravantes. En cambio, atendiendo a las alegaciones de RENFE, esta Sala considera como elemento moderador de la sanción el haber aplicado uno de los compromisos ofrecidos en su propuesta de compromisos de abril de 2016 de forma voluntaria y al margen de la terminación convencional.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos, organización de los acuerdos, etc.– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración total de la densidad antijurídica de la conducta. En consecuencia, este Consejo considera que el tipo sancionador adecuado a esta infracción debe situarse con carácter general en 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.

7.3.- Sanción a imponer a la entidad infractora

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que corresponde imponer a RENFE la sanción que se muestra en la tabla siguiente:

EMPRESA	Volumen de negocios total en 2015 (€)	Tipo sancionador (%)
RENFE	2.277.341.000	4,8

Como ya se ha dicho, el tipo sancionador anterior, aunque sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de la empresa en la infracción, si se aplica al volumen de negocios total de las empresas multiproducto conduciría a una sanción en euros que no respetaría la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de esta empresa. Ya se ha hecho referencia al claro carácter multiproducto de RENFE; en este caso, su 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.

De nuevo, para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes. De acuerdo con las estimaciones realizadas con esos supuestos prudentes, si se aplicara a RENFE el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción, la sanción resultante supera claramente el límite de proporcionalidad, establecido en el entorno de 15.129.000 euros, por lo que es necesario reducir la sanción, por motivos de proporcionalidad, hasta que la multa alcance dicho importe.

En todo caso, la suma de las cifras de ambas sanciones para RENFE supone un 2,85% del volumen de negocios total de RENFE en 2015, que es el utilizado como referencia por los motivos expuestos anteriormente.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

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.,
3. Transportes Ferroviarios Especiales, S.A.,
4. Transfesa Rail, S.A.,
5. Pool Ibérico Ferroviario A.I.E.,
6. Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E.,
7. Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A.,
8. Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L.,
9. DB Mobility Logistics AG y
10. DB Schenker Rail Deutschland AG.

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.
2. Una multa de 10.513.000 euros, de la que responden solidariamente las siguientes empresas: Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A., Pool Ibérico Ferroviario A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E., Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A., Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L., DB Mobility Logistics AG, y DB Schenker Rail Deutschland AG.

CUARTO.- Declarar prescrita la conducta respecto de DB Schenker Rail International Limited y proceder al correspondiente archivo de actuaciones.

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.

OCTAVO.- Que se intime a Renfe Operadora, Renfe Mercancías, S.A., Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A., Pool Ibérico Ferroviario A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E., Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A., Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L., DB Mobility Logistics AG y DB Schenker Rail Deutschland AG para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

NOVENO.- Que se proceda al archivo de las actuaciones seguidas contra Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A por no haber quedado acreditada la comisión de infracción por dicha empresa, en los términos expuestos en el Fundamento Cuarto.

DÉCIMO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto

UNDÉCIMO.- Instar a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta Resolución administrativa aprobada en el día de hoy Martes 28 de Febrero del 2017, en el marco del Expediente Sancionador S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA.

DISCREPANCIA que concreto y desarrollo en los siguientes **MOTIVOS**

I.- CUESTIÓN PREVIA Primera Discrepancia

La Constitución Española dispone en su **Artículo 9** que “1.- Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico” y sigue diciendo “3.- Contempla la responsabilidad y la interdicción de los poderes públicos”.

Lo citado anteriormente **viene a colación** por cuanto so pena de vulnerar el Ordenamiento Jurídico, esta Sala de Competencia no puede traer para conocimiento este Expediente Sancionador S/DC/0511/14, de manera **incompleta** en tanto no concreta en modo alguno (a lo largo de sus más de 80 páginas) lo referente al régimen sancionador. Y eso ocurre los días 23 y 28 de Febrero de este corriente año 2017.

En el día de hoy, hubo de suspenderse la deliberación para que los Servicios Técnicos, que no la Ponencia, **redactara finalmente el régimen sancionador**, alterando el orden de la Fase de instrucción con la Fase resolutoria.

Debo manifestar mi DISCREPANCIA por cuanto este Consejero en el uso de sus facultades y derechos **solamente tuvo doce minutos**, antes que esta Resolución fuera aprobada, por aclamación, vulnerando así el plazo mínimo de cuarenta y ocho horas ordenado a estos efectos.

II.- CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE Segunda Discrepancia

El Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero, dispone imperativamente en su **Artículo 28 apartado cuarto** que “el plazo de instrucción del expediente será de 12 meses a contar desde la fecha del ACUERDO de incoación. El transcurso del plazo máximo de 18 meses desde la fecha del ACUERDO de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el procedimiento

determinará la Caducidad del mismo, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del Artículo 38 de La Ley 15/2007 de 3 de Julio”.

En amparo de esta Discrepancia vengo en citar las **SSTS dictadas en los Recursos de Casación para la Unificación de Doctrina** de 29 de Septiembre de 2016 (Recurso de Casación 1142/2016); 11 de Octubre de 2016 (Recurso de Casación 1908/2016); 25 de Octubre de 2016 (Recurso de Casación 1251/2016); 27 de Octubre de 2016 (Recurso de Casación 1099/2016); 2 de Noviembre de 2016 (Recurso de Casación 1907/2016); 3 de Noviembre de 2016 (Recurso de Casación 1281/2016); 7 de Noviembre de 2016 (Recurso de Casación 2053/2016) y 7 de Noviembre de 2016 (Recurso de Casación 1887/2016).

-----0-----

Es un hecho indubitado que en este Expediente Sancionador S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA **el día 1 de Octubre del 2014 se tomó el Acuerdo de Incoación.**

En consecuencia, el transcurso de los **dieciocho meses** si no hubiera habido suspensión alguna, habría finalizado **el día 1 de Febrero del 2016.**

Ciertamente este Expediente Sancionador ha venido sufriendo **una serie de suspensiones**, tanto en Fase de Instrucción como en Fase Resolutoria siguientes:

- *Del 25 de Septiembre del 2015 al 18 de Abril del 2016 por causa de Terminación Convencional = a 6 meses + 13 días.*
- *Del 16 de Septiembre del 2016 al 17 de Octubre del 2016 (reenvío a Europea) = 1 mes y un 1 día.*
- *Del 3 de Noviembre del 2016 al 23 de Enero del 2017 = 2 meses + 20 días.*
- *Del 26 de Enero del 2017 al 13 de Febrero del 2017 = 14 días.*

Todo ello hace un total de 9 Meses + 56 días = 10 meses + 26 días.

Partiendo de esta evidencia apporto los siguientes periodos temporales en apoyo de Mi Discrepancia, a saber:

- *del 1 de Octubre del 2014 al 25 de Septiembre del 2015 habrían transcurrido 12 meses y 25 días,*
- *del 18 de Abril del 2016 (cierre de la Fase de Instrucción) al 16 de Septiembre del 2016 habrían transcurrido 5 meses,*
- *del 17 de Octubre del 2016 al 3 de Noviembre del 2016 habrían transcurrido 17 días,*
- *del 23 de Enero del 2017 al 26 de Enero del 2017 habrían transcurrido 3 días.*
- *Al 15 de Febrero del 2017 habrían transcurrido 17 meses y 45 días y al día 28 de Febrero 17 meses y 58 días*

En consecuencia de ello, un simple cálculo numérico del periodo temporal transcurrido desde la fecha del Acuerdo de Incoación (suspensiones incluidas) hace que al **día 15 de Febrero del 2017** habían transcurrido **17 meses y 45 días** o lo que es lo mismo que decir que este Expediente Sancionador había caducado por **15 días al 15 de Febrero. Item más, la Resolución ha sido aprobada todavía 13 días después, estos 28 días excedidos al plazo de los 18 meses contemplados en la norma legal y en la doctrina jurisprudencial.**

De ahí este **Mi Segundo Reproche** a la Resolución aprobada en el día de hoy Martes 28 de Febrero del 2017, por cuanto sin perjuicio de los anteriores y posteriores establecimientos a este concreto punto, la Ponente ha tenido el suficiente tiempo para traer al conocimiento y deliberación de esta Sala **“un texto finalizado y completo, lo que no ha hecho”** y ello a los solos efectos de evitar la Caducidad del procedimiento sancionador.

III.- POSICIÓN DE DOMINIO Artículo 2 versus Artículo 1 Tercera Discrepancia

La Legislación, tanto Española como Comunitaria, prohíben la explotación abusiva de la **Posición de Dominio en el mercado, tanto si ésta la ostenta INDIVIDUALMENTE un operador económico, como si la ostentan conjuntamente varios** (Cárteles).

En este Expediente Sancionador y a las causas y efectos que lo concretan, debemos estar por consiguiente al desarrollo de la explotación abusiva que ostenta **individualmente** un operador económico.

Las Resoluciones administrativas dictadas desde los iniciales tiempos del hoy extinto Tribunal de Defensa de la Competencia hasta nuestros días han venido pronunciándose en esta materia del siguiente tenor:

*“situación de **poder económico** que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de **comportamiento independiente**, en una medida apreciable **respecto a sus competidores y clientes y, finalmente, frente a los consumidores**”.*

*“una posición de dominio es una posición de fuerza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole **la posibilidad de un comportamiento independiente**, en una medida apreciable frente a sus competidores y clientes y, finalmente, frente a los consumidores”.*

*“como aquella que permite al que la ostenta comportarse con relativa **independencia** respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores”.*

*“la posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para **modificar provechosamente**, respecto de la situación de competencia, **el precio o cualquier otra característica del producto**. El que una empresa tenga esa aptitud **dependerá** de que se den una serie de circunstancias que, para la empresa en cuestión, podrían resumirse en: **poder económico e independencia de comportamiento**. Así se dirá que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tiene en el mismo **poder económico e independencia de comportamiento suficiente como para actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores** y, de esta manera, **ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto**”.*

*“la existencia de una posición dominante es fundamentalmente una cuestión de poder económico, técnico y, en definitiva, potencial de **actuar en el mercado sin tener que someterse a las reglas efectivas de la competencia**.....y que por esa sola cualificación **restrinja la competencia**”.*

-----0-----

La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 2 Abuso de posición dominante** ordena

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.*

-----0-----

Sentado todo lo anterior, es metafísica y lógicamente imposible imputar a RENFE OPERADORA dos conductas infractoras: la primera por el 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; y la segunda y también por

el Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Y ello por las muy simples causas o razones lógicas: **(1ª)** dado que al ostentar **individualmente que no conjuntamente** (inexistencia de cártel) una posición de dominio, la conducta **sólo** puede ser tipificada como infractora del Artículo 2 de la citada Ley de Defensa de la Competencia; y **(2ª)** obviamente en esta Resolución de la que discrepo, también se tipifica la conducta como infractora del Artículo 1, lo que lleva **no sólo a vulnerar el principio de legalidad** (resoluciones sujetas a los dictados de la razón y la lógica) sino también el de **seguridad jurídica**.

Incurriendo, en consecuencia en una doble sanción por la misma conducta, lo que viene vedado por el principio doctrinal **NON BIS IN IDEM**.

De ahí Mi Tercera Discrepancia y Reproche **por errada calificación y tipificación de la conducta que se imputa**.

IV.- HECHOS PROBADOS a los meros EFECTOS SANCIONADORES

Los que concreto a continuación vienen establecidos en los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo, y han servido de apoyo al establecimiento del régimen sancionador. Y éstos cronológicamente son:

1º.- La Ponencia el día **23 de Febrero del 2017** llevó a esta Sala de Competencia una Propuesta de Resolución **incompleta** en tanto no se cuantificaban las sanciones a imponer, tanto como infractoras del Artículo 1 como del Artículo 2, ambos de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Así en la página 62 in fine y en la siguiente página 63 literalmente se establece

SEXTO.- DETERMINACION DE LA SANCIÓN.

*Tal como señala la Dirección de Competencia en su propuesta Resolución, en el caso de las empresas incoadas que se encuentran bajo el control exclusivo de un mismo grupo empresarial, se considera que a efectos de cada infracción, **han actuado como una misma unidad económica, por lo que en dicho caso corresponde imponer una única sanción** a los miembros de cada grupo, de la que responden solidariamente las empresas imputadas que están bajo el control exclusivo de un mismo grupo empresarial.*

*Desde la perspectiva de TRANSFESA **SI el Consejo de la CNMC valorase que ha existido una conducta anticompetitiva reprochable a esa incoada, entiende que la***

*sanción más adecuada sería que se les impusiera “llevar a cabo el cumplimiento de aquellas medidas que las Compañías han ofrecido y que la propia DC consideró satisfactorias para resolver los supuestos problemas de competencia **supuestamente causados por las Compañías**”.*

*RENFE señala que, en el caso de que el Consejo considerara oportuna la imposición de una sanción, deberían aplicársele **atenuantes** tanto por la realización de actuaciones que ponen fin a las supuestas infracciones como por haber aplicado los compromisos ofrecidos en su Propuesta de Compromisos de Abril de 2016 **de forma voluntaria y al margen de la terminación convencional**.*

Concretamente (i) RENFE señala haber iniciado los trámites para la desinversión de sus participaciones en TRANSFESA y SEMAT incluso antes de presentar su primera propuesta de compromisos, en tanto que se ha licitado y adjudicado la valoración por expertos independientes de las sociedades participadas y la desinversión de las participaciones en TRANSFESA y SEMAT ha sido incluida entre los objetivos de negocio de RENFE MERCANCIAS para el ejercicio 2016.

Asimismo (ii) en fecha 14 de junio de 2016, RENFE y SEMAT han suscrito unos protocolos a los contratos de alquiler de las campas de El Salobral, Fuencarral y La Llagosta, que recogen lo previsto en la propuesta de compromisos de 5 de abril de 2016. En efecto, la prórroga está condicionada a que SEMAT resulte adjudicataria del contrato licitado por el Grupo Volkswagen el pasado 15 de marzo de 2016. La prórroga también está condicionada al compromiso de SEMAT de poner a disposición de otras empresas ferroviarias u operadores logísticos, prontamente y sin dilaciones, toda capacidad sobrante en dichas campas (incluyendo eventuales parcelas dentro de las mismas) en condiciones transparentes y no discriminatorias y se establece que el incumplimiento de dicha obligación será causa de resolución del contrato. Se establece, además, que en caso de no resultar adjudicataria del contrato con el Grupo Volkswagen, SEMAT deberá comunicarlo inmediatamente a RENFE MERCANCIAS para que ésta pueda proceder a la licitación del alquiler de las campas.

Adicionalmente (iii) RENFE ha procedido a traspasar a RENFE ALQUILER locomotoras que permiten a operadores alternativos prestar servicio de tracción.

Finalmente (iv) RENFE indica en sus alegaciones a la PR que el Consejo de Administración de RENFE MERCANCIAS S.A., ha aprobado las Condiciones Generales de Contratación de Transporte de Mercancías y se están llevando a cabo los trámites necesarios para su publicación en la página web del Grupo RENFE OPERADORA.

(.....)

De lo citado anteriormente, **no es descabellado CONCLUIR** que no estamos en presencia de **“una DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN (A IMPONER)”** sino de una mera relación de aconteceres-propuestas, en su día, por RENFE.

-----0-----

2º.- La Ponencia llevada a deliberación y fallo (según el Orden del Día de asuntos a tratar) y que ha sido aprobada en el día de hoy, **sigue siendo**

incompleta, por cuanto no se cuantifican las sanciones a imponer. La simple lectura de las páginas 82 y siguientes así lo acreditan

6.3.- Criterios para la determinación de la sanción por infracción del artículo 1 LDC: valoración global de la conducta

Se trata de un acuerdo colusorio entre las incoadas declaradas responsables en el apartado 4.4, tendente al reparto del mercado en el ámbito del transporte ferroviario de mercancías, y en especial automóviles, así como sus piezas y componentes. Constituye, por tanto, una infracción muy grave (art. 62.4.a.) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2016, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63.1.c).

A efectos de calcular la multa, de acuerdo con el artículo 61.3 último párrafo, el volumen de negocios total a tener en cuenta es el del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción. Sin embargo, en las respuestas al requerimiento de información formulado el día 26 de enero de 2017, ambas partes coinciden en declarar que la cifra de negocios total consolidada correspondiente al año 2016 no ha sido aprobada por el consejo de las respectivas empresas. Así, en el caso de RENFE, esta empresa aporta la cifra de negocios consolidada correspondiente al año 2015 (folio 9259), mientras que solo ofrece una estimación de la cifra para 2016. Por otro lado, DEUTSCHE BAHN, en su escrito de contestación (folio 9264) hace referencia, a su vez, a escrito de contestación de 2 de agosto de 2016, donde queda recogido el volumen de negocios total del Grupo Deutsche Bahn en 2015 (folio 9152).

Por tanto, en la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015, que es la cifra que se utilizará para la determinación de la sanción en ausencia de la de 2016:

Empresas	Volumen de negocios total en 2015 (€)
DEUTSCHE BAHN	37.652.000.000
RENFE	2.277.341.000

Teniendo en consideración estas cifras aportadas por las empresas, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Desde una perspectiva global de la infracción, los mercados afectados por la conducta colusoria, tal y como se ha señalado, son el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España, la provisión de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, el mercado de alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías en España y, por último, el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario, de ámbito regional dentro de España.

En cuanto al alcance de la conducta, a lo largo del periodo en que se han desarrollado las conductas objeto de esta resolución, la cuota conjunta de las empresas participantes en el acuerdo colusorio en los mercados afectados es alta, de media por encima del 80%.

En cuanto al ámbito geográfico afectado, como ya indicamos más arriba comprende la totalidad del territorio nacional con afectación del comercio intracomunitario. Ha quedado acreditado que, como consecuencia de los acuerdos alcanzados, se produjo 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.

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 PECOVASA 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. Todas estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta en el momento de fijar la multa por la infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

Por último, cabe destacar el hecho de que la propia infracción estuviera concretada en una serie de acuerdos concluidos por las partes, que eran de obligatorio cumplimiento para ellas.

Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad 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 corresponden hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa.

6.4.- Criterios para la valoración individual de la conducta: participación en la conducta

Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador conviene considerar principalmente la participación de cada empresa en el volumen de negocios en los mercados afectados durante la infracción. Esta cifra corresponde a la facturación de las infractoras en esos mercados. Estos datos pueden deducirse de la información proporcionada por las empresas a requerimiento de la CNMC.

Los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta demuestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art. 64.1.a y d).

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios de los mercados afectados por cada infractora durante la infracción, así como la cuota de participación de cada empresa en el volumen de negocios total afectado por la infracción en este expediente:

Empresa	Volumen de negocios en el mercado afectado (€)	Cuota de participación en la conducta (%)
DEUTSCHE BAHN	223.699.531 [CONF]	17,4
RENFE	1.063.031.417 [CONF]	82,6

El dato del volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) de RENFE es el aportado por la entidad a requerimiento de la CNMC.

En cambio, es necesario explicar cómo se ha obtenido el volumen de negocios de los mercados afectados por la conducta del grupo Deutsche Bahn. La entidad infractora aportó información correspondiente a dos mercados afectados, el de tracción de mercancías y el de servicios de transporte ferroviario. Llama la atención que, en casi todos los ejercicios, la cifra de negocios en el mercado de tracción de mercancías supera a la registrada en el mercado de servicios de transporte ferroviario. Esto se debe a que la infractora excluye del segundo mercado el factor transporte, sobre la base de que, en la medida en que el transporte de mercancías por ferrocarril se integra dentro de otro servicio (el logístico), considera que ese componente de transporte no forma parte del mercado de transporte, sino del mercado de servicios logísticos.

Sin embargo, este argumento no es correcto, porque implicaría que, en la medida que un input productivo se integre en un producto más sofisticado, ese input ya no formaría parte del mercado relevante del producto. Esta cuestión tiene transcendencia cuantitativa a efectos de cálculo del mercado afectado por las prácticas anticompetitivas (mercado de transporte de mercancías por ferrocarril), ya que cuando se utiliza el transporte de mercancías por ferrocarril en un servicio logístico, normalmente dicho transporte constituye el componente más importante y el de mayor cuantía de dicho servicio. No se debe olvidar que la entidad infractora está prestando de forma indirecta estos servicios de transporte incorporados dentro del servicio logístico.

Por este motivo, en el requerimiento de información a DEUTSCHE BAHN se pidió a la entidad una estimación del coste de lo que ha supuesto proporcionar servicios de transporte de ferrocarril en España cuando dicho transporte ha formado parte de un servicio logístico, coste al que habría de añadir un margen comercial razonable. Como la entidad no aportó esta información, se ha optado por estimar el volumen de facturación de DEUTSCHE BAHN en España en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril a partir de los datos de tracción utilizada por DEUTSCHE BAHN en España (que se puede aproximar con una elevada precisión a partir de la tracción que DEUTSCHE BAHN ha contratado con RENFE, como se refleja en la PR), sabiendo que, según datos del sector, el coste de tracción supone en torno al 80% del servicio total de transporte. De todas formas, esta Sala ha considerado más prudente no añadir un margen comercial, para evitar cualquier posibilidad de estimación por exceso del volumen de negocios de DEUTSCHE BAHN en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril.

Así pues, como el volumen de negocios de Deutsche Bahn en el mercado afectado de tracción durante la infracción fue de 178.959.625 euros, puede deducirse un volumen de negocios estimado en el mercado afectado de servicios de transporte ferroviario partiendo de que la cifra anterior es un 80% del que trata de estimarse, es decir, 223.699.531 euros, que son los que se han recogido en la tabla anterior.

Siendo ello así, se considera adecuada la necesaria individualización de las sanciones teniendo en cuenta la participación de cada una a través de las empresas de sus respectivos grupos.

6.5.- Criterios para la valoración individual de la conducta: circunstancias agravantes y atenuantes

No se aprecia la concurrencia de agravantes.

En cambio, de acuerdo con lo mencionado anteriormente, atendiendo a las alegaciones de RENFE, esta Sala considera como atenuante la realización de actuaciones que pusieron fin a las supuestas infracciones así como haber aplicado los compromisos ofrecidos en su propuesta de compromisos de abril de 2016 de forma voluntaria y al margen de la terminación convencional.

6.6.- Sanción a imponer a las entidades infractoras

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras la sanción que se muestra en la tabla siguiente:

Empresa	Volumen de negocios total en 2015 (€)	Tipo sancionador (%)
DEUTSCHE BAHN	37.562.000.000	XXX
RENFE	2.277.341.000	XXX

Ahora bien, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción, como el que se muestra en la tabla, si se aplica al volumen de negocios total de las empresas multiproducto –las que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado– conduciría a una sanción en euros que no respetaría la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de esta empresa. Puede comprobarse claramente el carácter multiproducto tanto de DEUTSCHE BAHN como de RENFE, porque su volumen de negocios medio en el mercado afectado representa bastante menos del 10% de sus respectivos volúmenes de negocios totales. Es decir, solo una cantidad relativamente pequeña del volumen de negocios de estas empresas corresponde a los mercados afectados por la conducta.

Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una 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).

De acuerdo con las estimaciones realizadas con esos supuestos prudentes, 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 XXX euros, por lo que es necesario reducir la sanción, por motivos de proporcionalidad, hasta que la multa alcance dicho importe. Esta cifra supone un XXX% del volumen de negocios total de RENFE en 2015, que es el utilizado como referencia por los motivos expuestos anteriormente.

Con respecto a DEUTSCHE BAHN, si se le aplicara el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción (5,60%), la sanción resultante supera también el límite de proporcionalidad, que está en

el entorno de **XXX** euros, por lo que es necesario reducir la sanción, por motivos de proporcionalidad, hasta que la multa alcance dicho importe.

SÉPTIMO.- DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA LDC Y DEL ARTÍCULO 102 DEL TFUE

7.1.- Consideraciones previas a la determinación de la sanción

En cuanto a la valoración de la infracción, el artículo 62.4.a) de la LDC establece que será infracción calificada como muy grave “[e]l abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos”.

Por su parte, el apartado c) del artículo 63.1 señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa y, en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Sobre la naturaleza del 10% –si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación–, son de aplicación también aquí las aclaraciones que se han incluido en el apartado 6.1.

7.2.- Criterios para la determinación de la sanción: valoración de la conducta

Se trata de una infracción consistente en un abuso de posición dominante por parte de RENFE y RENFE MERCANCIAS, 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 ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril en España. Constituye por tanto una infracción muy grave (art. 62.4.a) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2016, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63.1.c).

Como se ha dicho antes, el volumen de negocios total de RENFE en el año 2015 es de 2.227.341.000 euros, de acuerdo con la información aportada el 10 de febrero de 2017 (folio 9259).

Teniendo en consideración esta cifra aportada por RENFE, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en el apartado 6.1. de esta resolución.

Desde una perspectiva global de la infracción, el mercado afectado por la conducta, tal y como se ha señalado, es el mercado de prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías.

En cuanto al alcance de la conducta, a lo largo del periodo en que se han desarrollado las conductas objeto de esta resolución, la 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, como ya indicamos más arriba, éste comprende la totalidad del territorio nacional. Además, la infracción ha producido efectos intracomunitarios.

Ha quedado acreditado que la conducta de 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 (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.

Como se ha anticipado en el apartado 4.3. en materia de efectos de la conducta, 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 en 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.

Además, cabe destacar el hecho de que la propia infracción estuviera concretada en un acuerdo concluido por las partes, de obligatorio cumplimiento para ellas.

Por último, no se aprecia la concurrencia de agravantes. En cambio, atendiendo a las alegaciones de RENFE, esta Sala considera como atenuante la realización de actuaciones que pusieron fin a las supuestas infracciones así como haber aplicado los compromisos ofrecidos en su propuesta de compromisos de abril de 2016 de forma voluntaria y al margen de la terminación convencional.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos, organización de los acuerdos, etc.– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración total de la densidad antijurídica de la conducta. En consecuencia, este Consejo considera que el tipo sancionador adecuado a esta infracción debe situarse con carácter general en el XXX%, 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.

7.3.- Sanción a imponer a la entidad infractora

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que corresponde imponer a RENFE la sanción que se muestra en la tabla siguiente:

EMPRESA	Volumen de negocios total en 2015 (€)	Tipo sancionador (%)
----------------	--	-----------------------------

RENFE	2.277.341.000	XXX
-------	---------------	-----

Como ya se ha dicho, el tipo sancionador anterior, aunque sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de la empresa en la infracción, si se aplica al volumen de negocios total de las empresas multiproducto conduciría a una sanción en euros que no respetaría la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de esta empresa. Ya se ha hecho referencia al claro carácter multiproducto de RENFE; en este caso, su volumen de negocios medio en el mercado afectado representa menos del 3,4% de su volumen de negocios total. Es decir, solo un 3,4% del volumen de negocios de esta empresa corresponde al mercado afectado.

De nuevo, para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes. De acuerdo con las estimaciones realizadas con esos supuestos prudentes, si se aplicara a RENFE el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción, la sanción resultante supera claramente el límite de proporcionalidad, establecido en el entorno de XXX euros, por lo que es necesario reducir la sanción, por motivos de proporcionalidad, hasta que la multa alcance dicho importe. Esta cifra supone un XXX% del volumen de negocios total de RENFE en 2015, que es el utilizado como referencia por los motivos expuestos anteriormente.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

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 las citadas infracciones a las siguientes empresas:

11. Renfe Operadora,
12. Renfe Mercancías, S.A.,
13. Transportes Ferroviarios Especiales, S.A.,
14. Transfesa Rail, S.A.,
15. Pool Ibérico Ferroviario A.I.E.,
16. Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E.,
17. Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A.,
18. Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L.,
19. DB Mobility Logistics AG y
20. DB Schenker Rail Deutschland AG.

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

3. Una multa de XXX euros, de la que responden solidariamente Renfe Operadora y Renfe Mercancías.

4. Una multa de **XXX** euros, de la que responden solidariamente las siguientes empresas: Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A., Pool Ibérico Ferroviario A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E., Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A., Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L., DB Mobility Logistics AG, y DB Schenker Rail Deutschland AG.

CUARTO.- Declarar prescrita la conducta respecto de DB Schenker Rail International Limited y proceder al correspondiente archivo de actuaciones.

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 **XXX** euros de la que ambas responderán solidariamente.

OCTAVO.- Que se intime a Renfe Operadora, Renfe Mercancías, S.A., Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A., Pool Ibérico Ferroviario A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E., Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A., Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L., DB Mobility Logistics AG y DB Schenker Rail Deutschland AG para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

NOVENO.- Que se proceda al archivo de las actuaciones seguidas contra Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A por no haber quedado acreditada la comisión de infracción por dicha empresa, en los términos expuestos en el Fundamento Cuarto.

DÉCIMO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto.

UNDÉCIMO.- Instar a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

----0----

3º.- Finalmente, en la propuesta de Resolución que me ha sido entregada con un plazo de 12 minutos para su conocimiento y fallo, que obviamente ha sido aprobada y de la cual discrepo, en las páginas 83 y siguientes de la misma se dice:

6.3.- Criterios para la determinación de la sanción por infracción del artículo 1 LDC: valoración global de la conducta

Se trata de un acuerdo colusorio entre las incoadas declaradas responsables en el apartado 4.4, tendente al reparto del mercado en el ámbito del transporte ferroviario de mercancías, y en especial automóviles, así como sus piezas y componentes. Constituye, por tanto, una infracción muy grave (art. 62.4.a.) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2016, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63.1.c).

A efectos de calcular la multa, de acuerdo con el artículo 61.3 último párrafo, el volumen de negocios total a tener en cuenta es el del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción. Sin embargo, en las respuestas al requerimiento de información formulado el día 26 de enero de 2017, ambas partes coinciden en declarar que la cifra de negocios total consolidada correspondiente al año 2016 no ha sido aprobada por el consejo de las respectivas empresas. Así, en el caso de RENFE, esta empresa aporta la cifra de negocios consolidada correspondiente al año 2015 (folio 9259), mientras que solo ofrece una estimación de la cifra para 2016. Por otro lado, DEUTSCHE BAHN, en su escrito de contestación (folio 9264) hace referencia, a su vez, al escrito de contestación de 2 de agosto de 2016, donde queda recogido el volumen de negocios total del Grupo Deutsche Bahn en 2015 (folio 9152).

Por tanto, en la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015, que es la cifra que se utilizará para la determinación de la sanción en ausencia de la de 2016:

Empresas	Volumen de negocios total en 2015 (€)
DEUTSCHE BAHN	37.652.000.000
RENFE	2.277.341.000

Teniendo en consideración estas cifras aportadas por las empresas, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Desde una perspectiva global de la infracción, los mercados afectados por la conducta colusoria, tal y como se ha señalado, son el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España, la provisión de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, el mercado de alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías en España y, por último, el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario, de ámbito regional dentro de España.

En cuanto al alcance de la conducta, a lo largo del periodo en que se han desarrollado las conductas objeto de esta resolución, la cuota conjunta de las empresas participantes en el acuerdo colusorio en los mercados afectados es alta, de media por encima del 80%.

En cuanto al ámbito geográfico afectado, como ya indicamos más arriba comprende la totalidad del territorio nacional con afectación del comercio intracomunitario. Ha quedado acreditado que, como consecuencia de los acuerdos alcanzados, se produjo 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.

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. Este contexto debe ser tenido en cuenta en el momento de fijar la multa por la infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Por último, cabe destacar el hecho de que la propia infracción estuviera concretada en una serie de acuerdos concluidos por las partes, que eran de obligatorio cumplimiento para ellas.

Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad 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.

6.4.- Criterios para la valoración individual de la conducta: participación en la conducta

Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador conviene considerar principalmente la participación de cada empresa en el volumen de negocios en los mercados afectados durante la infracción. Esta cifra corresponde a la facturación de las infractoras en esos mercados. Estos datos pueden deducirse de la información proporcionada por las empresas a requerimiento de la CNMC.

Los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta demuestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art. 64.1.a y d).

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios de los mercados afectados por cada infractora durante la infracción, así como la cuota de participación de cada empresa en el volumen de negocios total afectado por la infracción en este expediente:

Empresa	Volumen de negocios en el mercado (€)	Cuota de participación en la conducta (%)
----------------	--	--

DEUTSCHE BAHN	223.699.531	17,4
RENFE	1.063.031.417	82,6

El dato del volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) de RENFE es el aportado por la entidad a requerimiento de la CNMC.

En cambio, ha sido necesario estimar la cifra de facturación del Grupo Deutsche Bahn en el mercado afectado. La entidad infractora aportó información correspondiente a dos mercados afectados, el de tracción de mercancías y el de servicios de transporte ferroviario. Llama la atención que, en casi todos los ejercicios, la cifra de servicios de tracción ferroviaria contratada supera a su facturación registrada en el mercado de servicios de transporte ferroviario. Esto se debe a que la infractora excluye del segundo mercado el factor transporte, sobre la base de que, en la medida en que el transporte de mercancías por ferrocarril se integra dentro de otro servicio (el logístico), considera que ese componente de transporte no forma parte del mercado de transporte, sino del mercado de servicios logísticos.

Sin embargo, este argumento no es correcto a efectos de determinar el mercado afectado, porque implicaría que, en la medida que un input productivo se integre en un producto más sofisticado, ese input ya no formaría parte del mercado relevante del producto. Esta cuestión tiene transcendencia cuantitativa a efectos de cálculo del mercado afectado por las prácticas anticompetitivas (mercado de transporte de mercancías por ferrocarril), ya que cuando se utiliza el transporte de mercancías por ferrocarril en un servicio logístico, normalmente dicho transporte constituye el componente más importante y el de mayor cuantía de dicho servicio. No se debe olvidar que la entidad infractora está prestando de forma indirecta estos servicios de transporte incorporados dentro del servicio logístico.

Por este motivo, se ha optado por estimar el volumen de facturación de DEUTSCHE BAHN en España en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril a partir de los datos de tracción utilizada por DEUTSCHE BAHN en España (que se puede aproximar con una elevada precisión a partir de la tracción que DEUTSCHE BAHN ha contratado con RENFE, como se refleja en la PR), sabiendo que, según datos del sector, el coste de tracción supone en torno al 80% del servicio total de transporte. De todas formas, esta Sala ha considerado más prudente no añadir un margen comercial, para evitar cualquier posibilidad de estimación por exceso del volumen de negocios de DEUTSCHE BAHN en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril.

Así pues, como el volumen de negocios de Deutsche Bahn en el mercado afectado de tracción durante la infracción fue de 178.959.625 euros, puede deducirse un volumen de negocios estimado en el mercado afectado de servicios de transporte ferroviario partiendo de que la cifra anterior es un 80% del que trata de estimarse, es decir, 223.699.531 euros, que son los que se han recogido en la tabla anterior.

Siendo ello así, se considera adecuada la necesaria individualización de las sanciones teniendo en cuenta la participación de cada una a través de las empresas de sus respectivos grupos.

6.5.- Criterios para la valoración individual de la conducta: circunstancias agravantes y atenuantes

No se aprecia la concurrencia de agravantes.

En cambio, de acuerdo con lo mencionado anteriormente, atendiendo a las alegaciones de RENFE, esta Sala considera como atenuante haber aplicado dos de los compromisos

ofrecidos en su propuesta de compromisos de abril de 2016 de forma voluntaria y al margen de la terminación convencional.

6.6.- Sanción a imponer a las entidades infractoras

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras la sanción que se muestra en la tabla siguiente:

Empresa	Volumen de negocios total en 2015 (€)	Tipo sancionador (%)
DEUTSCHE BAHN	37.562.000.000	5,6
RENFE	2.277.341.000	6,5

Ahora bien, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción, como el que se muestra en la tabla, si se aplica al volumen de negocios total de las empresas multiproducto –las que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado– conduciría a una sanción en euros que no respetaría la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de esta empresa. Puede comprobarse claramente el carácter multiproducto tanto de DEUTSCHE BAHN como de RENFE, porque su volumen de negocios medio en el mercado afectado representa menos del 10% de sus respectivos volúmenes de negocios totales. Es decir, solo una cantidad relativamente pequeña del volumen de negocios de estas empresas corresponde a los mercados afectados por la conducta.

Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una 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).

De acuerdo con las estimaciones realizadas con esos supuestos prudentes, 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.

Con respecto a DEUTSCHE BAHN, si se le aplicara el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción (5,60%), la sanción resultante supera también el límite de proporcionalidad, que está en el entorno de 10.513.000 euros, por lo que es necesario reducir la sanción, por motivos de proporcionalidad, hasta que la multa alcance dicho importe.

SÉPTIMO.- DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 2 DE LA LDC Y DEL ARTÍCULO 102 DEL TFUE

7.1.- Consideraciones previas a la determinación de la sanción

En cuanto a la valoración de la infracción, el artículo 62.4.a) de la LDC establece que será infracción calificada como muy grave “[e]l abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos”.

Por su parte, el apartado c) del artículo 63.1 señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa y, en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Sobre la naturaleza del 10% –si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación–, son de aplicación también aquí las aclaraciones que se han incluido en el apartado 6.1.

7.2.- Criterios para la determinación de la sanción: valoración de la conducta

Se trata de una infracción consistente en un abuso de posición dominante por parte de RENFE y RENFE MERCANCIAS, 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 ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril en España. Constituye por tanto una infracción muy grave (art. 62.4.a) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2016, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63.1.c).

Como se ha dicho antes, el volumen de negocios total de RENFE en el año 2015 es de 2.227.341.000 euros, de acuerdo con la información aportada el 10 de febrero de 2017 (folio 9259).

Teniendo en consideración esta cifra aportada por RENFE, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en el apartado 6.1. de esta resolución.

Desde una perspectiva global de la infracción, el mercado afectado por la conducta, tal y como se ha señalado, es el mercado de prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías.

En cuanto al alcance de la conducta, a lo largo del periodo en que se han desarrollado las conductas objeto de esta resolución, la 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, como ya indicamos más arriba, éste comprende la totalidad del territorio nacional. Además, la infracción ha producido efectos intracomunitarios.

Ha quedado acreditado que la conducta de abuso de posición de dominio de RENFE y RENFE MERCANCIAS 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 (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.

Como se ha anticipado en el apartado 4.3. en materia de efectos de la conducta, 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 en 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.

Además, cabe destacar el hecho de que la propia infracción estuviera concretada en un acuerdo concluido por las partes, de obligatorio cumplimiento para ellas.

Por último, no se aprecia la concurrencia de agravantes. En cambio, atendiendo a las alegaciones de RENFE, esta Sala considera como elemento moderador de la sanción el haber aplicado uno de los compromisos ofrecidos en su propuesta de compromisos de abril de 2016 de forma voluntaria y al margen de la terminación convencional.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos, organización de los acuerdos, etc.– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración total de la densidad antijurídica de la conducta. En consecuencia, este Consejo considera que el tipo sancionador adecuado a esta infracción debe situarse con carácter general en 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.

7.3.- Sanción a imponer a la entidad infractora

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que corresponde imponer a RENFE la sanción que se muestra en la tabla siguiente:

EMPRESA	Volumen de negocios total en 2015 (€)	Tipo sancionador (%)
RENFE	2.277.341.000	4,8

Como ya se ha dicho, el tipo sancionador anterior, aunque sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de la empresa en la infracción, si se aplica al volumen de negocios total de las empresas multiproducto conduciría a una sanción en euros que no respetaría la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de esta empresa. Ya se ha hecho referencia al claro carácter multiproducto de RENFE; en este caso, su 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.

De nuevo, para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes. De acuerdo con las estimaciones realizadas con esos supuestos prudentes, si se aplicara a RENFE el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción, la sanción resultante supera claramente el límite de proporcionalidad, establecido en el entorno de 15.129.000 euros, por lo que es necesario reducir la sanción, por motivos de proporcionalidad, hasta que la multa alcance dicho importe.

En todo caso, la suma de las cifras de ambas sanciones para RENFE supone un 2,85% del volumen de negocios total de RENFE en 2015, que es el utilizado como referencia por los motivos expuestos anteriormente.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

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.,*
- 3. Transportes Ferroviarios Especiales, S.A.,*
- 4. Transfesa Rail, S.A.,*
- 5. Pool Ibérico Ferroviario A.I.E.,*
- 6. Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E.,*
- 7. Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A.,*
- 8. Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L.,*
- 9. DB Mobility Logistics AG y*
- 10. DB Schenker Rail Deutschland AG.*

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.*
- 2. Una multa de 10.513.000 euros, de la que responden solidariamente las siguientes empresas: Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A., Pool Ibérico Ferroviario A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E., Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A., Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L., DB Mobility Logistics AG, y DB Schenker Rail Deutschland AG.*

CUARTO.- *Declarar prescrita la conducta respecto de DB Schenker Rail International Limited y proceder al correspondiente archivo de actuaciones.*

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.

OCTAVO.- Que se intime a Renfe Operadora, Renfe Mercancías, S.A., Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A., Pool Ibérico Ferroviario A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E., Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A., Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L., DB Mobility Logistics AG y DB Schenker Rail Deutschland AG para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

NOVENO.- Que se proceda al archivo de las actuaciones seguidas contra Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A por no haber quedado acreditada la comisión de infracción por dicha empresa, en los términos expuestos en el Fundamento Cuarto.

DÉCIMO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto.

UNDÉCIMO.- Instar a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

V.- SANCIONES IMPUESTAS Volumen de Negocios Cuarta Discrepancia

Dentro del Fundamento Séptimo de la Resolución aprobada, de la que DISCREPO, **Determinación de la sanción por infracción del Artículo 2 de la LDC y del Artículo 102 del TFUE**, en la **LDC: valoración global de la conducta**, en el Parágrafo 7.2.- **Criterios para la determinación de la sanción: valoración de la conducta** (página 89 de la Resolución hoy aprobada) y en lo que este momento interesa “en orden al volumen de negocios de la empresa infractora”, literalmente se establece en el párrafo segundo

“Como se ha dicho antes, el volumen de negocios total de RENFE en el año 2015 es de 2.227.341.000 euros, de acuerdo con la información aportada el 10 de febrero de 2017 (folio 9259).”

Con amparo **“en el se ha dicho antes”** debo retrotraerme al establecimiento obrante en la página 83 de esta Resolución, dentro del **Parágrafo 6.3.- Criterios para la determinación de la sanción por infracción del artículo 1: valoración global de la conducta**, en el segundo párrafo literalmente se dice

“A efectos de calcular la multa, de acuerdo con el artículo 63.3 último párrafo, el volumen de negocios total a tener en cuenta es el del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción. Sin embargo en las respuestas al requerimiento de información formulado el día 26 de Enero de 2017, ambas partes coinciden en declarar que la cifra de negocios total consolidada correspondiente al año 2016 no ha sido aprobada por el Consejo de las respectivas empresas. Así, en el caso de RENFE esta empresa aporta la cifra consolidada correspondiente al año 2015 (folio 9259), mientras que solo ofrece una estimación de la cifra para 2016. Por otro lado, DEUTSCHE BAHN en su escrito de contestación (folio 9264) hace referencia, a su vez, al escrito de contestación de 2 de agosto de 2016, donde queda recogido el volumen de negocios total del Grupo Deutsche Bahn en 2015 (folio 9152).

CURIOSO Y SORPRENDENTEMENTE LO MISMO DICE EL PUNTO 12 DE LA COMUNICACIÓN SORE CUANTIFICACIÓN DE SANCIONES, que seguidamente abordaré.

-----0-----

La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 63 Sanciones**, en su apartado 1.c) **imperativamente dispone que “los órganos competentes PODRÁN imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones: c) las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”**. En este concreto caso, el del ejercicio 2016.

Al efecto decir **(1)** este Expediente Sancionador ha estado suspendido a lo largo de un periodo temporal excesivo **y por razones nimias, no imputables a las partes; (2)** es una obviedad que el Ordenamiento Jurídico posibilita a las entidades y empresas aprobar su Cuenta de Resultados dentro de los primeros cinco meses siguientes al cierre del ejercicio anterior; **(3)** es una obviedad que las empresas **en modo alguno se han negado a aportar su cuenta de resultados**, pero no venían impelidas a hacerlo antes del mes de Marzo, por lo que no estamos en presencia de una desobediencia culposa o dolosa; y **(4)**

finalmente no puede imputárseles o hacerles recaer la negligencia o desidia con que ha actuado esta Comisión (en Fase de Ponencia) que bien podría haber dictado un Acuerdo *“en solicitud del volumen de negocios total consolidado correspondiente al ejercicio del 2016” con suspensión del procedimiento en diligencia para mejor proveer y no para más dilatar*, como con anterioridad se ha hecho.

De ahí que no pueda ser de aplicación lo prevenido en el apartado tercero del citado Artículo 63 de la Ley 15/2007 ***por hechos y conductas que no le son imputables.***

-----0-----

En este orden de cosas y a mayor abundamiento, la doctrina jurisprudencial es clara y en la que baso y apoyo mi ***CUARTA DISCREPANCIA.***

La Excmá. Sección Tercera, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el día 16 de Febrero del 2015, en el marco del Recurso de Casación 940/2012, ha dictado la Sentencia de la que fue Ponente el Excmo. Señor Magistrado Don Eduardo Calvo Rojas y en la que se pronuncia al efecto

*“La resolución explica que por esa vía no obtuvo información directa acerca del volumen de facturación, sino una estimación realizada por la propia XXX, que la propia resolución rechaza por considerarla “a todas luces inverosímil”. La Comisión Nacional de la Competencia **procede entonces** a realizar su propia estimación partiendo para ello de datos de distinta procedencia y referidos a **anualidades diferentes**, pues la información que utiliza sobre el número de socios y la flota de camiones corresponde **al año 2006** mientras que el estudio y valoración del impacto económico producido por una huelga del transporte de contenedores en el puerto de Barcelona viene referido **al año 2000**”.*

*“De este modo, conjugando datos de distinta procedencia y referidos a **anualidades diferentes**, la Comisión Nacional de la Competencia concluye su estimación señalando que **la facturación** de los asociados a XXX es de XXX millones de euros y la de los asociados a XXX de XXX millones”.*

*“La resolución **no especifica a qué año vienen referidas tales estimaciones de facturación**, pero es claro que **no pueden ser al año 2007** (...).*

*“**NO PODEMOS ASUMIR** el modo de proceder que acabamos de describir pues el precepto legal **señala con claridad** que el límite máximo de la sanción es “...el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior al de la resolución del Tribunal”, **lo que significa que en este caso debe estarse al volumen de ventas del año 2007**, sin que la norma **HABILITE al órgano sancionador para sustituir esa referencia temporal por otra distinta, NI LE AUTORIZA a que proceda a la estimación del volumen de ventas mediante la conjugación y***

extrapolación de datos de procedencia tan dispar y referidos a anualidades diferentes”.

-----0-----

El Artículo 63 de la Ley 15/2007 contiene **un mandato imperativo** y, por ello, **su aplicación no es optativa o discrecional**, so pena de vulnerar los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en el Artículo 9 CE; o so pena de vulnerar lo prevenido en el Artículo 24.1 CE; o so pena de vulnerar lo ordenado en el Artículo 103 apartado 1 in fine CE.

Y todo ello con las consecuencias previstas en el Artículo 7 apartados 1 y 2 del Código Civil; y los inherentes efectos previstos en el Artículo 6 apartados 3 y 4 del mismo Texto Legal.

De ahí **Mi Cuarta Discrepancia**.

VI.- COMUNICACIÓN SOBRE CUANTIFICACIÓN DE SANCIONES Quinta Discrepancia

A mi juicio y leal saber, esta Sala de Competencia sigue aplicando la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones, no obstante haber sido declarada ilegal por contraria al Ordenamiento Jurídico. Lo que lleva implícito **la falta de motivación** de esta Resolución aprobada en el día de hoy, de la que DISCREPO, *“en orden al régimen sancionador” (incongruencia omisiva)*; lo que produce una indefensión a las empresas ASÍ SANCIONADAS, por vulneración de los principios de seguridad jurídica y legalidad.

Y ¿qué dice la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones de 6 de Febrero del 2009?. Según el Apartado II Estructura del cálculo de la sanción, el Punto 8 dispone que *“la cuantificación de la sanción por infracción de la normativa de competencia se realiza en las fases siguientes: (i) determinación del importe básico de la sanción, lo que el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz, llama poner los bueyes antes que la carreta; (ii) aplicación de un coeficiente de ajuste al importe básico en función de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes, lo que el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz llama actuación a capón por arbitraria, que no discrecional; y (iii) ajuste cuando proceda a los límites establecidos en la LDC”.*

Y todo ello lleva a concluir en el Punto 12 al decir que “cuando para alguno o algunos de los años del periodo de duración de la infracción no sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, se imputará a tales años el volumen de ventas afectado por la infracción del último año en el que se tenga constancia de que la infracción se ha producido. Las ventas de cada año así calculadas se ponderarán de acuerdo con lo previsto en el Punto 15.

En el Punto 14 “el importe básico se obtendrá aplicándole al volumen de ventas afectado por la infracción **un porcentaje que partiendo del 10% podrá incrementarse** en consideración a los siguientes criterios de forma cumulativa: (i) si la infracción es calificada como muy grave, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales; (...) Por lo tanto, el importe básico se situará entre un 10% y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción”.

-----0-----

La simple lectura del régimen sancionador que hoy se nos propone, a semejanza reiterada de lo acontecido en todos y cada uno de los Expedientes Sancionadores en los que esos Consejeros fueron Ponentes (eso sí, sin que ello conste en la Resolución) y al efecto cito a modo de ejemplo y sin ánimo de agotar el tema el VS/0179/09 HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS (Cemex; Canteras de Echauri y Tiebas; Cementos Portland Valderribas) son una prueba evidente y palparía de ello.

De ahí que el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz en sus Votos Particulares dejara acreditado su pensamiento discrepante diciendo

PRIMERO.- Considero que la Resolución aprobada no satisface la obligación, repetidamente recordada por el TS, de fijar la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte de forma **debidamente motivada**. De la lectura de la Resolución **es totalmente imposible** conocer el procedimiento que da lugar a la multa impuesta. **No existe posibilidad alguna** de que de la lectura de la Resolución los sancionados puedan saber cómo resultan las cifras utilizadas (y ello contrasta con su extraordinaria finura numérica).

La Resolución dice (página 12) lo siguiente: La gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, efectos, características del mercado afectado, participación de la conducta infractora, ausencia de atenuantes y agravantes permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta. (De acuerdo con ello) esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 6,5%”.

En consecuencia, la individualización de la sanción ex Artículo 64 de la Ley 15/2007 a **fortiori** requiere un procedimiento más atinado que la simple apreciación subjetiva. (...) Pues bien, ¿cuál ha sido, si alguno, ese procedimiento sancionador?. **No hay forma de saberlo**. Y en esas condiciones ¿cómo puede XXX hacerse una idea de la bondad de su sanción vis-a-vis las eventualmente asignadas a las demás sancionadas?. **NO PUEDE**.

SEGUNDO.- La Resolución dice (página 12) lo siguiente: “(...) si se les (**sic**) aplicara el tipo sancionador que les (**sic**) correspondería por la gravedad de la conducta y por su participación en ella, la sanción resultaría desproporcionada. Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito (de) la entidad infractora”. Pues bien: **¿Cuál es el beneficio ilícito que, según la propia Resolución resulta necesario para realizar “cualquier valoración de la proporcionalidad?”. No se sabe.**

En relación con ello, los miembros de la SALA con cuyos votos ha sido aprobada la Resolución afirman poseer un método para realizar “la estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora habría podido (**sic**) haber obtenido de la conducta” (...) Pero el caso es que aunque llevo pidiendo conocerlo desde hace tiempo **y a pesar de ser miembro de la SALA, aún no he conseguido verlo.**

VII.- FALTA DE MOTIVACIÓN Sexta Discrepancia

Lo anterior vulnera la doctrina jurisprudencial uniforme, constante y reiterada de las Salas del Tribunal Supremo. Por todas, la **STS de 16 de Febrero 2015**

“sobre la interdicción de que los órganos judiciales y/o administrativos incurran en **LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE MOTIVACIÓN DE SUS DECISIONES**, que garantizan los Artículos 24.1 y 120.3 CE, como un derecho fundamental reconocido a los ciudadanos”.

“Y ello como garantía esencial para el justiciable, mediante la cual es posible comprobar que la decisión adoptada es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento Jurídico y no fruto de la arbitrariedad; y que no impone **SÓLO** la obligación de ofrecer una **RESPUESTA MOTIVADA** sino que además ésta ha de tener un contenido jurídico”.

Por todas las **SSTS 118/2006 de 24 de Abril; 67/2007 de 27 de Marzo; 44/2008 de 10 de Marzo; 139/2009 de 15 de Junio; 160/2009 de 29 de Junio...**

En este mismo sentido la **STS de 30 de Septiembre de 2009 Recurso de Casación 1435/2008** en la que sostiene

“el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis en una triple exigencia **(1)** de un lado la exteriorización de un razonamiento que siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el Juzgador; **(2)** de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que habiendo sido planteadas en el proceso necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y **(3)** en fin, una decisión cuyo sentido abarque inequívocamente todas las pretensiones deducidas. Por cuanto y en todo caso, las resoluciones deben ser claras, precisas y congruentes, a la par que motivadas”.

En cuanto a los **Principios de Graduación y Proporcionalidad** reiterar lo pronunciado en la **STS de 22 de Mayo del 2015 Recurso de Casación 658/2013**, dictada por la Excm. Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Fundamento de Derecho Séptimo en el que establece los siguientes pronunciamientos

*“(...) es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las Sentencias 6 de Junio 2007 (Recurso Casación 8217/2004) y 30 de Septiembre 2013 (Recurso Casación 5632/2009) que exige a la Administración que **INDIVIDUALICE LA SANCION** para adaptarla a la gravedad del hecho, **puesto que el ejercicio de la potestad sancionadora es de carácter reglado**; y está en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en las Sentencias 30 de Mayo del 2013 (C-70/12) y 29 de Abril del 2015 (C-148/14) que **OBLIGA** a las autoridades administrativas sancionadoras y a los tribunales de justicia en su función de **CONTROL DE LA LEGALIDAD** de las sanciones administrativas impuestas, **a considerar la totalidad de las circunstancias de hecho y de derecho específicas**, así como a tener en cuenta el comportamiento del presunto responsable y la mala o el ánimo fraudulento, **a los efectos de determinar el importe de la sanción de forma coherente y objetiva, con la debida observancia del principio de proporcionalidad**”.*

-----0-----

La Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, **SAN de 30 de Enero del 2014 (Recurso contencioso-administrativo 422/2012)**, recuerda

*“constituye un principio esencial del derecho punitivo español la división en grados (**mínimo, medio y máximo**) dependiendo la fijación de la cuantía de la multa/sanción la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad: eximentes, atenuantes y/o agravantes.*

De ahí que partiendo de lo prevenido en el **Artículo 64. Criterios para la determinación del importe de las sanciones, Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia**, la doctrina jurisprudencial haya ido desarrollando, concretando y acotando, sobre la base de dicho precepto normativo legal, la siguiente debiendo valorarse

- (a) *La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.*
- (b) *La dimensión y las características del mercado afectado*
- (c) *Los efectos de la infracción en el mercado y sobre los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.*
- (d) *La duración temporal de la conducta restrictiva de la competencia.*
- (e) *La reiteración y demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.*
- (f) *La distinción entre conductas plenamente deliberadas de las simplemente negligentes o en las que coexistan mala fe o un ánimo fraudulento.*

Y todo ello en orden **“a la discrecionalidad que no arbitrariedad”** que la Ley concede y que debe ser ejecutada **“ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida; dado que toda sanción**

debe determinarse en congruencia con los señalados principios de tipicidad, proporcionalidad e individualización de la sanción, con la finalidad de adaptarla a la gravedad de la conducta”.

-----0-----

En ocasiones puede surgir un conflicto entre los dos objetivos que debe cumplir la sanción: **la proporcionalidad** en orden a la gravedad de la sanción a imponer; **y la disuasión**.

La **STS 29 de Enero del 2015 (Recurso de Casación 2872/2013)** se pronuncia al efecto al establecer

*“(....) se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia (...). **PERO TAL CARACTER NO PUEDE CONSTITUIRSE EN PREVALENTE (....) DESPLAZANDO AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD”.***

Ello plantea la necesidad de conocer **con qué limitación** opera el carácter disuasorio de las sanciones. En la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia **el legislador no lo explicita**, de ahí que haya sido necesario vía doctrina jurisprudencial la que lo acote al establecer la Sentencia de 29 de Enero del 2015

“Las sanciones (....) en el ámbito del derecho de la competencia –que no difiere en este punto de otros sectores del Ordenamiento– han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener beneficios económicos derivados de las infracciones.

(....) Si el legislador considera oportuno incrementar “el efecto disuasorio” a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales.

*(....) Aunque ello dependerá ya del legislador (....) un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel disuasorio adecuado quizás debería implicar no sólo la ausencia de aquellos beneficios **sino un plus** (...).*

En todo caso, corresponde a la Ley –y NO A QUIEN LA EJECUTA O LA INTERPRETA- establecer los límites que el legislador considere oportunos para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones”.

VII.- CONCLUSIÓN

En mérito a la totalidad de establecimientos previamente concretados, este Consejero Discrepante de la Resolución hoy aclamada, lo es por los siguientes motivos-causas:

1ª **prima facie** por cuanto entiendo que este Expediente Sancionador está caducado.

2ª y en todo caso y alternativamente, por cuanto la Resolución aclamada vulnera el Ordenamiento Jurídico por

- (a) la aplicación simultánea y concurrente de dos sanciones al amparo de los Artículos 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio de Defensa de la Competencia y del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (por una parte) y también *ad maiorem causa* 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 es de manifiesta imposibilidad al tratarse de una empresa en posición de dominio en el mercado que la ostenta individualmente y no colectiva (al no ser conformadora de un cártel); pero que en todo caso, si concurre esta calificación de cártel, tampoco podría ser tipificada por ambos preceptos normativos y sí y sólo por el Artículo 1 de la Ley 15/2007.
- (b) Seguir aplicando *de facto* la Comunicación sobre Cuantificación de Sanciones declarada ilegal por ser contraria al Ordenamiento Jurídico.
- (c) En todo caso, carece de motivación lo que vulnera los principios de seguridad jurídica y legalidad, dado que es imposible saber cómo se ha llegado a sancionar.

Así por este Mi Voto Particular Discrepante lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 1 de Marzo del 2007.

OTROSI DIGO: ANÁLISIS DE MIS VOTOS PARTICULARES

Finalmente es de mi interés y derecho dejar acreditados los siguientes pronunciamientos en orden a la formulación de Mis Votos Particulares.

1º la formulación de Votos Particulares Discrepantes tiene su amparo legal en las siguientes leyes procesales que devienen de aplicación, bien directa bien indirecta por inexistencia de precepto expreso en el orden administrativo

- La Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil dispone en su Artículo 205 que “1. *Todo el que tome parte en la votación (...)* firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, **formular voto particular**, en forma de sentencia,

*en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada (...) con los que estuviere conforme; 2. El voto particular, con la firma del autor, se incorporará al Libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada por la mayoría. Cuando, de acuerdo con la ley, sea preceptiva la publicación, **el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella**".*

- La Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial dispone en su Artículo 157 "1. Concluida la discusión de cada asunto, se procederá a la votación, que comenzará por el Juez o Magistrado más moderno y seguirá por orden de menor antigüedad, hasta el que presidiere. La votación será secreta si lo solicitare cualquiera de los miembros; 2. El Juez o Magistrado que disintiere de la mayoría podrá pedir que conste su voto en contra. Si lo desea, podrá formular voto particular, escrito y fundado, que se insertará en el acta (...).

En su Artículo 260 dispone que "1. Todo el que tome parte en la votación (...) firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, **formular voto particular**, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada con los que estuviere conforme; 2. El voto particular, con la firma del autor, se incorporará al Libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada por la mayoría. Cuando de acuerdo con la ley, sea preceptiva la publicación, **el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella**".

- La Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su Artículo 27 Actas dispone "1. De cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará **necesariamente** los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados; 2. En el acta figurará a solicitud de los respectivos miembros del órgano, **el voto contrario al acuerdo adoptado**, su abstención y los motivos que la justifiquen o en el sentido de su voto favorable. Asimismo, cualquier miembro tiene derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que aporte en el acto o en el plazo que señale el Presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención, haciéndose así constar en el acta o uniéndose copia a la misma; 3. **Los miembros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por**

escrito en el plazo de cuarenta y ocho horas, que se incorporará al texto aprobado; 4. Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos”.

- La Ley 40/2015 de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su Artículo 19 apartado 3.c) dispone que **“los miembros del órgano colegiado deberán ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que los justifican”.**

2º por imperativo legal, al formar el Voto Particular Discrepante parte inherente y sustantiva de la Resolución finalmente aprobada y notificada a las partes interesadas, es metafísicamente imposible **so pena de vulnerar los principios de legalidad y seguridad jurídica** que el órgano resolutorio pretenda **re-deliberar nuevamente** el procedimiento administrativo ya deliberado y cerrado.

En Derecho tal acontecer viene vedado **“por cuanto dicho órgano administrativo ha perdido la competencia objetiva y funcional para seguir conociendo del procedimiento, Voto Particular incluido”** lo que conlleva la nulidad de todo lo actuado.

3º en clara vulneración del Ordenamiento Jurídico,, el Presidente de esta sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia viene incluyendo en los Órdenes del Día **“el análisis de mis votos particulares”.**

Y al afecto y en amparo a esta afirmación concreto los **ORDENES DEL DIA DEL CONSEJO EN SALA DE COMPETENCIA** siguientes y con sus respectivas leyendas

- **15 de Noviembre del 2016 Punto 3. Análisis votos particulares, Expediente S/DC/0555/15 PROSEGUR-LOOMIS.**
- **10 de Noviembre del 2016 Punto 3. Análisis de los votos particulares en los Expedientes VS/0179/09 HORMIGON Y PRODUCTOS RELACIONADOS; VS/0241/10 NAVIERAS CEUTA 2; y VS/0287/10 POSTENSADO Y GEOTECNIA.**
- **3 de Noviembre del 2016 Punto 3. Análisis del Voto Particular formulado por el Consejero F. Torremocha en el Expediente VS/0646/08 AXION-ABERTIS.**

- **27 de Octubre del 2016 Punto 3. Análisis del Voto Particular formulado por el Consejero F. Torremocha en el Expediente VS/0646/08 AXION-ABERTIS.**
- **6 de Octubre del 2016 Punto 3. Análisis de los votos particulares formulados por los Consejeros Torremocha y Valdés en los Expedientes VS/0646/08 AXION-ABERTIS; y SNC/DC/007/16 AGENCIAS DE VIAJE.**
- **15 de Septiembre del 2016 Punto 3. Análisis de los Votos Particulares formulados por el Consejero F. Torremocha en los Expedientes SAMAD/09/13 I HONORARIOS PROFESIONALES ICAM y SAMAD/09/13 II HONORARIOS PROFESIONALES ICAAH.**

4º esta pretensión del Presidente acogida incondicionalmente por los Consejeros Sra. Ortiz y Sr. Guinart, por cuanto nunca se han opuesto a la misma, **fueron sistemáticamente reprobadas** por mí y por el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz **por entender vulneraba el principio de legalidad y también el de seguridad jurídica;** y así consta expresamente en las Actas correspondientes.

5º los Órdenes del Día son **publicitados y enviados** por el Señor Secretario a los cinco Consejeros que conforman esta Sala de Competencia, a sus respectivas secretarías, a la Dirección de Competencia, al departamento de Promoción de la Competencia, a la Jefa de Prensa de la Comisión, etc.

6º en una obviedad evidente que tal acontecer **tiene una finalidad coaccionante y obstruccionista a mi labor jurisdiccional y al desempeño de las funciones que tengo asignadas por Ley.**

7º en todo caso, tras la promulgación y publicación de la Constitución española, los **Tribunales de Honor** fueron declarados anticonstitucionales y su aplicación **contra legem** incurra en el conocimiento del orden jurisdiccional penal.

Fecha ut supra.