

RESUMEN DEL CASO S/0511/14 Transporte de mercancías por ferrocarril

Una de las prioridades de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) es fomentar que sea efectiva la liberalización de los sectores económicos tradicionalmente sometidos a monopolios legales. Para ello, uno de los instrumentos utilizados por la CNMC han sido los expedientes sancionadores por conductas anticompetitivas de los operadores incumbentes, que obstaculizan que dicha liberalización se produzca de forma efectiva.

Esto es lo que ha ocurrido en el expediente S/0511/14 Transporte de mercancías por ferrocarril, en el que mediante Resolución del Consejo de la CNMC de 28 de febrero de 2017, se ha sancionado a RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS, S.A. (conjuntamente, RENFE), y 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 (conjuntamente, DEUTSCHE BAHN), por haber incurrido en una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en acuerdos y prácticas concertadas que, por su efecto, restringen la competencia al contribuir a un reparto de los mercados afectados, bajo la forma de un 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 en España.

Asimismo, esta resolución ha sancionado a RENFE por haber abusado de su posición de dominio en el mercado minorista de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España y en el mercado mayorista de tracción ferroviaria para transporte de mercancías en España, infringiendo con ello los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE, al haber discriminado comercialmente a terceros operadores ferroviarios en su oferta de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, en relación con las condiciones aplicadas a DEUTSCHE BAHN.

Esta investigación se inició a raíz de una denuncia que Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (AEFP) remitió a la CNMC en marzo de 2014, contra RENFE y sus filiales activas en el transporte de mercancías por ferrocarril, así como contra algunas empresas del grupo DEUTSCHE BAHN, por supuestas conductas prohibidas por la LDC. Según el 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 DEUSTCHE BAHN en el ámbito del transporte de automóviles por ferrocarril.

A la vista de la denuncia de AEFP, la CNMC abrió una información reservada, en el marco de la cual se hicieron diversas solicitudes de información a distintos

operadores del sector, tras las cuales se procedió, en octubre de 2014, a incoar expediente sancionador contra RENFE y DEUTSCHE BAHN.

RENFE es el operador incumbente en el sector de servicios ferroviarios en España y hasta la liberalización introducida por la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, que empezó a hacerse efectiva a partir del año 2005, disponía de un monopolio en la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España.

Por su parte, grupo TRANSFESA, que fue adquirido por DEUTSCHE BAHN en 2008, ha sido tradicionalmente el principal competidor en la prestación de servicios de transporte ferroviario de mercancías, incluso antes de la liberalización. En todo caso, conviene tener en cuenta que grupo RENFE y grupo TRANSFESA tienen participaciones cruzadas entre distintas empresas, que les dan derecho a acceder a los consejos de administración de las empresas afectadas.

En el transporte de mercancías por ferrocarril en España, hasta el año 2007, RENFE y grupo TRANSFESA eran los dos únicos competidores significativos en el mercado, teniendo RENFE más del 80% del mercado y grupo TRANSFESA cerca del 20%. Posteriormente, la cuota de RENFE ha ido cayendo hasta cerca del 70%, mientras que la de TRANSFESA ha oscilado alrededor del 15%. En todo caso, existen determinados segmentos (sector automóvil; siderúrgico) donde RENFE y grupo TRANSFESA disponen conjuntamente del 100% del mercado.

En cambio, en la prestación de servicios mayoristas de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, RENFE ha mantenido cuotas de mercado muy elevadas, del 100% hasta 2007, que se han reducido hasta cerca del 80% en 2013.

Conviene destacar que hasta su adquisición por DEUTSCHE BAHN en 2008, grupo TRANSFESA estaba buscando desarrollar una capacidad de tracción ferroviaria propia significativa, estrategia que se revirtió tras los acuerdos firmados entre RENFE y DEUTSCHE BAHN justo después de la compra de grupo TRANSFESA.

Uno de los elementos centrales de análisis en este expediente es este conjunto de acuerdos firmados entre RENFE y DEUTSCHE BAHN en el año 2008. En los mismos se puede distinguir:

- 1) Los acuerdos por los que el grupo TRANSFESA retrasó la utilización de la capacidad de tracción ferroviaria que tenía ya disponible en otoño de 2008, retraso que se produjo a través de su decisión de arrendar las 10 locomotoras que había adquirido:
 - la mitad de las locomotoras a RENFE (que ya tenía, con gran diferencia, el parque de locomotoras para el transporte de mercancías más extenso de España), y
 - la otra mitad a una empresa del Grupo DEUTSCHE BAHN que no tenía actividad en España por entonces, y que apenas desarrolló actividad con las mismas.

De no haber retrasado el empleo de dicha capacidad de tracción, el Grupo TRANSFESA

- habría reducido su dependencia de RENFE en materia de tracción ferroviaria, su principal proveedor en este sentido, lo cual habría incrementado la autonomía de actuación de DEUTSCHE BAHN 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.
- 2) RENFE y DEUTSCHE BAHN se otorgaron mutuamente carácter preferencial a la hora de contratar servicios de tracción ferroviaria en España, dando un estatus privilegiado como cliente de servicios de tracción ferroviaria de RENFE a DEUTSCHE BAHN (que representaba cerca de la mitad de la facturación total del Grupo Renfe en concepto de prestación de servicios de tracción ferroviaria a terceros para el transporte de mercancías en el periodo 2005-2013 en España), y asegurando a RENFE beneficiarse (a través de la contratación de sus servicios de tracción) de los clientes que DEUTSCHE BAHN (y, en particular, el grupo TRANSFESA) pudiese captar en el ámbito minorista, ya que
- RENFE proporcionaría al cliente la tracción, y
 - DEUTSCHE BAHN se centraría en la organización del transporte y la relación con el cliente.

Este tratamiento preferencial mutuo ha sido especialmente significativo en el transporte por ferrocarril de vehículos terminados, principal segmento de negocio del grupo TRANSFESA, que siempre ha empleado como tracción ferroviaria aquella provista por RENFE.

- 3) en conjunción con lo anterior, una filial de DEUTSCHE BAHN obtuvo la prórroga del alquiler de dos campas para automóviles por parte de RENFE (sitas en Fuencarral –Madrid- y La Llagosta –Barcelona-), lo cual 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.

Este alquiler también supuso que RENFE viese limitado el desarrollo de esta actividad por su parte, habida cuenta de la importancia que tiene contar con campas a la hora de prestar servicios de transporte de vehículos terminados por ferrocarril cuando los fabricantes de automóviles demandan servicios adicionales amén del transporte.

A pesar de que la adquisición de grupo TRANSFESA por DEUTSCHE BAHN generaba una oportunidad para que este operador se convirtiese en un operador verticalmente integrado (con capacidad de tracción y vagones ferroviarios propios) independiente de RENFE, el conjunto de acuerdos y prácticas concertadas han llevado a la preservación del statu quo preexistente a la liberalización del sector del ferrocarril en España, y ha limitado el desarrollo de presiones competitivas por

parte de las partes en el expediente en los mercados afectados, especialmente el de transporte de mercancías por ferrocarril en España.

De esta manera, DEUTSCHE BAHN no ha incrementado la capacidad de tracción que TRANSFESA había desarrollado inicialmente, y ha obtenido servicios preferenciales de tracción ferroviaria de RENFE, en condiciones garantizadas y flexibles (sin penalizaciones por modificaciones de los servicios demandados).

Asimismo, no habría una justificación objetiva para este conjunto de acuerdos y prácticas concertadas, entre otras razones, porque RENFE no necesitaba alquilar la capacidad de tracción de grupo TRANSFESA.

Estos acuerdos y prácticas concertadas habrían durado desde noviembre de 2008 hasta, al menos, octubre de 2014, como consecuencia de que los acuerdos se han mantenido tácitamente vigentes tras su expiración formal a los cinco años de su firma. Asimismo, los mismos darían lugar a una infracción única y continuada de los artículos 1 LDC y 101 TFUE por parte de las empresas de grupo RENFE y grupo DEUTSCHE BAHN sancionadas. Por ello, la Resolución de 28 de febrero de 2017 sanciona de forma a grupo RENFE con una multa de 49.962.000 euros, y a grupo DEUTSCHE BAHN con una multa de 10.513.000 euros.

Por otra parte, la Resolución de 28 de febrero de 2017 considera que existe una infracción autónoma de los artículos 2 LDC y 102 TFUE por parte de RENFE, como consecuencia de un abuso de su posición de dominio en los mercados minorista de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril y mayorista de tracción ferroviaria para transporte de mercancías en España, derivada de la resistencia de RENFE a extender a otras empresas, singularmente a las mercantiles asociadas a la AEFM, las condiciones comerciales ofrecidas y acordadas con DEUTSCHE BAHN en la prestación de servicios de tracción para el transporte de mercancías por ferrocarril, entre otras, las relativas a precios y condiciones de servicio, lo que da lugar a una discriminación comercial que limita injustificadamente la capacidad competitiva de terceros competidores en el mercado minorista de transporte de mercancías por ferrocarril en España.

Este abuso de posición de dominio de RENFE habría durado desde noviembre de 2008 hasta, al menos, octubre de 2014, y ha sido sancionado por la CNMC con una multa de 15.129.000 euros.

Un punto controvertido en el expediente ha sido la posible terminación convencional del mismo, en la medida que la Dirección de Competencia estuvo negociando formalmente con RENFE y DEUTSCHE BAHN, entre septiembre de 2015 y abril de 2016, unos compromisos que posibilitaran dicha terminación convencional, revirtiendo los efectos de las conductas anticompetitivas identificadas y preservando el interés público de la libre competencia.

Sin embargo, en abril de 2016, RENFE retiró el compromiso de realizar una oferta mayorista de servicios de tracción ferroviaria en condiciones transparentes, equitativas, razonables y no discriminatorias, lo que ha llevado a la CNMC a considerar inviable la terminación convencional del expediente, teniendo en cuenta los requisitos legales establecidos.

Madrid, 8 de marzo de 2017