



Roj: **SAN 3521/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:3521**

Id Cendoj: **28079230082020100436**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **23/11/2020**

Nº de Recurso: **1051/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0001051 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07058/2018

Demandante: Renfe Viajeros. S.M.E., S.A.

Procurador: D^a. SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCÓN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: INTERMODALIDAD DE LEVANTE, S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veintitres de noviembre de dos mil veinte.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **1051/2018** promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Sharon Rodríguez de Castro Rincón**, en nombre y representación de **Renfe Viajeros. S.M.E., S.A.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 13 de septiembre de 2018, sobre solicitud de prueba de objetivo principal, en relación con el servicio internacional comunicado por Intermodalidad del Levante, entre Madrid y Montpellier.

Ha sido parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por el Procurador de los Tribunales **D. Ramón Rodríguez Nogueira**. Ha comparecido, como **codemandada**, **Intermodalidad de Levante, S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Pilar Iribarren Cavalle**.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, el recurrente interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la Sala se dicte sentencia anulando y dejando sin efecto la resolución impugnada, imponiendo las costas a la administración demandada.

SEGUNDO.- Emplazada la CNMC para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

Intermodalidad de Levante presentó escrito en el, también, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 18 de noviembre de 2020.

Ha sido Ponente el Magistrado **D. Fernando Luis Ruiz Piñeiro**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La problemática que se suscita en el presente procedimiento ha sido ya examinada por la Sala en el recurso 1297/2017, en el que ha recaído sentencia de fecha 8 de julio de 2020, en la que afirmábamos:

<<Como hacen tanto la resolución impugnada como las partes en sus escritos procesales, es preciso recordar la normativa de aplicación al supuesto enjuiciado.

En primer lugar, la Directiva 2012/34/UE, de 21 de noviembre del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se establece un espacio ferroviario europeo único. En el considerando 2 recuerda que, como elemento esencial de la realización del mercado interior el aumento de la integración del sector del transporte en la Unión, especificando que "los ferrocarriles son vitales para que el sector del transporte de la Unión se dirija hacia la consecución de una movilidad sostenible". En los considerandos 17 y 18 establece:

(17) Para los trayectos con paradas intermedias, debe autorizarse a los nuevos operadores en el mercado a que recojan y dejen viajeros durante el recorrido, con el fin de que estas operaciones sean económicamente viables y para no colocar a competidores potenciales en una situación desfavorable en comparación con los servicios existentes.

(18) La introducción de estos nuevos servicios internacionales de viajeros de libre acceso con estas paradas intermedias no debe utilizarse para abrir los servicios interiores de transporte de viajeros, sino que se debe concentrar exclusivamente en paradas auxiliares para los trayectos internacionales. El objetivo principal de los nuevos servicios debe ser el transporte de pasajeros que viajen en un trayecto internacional. Para evaluar si este es el objetivo principal del servicio, se deben tener en cuenta criterios tales como el porcentaje del volumen de negocios, y del volumen, procedente del transporte de viajeros del tráfico nacional o internacional, y la distancia cubierta por el servicio. El análisis del objetivo principal del servicio lo debe realizar el respectivo organismo regulador nacional, a petición de una parte interesada.

En su artículo 3 apartado 5 se define el "servicio internacional de transporte de viajeros" señalando que "el servicio de transporte de viajeros en el que el tren cruce al menos una frontera de un Estado miembro y cuyo principal objeto sea transportar viajeros entre estaciones situadas en Estados miembros distintos; el tren podrá complementarse y/o dividirse, y las distintas partes que lo constituyan podrán tener procedencias y destinos diferentes, siempre que todos los vagones crucen al menos una frontera".

En su artículo 10 de la Directiva, "Condiciones de acceso a la infraestructura ferroviaria", en sus apartados 2, 3 y 4 establecen:

2. Se concederá a las empresas ferroviarias un derecho de acceso a la infraestructura ferroviaria de todos los Estados miembros para la explotación de servicios internacionales de transporte de viajeros. En el transcurso de un servicio internacional de transporte de viajeros, las empresas ferroviarias tendrán derecho a recoger y dejar viajeros en cualquiera de las estaciones situadas a lo largo del trayecto internacional, incluso en estaciones situadas dentro de un mismo Estado miembro. Dicho derecho incluirá el acceso a infraestructura que conecte las instalaciones de servicio contempladas en el anexo II, punto 2.

3. A petición de las autoridades competentes pertinentes o de las empresas ferroviarias interesadas, el organismo u organismos reguladores a que se refiere el artículo 55 determinarán si el principal objeto del servicio es transportar viajeros entre estaciones situadas en Estados miembros distintos.

4. Basándose en la experiencia de los organismos reguladores, de las autoridades competentes y de las empresas ferroviarias, y en las actividades de la red contemplada en el artículo 57, apartado 1, la Comisión adoptará a más tardar el 16 de diciembre de 2016, medidas en las que se establezcan normas detalladas sobre el procedimiento y los criterios que deben seguirse para la aplicación del apartado 3 del presente artículo. Estos actos de ejecución se adoptarán de conformidad con el procedimiento de examen contemplado en el artículo 62, apartado 3.

La Directiva 2016/2370/UE, de 14 de diciembre ha modificado la Directiva 2012/34/UE en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias.

En su considerando 3, esta Directiva 2016/2370/UE señala:

"En la Unión, el mercado del transporte ferroviario de mercancías y el de los servicios de transporte internacional de viajeros por ferrocarril se encuentran abiertos a la competencia desde 2007 y 2010 respectivamente, en aplicación de la Directiva 2004/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2007/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Además, algunos Estados miembros también han abierto a la competencia sus servicios nacionales de transporte de viajeros, estableciendo derechos de libre acceso abiertos, convocando licitaciones para la concesión de contratos de servicio público o haciendo uso de ambos métodos. Esta apertura del mercado debería repercutir positivamente en el funcionamiento del espacio ferroviario europeo único, dando lugar a una mejora de los servicios que se ofrecen a los usuarios."

El Reglamento de ejecución (UE) No 869/2014 de la Comisión de 11 de agosto de 2014 sobre nuevos servicios de transporte ferroviario de viajeros contiene un listado de definiciones en su artículo 2:

"Para los fines del presente Reglamento, se entenderá por:

- 1) "nuevo servicio internacional de transporte de viajeros": un servicio internacional de transporte de viajeros que se propone para su introducción en el mercado o que implica una modificación sustancial en términos de mayores frecuencias o un mayor número de paradas en un servicio internacional de transporte de viajeros ya existente;
- 2) "prueba del objetivo principal": el proceso de evaluación realizado por un organismo regulador a petición de una entidad contemplada en el artículo 5, con el fin de determinar si el principal objetivo de un nuevo servicio ferroviario propuesto es transportar viajeros entre estaciones situadas en Estados miembros distintos o transportar viajeros entre estaciones situadas en el mismo Estado miembro;
- 3) "prueba de equilibrio económico": el procedimiento de evaluación realizado por un organismo regulador a petición de una entidad contemplada en el artículo 10, solo aplicable en los Estados miembros que hayan decidido, de conformidad con el artículo 11 de la Directiva 2012/34/UE, limitar el derecho de acceso a la infraestructura ferroviaria para los servicios internacionales de transporte de viajeros entre un lugar de origen y otro de destino que estén cubiertos por uno o más contratos de servicio público, con el fin de determinar si el equilibrio económico de ese contrato o contratos de servicio público se verían comprometidos por un nuevo servicio de transporte ferroviario internacional de viajeros propuesto;
- 4) "contrato de servicio público": un contrato de servicio público tal como se define en el artículo 2, letra i), del Reglamento (CE) no 1370/2007 que se refiere al transporte ferroviario; 5) «autoridad competente»: una autoridad competente tal como se define en el artículo 2, letra b), del Reglamento (CE) no 1370/2007 ; 6) «incidencia financiera neta»: la incidencia de un contrato de servicio público en los costes incurridos y en los ingresos generados en el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos aferentes conservados por la empresa ferroviaria que ejecuta el contrato de servicio público y un beneficio razonable, calculado de conformidad con el punto 2 del anexo del Reglamento (CE) no 1370/2007....."

En el artículo 8 regula los criterios de evaluación para la prueba del objetivo principal:

"Artículo 8. Criterios de evaluación para la prueba del objetivo principal

1. El organismo regulador comprobará el objetivo principal del nuevo servicio propuesto. Realizará un análisis tanto cualitativo como cuantitativo que tenga en cuenta la evolución previsible del servicio, así como los cambios previsibles en las condiciones del mercado durante el período cubierto en la notificación del candidato.



2. Durante el proceso de evaluación, además de la información proporcionada en el formulario de notificación normalizado, el organismo regulador tendrá en cuenta en particular los siguientes criterios:

- a) la proporción del volumen de negocios y del volumen derivado del transporte internacional de viajeros conforme a las previsiones del candidato frente al transporte nacional de viajeros en el Estado miembro en el que esté establecido el organismo regulador;
- b) la distancia cubierta por el nuevo servicio propuesto en Estados miembros diferentes y la localización de las paradas;
- c) la demanda del nuevo servicio por parte de los viajeros;
- d) la estrategia de comercialización del candidato;
- e) la naturaleza del material rodante que se vaya a utilizar en el nuevo servicio.

3. El organismo regulador podrá establecer y aplicar umbrales expresados como una proporción del volumen de negocios o del volumen derivado del transporte internacional de viajeros. Dichos umbrales no excederán el 50 % del volumen de negocios o del volumen derivado del transporte de todos los viajeros, estimado para todo el período cubierto por la decisión del organismo regulador para clasificar el servicio como internacional y no se aplicará de forma aislada."

Igualmente regula la prueba de equilibrio económico: "Artículo 12. Procedimiento para la prueba de equilibrio económico

1. El organismo regulador examinará la solicitud presentada por la entidad solicitante.

2. Si el organismo regulador considera que la entidad solicitante no ha facilitado la información completa con su solicitud, podrá exigir información adicional en un plazo de tres semanas desde la recepción de la solicitud. Si la entidad solicitante responde a esta solicitud de información adicional, y su respuesta sigue siendo incompleta, el organismo regulador podrá hacer una segunda solicitud de información adicional en un plazo de tres semanas desde la recepción de la respuesta a la primera solicitud de información adicional. La entidad solicitante deberá facilitar dicha información en respuesta a las solicitudes de información adicional en un plazo razonable que será establecido por el organismo regulador de conformidad con el artículo 56, apartado 8, de la Directiva 2012/34/UE . Si la entidad solicitante no facilita dicha información dentro de los plazos establecidos por el organismo regulador, la solicitud será denegada.

3. En el plazo de un mes desde la recepción de la solicitud, el organismo regulador pedirá la información contemplada en el artículo 11 a otras partes relevantes, en particular a la empresa ferroviaria que solicita el acceso a la infraestructura ferroviaria con vistas a explotar un nuevo servicio ferroviario internacional de viajeros. Podrá fijar un nuevo calendario de plazos para aclaraciones en caso de que la información facilitada no sea clara.

4. Cuando una solicitud no pueda justificarse suficientemente de conformidad con el artículo 11, apartado 1, letra d), será denegada.

5. Si la información facilitada por la entidad solicitante justifica la solicitud de realización de una prueba de equilibrio económico y la información facilitada por el candidato que pretende el acceso no es suficiente para invalidar la solicitud de realización de dicha prueba, no se concederá el acceso.

6. El organismo regulador establecerá un calendario de plazos para la adopción de sus decisiones que no será superior a seis semanas a partir de la recepción de toda la información pertinente.

7. Toda la información se enviará al organismo regulador en formato electrónico".

SEGUNDO.- También indicábamos en dicha sentencia:

<<Con carácter previo debe señalarse que la Sala no aprecia, como se denuncia en la contestación a la demanda por la CNMC, que la interposición de este recurso contencioso-administrativo por el Ministerio de Fomento suponga una injerencia en el ejercicio de las funciones de la CNMC. Puesto que lo que se denuncia precisamente es la ilegalidad del acto administrativo, hay que puntualizar que la defensa de la legalidad no solo no está vedada a la Administración del Estado sino que forma parte de las funciones que la Carta Magna le atribuye en el art. 103 párrafo 1: " La Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho". Obligación que igualmente incumbe a la CNMC en calidad de autoridad administrativa independiente.



En este recurso no se ponen en cuestión por el Ministerio de Fomento las facultades reguladoras de la CNMC ni desde luego se discute que pueda establecer los "Principios generales aplicables a la prueba de objetivo principal" sino la conformidad a derecho de la metodología aprobada. (....)

Algunas de las cuestiones planteadas en esta litis ya fueron suscitadas ante la CNMC por la Dirección General de Transporte Terrestre en su momento, y son parcialmente analizadas en el anexo de la resolución recurrida. En los escritos procesales el Abogado del Estado considera anulable y nula la resolución impugnada porque:

A) La metodología infringe claramente el artículo 19 del Reglamento de Ejecución 869/2014 al no ser "clara, transparente y no discriminatoria".

B) La aplicación estricta del umbral del 30% del volumen de ingresos y tráfico total contribuye a vaciar de contenido la normativa UE.

C) La aplicación estricta del umbral relativo a que solo el 20% de la distancia del trayecto total sea cubierta en territorio extranjero contribuye a vaciar de contenido la normativa UE.

D) La falta de criterio del carácter auxiliar de las paradas respecto de los trayectos internacionales constituye una manifiesta infracción de la Directiva 2012/34 y de la DA 4ª LSF.

E) La CNMC se ha extralimitado en el ejercicio de las competencias que la normativa europea y nacional le atribuyen.

En primer lugar, debe recordarse que la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre de 2012 por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, recoge en su exposición de motivos los objetivos de esta regulación:

1-. El aumento de la integración del sector del transporte en la Unión. Y ello porque "es un elemento esencial de la realización del mercado interior, y los ferrocarriles son vitales para que el sector del transporte de la Unión se dirija hacia la consecución de una movilidad sostenible".

2-. La mejora de la eficiencia del sistema ferroviario con una finalidad: "integrarlo en un mercado competitivo, teniendo en cuenta, a la vez, las características especiales de los ferrocarriles".

3-. El establecimiento de normas operativas específicas con una finalidad: garantizar "tanto la coordinación entre sus administradores de infraestructura y los de los terceros países de que se trate como la competencia leal entre las empresas ferroviarias".

Ahora bien: "El principio de la libertad de prestación de servicios debe aplicarse al sector ferroviario teniendo en cuenta sus características específicas".

La Directiva continúa señalando, como se reprodujo ya más arriba que "La introducción de estos nuevos servicios internacionales de viajeros de libre acceso con estas paradas intermedias no debe utilizarse para abrir los servicios interiores de transporte de viajeros, sino que se debe concentrar exclusivamente en paradas auxiliares para los trayectos internacionales. El objetivo principal de los nuevos servicios debe ser el transporte de pasajeros que viajen en un trayecto internacional. Para evaluar si este es el objetivo principal del servicio, se deben tener en cuenta criterios tales como el porcentaje del volumen de negocios, y del volumen, procedente del transporte de viajeros del tráfico nacional o internacional, y la distancia cubierta por el servicio. El análisis del objetivo principal del servicio lo debe realizar el respectivo organismo regulador nacional, a petición de una parte interesada".

El Reglamento de ejecución UE 869/2014 de la Comisión de 11 de agosto, establece que

(1) De conformidad con el artículo 10 de la Directiva 2012/34/UE, los Estados miembros han abierto sus mercados a los servicios ferroviarios internacionales de transportes de viajeros prestados por cualquier empresa ferroviaria autorizada conforme a dicha Directiva. En el transcurso de un servicio ferroviario internacional de transporte de viajeros, las empresas ferroviarias tienen derecho a recoger y dejar viajeros en cualquiera de las estaciones situadas a lo largo del trayecto internacional, incluso en estaciones situadas dentro de un mismo Estado miembro.

(2) Sin embargo, la introducción de estos nuevos servicios ferroviarios internacionales de viajeros de libre acceso con estas paradas intermedias no debe utilizarse para abrir los servicios interiores de transporte de viajeros, sino que se debe concentrar exclusivamente en paradas auxiliares para los servicios internacionales. El objetivo principal de los nuevos servicios debe ser el transporte de viajeros que viajen en un trayecto internacional. A petición de las autoridades competentes o de las empresas ferroviarias interesadas, el organismo regulador a que se hace referencia en la sección 4 del capítulo IV de la Directiva 2012/34/UE debe determinar el objetivo principal del nuevo servicio propuesto (....).



(6) El organismo regulador debe realizar análisis tanto cualitativos como cuantitativos para identificar la vocación del nuevo servicio propuesto a medio plazo, en lugar de sus características en un momento dado. Deben determinarse criterios de evaluación en la metodología adoptada por el organismo regulador para la prueba del objetivo principal en relación con las especificidades del transporte ferroviario en el Estado miembro de que se trate. No debe aplicarse ningún umbral cuantificado estrictamente o de forma aislada".

Partiendo de la base de que la resolución impugnada trata de aprobar los criterios y los principios metodológicos a aplicar para resolver la prueba del objetivo principal de una solicitud de transporte internacional de viajeros, la CNMC comienza señalando los principios generales de esta metodología:

- 1-. El análisis se hará caso por caso.
- 2-. La prueba de objetivo principal se basará en los planes de negocio y estimaciones aportados por el candidato, que serán objeto de valoración por la CNMC que requerirá al candidato que las justifique.
- 3-. La CNMC considerará de forma conjunta los criterios cuantitativos y cualitativos predefinidos, que incluirán una estimación del impacto para los usuarios a corto y medio plazo.
- 4-. Para identificar la vocación internacional del servicio, las previsiones anteriores se valorarán a medio plazo y no en un momento dado. De esta forma, el resultado de la prueba solicitada no se referirá a un ejercicio concreto sino que será un análisis agregado para el periodo considerado.
5. El resultado de la prueba de objetivo principal tendrá una validez de 3 años.

Se describen a continuación los criterios aplicables por la CNMC a las solicitudes relativas a la prueba de objetivo principal realizadas por las entidades habilitadas, partiendo de la base declarada de que "la prueba de objetivo principal debe establecer la vocación internacional a medio plazo de un nuevo servicio internacional notificado".

Los criterios "no tendrán naturaleza acumulativa" y son:

- a) La importancia del segmento internacional en el volumen de negocios y de tráfico del servicio. La vocación del nuevo servicio es internacional si la contribución de los ingresos y viajeros internacionales sobre el total supera, previsiblemente, un 30% del total en el plazo de tres años. Ello, "sin perjuicio de lo anterior, dada la naturaleza no acumulativa de estos criterios, el umbral cuantificado en este apartado no será inmediatamente excluyente, sino que será objeto de ponderación junto con el resto de criterios, en cada uno de los casos en los que deba efectuarse la prueba de objetivo principal, de conformidad con el RE 869/2014".
- b) La distancia cubierta por el nuevo servicio propuesto en Estados miembros diferentes y la localización de las paradas. Un servicio es internacional si transporta viajeros entre estaciones españolas y, al menos, una estación situada en otro Estado miembro. El tramo internacional, medido en kilómetros, deberá suponer al menos el 20% de los kilómetros totales del servicio, medido entre la estación origen y destino final. Ello "Sin perjuicio de lo anterior, dada la naturaleza no acumulativa de estos criterios, el umbral cuantificado en este apartado no será inmediatamente excluyente, sino que será objeto de ponderación junto con el resto de criterios en cada uno de los casos en los que deba efectuarse la prueba de objetivo principal, de conformidad con el RE 869/2014".
- c) La demanda potencial del nuevo servicio por parte de los viajeros. La CNMC valorará la existencia de una demanda potencial para el servicio internacional propuesto.
- d) La estrategia de comercialización del nuevo servicio internacional. La CNMC valorará que los destinos en otros Estados miembros tengan una presencia significativa en la estrategia comercial del candidato y que el servicio resulte competitivo, incluyendo horarios adecuados, frecuencias y precios.
- e) La naturaleza del material rodante que se vaya a utilizar en el nuevo servicio. En concreto la CNMC valorará si el material rodante es consistente con el servicio propuesto.
- f) La existencia de servicios internacionales con características similares. En concreto se establece que la existencia de servicios similares será valorada por la CNMC como indicador de que existe una demanda para este tipo de servicios.

En el artículo 2 del Reglamento de Ejecución se define la «prueba del objetivo principal» como el proceso de evaluación realizado por un organismo regulador a petición de una entidad, con el fin de determinar si el principal objetivo de un nuevo servicio ferroviario propuesto es transportar viajeros entre estaciones situadas en Estados miembros distintos o transportar viajeros entre estaciones situadas en el mismo Estado miembro.

El artículo 8 recoge los criterios de evaluación para la prueba del objetivo principal y establece que el organismo regulador comprobará el objetivo principal del nuevo servicio propuesto. A tal fin, realizará un análisis tanto

cualitativo como cuantitativo que tenga en cuenta la evolución previsible del servicio, así como los cambios previsibles en las condiciones del mercado durante el período cubierto en la notificación del candidato.

El organismo regulador tendrá en cuenta en particular los siguientes criterios (el subrayado es nuestro):

- a) la proporción del volumen de negocios y del volumen derivado del transporte internacional de viajeros conforme a las previsiones del candidato frente al transporte nacional de viajeros en el Estado miembro en el que esté establecido el organismo regulador. Equivale al criterio a) de los recogidos por la CNMC.
- b) la distancia cubierta por el nuevo servicio propuesto en Estados miembros diferentes y la localización de las paradas. Equivale al criterio b) de los recogidos por la CNMC.
- c) la demanda del nuevo servicio por parte de los viajeros. Equivale al criterio c) de los recogidos por la CNMC.
- d) la estrategia de comercialización del candidato. Equivale al criterio d) de los recogidos por la CNMC.
- e) la naturaleza del material rodante que se vaya a utilizar en el nuevo servicio. Equivale al criterio e) de los recogidos por la CNMC.

El organismo regulador podrá establecer y aplicar umbrales expresados como una proporción del volumen de negocios o del volumen derivado del transporte internacional de viajeros. Dichos umbrales no excederán el 50 % del volumen de negocios o del volumen derivado del transporte de todos los viajeros, estimado para todo el período cubierto por la decisión del organismo regulador para clasificar el servicio como internacional y no se aplicará de forma aislada.

A juicio de la parte demandante, el umbral incluido en la metodología aprobada por la CNMC "implica que sólo es necesario que el tráfico salga testimonialmente del territorio español", lo que, a su juicio, supone abrir los servicios ferroviarios interiores, contraviniendo la normativa nacional y europea. Además, el hecho que la metodología objeto de recurso señalara que el servicio internacional debe transportar viajeros entre estaciones españolas y, al menos, una situada en otro Estado miembro, sería también contrario a la Disposición adicional cuarta de la Ley 38/2015, que establece que un servicio internacional deberá "transportar viajeros entre estaciones de transporte de viajeros españolas y las de otros Estados miembros de la unión Europea".

La discrecionalidad técnica de la Administración, en la que ampara la demandada su resolución, no es equivalente a un margen de absoluta libertad para decidir en cada caso que se ha probado o no que el objetivo principal de un nuevo servicio ferroviario es el transporte internacional, ni lo permite desde luego la normativa de la Unión Europea de aplicación antes reseñada y parcialmente reproducida. En concreto, para enjuiciar la conformidad a derecho de un acto adoptado por la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad, este acto debe reunir unos requisitos mínimos que permitan apreciar al Juez o Tribunal que revisa su legalidad, si en su adopción se ha incurrido o no en arbitrariedad o en error manifiesto. En este caso, como denuncia el Abogado del Estado, bajo la aparente claridad y transparencia de la redacción de los criterios recogidos en la resolución impugnada, no existe una metodología que permita su análisis y aplicación de forma objetiva y razonable.

Tal y como están redactados los criterios a tomar en consideración para que el regulador resuelva que se ha probado el objetivo principal en una solicitud de explotación de un nuevo servicio internacional de transporte de viajeros, el margen de discrecionalidad de la CNMC caso por caso es tal que queda por completo inhabilitado el control de legalidad de la resolución que en cada caso pudiera adoptarse, tanto positiva como negativa, ante una solicitud de prueba de objetivo principal, control imprescindible para la obligada protección tanto del interés general, como del interés de los particulares y del propio sector ferroviario considerado en su conjunto.

Así según estos criterios, el transporte es internacional cuando los umbrales de negocio y viajeros alcancen el 30% pero este umbral no es excluyente, pudiendo la CNMC "ponderarlo".

El transporte es internacional cuando la distancia cubierta por el nuevo servicio propuesto en Estados miembros diferentes suponga al menos el 20%, pero la CNMC podrá "ponderar" este criterio.

Igualmente la CNMC valorará la existencia de una demanda potencial para el servicio internacional propuesto pero no aparece dato alguno sobre como en concreto se tomará en consideración dicha demanda potencial.

La CNMC no establece criterios para valorar el carácter auxiliar de las paradas en territorio nacional y el destino final en territorio de otro Estado miembro.

A juicio de esta Sala el carácter auxiliar de las paradas en territorio nacional deviene crucial en este conjunto de consideraciones. De hecho, la ley del Sector Ferroviario en su Disposición Adicional 4ª establece en relación con las paradas de carácter auxiliar:



"3. Durante la realización de los servicios internacionales de transporte de viajeros las empresas ferroviarias podrán recoger y dejar viajeros en cualquiera de las estaciones de transporte de viajeros situadas en la Red Ferroviaria de Interés General, siempre que dichas paradas tengan un carácter auxiliar respecto de los trayectos internacionales, con las siguientes limitaciones:

a) Que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a petición de las autoridades competentes o de las entidades ferroviarias interesadas, haya determinado previamente que el principal objeto del servicio internacional de transporte ferroviario de viajeros que se pretenda llevar a efecto es transportar viajeros entre estaciones de transporte de viajeros españolas y las de otros Estados miembros de la Unión Europea.

b) No se permitirá recoger y dejar viajeros en estaciones distintas a las de origen y destino cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a instancia del Ministerio de Fomento, del administrador de la infraestructura ferroviaria o de la empresa prestadora de un servicio de transporte preexistente y sujeto a obligaciones de servicio público, resuelva que con ello se compromete el equilibrio económico de las condiciones establecidas para la prestación del servicio público.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia efectuará un análisis económico objetivo y de criterios predefinidos, consultará a todas las partes interesadas y resolverá en el plazo máximo de dos meses a partir de la recepción de toda la información pertinente.

La Comisión expondrá los motivos de su decisión y precisará dentro de qué plazo y bajo qué condiciones las autoridades competentes, el administrador de infraestructuras ferroviarias, la empresa ferroviaria que realice el servicio público o la empresa ferroviaria prestadora del servicio de transporte internacional, podrán solicitar la revisión de dicha decisión.

Las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrán eficacia ejecutiva y serán vinculantes para las entidades que actúan en el ámbito ferroviario."

Es decir, la ley del Sector Ferroviario establece que en estos trayectos internacionales, podrán recoger y dejar viajeros en cualquiera de las estaciones de transporte de viajeros situadas en la Red Ferroviaria de Interés General, siempre que dichas paradas tengan un carácter auxiliar respecto de los trayectos internacionales, sin que en la resolución impugnada se determinen, como establece dicha disposición adicional, criterios objetivos vinculados a " un análisis económico objetivo y de criterios predefinidos".

La metodología litigiosa es contraria a lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento de ejecución 869/2014, al no apreciarse esas condiciones de claridad, transparencia, y como consecuencia, por la ausencia de estos dos requisitos no estar garantizada la no discriminación:

"Artículo 19 Metodología

1. Los organismos reguladores desarrollarán una metodología para las pruebas del objetivo principal y, en su caso, para la prueba de equilibrio económico, en línea con lo dispuesto en el presente Reglamento. La metodología será clara, transparente y no discriminatoria y será publicada en el sitio web del organismo regulador.

2."

La CNMC se ha extralimitado en el ejercicio de las competencias que la normativa europea y nacional le atribuyen, dado que, en aplicación de esta metodología, con este sistema de definición del objetivo principal como internacional, de hecho se posibilita la apertura del mercado nacional antes de diciembre de 2020.

La nulidad del acto administrativo impugnado resulta de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por el conjunto de razones expuestas procede estimar el recurso contencioso-administrativo declarando nula la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 20 de septiembre de 2017, por la que se aprueban los principios y criterios metodológicos a aplicar en relación con la prueba de objetivo principal de un nuevo servicio de transporte internacional de viajeros>>.

TERCERO.- Expuesto lo anterior, poco más cabe añadir, pues el hecho de que la metodología a aplicar en la realización de la prueba de objetivo principal sea disconforme a derecho y se anule por esta Sala, tiene incidencia y relevancia en el procedimiento que nos ocupa.

Efectivamente, si los principios y criterios metodológicos de la prueba de objetivo principal no son los adecuados, conforme a la resolución de 20 de septiembre de 2017, tampoco será adecuado el resultado que se obtenga aplicando dichos principios y criterios. Resultado que será disconforme a derecho, no por su decisión



última, sino por la metodología empleada para alcanzar la declaración de objetivo principal de "transporte internacional de viajeros" que se predica para el trayecto Madrid-Montpellier, en el presente procedimiento.

Basta una somera lectura de la resolución de la CNMC, que es objeto del presente procedimiento, para apreciar que se hace referencia constante a la resolución de 20 de septiembre. El punto III.2 de la resolución "análisis de los criterios señalados en la resolución de 20 de septiembre de 2017" realiza dicho análisis, ocupando las páginas 6 a 28 de la misma, la cual tiene un total de 29 páginas. Con ello se pone de relieve que es el examen de los criterios señalados en la resolución de 20 de septiembre, lo que determina que se declare que el objetivo principal es el transporte internacional.

En definitiva, tanto la declaración de objetivo principal, como las garantías que se establecen en relación con la prestación del nuevo servicio internacional, no son conformes a derecho, al no serlo la previa resolución de la CNMC de 20 de septiembre de 2017.

CUARTO.- En virtud de las previsiones del artículo 139 LRJCA, procede imponer las costas de la parte actora, a la CNMC demandada.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso contencioso administrativo promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en nombre y representación de Renfe Viajeros. S.M.E., S.A., contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 13 de septiembre de 2018, sobre solicitud de prueba de objetivo principal, en relación con el servicio internacional comunicado por Intermodalidad del Levante, entre Madrid y Montpellier, la cual anulamos por su disconformidad a derecho.

SEGUNDO.- Imponer las costas a la demandada.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.