



Roj: **SAN 2796/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:2796**

Id Cendoj: **28079230082020100347**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **05/10/2020**

Nº de Recurso: **737/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000737 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04366/2018

Demandante: (RENFE OPERADORA E.P.E. (RENFE OPERADORA), RENFE ALQUILER DE MATERIAL FERROVIARIO, S.M.E., S.A. (RENFE ALQUILER), RENFE MERCANCÍAS, S.M.E., S.A. (RENFE MERCANCÍAS) y RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO S.M.E., S.A.(RENFE MANTENIMIENTO)

Procurador: SRA. GRACIA MONEVA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

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 cinco de octubre de dos mil veinte.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo **núm. 737/2018** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales **Sra. Gracia Moneva** en nombre y representación de (**RENFE OPERADORA E.P.E. (RENFE OPERADORA), RENFE ALQUILER DE MATERIAL FERROVIARIO, S.M.E., S.A. (RENFE ALQUILER), RENFE MERCANCÍAS, S.M.E., S.A. (RENFE MERCANCÍAS) y RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO S.M.E., S.A.(RENFE MANTENIMIENTO)** contra la Resolución de 23 de mayo de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre las condiciones de acceso al material rodante de RENFE Alquiler de material Rodante SPE por parte de las empresas ferroviarias. Frente a la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado con una cuantía indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado D^a **MERCEDES PEDRAZ CALVO**.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Por la representación procesal indicada se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución más arriba indicada.

Por decreto del Letrado de la Administración de Justicia se acordó la admisión a trámite del recurso y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO- Me diante escrito de 4 de abril de 2018 la parte actora formalizó la demanda, en la cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos terminó suplicando se dicte sentencia:

"por la que estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta representación y anule la citada Resolución y, en concreto, las obligaciones señaladas a continuación, imponiendo en todo caso el pago de las costas a la Administración en virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LJCA :

i. La obligación impuesta a RENFE MERCANCÍAS de evaluar anualmente la utilización efectiva de todo su material rodante de tracción e identificar el material ocioso, en los términos establecidos en el Resuelvo Primero en relación con la conclusión nº 5 y el epígrafe IV de la Resolución recurrida.

ii. La obligación impuesta a RENFE ALQUILER de analizar la actividad contractual efectuada y la demanda potencial para el arrendamiento de material rodante adicional, en los términos establecidos en el Resuelvo Primero en relación con la conclusión nº 5 y el epígrafe IV de la Resolución recurrida.

iii. La obligación impuesta a RENFE ALQUILER de agrupar por lotes su parque de locomotoras y de someter los servicios de mantenimiento de cada lote a una contratación competitiva, en los términos establecidos en el Resuelvo Segundo en relación con la conclusión nº 7 y el epígrafe V.2.2 de la Resolución recurrida.

iv. La obligación impuesta a RENFE MANTENIMIENTO de definir y comunicar a la CNMC los indicadores de calidad (KPIs) que caractericen los aspectos más destacados de la actividad de mantenimiento de locomotoras, y de publicar trimestralmente en su página web los KPIs que no revistan carácter confidencial, en los términos establecidos en el Resuelvo Tercero en relación con la conclusión nº 8 y el epígrafe V.2.3 de la Resolución recurrida.

v. La obligación impuesta a RENFE ALQUILER de aportar la información necesaria que justifique que la cuota fijada para el arrendamiento de todas sus locomotoras se basa vi. La obligación impuesta a RENFE ALQUILER y RENFE MANTENIMIENTO de cooperar para mejorar, en la medida de lo posible, el índice de disponibilidad garantizado, en los términos establecidos en el Resuelvo Quinto en relación con la conclusión nº 11 y el epígrafe V.4 de la Resolución recurrida.

vii. La obligación impuesta a RENFE ALQUILER y RENFE MANTENIMIENTO de incrementar justificadamente las penalizaciones por el incumplimiento del índice de disponibilidad por parte de RENFE MANTENIMIENTO, en los términos establecidos en el Resuelvo Quinto en relación con la conclusión nº 11 y el epígrafe V.4 de la Resolución recurrida.

viii. La obligación impuesta a RENFE ALQUILER de definir de un modo homogéneo en los contratos de arrendamiento las actividades incluidas para el cómputo del índice de disponibilidad, en los términos establecidos en el Resuelvo Quinto en relación con la conclusión nº 11 y el epígrafe V.4 de la Resolución recurrida.

ix. La obligación impuesta a RENFE ALQUILER de incluir en los contratos de arrendamiento una penalización en caso de resolución anticipada del contrato por parte del arrendador sin causa justificada o incumplimiento de este, en los términos establecidos en el Resuelvo Quinto en relación con la conclusión nº 11 y el epígrafe V.4 de la Resolución recurrida.

x. La obligación impuesta a RENFE ALQUILER de ajustar los importes de los seguros que deben suscribir las empresas arrendatarias para que sean consistentes con el valor de los bienes asegurados y de exigir la misma obligación de contratación de un seguro de daños también a RENFE MERCANCÍAS, en los términos establecidos en el Resuelvo Quinto en relación con la conclusión nº 11 y el epígrafe V.4 de la Resolución recurrida.

xi. La obligación impuesta a RENFE ALQUILER de publicar en su página web determinada información sobre el estado de la totalidad de su parque de locomotoras, la fórmula o las tablas que justifican el precio de alquiler, las condiciones generales de contratación y los procedimientos de adjudicación de las locomotoras, en los términos establecidos en el Resuelvo Sexto en relación con la conclusión nº 12 de la Resolución recurrida."

TERCERO- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y solicitar su desestimación, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que justifican su oposición al recurso.



CUARTO- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la parte actora, y la documental a instancias del Abogado del Estado, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 9 de septiembre de 2020 en que se deliberó y votó si bien la deliberación se continuó el día 30 de septiembre de 2020, habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Es objeto del presente recurso de contencioso-administrativo la resolución dictada el día 23 de mayo de 2018 por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC sobre las condiciones de acceso al material rodante de RENFE alquiler de material rodante, S.P.E. por parte de las empresas ferroviarias.

La parte dispositiva de dicho acto administrativo impugnado tiene el siguiente contenido literal:

"PRIMERO.- Requerir a Renfe Mercancías, S.P.E., S.A. y a Renfe Alquiler de Material Ferroviario Sociedad Mercantil, S.P.E., S.A. a remitir a la CNMC los informes relativos a la utilización, actividad y demanda potencial de material rodante, según se establece en la conclusión nº 5 y en el epígrafe IV de la presente Resolución. Los primeros informes se remitirán en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución y los siguientes durante el mes de enero de cada año.

SEGUNDO.- Requerir a Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.M.E., S.A. a informar a la CNMC, en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución, sobre las actuaciones que prevé desarrollar para someter los servicios de mantenimiento del material arrendado a una contratación competitiva para la selección de la Entidad Encargada del Mantenimiento y de los centros en que se realizarán, según se establece en la conclusión nº 7 y en el epígrafe V.2.2 de la presente Resolución.

TERCERO.- Requerir a Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.M.E., S.A. a la definición de los indicadores de su actividad y su remisión a la CNMC en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución, así como a su posterior publicación con carácter trimestral, en los términos indicados en la conclusión nº 8 y en el epígrafe V.2.3 anterior.

CUARTO.- Requerir a Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.M.E., S.A. a informar a la CNMC, en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución, sobre los criterios objetivos para fijar las condiciones económicas del alquiler de todas sus locomotoras, según se establece en la conclusión nº 9 y en el epígrafe V.3.1 de la presente Resolución.

QUINTO.- Requerir a Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.M.E., S.A. y a Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.M.E., S.A. a informar a la CNMC, en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución, sobre las modificaciones que prevén realizar en los contratos vigentes en materia de disponibilidad, penalizaciones y seguro de daños, según se establece en la conclusión nº 11 y en el epígrafe V.4 de la presente Resolución.

SEXTO.- Requerir a Renfe Alquiler de Material Ferroviario Sociedad Mercantil, S.M.E., S.A. a implementar las medidas de transparencia señaladas en la conclusión nº 12 de la presente Resolución de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2015, de 30 de septiembre, del sector ferroviario."

SEGUNDO- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: en el propio escrito de demanda, la actora resume (punto 8 pag. 4) que su recurso se articula en cuatro motivos.

En primer lugar, la nulidad de la Resolución recurrida por haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente, al carecer la CNMC de la habilitación competencial necesaria para imponer obligaciones ablativas de derechos constitucionalmente reconocidos.

En segundo lugar, la infracción del artículo 11.Uno.1 LCNMC, por imponer la Resolución obligaciones sin haber acreditado la existencia de un riesgo para la pluralidad de la oferta.

En tercer lugar la infracción de la Disposición Adicional 16ª de la Ley del Sector Ferroviario, por imponer la Resolución obligaciones sin haber acreditado el incumplimiento por RENFE ALQUILER y/o RENFE MANTENIMIENTO de la obligación de ofrecer sus servicios de forma transparente, objetiva y no discriminatoria.

Y finalmente, la infracción del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la ley de Regimen Jurídico del Sector Público, al ser las obligaciones impuestas a las recurrentes innecesarias y desproporcionadas.



Por su parte, el Abogado del Estado, sostiene la competencia de la CNMC para dictar la resolución impugnada dado que en el sector ferroviario tiene competencias de supervisión y control. En concreto "supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector ferroviario" y la supervisión y control se extiende al sector ferroviario en general (sin excepción) y a todos los mercados de servicios ferroviarios (sin exclusión). Dentro de estas competencias de control y supervisión en el sector ferroviario, puede ejercer "en particular", es decir, con carácter no exhaustivo, y "por iniciativa propia" las siguientes: a) Salvaguardar la pluralidad de la oferta en la prestación de los servicios sobre la Red Ferroviaria de Interés General y sus zonas de servicio ferroviario, así como velar por que estos sean prestados en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. Y b) Garantizar la igualdad entre empresas, así como entre cualesquiera candidatos, en las condiciones de acceso al mercado de los servicios ferroviarios.

Continúa alegando que no hay infracción del art. 11.uno.1 de la LCNMC pues, la regulación asimétrica que pesa sobre RENFE Alquiler deriva exclusivamente de la DA 16ª y, la CNMC se limita a interpretar su alcance para poder ejercitar debidamente sus competencias de supervisión y control.

La CNMC ha tomado en consideración las circunstancias del mercado, y específicamente la falta de incentivos al traspaso de material de RENFE Mercancías a RENFE alquiler para su arrendamiento a terceros, el conflicto de intereses en el mantenimiento de las locomotoras alquiladas por terceros propiedad de RENFE Alquiler y el conflicto de intereses de RENFE Alquiler en la fijación de los precios de arrendamiento de las locomotoras.

Por último, considera que se ha cumplido el principio de proporcionalidad, dado que tanto la adquisición como el alquiler de material rodante de tracción compatible con la red ferroviaria española es complicado y supone un cuello de botella para el crecimiento de las empresas ferroviarias alternativas.

TERCERO- La primera cuestión litigiosa hace referencia a la habilitación competencial de la CNMC y en concreto a si puede imponer obligaciones al amparo del artículo 11.uno 1 de la ley 3/2013, para dar ejecución a la DA 16 de la Ley del Sector Ferroviario.

La resolución impugnada dedica varios apartados a justificar su habilitación competencial. En concreto recuerda el artículo 11.uno. de la ley 3/2013 que establece las competencias de la CNMC en materia de supervisión y control del sector ferroviario. En el apartado Uno, 1 recoge literalmente que la referida Comisión ejercerá las funciones de " 1. *Salvaguardar la pluralidad de la oferta en la prestación de los servicios sobre la Red Ferroviaria de Interés General y sus zonas de servicio ferroviario, así como velar por que éstos sean prestados en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.*"

Como señala la propia resolución impugnada, este precepto debe ser interpretado a la luz de 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, conocida como Directiva RECAST.

En su artículo 56 se establecen las funciones del organismo regulador, entre las que se encuentra, apartado 9 " *Sin perjuicio de las facultades de las autoridades de competencia nacionales en materia de protección de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, el organismo regulador decidirá por iniciativa propia cuando corresponda, las medidas adecuadas para corregir discriminaciones en perjuicio de los candidatos, distorsiones del mercado y otras situaciones indeseables en estos mercados, en particular respecto a lo dispuesto en el apartado 1, letras a) a g)*".

Por otra parte, como igualmente recoge la CNMC, el art. 28 de la LCNMC señala que toda persona física y jurídica está obligada a proporcionar a la Comisión " *toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para el desarrollo de las funciones de dicha Comisión*".

La discusión se ha centrado, tanto en vía administrativa como en esta vía jurisdiccional, en la interpretación de la competencia del regulador en relación con el acceso a la red ferroviaria, y si este igualmente se extiende o no al material rodante, que es precisamente el objeto de la decisión combatida. Y más específicamente, si la CNMC ha ejercitado o no sus competencias discutidas para establecer normativa en el sector.

La Administración entiende que para el ejercicio de las funciones que le atribuye el art. 11.uno apartados 1 y 2, en este caso " 2. *Garantizar la igualdad entre empresas, así como entre cualesquiera candidatos, en las condiciones de acceso al mercado de los servicios ferroviarios.*" tiene la capacidad de " *adoptar las medidas que a su juicio resulten necesarias para corregir el funcionamiento del sector ferroviario, una vez detectada una situación o un comportamiento que impidiera su desarrollo en las concretas condiciones reseñadas en dichos apartados (pluralidad de oferta, prestación de los servicios ferroviarios en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, igualdad entre empresas o candidatos en las condiciones de acceso al mercado de los servicios ferroviarios e, incluso, también tiene atribuida la habilitación para imponer las necesarias específicas obligaciones a las empresas ferroviarias cuyo comportamiento pudiera estar afectando a las condiciones competitivas objeto de salvaguarda y garantía por parte de la CNMC*".

En resumen: se debate si para salvaguardar la pluralidad de la oferta en el sector, la CNMC tiene competencia para adoptar medidas que, a su entender, tienen la finalidad de "corregir situaciones distorsionadoras del mercado".

Como regulador, indudablemente tiene, según la Directiva Recast, la facultad de adoptar medidas para corregir "discriminaciones en perjuicio de los candidatos" o distorsiones del mercado.

Lo que es necesario precisar y valorar es el alcance de las medidas impuestas en la concreta resolución impugnada en el ejercicio de esta competencia que ha llevado a cabo la CNMC.

CUARTO- La Sala coincide con el Abogado del Estado en su apreciación de que una cosa es el título competencial de la CNMC y otra la concreción del ejercicio de la competencia o como señala en la contestación a la demanda "con la sustancia de la competencia que ejerce".

El artículo 1.2 de la ley 3/2013 establece que la CNMC " *tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios*".

Según el artículo 11.uno.1 ("Supervisión y control en el sector ferroviario"):

" la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector ferroviario y la situación de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, también, y en particular, en el mercado de transporte de viajeros en alta velocidad.

En particular, ejercerá, bien por iniciativa propia, bien a solicitud de las autoridades competentes o partes interesadas, las siguientes funciones:

a) Salvaguardar la pluralidad de la oferta en la prestación de los servicios sobre la Red Ferroviaria de Interés General y sus zonas de servicio ferroviario, así como velar por que estos sean prestados en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

b) Garantizar la igualdad entre empresas, así como entre cualesquiera candidatos, en las condiciones de acceso al mercado de los servicios ferroviarios.

...."

Por lo tanto, en las condiciones de liberalización del mercado ferroviario, la CNMC puede intervenir como regulador si considera que procede actuar para la salvaguarda de la pluralidad de la oferta, o para garantizar la igualdad en las condiciones de acceso al mercado de los servicios ferroviarios.

Cuestión diferente es que esa intervención o actuación esté justificada, sea proporcionada, por lo que procede examinar los motivos de impugnación en los que la parte actora denuncia precisamente la infracción del artículo 11.Uno.1 LCNMC, por imponer la Resolución obligaciones sin haber acreditado la existencia de un riesgo para la pluralidad de la oferta.

QUINTO- Antes de continuar con el recurso debe recordarse la aportación por las partes a estos autos de diversa prueba documental, parcialmente coincidente, relativa a la cuestión de las circunstancias del sector ferroviario y en concreto del transporte por ferrocarril.

Por la parte actora se aportan:

- Los informes de supervisión del mercado de transporte ferroviario de mercancías de los años 2017 y 2018 respectivamente INF/DTSP/103/17, de 14 de diciembre de 2017, y INF/DTSP/041/18, de 18 de diciembre de 2018.

- la Resolución de la CNMC en el expediente SDC/0511/14 Renfe Operadora, de 28 de febrero de 2017.

Por el Abogado del Estado se aportan:

- Documento nº 1: Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la Competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España.

- Documento nº 2: Informe sobre el "Futuro del Ferrocarril de Mercancías en España" (Fedea Policy Papers- 2016/25).

- Documento nº 3: Informe de la CNMC de sobre los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril 2017.

- Documento nº 4: Seventh Annual market Monitoring Report. Independent Regulators Group- Rail.

- Documento nº 5: Anexo I. Características de los Lotes Renfe.



- Documento nº 6: Nota de prensa del Ministerio de Fomento sobre el nuevo modelo empresarial de Renfe Operadora.
- Documento nº 7: Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo sobre el "Transporte de mercancías por ferrocarril en la UE: todavía no avanza por la buena vía".
- Documento nº 8: Resolución sancionadora de la CNMC de 28 de febrero de 2017 (S/DC/0511/14 RENFE OPERADORA)

SEXTO- El primer pronunciamiento de la parte dispositiva del acuerdo recurrido establece:

" PRIMERO.- Requerir a Renfe Mercancías, S.P.E., S.A. y a Renfe Alquiler de Material Ferroviario Sociedad Mercantil, S.P.E., S.A. a remitir a la CNMC los informes relativos a la utilización, actividad y demanda potencial de material rodante, según se establece en la conclusión nº 5 y en el epígrafe IV de la presente Resolución. Los primeros informes se remitirán en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución y los siguientes durante el mes de enero de cada año."

A su vez, en la conclusión num. 5 se establece:

"Así las cosas, en el epígrafe IV.4 se ha constatado que RENFE Mercancías no cuenta con incentivos para el traspaso de material a RENFE Alquiler para su puesta a disposición de las empresas ferroviarias alternativas.

Esta Sala considera que, para asegurar la competitividad de las empresas ferroviarias alternativas y la pluralidad de la oferta para los usuarios finales del transporte de mercancías por ferrocarril, es necesario requerir a RENFE Mercancías que evalúe anualmente la utilización efectiva de todo su material rodante de tracción, y en particular, pero no de manera exclusiva, el de las series más modernas y competitivas (series 333, 253 y 252), identificando aquel material ocioso que, derivado de la evolución del mercado, no cuenta con un aprovechamiento adecuado.

Para ello, RENFE Mercancías deberá cuantificar la utilización que realiza de cada serie de su material tractor, mediante el uso de indicadores que permitan conocer para cada una de ellas con carácter mensual la evolución de algunos datos relevantes, entre los que al menos deben considerarse el número de locomotoras, el número de servicios realizados, los kilómetros recorridos, las toneladas netas realizadas o los ingresos obtenidos. Asimismo, deberá identificarse la influencia del tiempo destinado a las operaciones de mantenimiento sobre la productividad alcanzada por las diferentes locomotoras.

En todo caso, para evitar errores terminológicos, los indicadores adoptados por RENFE Mercancías para cuantificar la utilización de sus locomotoras deberán acompañarse de una explicación que defina de un modo preciso el objeto de cada uno de ellos.

Por su parte, RENFE Alquiler deberá analizar la actividad contractual efectuada y estudiar la demanda potencial para el arrendamiento de material rodante adicional.

Los anteriores análisis efectuados por ambas sociedades deben remitirse a la CNMC en el plazo de 2 meses desde la notificación de esta Resolución y, posteriormente, antes del 31 de enero de cada año."

La resolución impugnada toma como punto de partida unas consideraciones preliminares, la primera de las cuales es que " el acceso al material rodante se configura como una importante barrera a la entrada a los mercados ferroviarios tanto de viajeros como de mercancías".

El fundamento de esta afirmación lo encuentra la CNMC en:

- El informe de la CNC sobre el transporte de mercancías por ferrocarril en España del año 2013, que menciona como la escasa oferta de material rodante puede constituir una barrera de entrada para los nuevos operadores del sector.
- En el cuarto paquete ferroviario, el Reglamento 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 que modifica el Reglamento 1370/2007 en lo relativo a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril, señala la conveniencia de evaluar la necesidad de medidas para garantizar el acceso efectivo y no discriminatorio a material rodante adecuado.

A continuación, identifica las dificultades que afrontan las empresas ferroviarias para adquirir nuevo material rodante:

- El elevado coste de adquisición de las locomotoras
- La posibilidad de adquisición del material rodante está muy limitada por las características técnicas de la red ferroviaria española.
- La adquisición de las locomotoras se realiza por pedidos de lotes, no resultando viable un encargo puntual de una o pocas máquinas.



Con cita de la D.A. 16 de la ley del Sector Ferroviario, se recuerda que se constituyó RENFE ALQUILER DE MATERIAL FERROVIARIO S.A. y que por la CNMC " *se considera necesario analizar el cumplimiento*" de esta disposición.

La CNMC describe la situación del parque de locomotoras para el transporte de mercancías por ferrocarril:

- *El parque de locomotoras.* En este punto, lo relevante para la resolución impugnada es que mientras RENFE MERCANCIAS posee una amplia variedad de material, las empresas alternativas han optado por locomotoras diesel. Resalta que mayoritariamente son locomotoras de nueva generación, frente a RENFE que solo tiene un 55% de máquinas "relativamente modernas "

- *El régimen de propiedad del material tractor.* Todas las locomotoras de RENFE son en régimen de propiedad, mientras que las operadoras alternativas tienen un 22% en régimen de propiedad y el resto alquilado.

Es relevante destacar que la CNMC concluye que la entrada en el mercado de RENFE ALQUILER ha incrementado la oferta disponible de material rodante en alquiler en un 15%.

Se señala a continuación que esta empresa dispone un total de 71 locomotoras de diferentes series, y tras valorar (tabla 4 confidencial) las locomotoras alquiladas por RENFE se concluye que existe una demanda sin cubrir de alquiler de material rodante de tracción por parte de las empresas alternativas de RENFE MERCANCIAS y continúa comparando esta demanda insatisfecha con la "adecuación" de la oferta: *"si el parque puesto a disposición de terceros resulta adecuado a la vista del parque disponible, en particular por RENFE MERCANCIAS principal propietaria de locomotoras para el tráfico de mercancías "*.

Se concluye que los operadores ferroviarios alternativos, dada la evolución reciente del mercado con cuotas aproximadas de un tercio del mercado, han alcanzado un aprovechamiento cercano al límite de su material rodante de tracción. Y que esta situación contrasta con los inferiores índices de uso por parte de RENFE.

Llegados a este punto se refiere la CNMC a una resolución propia, pero de la Sala de competencia, de fecha 28 de febrero de 2017.

Esta resolución ha sido aportada a los autos por el Abogado del Estado y fue adoptada en el Expediente S/ DC/0511/14 RENFE OPERADORA.

De la lectura de la misma resulta que 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.

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.

Con fecha 21 de octubre de 2014, la DC incoó el expediente sancionador de referencia contra RENFE, Renfe Mercancías, S.A. (RENFE MERCANCIAS), RENFE ALQUILER, y otros. Se reproduce una conclusión concreta alcanzada entonces: que RENFE MERCANCIAS contaba con " *una amplia capacidad ociosa en cuanto a locomotoras para el transporte de mercancías...* ".

En el expediente de autos resulta que la apertura del procedimiento tuvo lugar el día 21 de noviembre de 2017, *"con el objeto de analizar en profundidad la disponibilidad de alquiler de material rodante para el mercado de transporte de mercancías y sus condiciones de contratación. En dicho escrito, también se señalaba, en aras del principio de eficacia, que quedaban incorporados todos los actos y trámites realizados, tanto en el marco del procedimiento tramitado bajo referencia STP/DTSP/267/16, como la información y documentación aportada por Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.M.E., S.A. (en adelante, RENFE Alquiler) en respuesta al requerimiento de información de fecha 10 de marzo de 2016."*

La CNMC declara hechos probados los siguientes:

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

Con fecha 31 de diciembre de 2004, entró en vigor la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (LSF) que liberalizaba la prestación de servicios 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.

.....

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.

.....

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

- 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.

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.

Además, en el caso de la adquisición de locomotoras, el proceso de homologación de la locomotora para circular por la RFIG, 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 alquilar, y que la amortización de la locomotora supone una rebaja en los costes de tracción superior al 50% con respecto al alquiler.

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.

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.

.....



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:

"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.

.....

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:

.....

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".

Se declara cometida 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".

Extrapolando la actividad probatoria llevada a efecto en ese expediente, así como, parcialmente, las conclusiones del mismo, se parte de la base de que pese a contar con material que podrían alquilar, porque no lo utilizan, las empresas del Grupo RENFE no lo ponen en alquiler a terceros.

Esto tiene consecuencias para dichos terceros, porque limita su actividad. Se vincula a esto sin mayores apreciaciones, el hecho de que en el año 2017 bajara un 10% la actividad de los terceros subiera levemente la de RENFE y además la merma de la cuota del modo ferroviario en el transporte de mercancías.

La CNMC reconoce que RENFE MERCANCÍAS ha traspasado material rodante a RENFE ALQUILER, pero lo atribuye a la incoación del expediente sancionador de referencia, tomado allí este hecho en cuenta como atenuante, si bien no como eximente.

Concluye la Administración que hay que incentivar el traspaso de material rodante de RENFE MERCANCIAS a RENFE ALQUILER para que esta lo ponga a disposición de las empresas ferroviarias alternativas.

La Sala echa en falta el razonamiento que sustente la conclusión alcanzada en cuya virtud, la única y exclusiva razón por la que bajó la actividad de las empresas "terceras" un 10% y mermó la cuota del modo ferroviario de transporte, se debe exclusivamente a la descrita "capacidad ociosa" de RENFE, en ausencia de cualquier otro elemento a tomar en consideración.

El Reglamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 que modifica el Reglamento (CE) n.º 1370/2007 en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril comienza señalando que el transporte por ferrocarril tiene potencial para crecer y aumentar su cuota modal y para desempeñar una función importante en un sistema de transporte y movilidad sostenible, creando nuevas oportunidades de inversión y creación de empleo. No obstante, los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril no han crecido al mismo ritmo que otros medios de transporte.

En el artículo «Artículo 5 bis Material rodante» se contempla la adopción de medidas apropiadas para garantizar el acceso efectivo y no discriminatoria al material rodante. Entre ellas, " a) la adquisición por la autoridad competente del material rodante necesario para la ejecución del contrato de servicio público, con el fin de ponerlo a disposición del operador de servicio público seleccionado a precio de mercado o como parte del contrato de servicio público con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra b), al artículo 6 y, en su caso, al anexo, o b) el otorgamiento por la autoridad competente de una garantía para la financiación del material rodante necesario para la ejecución del contrato de servicio público a precio de mercado o como parte del contrato de servicio público con arreglo al artículo 4, apartado 1, letra b), al artículo 6 y, en su caso, al anexo, incluyendo una garantía que cubra el riesgo de valor residual, o c) el compromiso de la autoridad competente en el contrato de servicio



público de hacerse cargo del material rodante en condiciones financieras predefinidas al concluir el contrato a precio de mercado, o d) la cooperación con otras autoridades competentes para crear un mayor fondo común de material rodante."

La Sala considera especialmente relevantes las conclusiones alcanzadas en el informe de la CNMC en el año en que se dicta la Resolución impugnada.

En el mismo, se analizan el transporte de mercancías en España en 2017 y su evolución; la caracterización del transporte de mercancías por ferrocarril, incluyendo, la caracterización de la demanda y el tamaño total del mercado y la evolución de la cuota modal; los costes del modo ferroviario y los determinantes de su competitividad.

Las conclusiones de este informe, elaborado por la CNMC, comienzan literalmente como sigue:

"V. CONCLUSIONES

El transporte de mercancías por ferrocarril confirmó la reducción de la actividad iniciada en 2016, con un descenso del 3,1% en t.km netas en 2017 y del 1,7% en el primer semestre de 2018. La caída de actividad fue especialmente intensa para las empresas alternativas a RENFE Mercancías, con un 9,1%, y es la primera que registran desde la liberalización del mercado.

No obstante, la reducción de tráfico se ha visto acompañada de un crecimiento de los ingresos del 2,3%, hasta situarse en 294,4 millones de euros. Este crecimiento ha sido mayor para las empresas alternativas (5,7%) que para RENFE Mercancías (1%). Como resultado, los ingresos de las empresas alternativas han supuesto en 2017 el 28% del total del mercado.

Desde la perspectiva de los costes y de la eficiencia de los operadores, por primera vez RENFE Mercancías logró situar su coste medio por tonelada neta por debajo del de los operadores alternativos, si bien todavía no alcanza sus niveles de eficiencia en el tráfico; en efecto, los nuevos agentes son capaces de realizar el 36% del tráfico con el 23% de los trenes circulados gracias a un mayor aprovechamiento de la capacidad de carga de estos y a una intensidad mayor de utilización de sus locomotoras y de su personal. El recorrido promedio de sus convoyes también es más largo, llevando la tonelada neta cargada más lejos."

Se presta especial atención a la cuota modal del ferrocarril en el transporte de mercancía, que según dice la propia CNMC, se redujo aún más como consecuencia de la caída de la actividad en 2017.

A este respecto se señala que " *Entre las características de las infraestructuras que limitan la competitividad del ferrocarril, destaca la incidencia de la falta de interoperabilidad plena de la vía, tanto a nivel nacional como internacional.*

Las diferencias de ancho de vía, de electrificación y de señalización hacen que, incluso a nivel nacional, la red esté segmentada y requiera un material rodante capaz de adaptarse a las especificidades de la red. Si bien la implementación de los requisitos asociados a las redes de transporte transeuropeas (TEN-T) solventarán en el largo plazo esta situación, en la actualidad la falta de acceso a material rodante adecuado será una barrera a la entrada³⁵ para potenciales entrantes. La exigencia de disponer de material rodante interoperable, que soporte varias tensiones eléctricas y sistemas de señalización, o de realizar un cambio de locomotora, lastra considerablemente la competitividad del modo ferroviario.

La red ferroviaria no cuenta, en términos generales, con capilaridad suficiente para realizar un transporte de mercancías puerta a puerta. Esto es especialmente cierto en España, donde el número de derivaciones particulares que alcanzan fábricas y polígonos industriales es muy reducido. En países de nuestro entorno, en los que existe un número mucho mayor de estas instalaciones, se han puesto en marcha programas de ayuda a la construcción y modernización de instalaciones de servicio y derivaciones particulares.

Alcanzar el destino final de la carga requiere que el modo ferroviario se complete con el transporte por carretera (acarreo) y que acceda a terminales donde realizar este trasvase modal. Ambos elementos, como se ha estimado, suponen más del 50% de los costes totales del transporte de mercancías por ferrocarril, configurándose como un elemento determinante de la mayor competitividad de la carretera. El nivel de estos costes está vinculado a la disponibilidad geográfica de instalaciones de servicio ferroviario y a su funcionamiento. En relación con esto último, de acuerdo con la consulta realizada por la CNMC a los representantes de los usuarios³⁶, uno de los elementos que limitaban la competitividad del modo ferroviario es el funcionamiento de las terminales de mercancías.

Una mayor aplicación de tecnologías de la información a los procedimientos administrativos asociados a este transporte mejoraría su eficiencia y fiabilidad. En particular, la aplicación a este transporte de tecnologías de geolocalización y seguimiento de envíos, como ya sucede en otros modos de transporte, facilitaría la corrección

de las incertidumbres y demoras que experimenta y que, en la señalada consulta a los representantes de los usuarios, era destacado como uno de los motivos para no utilizar el modo ferroviario.

....."

Ninguna mención se recoge en ningún momento del informe a la situación de la oferta, a la falta de material rodante, a la escasa disponibilidad de material rodante, y en general a las consideraciones que justifican en el expediente origen de la resolución litigiosa la adopción de la medida impuesta en primer lugar a RENFE MERCANCIAS, " *de evaluar anualmente la utilización efectiva de todo su material rodante de tracción e identificar el material ocioso, en los términos establecidos en el Resuelvo Primero en relación con la conclusión nº 5 y el epígrafe IV de la Resolución recurrida.* "

Y la obligación impuesta a RENFE ALQUILER de analizar la *actividad contractual efectuada y la demanda potencial para el arrendamiento de material rodante adicional, en los términos establecidos en el Resuelvo Primero en relación con la conclusión nº 5 y el epígrafe IV de la Resolución recurrida.*

Como alegó la parte actora, de la propia actividad de la CNMC resulta que la reducida cuota modal del transporte ferroviario de mercancías en España está ligada a la concurrencia de factores estructurales relacionados con las características de la red, los factores de falta de capilaridad de la red, las características de los sistemas de digitalización y automatización del servicio, los costes de acarreo asociados a las dificultades que tiene este modo para realizar un transporte puerta a puerta y eso pese a lo que el informe de la CNMC califica de bajos costes del uso de la red ferroviaria, los cánones, entre otras razones detalladas en el informe.

La resolución impugnada expone en sus primeros apartados cual es su habilitación competencial (paginas 2 a 7), realiza unas consideraciones preliminares sobre el acceso al material rodante como una importante barrera a la entrada a los mercados ferroviarios tanto de viajeros como de mercancías, (paginas 7 a 9) , la situación actual del parque de locomotoras para el transporte de mercancías por ferrocarril, (paginas 9 a 12) la oferta de material rodante de RENFE ALQUILER (paginas 13 a 19) y dentro de este mismo apartado, aborda las "Medidas a imponer".

Estas medidas son: " *Requerir a Renfe Mercancías, S.P.E., S.A. y a Renfe Alquiler de Material Ferroviario Sociedad Mercantil, S.P.E., S.A. a remitir a la CNMC los informes relativos a la utilización, actividad y demanda potencial de material rodante, según se establece en la conclusión nº 5 y en el epígrafe IV de la presente Resolución. Los primeros informes se remitirán en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución y los siguientes durante el mes de enero de cada año.*"

A la vista de las consideraciones expuestas, la medida aparece injustificada pues la propia CNMC en sus informes sobre el sector no considera determinantes de la situación del transporte ferroviario, las condiciones de alquiler del material rodante, ni la supuesta ociosidad de este. La falta de justificación hace esta medida desproporcionada y contraria a derecho, por lo que debe anularse.

SÉPTIMO- En segundo lugar en la parte dispositiva de la resolución impugnada se establece: " *SEGUNDO.- Requerir a Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.M.E., S.A. a informar a la CNMC, en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución, sobre las actuaciones que prevé desarrollar para someter los servicios de mantenimiento del material arrendado a una contratación competitiva para la selección de la Entidad Encargada del Mantenimiento y de los centros en que se realizarán, según se establece en la conclusión nº 7 y en el epígrafe V.2.2 de la presente Resolución.*"

En la conclusión número 7 se examina el mantenimiento del material rodante alquilado por RENFE Alquiler, y se indica que el arrendador debe ser responsable de la contratación de las operaciones de mantenimiento sobre las locomotoras, y para ello debe suscribir un contrato a tal efecto, contrato "integral". Pero, añade, no está justificado que sea RENFE mantenimiento quién lo haga obligatoriamente, sino que basta con que la "Entidad encargada del mantenimiento" reúna las siguientes condiciones:

- 1-. Cuente con un sistema de gestión del mantenimiento;
- 2-. que el centro de mantenimiento esté debidamente homologado por la AESF; y
- 3-. Que tenga la habilitación de ADIF para realizar cada operación.

Además, a fin de que las arrendatarias tengan la certidumbre de que las condiciones para el mantenimiento de las locomotoras serán las más competitivas posibles, RENFE alquiler debe:

- . Agrupar por lotes su parque de locomotoras de acuerdo con las alternativas existentes en el mercado.
- . Someter los servicios de mantenimiento de cada lote a una contratación competitiva.



Se pretende con ello, siempre según la CNMC que en cada caso el arrendatario pueda escoger la entidad encargada del mantenimiento y el centro de mantenimiento más competente.

En el apartado V.2.2 de la resolución se recoge la justificación dada por RENFE alquiler a la elección de RENFE mantenimiento como entidad encargada del mantenimiento, que se resume fundamentalmente en que dispone del "know-how" necesario para garantizar la correcta conservación de los vehículos.

En contra, la CNMC recuerda las indicaciones de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF) para señalar que:

- la realización del mantenimiento, según la legislación vigente, requiere de una EEM que cuente con un sistema de gestión del mantenimiento, así como de un centro de mantenimiento debidamente homologado por la AESF y con la oportuna habilitación de ADIF.
- Esto garantiza a RENFE Alquiler la calidad del mantenimiento de todas las EEM presentes en el mercado, y no el hecho de que RENFE Mantenimiento haya sido la entidad que históricamente haya realizado estas actividades en dicho material.

Y concluye: es razonable que sea el arrendador el que seleccione la EEM y el centro de homologado para el mantenimiento integral de sus locomotoras, pero no se han justificado las razones por las que estas actividades deban ser necesariamente realizadas por RENFE Mantenimiento.

Por el contrario, esta elección conlleva importantes elementos negativos señalando como núcleo de tal consideración negativa la circunstancia de que la vinculación accionarial de RENFE Alquiler y RENFE Mantenimiento limita la transparencia en las condiciones de mantenimiento, y los beneficios que podrían derivarse de una contratación competitiva del mantenimiento, mediante una negociación con todos los agentes del mercado.

La parte actora ha alegado que someter los servicios de mantenimiento de las locomotoras de RENFE ALQUILER a una contratación competitiva puede incluso no resultar adecuada para alcanzar el fin declarado de la Resolución consistente en asegurar que las condiciones de mantenimiento sean " *las más competitivas posibles*". Y ello por el riesgo de que en la licitación no puedan concurrir todos los potenciales mantenedores y, en concreto, el actual mantenedor, RENFE MANTENIMIENTO.

Sustenta su alegación en que el encargo se realiza en aplicación del artículo 33 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, como medio propio.

Y cita un informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado según el cual los poderes no adjudicadores pueden realizar encargos a medios propios sin que esto restrinja la competencia.

En efecto, en el informe citado por la parte actora (folio 24 de la demanda) la Junta Consultiva dijo literalmente que " *en los casos en que entidades del sector público que no son poderes adjudicadores tengan el control o participen en el capital de otras entidades de la misma naturaleza podrán acudir a la figura del encargo a medios propios prevista en el artículo 33.3 de la ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público sin tener que sujetarse a las reglas de contratación establecidas para ellas. Esta conclusión no debe interpretarse como una restricción de la competencia en el sector concreto de que se trate puesto que la función estrictamente mercantil o industrial que cumplen estas entidades justifica sobradamente tal como hemos visto que señalan los considerandos de la Directiva, que se puede acudir a la figura del encargo para con empresa del mismo grupo empresarial sin que con ello se afecte a la libre competencia.* " Se trata del informe 29/2018, de 5 de abril de 2018.

La ley de contratos, según su propio texto en el párrafo 3 del artículo 33 recoge la posibilidad de que una entidad del sector público estatal realice un encargo a otra del mismo sector, siempre que la entidad que realiza el encargo y la que lo reciba estén controladas directa o indirectamente por la misma entidad de dicho sector y además la totalidad del capital social o patrimonio de la entidad destinataria del encargo sea de titularidad pública.

La doctrina del in house providing y los criterios TECKAL (sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98) recogidos en la directiva 2014/24/UE, se articulan por el TJUE con el fin de favorecer la eficiencia y la eficacia en materia de contratación pública. Según la STJCE de 11 de enero de 2005, asunto C- 26/2003, Stadt Halle y RPL Lochau, en su apartado 48 :

"Una autoridad pública, siendo una Entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a Entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título

oneroso celebrado con una Entidad jurídicamente distinta de la Entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos."

Es decir, se ofrece a aquellas entidades del sector público la posibilidad de acudir a sus medios propios, de satisfacer por sus propios medios sus necesidades.

En todo caso, como alega la parte actora, la obligación de someter los servicios de mantenimiento de las locomotoras de RENFE ALQUILER a una contratación competitiva puede incluso no resultar adecuada para alcanzar el fin declarado de la Resolución recurrida consistente asegurar que las condiciones de mantenimiento sean "las más competitivas posibles", en la medida en que existe el muy probable riesgo de que en la licitación no puedan concurrir todos los potenciales mantenedores y, en concreto, el actual mantenedor, RENFE MANTENIMIENTO.

En el informe A.G. FOMENTO 2/18 de la Abogacía del Estado aportado por la recurrente como documento num. 6 con el escrito de demanda, se abordan distintas cuestiones. Con cita de la abundante jurisprudencia europea en materia de utilización de medios propios y encomiendas de gestión recuerda que se plantean dudas sobre el régimen de los encargos conferidos por los poderes no adjudicadores conforme al artículo 33 de la LCSP, a cuyo tenor:

".... En la propuesta de informe se examinan dos tipos de cuestiones. En primer lugar, la aplicación o no a los encargos efectuados por los poderes no adjudicadores (artículo 33 de la LCSP) de determinadas limitaciones establecidas en la regulación de los encargos por poderes adjudicadores en el artículo 32 (concretamente, las reglas de cálculo del porcentaje de actividad realizada por el medio propio a favor de entidades del sector público estatal, las limitaciones a la contratación de terceros para la ejecución parcial del encargo, y la prohibición de que el medio propio pueda concurrir a licitaciones de la entidad o entidades que puedan conferirle encargos). Y, en segundo lugar, si la regla de no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido de los servicios prestados en virtud de encargos del artículo 32 de la LCSP (artículo 7.8º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA , en la redacción dada por la disposición final décima de la LCSP), resulta aplicable a los servicios prestados en ejecución de encargos efectuados por poderes no adjudicadores, del artículo 33 de la LCSP .

.....

Es cierto que el artículo 33 de la LCSP , al regular los encargos de los poderes no adjudicadores, no exige el requisito formal de que la condición de medio propio sea reconocida expresamente en sus estatutos o normas de creación, de donde podría deducirse que, consecuentemente, dichos estatutos tampoco han de recoger expresamente la prohibición de concurrir a las licitaciones de los poderes no adjudicadores que pueden conferirles los encargos.

Pero, estando las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores sujetas, entre otros, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación (artículo 321.1 de la LCSP), y siendo los encargos a medios propios excepciones a dichos principios, parece lógico evitar un recurso excesivo o abusivo a los medios propios que les otorgue ventajas competitivas en el mercado, lo que sucedería si, por una parte, recibieran, en su condición de medios propios, encargos directos sin publicidad ni concurrencia, en contratos de objetos coincidentes a los de los contratos típicos regulados en la LCSP, y por otra parte, pudieran concurrir, además, a las licitaciones convocadas por las entidades de las que son medio propio (ya se trate de poderes adjudicadores, o de poderes no adjudicadores). La ratio o fundamento de la prohibición de concurrir a licitaciones de los entes respecto de los que una entidad se declara medio propio concurre tanto si dichas entidades son poderes adjudicadores como si, distintamente, tienen la condición de poderes no adjudicadores, y una solución diferente de la que aquí se postula puede atribuir ventajas competitivas al medio propio respecto del resto de operadores del mercado, que ven reducido este mercado al no poder optar por encargos directos, y tendrían que competir, además, con los medios propios en las licitaciones " .

Cuando llega al punto relativo a la aplicación de las reglas de los artículos 32.2.b) (regla de cálculo del porcentaje del 80%) y del art. 32.2.d) 2ª, (prohibición de acudir a las licitaciones convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios), dice el informe que el criterio de este Centro Directivo sobre la aplicación de estas reglas no es el seguido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, y concluye que "la Junta consultiva de Contratación Pública del Estado no parecen seguir el criterio de este Centro Directivo".

Como alega la actora, esta situación revela que, si se impone el criterio de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, la licitación organizada por RENFE ALQUILER claramente no constituiría una medida adecuada para asegurar que las condiciones de mantenimiento sean "las más competitivas posibles", al excluirse la participación en la misma del actual mantenedor.



Por el conjunto de razonamientos expuestos, procede estimar el recurso en relación con las obligaciones impuestas en el apartado segundo del resuelve de la resolución impugnada.

OCTAVO-. El tercer apartado de la parte dispositiva de la resolución impugnada dice:

"TERCERO.- Requerir a Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.M.E., S.A. a la definición de los indicadores de su actividad y su remisión a la CNMC en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución, así como a su posterior publicación con carácter trimestral, en los términos indicados en la conclusión nº 8 y en el epígrafe V.2.3 anterior."

En la conclusión 8 se establece que a fecha de la resolución, RENFE Mantenimiento es responsable de ejecutar en la actualidad actividades de mantenimiento en locomotoras explotadas, tanto por RENFE Mercancías, como por todos sus competidores que han alquilado las máquinas a RENFE Alquiler. Como para algunos modelos es la única opción disponible en el mercado español se establece una obligación a RENFE Mantenimiento: deberá definir y publicar periódicamente indicadores (Key Performance Indicators - KPIs - en terminología anglosajona), que caractericen los aspectos más destacados de la actividad del mantenimiento de locomotoras realizada *por esta sociedad, como pudiera ser el plazo (o estadía), el precio, los índices de fiabilidad o de disponibilidad, las penalizaciones, etc.*

Y esta obligación se ampara en el texto de la disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2015, según la cual:

"1. Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A. facilitará el acceso de los operadores al material de forma transparente, objetiva y no discriminatoria, dando publicidad a su oferta de tal forma que su contenido pueda ser conocido por todas aquellas empresas ferroviarias que estén interesadas.

La entidad pública empresarial Renfe-Operadora asegurará la independencia de los miembros del consejo de administración de Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A. respecto de los operadores ferroviarios públicos o privados.

2. Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.A. prestará asimismo los servicios de forma transparente, objetiva y no discriminatoria.

3. La entidad pública empresarial Renfe-Operadora asegurará que Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A. y Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.A. guarden la debida confidencialidad en el manejo de la información relevante relativa al negocio de terceros a la que, en su caso, tengan acceso en el ejercicio de su actividad."

En el epígrafe V.2.3 de la resolución que se cita, se analiza la situación y se indica que en esa fecha RENFE Mantenimiento es responsable de ejecutar actividades de mantenimiento en locomotoras explotadas, tanto por RENFE Mercancías, como por sus competidores en este mercado.

Esta situación genera en RENFE Mantenimiento un conflicto de intereses, al generarle incentivos a priorizar las operaciones que ejecuta para los operadores ferroviarios de su grupo en detrimento del resto.

Dado que la 16ª de la Ley 38/2015 establece que "Renfe Fabricación y Mantenimiento, S. A. prestará asimismo los servicios de forma transparente, objetiva y no discriminatoria" la CNMC alude a que la situación permitiría que "puede incrementar tanto los costes directos como indirectos señalados en el párrafo anterior a los competidores de RENFE Mercancías" y concluye que ha de tomar medidas para evitar que esto ocurra.

RENFE Mantenimiento alegó que la CNMC carece de competencias para pedir tal información, la CNMC lo sustenta en el art. 11.uno y en el art. 28 de la ley 3/2013

En este caso, la Sala no aprecia que la remisión de información a la CNMC sobre los extremos relativos a indicadores sobre la actividad de mantenimiento en locomotoras explotadas, tanto por RENFE Mercancías, como por todos sus competidores que han alquilado las máquinas a RENFE Alquiler, sea injustificada o desproporcionada, debiendo desestimarse este motivo de recurso.

NOVENO-. En el apartado cuarto del resuelve se establece:

"Requerir a Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.M.E., S.A. a informar a la CNMC, en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución, sobre los criterios objetivos para fijar las condiciones económicas del alquiler de todas sus locomotoras, según se establece en la conclusión nº 9 y en el epígrafe V.3.1 de la presente Resolución."

La conclusión numero 9 recoge las siguientes consideraciones:



"Por lo que se refiere a las condiciones económicas, no se han observado diferencias sustanciales en los precios del alquiler relativos al material más moderno puesto a disposición por RENFE Alquiler, donde cuenta con competencia por parte de otras empresas.

Por el contrario, las máquinas de las otras series, más antiguas, que posee RENFE Alquiler (S-269 y S-319) cuentan con un precio que no resulta objetivo sobre la base de los valores residuales calculados por RENFE Operadora en el momento de su traspaso a RENFE Alquiler y que parece resultar elevado en comparación con las series más modernas.

Por ello, en el plazo de dos meses de la notificación de la presente Resolución, RENFE Alquiler deberá aportar a la CNMC la información necesaria para todas las locomotoras en arrendamiento que justifique, en línea con sus alegaciones, que la cuota fijada se basa en parámetros objetivos, como las características técnicas de las locomotoras, su capacidad de arrastre, su fiabilidad, el coste de su mantenimiento, el valor residual de la locomotora o la rentabilidad esperada del activo para RENFE Alquiler."

Los escritos de la parte actora no contienen alegaciones distintas de las generales sobre la falta de competencia de la CNMC en relación con esta obligación sobre la información a remitir al regulador en relación con esos concretos parámetros. La Sala no considera que esta obligación está injustificada o sea desproporcionada.

Debe por tanto desestimarse el recurso en relación con esta concreta parte de la resolución impugnada.

DÉCIMO- La actora igualmente considera, además de la total falta de competencia de la CNMC para dictar la resolución recurrida, la específica falta de competencia para dictar los apartados 5, y 6 del resuelve.

El texto del apartado 5 es el siguiente:

" Requerir a Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.M.E., S.A. y a Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.M.E., S.A. a informar a la CNMC, en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente Resolución, sobre las modificaciones que prevén realizar en los contratos vigentes en materia de disponibilidad, penalizaciones y seguro de daños, según se establece en la conclusión nº 11 y en el epígrafe V.4 de la presente Resolución."

La conclusión 11 recoge como en concreto sobre las CONDICIONES DE DISPONIBILIDAD fijadas en los contratos de arrendamiento, hay que mejorar los índices, porque tienen un impacto en los costes de las empresas ferroviarias.

Considera la CNMC que las penalizaciones impuestas a RENFE Mantenimiento por el incumplimiento de los índices de disponibilidad son muy bajas, y debe incrementarlas. Igualmente, que no está justificado que RENFE Alquiler no tenga penalización por la resolución anticipada de los contratos, de manera que debe incluirla.

Y por último, la CNMC considera que los valores de los seguros que esta empresa obliga a contratar a las empresas ferroviarias alternativas deben ser consistentes con el valor de los bienes, por lo que los actuales importes resultan desproporcionados.

Se detallan más los problemas que aprecia la CNMC en el apartado V.4 titulado " Otros elementos relevantes en las condiciones de acceso al material rodante fijadas por RENFE Alquiler".

La CNMC considera que en los contratos que RENFE Alquiler tiene suscritos con las empresas ferroviarias "alternativas" hay cláusulas contrarias a los principios de transparencia, objetividad y no discriminación establecidas en la DA 16, y son tres:

I) INDICES DE DISPONIBILIDAD. Los índices de disponibilidad permiten conocer aproximadamente los días con los que el explotador puede, a priori, contar con la locomotora. La CNMC considera que son esenciales para el cliente final porque determinan la calidad del transporte de mercancías por ferrocarril.

En el acto administrativo impugnado se concluye la necesidad de que RENFE ALQUILER defina de un modo "homogéneo en los contratos que suscriba con sus arrendatarios las actividades incluidas para el cómputo del índice de disponibilidad, teniendo presente que la eliminación de gran parte de las actividades del mantenimiento preventivo del cálculo del índice debería repercutir en un aumento del índice de disponibilidad ofrecido" porque considera que los índices que se han comprobado "permitirían encubrir una situación discriminatoria por parte de RENFE Mantenimiento en caso que utilice los umbrales máximos anteriores incluso para revisiones menores"

En este caso, la recurrente alega que la CNMC no ha afirmado ni acreditado que RENFE MANTENIMIENTO haya actuado en forma discriminatoria, lo que supone establecer una obligación en base a meras especulaciones.

Este Tribunal no comparte esta consideración de la parte actora: en este caso, se están imponiendo obligaciones de transparencia que encuentran su justificación no en la constatación de una conducta irregular de las recurrentes, en concreto de RENFE ALQUILER y RENFE MANTENIMIENTO, sino en la necesidad de

mejorar la calidad del servicio ofrecido en una concreta situación, la de liberalización del transporte ferroviario en las anteriormente descritas circunstancias del transporte ferroviario.

En este caso el punto de partida de la argumentación actora es erróneo pues se trata precisamente de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de objetividad y no discriminación ex D.A. 16 de la ley del Sector Ferroviario.

II) PENALIZACIONES. El contrato de arrendamiento diseñado por RENFE ALQUILER establece los casos en que el arrendador y el arrendatario pueden resolver el contrato, así como los supuestos en que las partes deben abonar penalizaciones. La CNMC identifica una situación en la que el arrendatario tiene una penalización por resolución anticipada sin causa justificada o por su incumplimiento, mientras que no se contempla una penalización al arrendador en el caso de resolución anticipada por culpa o incumplimiento de este.

La Sala considera en este caso razonable y proporcionada una decisión en la que se impone a RENFE ALQUILER la obligación de incluir en sus contratos una penalización en caso de resolución anticipada del contrato por parte del arrendador. Al igual que se señaló en relación con los índices de disponibilidad, no se trata, como parece entender la recurrente, de una sanción por lo que previamente debe establecerse la concurrencia de la conducta infractora. Por el contrario la CNMC está dando cumplimiento a la exigencia de la ley de objetividad y no discriminación.

III) SEGURO DE DAÑOS PARA LA LOCOMOTORA. Para suscribir un contrato de arrendamiento, RENFE Alquiler obliga a la empresa ferroviaria a contratar un seguro a todo riesgo que cubra los daños en el material rodante objeto de alquiler. El importe por el que deberá asegurarse el material arrendado depende de la serie de la locomotora. A juicio de la CNMC, el importe determinado por RENFE Alquiler a cubrir por estas pólizas es muy elevado en comparación con la valoración de las locomotoras, efectuada por la propia RENFE Operadora en el momento de su traspaso a RENFE Alquiler, según se muestra en la correspondiente tabla.

Señala la CNMC que en los contratos de alquiler suscritos entre RENFE Alquiler y RENFE Mercancías no se exigía la contratación por parte del arrendatario de dicho seguro a todo riesgo. La desproporción entre la valoración del bien asegurado y el importe del seguro exigido por RENFE Alquiler supone un incremento de los costes para las empresas ferroviarias alternativas que no está justificado. De esta forma, dichas empresas, que, por la situación concreta del mercado español, requieren del acceso al material rodante de RENFE Alquiler, enfrentan un incremento de los costes subyacentes que limitan su capacidad competitiva y, por ende, la pluralidad de la oferta que observan los clientes finales.

Por ello, esta Sala considera necesario que los importes de los seguros que deben suscribir las empresas arrendatarias se ajusten al valor de los bienes asegurados."

La actora alega que la no exigencia de un seguro de daños a RENFE MERCANCÍAS únicamente responde a la política del Grupo Renfe de no exigir garantías y seguros entre las empresas del Grupo por entender que no existe riesgo de falta de pago, y no supone ninguna discriminación, puesto que en caso de daño o pérdida de la locomotora, RENFE MERCANCÍAS responde frente a RENFE ALQUILER al igual que cualquier otro arrendatario. Y que tampoco resulta desproporcionado el importe del seguro teniendo en cuenta que en caso de pérdida o destrucción de una locomotora por el arrendatario, el daño que este hecho provocaría a RENFE ALQUILER no se vería resarcido por el abono por el arrendatario de una cantidad similar a su valor contable, dado que RENFE ALQUILER se vería obligada a adquirir una nueva locomotora.

El argumento no puede prosperar: es una exigencia de la normativa de seguros, interpretada en este caso además a la luz de la situación en la que se dicta la decisión del regulador, que el importe del seguro se ajuste al valor de los bienes asegurados.

UNDÉCIMO- En el apartado sexto de la parte dispositiva la CNMC establece:

"Requerir a Renfe Alquiler de Material Ferroviario Sociedad Mercantil, S.M.E., S.A. a implementar las medidas de transparencia señaladas en la conclusión nº 12 de la presente Resolución de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2015, de 30 de septiembre, del sector ferroviario. 8

A su vez en la conclusión 12 se recoge, que si bien es comprensible que, en un primer momento, la falta de experiencia en este mercado hiciera que la actividad de RENFE ALQUILER con los operadores alternativos se centrara en mantener contactos para informar del material disponible para el alquiler y de las condiciones en que se efectuaría el mismo, más de tres años después del inicio de la actividad resulta aconsejable una mayor transparencia en los procedimientos, material disponible, etc.

Esta mayor transparencia está, además, prevista en lo establecido en la disposición adicional 16ª de la Ley 38/2015.



En esta línea, la CNMC valora positivamente que RENFE Alquiler haya comenzado, durante el segundo semestre del año 2017, a informar en su página web sobre las fechas en que los interesados pueden acceder al arrendamiento de algunas de sus máquinas S-333 y S-253, ampliando, de esta forma, la comunicación que hasta la fecha se efectuaba mediante correos a las empresas ferroviarias. Pero tal información debe ampliarse a todo su parque de locomotoras.

Se exige que la página web de RENFE Alquiler incluya, para todo su parque de locomotoras:

- información más detallada sobre su estado, así como la publicación de las condiciones generales de contratación.
- Publicación de la fórmula o las tablas que justifican el precio del alquiler en función de variables como el tipo de máquina, el número de máquinas que se alquila, el plazo y los kilómetros efectuados; de modo que, con carácter previo, se conozca cual podría ser el mismo.

RENFE Alquiler debe mejorar la transparencia del procedimiento de adjudicación, para que los potenciales arrendatarios puedan tener más garantías que incrementen su confianza en el mismo.

La actora considera que la obligación impuesta a RENFE ALQUILER de publicar determinada información en su página web y, en particular, sus condiciones generales de contratación, así como la fórmula o las tablas que justifican el precio de alquiler, resulta igualmente desproporcionada en la medida en que se refiere a información sensible sobre aspectos esenciales de la estrategia comercial de RENFE ALQUILER que no puede ser conocida por sus competidores. De esta forma, la obligación impuesta a RENFE ALQUILER iría claramente más allá de lo necesario para asegurar la transparencia de su oferta, puesto que, conforme a lo dispuesto en la DA 16ª de la LSF, RENFE ALQUILER cumple con la obligación de transparencia "dando publicidad a su oferta de tal forma que su contenido pueda ser conocido por todas aquellas empresas ferroviarias que estén interesadas", sin que se requiera el conocimiento de la misma por otras empresas distintas de las empresas ferroviarias, como no podría ser de otra forma, al tratarse de información confidencial.

Por su parte el Abogado del Estado considera que, según la interpretación de la parte actora, la transparencia a que obliga la DA 16ª a RENFE Alquiler se limitaría a dar las condiciones de contratación a cada empresa ferroviaria individualmente. Alega que la obligación de dar publicidad a su oferta debe entenderse en un sentido mucho más amplio. RENFE Alquiler debe dar publicidad a las condiciones esenciales de su oferta respecto al material rodante disponible y sus características, a la contratación y a las condiciones económicas del arrendamiento. No debe olvidarse que las obligaciones de transparencia son instrumentales para asegurar la no discriminación entre los potenciales clientes de RENFE Alquiler. La forma de dar cumplimiento a la obligación de transparencia que pretende la recurrente, basado en negociaciones bilaterales, es incompatible con este objetivo de la DA 16ª, dado que las empresas ferroviarias no podrán conocer si sus condiciones son equiparables a las de otros arrendatarios.

La Sala considera que, en las circunstancias del mercado y el sector en el momento de dictarse la resolución impugnada, la exigencia de publicación en definitiva, de publicidad del estado del parque de locomotoras, y las condiciones generales de contratación están plenamente justificadas, son proporcionadas, y encuentran amparo en las previsiones de la ley del Sector Ferroviario.

No ocurre así con la exigencia publicación de la fórmula o las tablas que justifican el precio del alquiler en función de variables como el tipo de máquina, el número de máquinas que se alquila, el plazo y los kilómetros efectuados. En este caso, la medida es desproporcionada, y la exigencia de transparencia impuesta a RENFE no encuentra justificación, ni aparece como necesaria para asegurar la no discriminación entre los clientes potenciales. La alegación de que es el único modo de asegurar que no habrá diferencias entre los arrendatarios no encuentra soporte razonable a juicio de esta Sala.

En consecuencia, esta obligación debe anularse por ser desproporcionada, a la vista de las características del mercado de alquiler, recogidas en la resolución impugnada.

DUODÉCIMO- En resumen: se estima en parte el recurso y se declaran contrarias a derecho los "resuelve" números primero, segundo, y parcialmente el sexto, en cuanto establece la obligación de " *publicar la fórmula o las tablas que justifican el precio del alquiler en función de variables como el tipo de máquina, el número de máquinas que se alquila, el plazo y los kilómetros efectuados; de modo que, con carácter previo, se conozca cual podría ser el mismo.*"

La estimación parcial del recurso conlleva, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 de la ley jurisdiccional, que no proceda efectuar condena al pago de las costas.

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:



FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR EN PARTE Y ESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de de **RENFE OPERADORA E.P.E. (RENFE OPERADORA)**, **RENFE ALQUILER DE MATERIAL FERROVIARIO, S.M.E., S.A. (RENFE ALQUILER)**, **RENFE MERCANCÍAS, S.M.E., S.A. (RENFE MERCANCÍAS)** y **RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO S.M.E., S.A. (RENFE MANTENIMIENTO)** contra la Resolución de 23 de mayo de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual anulamos en los extremos detallados en el fundamento jurídico duodécimo de esta sentencia. Sin efectuar condena al pago de las costas.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO