



Roj: **SAN 1563/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1563**

Id Cendoj: **28079230082021100196**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **15/04/2021**

Nº de Recurso: **122/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EUGENIO FRIAS MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000122 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00320/2018

Demandante: RENFE OPERADORA, E.P.E.

Procurador: SRA. GRACIA MONEVA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a quince de abril de dos mil veintiuno.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **122/2018**, interpuesto por **RENFE OPERADORA, E.P.E.** representada por la Procuradora **Sra. Gracia Moneva** y defendida por Letrado, contra resolución de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC)** representada y defendida por el Abogado del Estado.

Es Ponente el Ilmo. Sr. **D. Eugenio Frías Martínez**.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso.

SEGUNDO.- La Administración demandada, una vez conferido el trámite para contestar la demanda, presentó escrito en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

TERCERO.- Tras la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, se confirió traslado a las partes para la formulación de conclusiones. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 14 de abril del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el recurso contra la resolución de 21 de diciembre de 2017 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, dictada en el expediente STP/D/053/17 que acuerda:

"PRIMERO. Renfe Operadora, S.P.E. o cualquier empresa de su grupo deberá facilitar la información relativa a sus previsiones de incorporación de personal de conducción ferroviaria y de programas de formación, de conformidad con lo establecido en el apartado 6 del epígrafe IV.5 de la presente Resolución.

SEGUNDO. Renfe Operadora, S.P.E. o cualquier empresa de su grupo deberá garantizar que sus convocatorias de personal de conducción son acordes con lo establecido en el apartado 6 del epígrafe IV.5 de la presente Resolución.

TERCERO. Renfe Operadora, S.P.E. o cualquier empresa de su grupo deberá ofrecer un servicio mayorista de tracción de forma no discriminatoria y orientado a sus costes directos de prestación, de conformidad con el apartado 7 del epígrafe IV.5 de la presente Resolución."

Los apartados 6 y 7 del epígrafe IV.5 de la Resolución establecen:

"6) Dada la importancia de este tipo de personal para el desarrollo de la actividad por parte de las empresas privadas así como las necesidades que RENFE prevé para los próximos ejercicios, se considera necesario adoptar medidas de transparencia encaminadas a que los centros homologados puedan planificar sus acciones formativas con el objetivo de que exista, como se ha dicho, una bolsa suficiente de maquinistas formados. Por ello, RENFE deberá:

Comunicar anualmente (antes del 31 de enero) a las empresas ferroviarias, centros de formación y la CNMC su mejor estimación sobre las necesidades de personal de conducción, incluyendo posibles programas de formación, para un periodo mínimo de 2 años. Garantizar que en sus convocatorias de personal de conducción el plazo entre su publicación y el primer examen o prueba sea de al menos 3 meses.

7) Con el objetivo de limitar los efectos sobre la pluralidad de la oferta que tienen las contrataciones de RENFE, RENFE deberá ofrecer, durante tres meses a contar desde la contratación del primer maquinista de cada empresa afectada, un servicio mayorista de tracción de forma no discriminatoria y orientado a sus costes directos a las empresas que hayan perdido, como consecuencia de una convocatoria de RENFE, a más del 20% de su plantilla de personal de conducción.

RENFE deberá colaborar con las empresas ferroviarias y pondrá los medios suficientes al objeto de garantizar que el servicio de tracción esté operativo en el momento de incorporación a RENFE del personal de conducción de las empresas alternativas.

Al objeto de que la CNMC pueda comprobar el cumplimiento de esta obligación, RENFE deberá poder acreditar, ante requerimiento de la Comisión, que los precios ofrecidos por este servicio se ajustan a los costes directos de su prestación y se ofrecen de forma no discriminatoria".

SEGUNDO.- La CNMC interviene ante el escrito de la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (AEFP) en relación con la situación creada tras las últimas convocatorias de empleo relativas al personal de conducción realizadas por Renfe Operadora, S.P.E. Denunciaba que RENFE no había planificado la renovación de su plantilla de maquinistas ni había realizado la formación de maquinistas necesaria para hacer frente a sus propias necesidades de renovación de plantilla y habría contratado un número muy elevado de los maquinistas que necesitaba cubrir entre los maquinistas en activo contratados y formados por el resto de las empresas ferroviarias, afectando gravemente al normal desarrollo de las actividades de las empresas ferroviarias.



La CNMC se considera competente para la salvaguarda de la pluralidad de la oferta prevista en el artículo 11.Uno.1 de la LCNMC que la habilita, en línea con sus funciones de supervisión y control del sector ferroviario, a adoptar medidas para corregir situaciones distorsionadoras del mercado, como igualmente se establece en el artículo 56.9 de la Directiva RECAST.

La resolución analiza la formación de personal de conducción, indicando que la formación requiere entre 9 y 12 meses, que se realiza en centros homologados, siendo estos ocho. De los cuales dos pertenecen a RENFE y ADIF, tres a empresas ferroviarias privadas y otros tres son centros de formación privados.

Se indica que RENFE paralizó prácticamente su formación en 2012, no siendo hasta enero de 2016 cuando reinició sus actividades formativas. RENFE retomó en 2015 y 2016 la contratación de maquinistas de forma intensa. Esta disfunción entre formación y contratación por parte de RENFE, operador que tiene contratado el 97% del personal de conducción en España, habría provocado una distorsión en el mercado, afectando a la capacidad productiva de las empresas alternativas.

La demanda del personal de conducción por parte de las empresas ferroviarias no se limita al transporte de mercancías, mercado efectivamente liberalizado, sino que es global a todo el sector, incluyendo los servicios de transporte de viajeros, actualmente no abiertos a la competencia, en su tramo nacional.

De acuerdo con los datos aportados por la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF), en 2016 había 5.186 maquinistas en activo en España. De éstos, prestaban servicios relacionados con el transporte de viajeros, casi el 80% de la plantilla del personal de conducción, no encontrándose sujeta a las reglas del mercado dado que es un segmento que no está abierto a la competencia.

La formación del personal de conducción está liberalizada y, actualmente, existe suficiente oferta para garantizar la formación de un número suficiente de maquinistas. Sin embargo, RENFE puede, como consecuencia de sus decisiones, alterar significativamente la oferta y la demanda de maquinistas, alterando el correcto funcionamiento del sector ferroviario.

La AESF, entidad competente en la concesión de licencias del personal de conducción, afirmó, en el escrito remitido el 11 de octubre de 2016, que el plan de incorporaciones en RENFE acometido a finales de 2015, para dar respuesta a su necesidad de renovar en un periodo muy corto un porcentaje muy elevado de maquinistas de su plantilla, provocó un desajuste importante en el sector; siendo la posibilidad de contratación efectiva de maquinistas a finales de 2016 era casi inexistente, como lo demostraba el hecho que los aspirantes que resultan aptos en las últimas convocatorias, a partir de la contratación masiva por RENFE en noviembre de 2015, antes de ser examinados por la AESF estaban ya pre contratados.

RENFE no tiene la responsabilidad de asegurar la disponibilidad de maquinistas, dado que esa tarea recae en los diferentes centros homologados de formación, pero sí debe, dado el número de efectivos que requiere, transmitir la información adecuada para que dichos centros desarrollen su actividad de forma efectiva, así como de planificar las incorporaciones de forma coordinada con las acciones formativas de los mismos.

Ello supone un riesgo para la pluralidad de la oferta, dada la situación acreditada en la que no existían maquinistas formados para la sustitución de efectivos captados por RENFE, difícilmente puede sostenerse que las empresas alternativas pudieran mantener su actividad o plantearse nuevas ofertas con pérdidas de plantilla superiores al 30% en media pero que superaron el 80% en el caso de 2 empresas y se situó entre el 30 y el 45% en tres empresas, incluyendo dos de las de mayor tamaño. La reducción importante del número de maquinistas sufrido por las empresas ferroviarias alternativas, sin posibilidad de reposición, supuso una afección a la prestación de sus servicios, reduciendo sus tráficos y la pluralidad de la oferta disponible para los clientes finales.

La situación descrita anteriormente justifica la adopción de medidas adoptadas, encaminadas a asegurar un correcto funcionamiento del sector ferroviario y la pluralidad de la oferta, mediante el acceso suficiente de las empresas ferroviarias privadas a los maquinistas necesarios para su actividad, dado que son un elemento crítico para el transporte ferroviario y una de las principales barreras a la entrada al mercado.

TERCERO.- RENFE OPERADORA sostiene en la demanda:

- La formación del personal de conducción es una actividad liberalizada que no depende en modo alguno de RENFE. El procedimiento de habilitación del personal de conducción se encuentra regulado en la Orden FOM/2872/2010 por la que se determinan las condiciones para la obtención de los títulos habilitantes que permiten el ejercicio de las funciones del personal ferroviario relacionadas con la seguridad en la circulación, así como el régimen de los centros homologados de formación y de los de reconocimiento médico de dicho personal.



La actividad de formación del personal de conducción para la obtención de la licencia y el diploma de conducción es una actividad liberalizada, que debe ser realizada por los centros de formación homologados.

La legislación vigente no otorga a RENFE capacidad ninguna de intervención ni en la homologación ni en el funcionamiento de los centros de formación, más allá de la gestión de su propio centro, ni en la obtención de licencias y certificados por los maquinistas. Las empresas ferroviarias alternativas en ningún caso dependen de RENFE para crear sus propios centros de formación, ni su personal depende de RENFE para obtener las correspondientes licencias y certificados tras la formación en los diferentes centros de formación homologados.

-Ha existido en todo momento una bolsa de maquinistas formados más que suficiente para satisfacer la demanda de las empresas ferroviaria.

El centro de formación de RENFE no formó nuevos maquinistas en el período 2013-2015, pero ello no se debió al hecho de que supuestamente "RENFE no previó sus necesidades de renovación de personal de conducción, creando los cursos formativos necesarios", sino al hecho de que en esos años estuvo en vigor una prohibición de contratación indefinida en el sector público.

En ningún momento se ha agotado la bolsa de maquinistas formados. En el periodo 2012-2017 el Grupo Renfe contrató un número de maquinistas (796) apenas superior (en 30 maquinistas) al número de maquinistas formados por la propia RENFE (766). No hubo ninguna "disfunción" entre formación y contratación por parte de RENFE, al haber una bolsa de 214 maquinistas formados en el período anterior a 2012.

- RENFE no es responsable de las pérdidas de maquinistas por parte de las empresas ferroviarias alternativas, que es imputable únicamente a la política de recursos humanos de estas empresas.

- La Resolución recurrida no acredita ninguna afectación de la actividad de las empresas ferroviarias alternativas y ningún riesgo para la "pluralidad de la oferta".

Las empresas alternativas están sólidamente establecidas en el mercado y que en al año 2016 su actividad, sus ingresos y su cuota de mercado siguieron creciendo, según el propio informe CNMC, aportado como documento 1.

- La Resolución recurrida es nula por haber sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente.

La Resolución recurrida ignora el principio de legalidad, en cuanto establece "ex novo" obligaciones con contenido ablativo de la libertad de empresa y del derecho de propiedad que carecen de cobertura en norma con rango legal.

Impone a RENFE la obligación de facilitar servicios mayoristas de tracción a sus competidores, llegándose incluso a regular el precio de dicho servicio. Sin embargo, no existe en la legislación de la UE, en la LCNMC, en la LSF, o en norma alguna de rango legal, una habilitación específica para restringir la libertad de empresa de RENFE imponiéndole la obligación de facilitar a sus competidores el servicio mayorista de tracción. Esta obligación tampoco se deriva del Derecho de la competencia, por cuanto la tracción no constituye un recurso indispensable o instalación esencial.

Tampoco existe norma alguna de rango legal, que otorgue una habilitación específica para restringir la libertad de empresa de RENFE imponiéndole la obligación de facilitar información a terceros sobre su gestión de personal, o de respetar un plazo mínimo entre el anuncio de la convocatoria y la primera prueba de selección.

La CNMC no tiene potestad normativa en el sector ferroviario. Las obligaciones fijadas en la Resolución recurrida no tienen precedente alguno en norma nacional o de la UE. No declaran una concreta situación jurídica en aplicación de una norma preexistente, sino que definen las obligaciones "ex novo", teniendo carácter normativo. La CNMC no puede adoptar disposiciones generales sobre un determinado sector si no está así previsto en norma con rango de ley.

La función de salvaguarda de la pluralidad de la oferta, es la única base legal citada por la CNMC para su intervención, al amparo del artículo 11.Uno.1 de la LCNMC es una norma en blanco que no que habilite a la CNMC a completar su contenido, mediante meras resoluciones, con las restricciones a la libertad de empresa y al derecho de propiedad que estime oportunas.

- Incluso asumiendo, quod non, que la CNMC tuviera habilitación competencial para imponer obligaciones a RENFE en virtud del artículo 11.Uno.1 LCNMC, la Resolución recurrida infringe esta norma, al no haber acreditado el presupuesto imprescindible para su aplicación: la existencia de un comportamiento de RENFE que ponga en peligro la "pluralidad de la oferta" de servicios de transporte ferroviario de mercancías.



No se produjo ninguna "disfunción" entre formación y contratación por parte de RENFE, no se agotó la bolsa de maquinistas. La dificultad que las empresas ferroviarias alternativas pudieran haber encontrado a la hora de contratar o remplazar maquinistas no tiene nada que ver con las convocatorias de empleo de RENFE, sino que es únicamente imputable a lo ajustado de su política de recursos humanos, tanto en términos de número de maquinistas en plantilla como en las condiciones económicas y laborales ofrecidas.

La Resolución recurrida no acredita que las pérdidas de maquinistas por parte de las empresas alternativas hayan afectado a la actividad de estas empresas, lo que excluye la existencia de cualquier supuesto riesgo para la pluralidad de la oferta. La Resolución se limita a presumir que dichas pérdidas de maquinistas hayan tenido un impacto en la actividad de las empresas alternativas, pero no aporta ninguna prueba de que, como consecuencia de las mismas, estas empresas se hayan visto en la imposibilidad de prestar sus servicios o realizar nuevas ofertas.

- La Resolución recurrida infringe el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 LRJSP, al ser las obligaciones impuestas a RENFE innecesarias y desproporcionadas.

CUARTO.- Hemos de comenzar resolviendo sobre la competencia de la CNMC para el dictado de la resolución recurrida.

La CNMC determina su competencia sobre su función de supervisar y controlar el correcto funcionamiento del sector ferroviario y la situación de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios para la salvaguarda de la pluralidad de la oferta, de acuerdo con el artículo 11.1 de la Ley 3/2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), y el art. 56 de la Directiva 2012/34/UE.

El art. 11.1 LCNMC dispone:

"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 (...)".

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 apartado 2 entre las funciones del organismo regulador señala: "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 estará facultado para supervisar la situación de la competencia en los mercados de los servicios ferroviarios y, en particular, controlará, por iniciativa propia, lo dispuesto en el apartado 1, letras a) a g)(...)", estableciendo además en el apartado 9: "(...)Resolverá acerca de cualquier denuncia, tomará medidas para remediar la situación y comunicará a las partes interesadas su decisión motivada en un plazo de tiempo prudencial previamente fijado, y, en cualquier caso, en un plazo de seis semanas a partir de la recepción de toda la información pertinente. 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). Las decisiones del organismo regulador vincularán a todas las partes afectadas, y no estarán sujetas al control de ninguna otra instancia administrativa".

Debemos entender que dichos preceptos legales otorgan la competencia a la CNMC para poder intervenir como regulador si considera que procede actuar para la salvaguarda de la pluralidad de la oferta imponiendo determinadas obligaciones.

Así se ha pronunciado en asuntos análogos el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de noviembre de 2017, señalando: "la imposición de la obligación en cuestión se apoya sin problemas en las atribuciones que la normativa ya reproducida otorga al órgano regulador, en particular a la función de supervisión de que el mercado afectado funcione de manera competitiva y no discriminatoria, objetivo éste que constituye en último término la razón de ser del organismo, y en la capacidad para imponer obligaciones de transparencia (...)no es óbice bastante el que no se contemple de manera específica y concreta una medida semejante en el bloque normativo aplicable, desde la Directiva de Acceso a la Ley y Reglamento nacionales, pues resultaría en todo punto inadecuado para el cumplimiento de sus funciones que el organismo regulador sólo pudiese establecer



medidas que estuviesen especificadas en concreto en la normativa, habida cuenta de la complejidad, carácter técnico y progresión técnica de la materia".

Por último debemos señalar que las medidas impuestas para salvaguardar la pluralidad de la oferta no tienen carácter normativo, así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de abril de 2018, respecto de la imposición de determinadas obligaciones de información impuestas por la CNMC a compañías comercializadoras de gas natural, señalando "estamos ante un mero acto de aplicación del ordenamiento jurídico, dirigido a unos concretos destinatarios y dictado por un órgano que tiene reconocida normativamente la competencia para ello".

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.- Debemos determinar si se ha acreditado la existencia de un riesgo para la pluralidad de la oferta.

RENFE sostiene que la resolución recurrida se limita a presumir la existencia de un riesgo para la pluralidad de la oferta, al considerar que, como consecuencia de la supuesta "disfunción" entre formación y contratación de maquinistas por parte de RENFE se habría agotado la bolsa de maquinistas disponibles y las empresas ferroviarias alternativas no habrían podido reponer los maquinistas contratados por RENFE, pero que no se produjo ninguna "disfunción" entre formación y contratación por parte de RENFE ni se agotó la bolsa de maquinistas y, en cualquier caso, la Resolución no acredita ningún impacto de la supuesta escasez de maquinistas en la actividad de las empresas alternativas, sino que ignora los datos de la propia CNMC que confirman el continuo crecimiento de estas empresas y, por tanto, la ausencia de cualquier riesgo para la pluralidad de la oferta.

El Informe de 11 de octubre de 2016 de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF) señala que la acción formativa de los centros homologados de formación de personal ferroviario se ha ajustado a la demanda de aspirantes existentes en cada momento. Los centros privados han mantenido una actividad constante con cursos todos los años, pero el ritmo de incorporación de maquinistas al sector está totalmente marcado por el centro de formación de RENFE Operadora. En condiciones normales de reposición de maquinistas y crecimiento de las empresas privadas, el ritmo de formación mantenido hasta ahora era suficiente, teniendo en cuenta que estas empresas sólo emplean el 3% de los maquinistas del sector. La paralización de maquinistas por parte de RENFE, en el periodo 2013/2015, provocó un descenso de aspirantes en centros de formación, haciendo crecer la bolsa, no siendo el mercado capaz de absorber a los maquinistas aprobados. Sin embargo, la puesta en marcha a finales de 2015 de un plan de incorporaciones en Renfe, para dar respuesta a su necesidad de renovar en un periodo muy corto un porcentaje muy elevado de maquinistas de su plantilla, está provocando un desajuste importante en el sector. Indicando que aunque el número de maquinistas disponibles podría estar en torno a una centena, hay que tener en cuenta que en realidad una parte tiene otras profesiones distintas o están trabajando en países de la Unión europea, lo que supone que "la posibilidad de contratación efectiva de maquinistas en la actualidad sea casi inexistente, como lo demuestra el que los aspirantes que resultan aptos en las últimas convocatorias, a partir de la contratación masiva por Renfe en noviembre de 2015, antes de ser examinados por la AESF están ya pre contratados".

De dicho informe, tenido en cuenta en la resolución impugnada, resulta que si bien de forma teórica debería existir una bolsa suficiente de maquinista, como recoge RENFE en la demanda, la realidad pone de manifiesto la existencia de un desajuste en el mercado que hace casi inexistente la posibilidad de contratación efectiva de maquinistas. Apreciándose una disfunción entre la formación, que estuvo paralizada por RENFE entre 2013 y 2015 y la contratación que se efectuó a partir de 2015. Formación de personal de conducción que requiere un curso de formación de aproximadamente 9 meses, con examen de AESF, así como su posterior habilitación en función de la clase de material y de la infraestructura, como resulta de la Orden FOM/2872/2010 y es reconocido en la resolución y por las partes. Lo que resulta que es necesario un periodo de entre 9 y 12 meses para poder formar personal a incorporar a las empresas ferroviarias.

Además, como pone de manifiesto la resolución, la demanda de maquinistas por las empresas ferroviarias no se limita al transporte de mercancías, efectivamente liberalizado, sino que incluye también el transporte de viajeros, sector que no se encontraba abierto a la competencia en su tramo nacional. Siendo casi el 80% del personal de conducción destinado al transporte de viajeros. La plantilla de RENFE supone el 97% del total de maquinistas, lo que determina que sus decisiones en materia de personal tienen una gran repercusión en el resto de empresas ferroviarias, pudiendo ocasionar desajustes en la oferta y demanda de maquinistas. Así las necesidades de maquinistas de RENFE de un solo ejercicio han sido mayores que la suma de las plantillas de maquinistas del resto de empresas ferroviarias.



Además del tamaño, RENFE cuenta con ventajas para captar personal de conducción respecto del resto de empresas, por el carácter público de empresa, y tener actividad de transporte de viajeros, esto permite a RENFE ofrecer unas condiciones laborales que no pueden ofertar las empresas ferroviarias privadas.

Así pues, la falta de formación por parte de RENFE en los años 2013 a 2015, junto con una fuerte captación de personal a partir del año 2015 y siguientes, con previsión de continuar, es lo que determinó la escasez de maquinistas en el mercado, y ocasionó una pérdida media de plantilla en el resto de empresas del 30%, que no pudieron reemplazar.

No cabe duda que los maquinistas son un elemento esencial en la prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril, dado que su pérdida e imposibilidad de remplazo afecta a la capacidad operativa de las empresas y al normal desarrollo de sus actividades.

Se contiene en la resolución una tabla en donde se recoge en incremento de la actividad de las empresas ferroviarias alternativas desde los años 2012 al 2017, en el que se aprecia unos crecimientos entre el 2012 y 2015 de más del 20%, reduciéndose dicho crecimiento en el año 2016 al 3%, produciéndose una caída del tráfico en el año 2017, del 8,5%. Se pone de este modo de manifiesto, que las convocatorias de personal efectuadas por RENFE, sin una planificación previa para efectuar formación, supusieron una pérdida de maquinista para las empresas alternativas, que afectó a su actividad comercial, frenando drásticamente el crecimiento de su actividad en el año 2016, respecto de los años anteriores, llegando a disminuir la misma en el año 2017, lo que supone un riesgo en la pluralidad de la oferta, que justifica la adopción de medidas.

La distorsión producida en el mercado como consecuencia del remplazo masivo de maquinista efectuado por RENFE, aun cuando es negado en la demanda, se encuentra implícitamente reconocido en el acuerdo transaccional de 18 de enero de 2019, aportado con la contestación a la demanda, en las que se comprometen a informarse recíprocamente sobre la previsión de necesidades de maquinistas, así como de la oferta formativa prevista en cada centro.

SEXTO.- Nos resta por resolver si las obligaciones impuestas por la resolución resultan proporcionadas y resultan necesarias para la salvaguarda de la pluralidad de la oferta.

Se impone en primer lugar una obligación de información consistente en:

Comunicar anualmente (antes del 31 de enero) a las empresas ferroviarias, centros de formación y la CNMC su mejor estimación sobre las necesidades de personal de conducción, incluyendo posibles programas de formación, para un periodo mínimo de 2 años. Garantizar que en sus convocatorias de personal de conducción el plazo entre su publicación y el primer examen o prueba sea de al menos 3 meses.

La indemnización por los costes de formación de los maquinistas que causan baja en una determinada empresa, prevista en la Directiva 2007/59/CE y en la Orden FOM/2872/2010, disposición adicional novena, pretende compensar a la empresa el coste de formación asumido por la empresa, pero no garantiza la suficiencia de maquinistas en el mercado para cubrir las bajas que se produzcan.

La obligación resulta necesaria, dado que RENFE emplea al 97% de los maquinistas, habiendo sido sus convocatorias de incorporación superiores al total de maquinistas en el resto de empresas ferroviarias, por lo que la decisión de incorporación de personal afectan a la oferta de maquinistas en el mercado, siendo necesario que se comunique la previsión de personal, para que de esta forma se pueda planificar adecuadamente la oferta de los centros de formación, asegurando la existencia de oferta suficiente para cubrir las necesidades de maquinistas. De esa forma los centros privados pueden adecuar su oferta a las necesidades previstas, garantizando personal suficiente para que se cubran las necesidades de las empresas ferroviarias.

Dicha medida no puede entenderse desproporcionada, por cuanto RENFE por su naturaleza de EPE está sometida al régimen de convocatoria pública, no obligándose a transmitir información sensible, respecto de la estrategia comercial o expansión de su futura oferta, sino simplemente comunicando necesidades de personal de conducción para permitir una oferta suficiente de formación. La prueba de no ser desproporcionada dicha obligación es que en el acuerdo transaccional, se recoge en la estipulación primera la información recíproca de necesidades de maquinistas de las empresas ferroviarias, dando traslado a los centros de formación homologados.

Igualmente, el plazo entre convocatoria y primer examen, otorga a las empresas un margen para poder reemplazar a los maquinistas, sin que dicha obligación pueda entenderse desproporcionada.

En segundo lugar, se obliga a RENFE a ofrecer, durante tres meses a contar desde la contratación del primer maquinista de cada empresa afectada, un servicio mayorista de tracción de forma no discriminatoria y



orientado a sus costes directos a las empresas que hayan perdido, como consecuencia de una convocatoria de RENFE, a más del 20% de su plantilla de personal de conducción.

Dicha medida, debe entenderse necesaria, en la medida que permite a las empresas ferroviarias continuar con su actividad de forma temporal, sin que pueda entenderse desproporcionada. Así RENFE recibiría una compensación por el servicio mayorista y las empresas ferroviarias no se verían obligadas a abandonar parte de su tráfico por falta de maquinistas. Además, la obligación se encuentra condicionada a la pérdida de más del 20% de maquinistas como consecuencia de la contratación de RENFE, y limitada temporalmente a un periodo de tres meses, de modo que las empresas alternativas no pueden cambiar su negocio de una oferta de tracción propia a otra de reventa.

Por todo lo expuesto el recurso debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **RENFE OPERADORA, E.P.E.** contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero. Con imposición de costas a la parte recurrente.

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.