



Roj: **SAN 4011/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4011**

Id Cendoj: **28079230062021100404**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **08/09/2021**

Nº de Recurso: **309/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000309 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02508/2017

Demandante: TRANSPORTES FERROVIARIOS ESPECIALES, S.A., TRANSFESA RAIL, S.A., POOL IBÉRICO FERROVIARIO, A.I.E., HISPANAUTO EMPRESAS AGRUPADAS A.I.E.A., SOCIEDAD DE ESTUDIOS Y EXPLOTACIÓN DE MATERIAL AUXILIAR DE TRANSPORTES, S.A., DEUTSCHE BAHN IBÉRICA HOLDING, S.L., DEUTSCHE BAHN AG (SUCESOR LEGAL DE DB MOBILITY LOGISTICS AG) y DB CARGO AG (ANTERIORMENTE DENOMINADA DB SCHENKER RAIL DEUTSCHLAND AG)

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ASOCIACIÓN DE EMPRESAS FERROVIARIAS PRIVADAS (AEFP)

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a ocho de septiembre de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 309/17 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **TRANSPORTES FERROVIARIOS ESPECIALES, S.A., TRANSFESA RAIL, S.A., POOL IBÉRICO FERROVIARIO, A.I.E., HISPANAUTO EMPRESAS AGRUPADAS A.I.E.A., SOCIEDAD DE ESTUDIOS Y EXPLOTACIÓN DE MATERIAL AUXILIAR DE TRANSPORTES, S.A., DEUTSCHE BAHN IBÉRICA HOLDING, S.L., DEUTSCHE BAHN AG (SUCESOR LEGAL DE DB MOBILITY LOGISTICS AG) y DB**



CARGO AG (ANTERIORMENTE DENOMINADA DB SCHENKER RAIL DEUTSCHLAND AG), contra la resolución de 28 de febrero de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0511/14 *Renfe Operadora*, mediante la cual se impuso a las entidades actoras una sanción de multa por importe de 10.513.000 euros por la comisión de una infracción muy grave. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado; e intervenido como codemandada la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS FERROVIARIAS PRIVADAS (AEFP), representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que:

"(i) declare no ser ajustada a Derecho la Resolución recurrida en lo que se refiere al Grupo DB/TF y, en su virtud, anule los resuelve segundo y tercero de la parte dispositiva de dicha Resolución, ordenando a la CNMC la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de dicha sentencia, e imponiendo a la parte demandada el reintegro del montante abonado, así como de los correspondientes intereses;

(ii) subsidiariamente, para el improbable caso de que no se estime la anterior pretensión, declare la nulidad parcial de la Resolución y, en vista de los errores cometidos en el cálculo de la sanción, ordene una reducción de la misma de acuerdo con las consideraciones aquí expuestas; y

(iii) condene a la CNMC al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado y la entidad codemandada contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 19 de mayo de 2021, en que tuvo lugar. Prolongándose la deliberación a las sesiones de 2 y 16 de junio y 7 de julio siguientes.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Francisco de la Peña Elías**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugnan en este proceso las mercantiles TRANSPORTES FERROVIARIOS ESPECIALES, S.A., TRANSFESA RAIL, S.A., POOL IBÉRICO FERROVIARIO, A.I.E., HISPANAUTO EMPRESAS AGRUPADAS A.I.E.A., SOCIEDAD DE ESTUDIOS Y EXPLOTACIÓN DE MATERIAL AUXILIAR DE TRANSPORTES, S.A., DEUTSCHE BAHN IBÉRICA HOLDING, S.L., DEUTSCHE BAHN AG (SUCESOR LEGAL DE DB MOBILITY LOGISTICS AG) y DB CARGO AG (ANTERIORMENTE DENOMINADA DB SCHENKER RAIL DEUTSCHLAND AG), la resolución de 28 de febrero de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0511/14 *Renfe Operadora*, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción única y continuada de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de la citada infracción a las siguientes empresas:

1. *Renfe Operadora,*
2. *Renfe Mercancías, S.A.,*
3. *Transportes Ferroviarios Especiales, S.A.,*
4. *Transfesa Rail, S.A.,*
5. *Pool Ibérico Ferroviario A.I.E.,*
6. *Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E.,*
7. *Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A.,*



8. *Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L.,*

9. *DB Mobility Logistics AG y*

10. *DB Schenker Rail Deutschland AG.*

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

Los antecedentes que precedieron al dictado de la resolución recurrida pueden resumirse de este modo:

1. Con fecha 28 de marzo de 2014 se registró 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 y que consistirían, según la denunciante, y por un lado, en un abuso de posición dominante por parte de RENFE en la prestación de servicios de transporte ferroviario de mercancías y ciertos segmentos vecinos (tales como la tracción y el alquiler de vagones); y, por otro lado, en un acuerdo restrictivo de la competencia entre RENFE y TRANSFESA en el ámbito del transporte de automóviles por ferrocarril.

2.- Tras acordar con esa misma fecha el inicio de una información reservada al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), y recabar la documentación que obra a los folios 454 y siguientes del expediente administrativo, el 21 de octubre de 2014 la DC acordó la incoación de expediente sancionador contra RENFE, Renfe Mercancías, S.A. (RENFE MERCANCIAS), RENFE ALQUILER, TRANSFESA, Transfesa Rail, S.A. (TRANSFESA RAIL), Pool Ibérico Ferroviario A.I.E. (PIF), Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E. (HISPANAUTO) y SEMAT por posibles conductas prohibidas en los artículos 1 y 2 de la LDC, así como en los artículos 101 y 102 del TFUE, consistentes en:

- Abuso de posición dominante por parte de RENFE, RENFE MERCANCIAS y RENFE ALQUILER, por la posible aplicación a empresas asociadas a AEFP de condiciones comerciales discriminatorias en relación con otros clientes en la prestación de servicios de tracción o en el alquiler de vagones; y

- Posible acuerdo colusorio entre RENFE, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, HISPANAUTO y SEMAT, tendente al reparto del mercado en el ámbito del transporte ferroviario de mercancías, y en especial automóviles, así como sus piezas y componentes.

3.- Recabada la información que igualmente consta en el expediente, por acuerdo de 9 de junio de 2015 se amplió el acuerdo de incoación a las empresas DBIH, DB Mobility Logistics AG (DB ML), DB Schenker Rail Deutschland AG (DB SR DEUTSCHLAND) y DB Schenker Rail International Limited (DB SR INTERNATIONAL).

4.- Con fecha 24 de agosto de 2015 se formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue notificado a las partes, frente al cual formularon las alegaciones que constan en el procedimiento.

5. Mediante sendos escritos el Grupo Deutsche Bahn, por un lado, y RENFE y RENFE MERCANCIAS, por otro, solicitaron el inicio de la tramitación de una terminación convencional para el expediente sancionador, planteando una serie de compromisos. Tramitado dicho procedimiento, con suspensión del plazo máximo para resolver, se acordó con fecha 18 de abril de 2016 finalmente el cierre del mismo, y la reanudación del cómputo del plazo máximo para resolver, al no admitirse los compromisos propuestos, y ello por entender la



DC que no solucionaban adecuadamente los problemas de competencia derivados de las conductas objeto del expediente de referencia, ni garantizaban suficientemente el interés público.

6.- El 7 de junio de 2016 se acordó el cierre de la fase de instrucción, y el 9 de junio siguiente se notificó a las partes la correspondiente propuesta, frente a la cual formularon las alegaciones que tuvieron por conveniente.

7.- Tras los trámites que refleja el expediente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 28 de febrero de 2017.

SEGUNDO.- An tes de analizar las alegaciones formuladas en la demanda y en las que la parte actora funda su pretensión, conviene hacer una breve referencia a las entidades que ocupan esa posición procesal teniendo en cuenta que actúan bajo la misma representación y que resultaron sancionadas por la resolución de 28 de febrero de 2017 con una multa única de la que responden solidariamente.

Pues bien, tales entidades son las siguientes, tal y como literalmente se explica en la misma demanda:

(i) Transportes Ferroviarios Especiales, S.A. ("Transfesa"): sociedad de nacionalidad española que presta servicios logísticos y de transporte ferroviario. Transfesa está participada mayoritariamente¹ por el grupo empresarial alemán Deutsche Bahn, que adquirió su control en el año 2008.

(ii) Transfesa Rail, S.A. ("Transfesa Rail"): sociedad española filial de Transfesa dedicada a la prestación de servicios internos de tracción ferroviaria a las sociedades pertenecientes a su grupo empresarial.

(iii) Pool Ibérico Ferroviario, A.I.E. ("PIF"): sociedad española filial de Transfesa dedicada a prestar servicios de transporte ferroviario internacional de vehículos terminados.

(iv) Hispanauto Empresas Agrupadas A.I.E.A. ("Hispanauto"): sociedad española filial de Transfesa dedicada a prestar servicios de transporte ferroviario nacional de vehículos terminados.

(v) Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A. ("Semat"): sociedad española filial de Transfesa, es un operador logístico integral dedicado a la prestación de servicios relacionados con el sector del automóvil, tales como el transporte de los vehículos terminados desde su origen en fábrica hasta los centros logísticos, así como su distribución hasta los concesionarios.

En el presente escrito nos referiremos conjuntamente a Transfesa, Transfesa Rail, PIF, Hispanauto y Semat, conjuntamente, como "Grupo Transfesa".

(vi) Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L. ("DBIH"): sociedad española tenedora de las participaciones del Grupo DB en España.

(vii) Deutsche Bahn AG (sucesor legal de DB Mobility Logistics AG) ("DBAG"): sociedad de nacionalidad alemana que encabeza la unidad de negocio del grupo Deutsche Bahn encargada de operar la red ferroviaria alemana y de prestar servicios de transporte ferroviario de pasajeros y de mercancías, así como servicios logísticos.

(viii) DB Cargo AG (anteriormente denominada DB Schenker Rail Deutschland AG) ("DB Cargo"): sociedad de nacionalidad alemana dedicada a la prestación de servicios logísticos. En el presente escrito nos referiremos conjuntamente a DBIH, DBAG y DB Cargo como "Grupo DB", y al Grupo Transfesa y al Grupo DB conjuntamente como el "Grupo DB/TF".

Por otra parte, es también necesario hacer notar que, de las dos infracciones apreciadas en la resolución, la que atañe a este proceso es tan solo la relativa a 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; pues de la otra infracción sancionada, consistente en un abuso de posición dominante contrario a los artículos 2 de la LDC y 102 del Tratado, se consideró responsable tan solo al Grupo Renfe y no a las empresas aquí recurrentes.

Hechas estas precisiones, el objeto de litigio se centra en analizar la legalidad de la sanción impuesta a las entidades demandantes a quienes se imputa, como decimos, una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE por la realización de las conductas que, reflejadas en la propuesta de resolución por la DC, fueron consideradas acreditadas finalmente por la Sala de Competencia. Dichas conductas se describen en la propuesta de resolución (párrafos 342 y siguientes) de este modo:

" La primera infracción deriva de una vulneración única y continuada del artículo 1 de la LDC , así como el artículo 101 del TFUE , por parte de RENFE, RENFE MERCANCÍAS, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, HISPANAUTO, SEMAT, DBIH, DB ML y DB SR DEUTSCHLAND, infracción consistente en acuerdos y prácticas concertadas entre empresas competidoras en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, restrictivos de la competencia por su efecto, derivados de la firma de



- el acuerdo de cooperación, de 1 de noviembre de 2008, firmado por Renfe Operadora y DB Schenker Rail Deutschland AG (en el momento de la firma, Railion Deutschland AG),
- el acuerdo, de 1 de diciembre de 2008, firmado por Renfe Operadora, Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A. (en el momento de la firma, Activa Rail, S.A.), Pool Ibérico Ferroviario A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E., y Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A.,
- el contrato, de 14 de octubre de 2008, de subarrendamiento de 5 locomotoras por parte de Transfesa Rail, S.A. (en el momento de la firma, Activa Rail, S.A.) a DB Schenker Rail International Limited (en el momento de la firma, English Welsh & Scottish Railway International Limited), y
- el contrato, de 4 de diciembre de 2008, de subarrendamiento de 5 locomotoras por parte de Transfesa Rail, S.A. (en el momento de la firma, Activa Rail, S.A.) a Renfe Operadora. Estos acuerdos y prácticas concertadas entre competidores han tenido un efecto restrictivo de la competencia, al limitar indebidamente la competencia estática y dinámica entre sus partícipes en los mercados de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril (con especial énfasis, en el segmento de vehículos terminados, así como sus piezas y componentes), el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario y el sector de la logística y expedición de vehículos terminados, sin que estos acuerdos y prácticas concertadas se encuentren amparados por la exención prevista en el artículo 1.3 de la LDC ".

La resolución recurrida se refiere además a las partes intervinientes y al funcionamiento del sector del transporte de mercancías por ferrocarril, e identifica los mercados relevantes afectados, que serían el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España; el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España; el mercado de alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías en España; y el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario, de ámbito regional dentro de España.

Mercados que describe a continuación, con referencia singular a la dimensión de cada uno de ellos.

Expone los hechos que considera acreditados, para lo cual parte de la evolución histórica 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 una vez producida la liberación de dicho sector tras la entrada en vigor la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (LSF).

Alude al monopolio legal que ostentaba RENFE antes de la entrada en vigor de la LSF sobre la provisión de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en la red de competencia estatal, y que tras la liberalización se constituye como el operador principal en el sector de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, destacando que 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 ellas destaca a TRANSFESA, principal empresa privada entonces en el transporte de mercancías por ferrocarril; y al 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, en concreto Comsa Rail Transport, S.A., y Continental Rail, S.A., respectivamente, para proveerse internamente de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías.

Recuerda que la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías entraña la asunción de unos elevados costes fijos por causa de la locomotoras necesarias para operar, además de que el proceso de homologación para poder circular por la Red de Ferrocarriles es lento, y el mantenimiento de las locomotoras implica un coste que califica de periódico y relevante, sin que se mitigue por acudir a la alternativa del alquiler, incidiendo también en el coste y el tiempo necesario para la formación del personal especializado en su manejo y mantenimiento.

De este modo se evidenciaría que en este mercado son muy importantes las economías de red, de tal forma que aquellos operadores con un mayor tamaño (en cuanto a locomotoras) pueden ofrecer unos servicios mas atractivos al cliente en términos de disponibilidad de maquinaria y abanico de destinos, lo cual estimula su demanda. Y, a su vez, esa mayor demanda permite optimizar el uso de las locomotoras posibilitando unos menores costes operativos en comparación con aquellos operadores de menor tamaño. Todo lo cual determinó que RENFE y su sucesora en el negocio de la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, RENFE MERCANCIAS, hubieran ocupado una posición dominante en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España durante el periodo 2008-2014.

Es también destacable en cuanto a la concreta situación de las empresas demandantes en este proceso la circunstancia, recogida entre los hechos probados de la resolución, de que con anterioridad a que DEUTSCHE BAHN AG (DB) adquiriese el control de TRANSFESA -en abril de 2008-, esta se doto de tracción ferroviaria



propia en España, para lo cual constituyó una filial -Activa Rail, S.A., después denominada TRANSFESA RAIL- que obtuvo su correspondiente licencia ferroviaria, contrató en régimen de leasing diez locomotoras y procedió a la formación de maquinistas propios.

Asimismo, se indica en la resolución que paralelamente a la toma de control de TRANSFESA por parte de DB esta entro en el mercado español de transporte de mercancías por ferrocarril a través de English Welsh & Scottish Railway International Limited (EWSI, hoy denominada DB SR INTERNATIONAL), que obtuvo licencia de operador ferroviario en enero de 2008.

Relata a continuación que, después de tomar DB el control de TRANSFESA, RENFE y distintas empresas del Grupo Deutsche Bahn alcanzaron dos acuerdos comerciales en relación con el transporte de mercancías por ferrocarril, acuerdos que describe del siguiente modo :

"Con fecha 1 de noviembre de 2008, RENFE y Railion Deutschland AG (hoy DB SR DEUTSCHLAND) firmaron un acuerdo de cooperación (folios 4692 a 4702) por el que ambas empresas se declararon socios preferenciales y establecieron unas nuevas condiciones comerciales para los servicios de tracción ferroviaria y provisión de vagones que RENFE prestaba a DB SR DEUTSCHLAND en España. La duración de este acuerdo se extendía hasta el 31 de diciembre de 2013 (salvo para el tráfico concreto de un cliente de DB SR DEUTSCHLAND, en cuyo caso la vigencia del acuerdo se prolongaba hasta el 31 de marzo de 2014). Ambas partes establecieron que a partir de aquel momento cooperarían como "socios preferenciales" (cláusula 3). En particular, se recoge en el acuerdo que "ambas partes realizarán todos aquellos esfuerzos razonables de modo a proporcionarse mutuamente técnica y financieramente ofertas competitivas para nuevas oportunidades de tráfico internacionales". Asimismo, el acuerdo establece (cláusulas 1 y 2) que las condiciones comerciales recogidas en el mismo se iban a aplicar a la sección española de todos los tráfico internacionales de mercancías por ferrocarril entre España y Alemania (u otro país europeo) en los que cooperaban RENFE y DB SR DEUTSCHLAND, siendo los servicios prestados por RENFE de tracción y, en algún caso puntual, además, de provisión de vagones. En concreto, el acuerdo recoge (cláusula 5) el precio que para el año 2009 pasa a regir la prestación de los mencionados servicios en 25 contratos vigentes entre las partes en el momento de la firma del acuerdo (de los cuales doce eran de automóviles, ocho de piezas y componentes de automoción, tres de contenedores, uno siderúrgico y uno de productos químicos), así como la fórmula de revisión anual de dichos precios durante la vigencia del acuerdo de cooperación. De acuerdo con lo manifestado por DBIH (folio 5298 en relación con el folio 4367), en virtud de la cláusula 1 del acuerdo, la fórmula de revisión anual de precios contenida en la cláusula 5 del acuerdo de cooperación resultó de aplicación a todos los transportes individuales de empresas dependientes de DB SCHENKER RAIL AG (y no solamente a DB SR DEUTSCHLAND) cuya tracción y provisión de vagones proporcionó RENFE dentro de España durante la vigencia del acuerdo. Los tráfico de empresas del Grupo Deutsche Bahn que se acogieron a esta fórmula de revisión anual de precios a lo largo del periodo de vigencia de dicho acuerdo de cooperación, vienen recogidos en el expediente (según datos proporcionados por RENFE -folio 4703- y según datos proporcionados por DBIH -folios 5390 a 5392-)."

Al segundo de los acuerdos se refiere la resolución de la manera que sigue:

"Un mes después de la celebración del reseñado acuerdo de cooperación entre RENFE y DB SR DEUTSCHLAND, el 1 de diciembre de 2008, RENFE, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL (en el momento de la firma, ACTIVA RAIL), PIF, HISPANAUTO y SEMAT firmaron un segundo acuerdo por el que "TRANSFESA considera a RENFE como su proveedor preferente para realizar el servicio de tracción en la península ibérica y, asimismo RENFE considera a TRANSFESA como cliente preferente en la realización de los actuales tráfico internacionales/nacionales, así como futuras oportunidades en este sector", con una vigencia prevista hasta el 31 de diciembre de 2013 (folios 638 a 663). El contenido básico de este segundo acuerdo, a efectos del expediente, es el siguiente: - RENFE, por un lado, y TRANSFESA e HISPANAUTO, por otro, acordaron los precios para 2009 de los servicios de tracción que la primera prestaba a las segundas, así como la fórmula de revisión anual de estos durante la vigencia del acuerdo (cláusulas 1 y 3 y Anexos B1 y B2); asimismo, se acordó extender la vigencia del contrato por el que RENFE proporcionaba servicios de tracción a PIF dentro de España, que había sido firmado por ambas entidades el 1 de enero de 2008 (folios 2204 a 2223), para hacerla coincidir con la del presente acuerdo (cláusula 2); RENFE prolongó el arrendamiento a SEMAT de dos plataformas logísticas de automóviles, situadas en Fuencarral (Madrid) y La Llagosta (Barcelona), con los precios y la revisión anual de los mismos recogidos en el propio acuerdo (cláusula 4); y RENFE y TRANSFESA RAIL acordaron que firmarían un contrato por el cual la segunda arrendaría a la primera cinco locomotoras Vossloh Euro 4000 en las mismas condiciones técnicas y comerciales que TRANSFESA RAIL tenía contraídas con la sociedad de leasing Angel Trains España, S.A. (hoy Alpha Trains Iberia, S.A.) (cláusula 5)."

El siguiente hito en el relato de hechos probados sobre el cual la CNMC construye la imputación lo constituyó el arrendamiento en otoño de 2008 de las diez locomotoras que TRANSFESA había contratado en leasing el 3 de agosto de 2007 por un periodo de diez años.



Cinco de ellas las alquiló ACTIVA RAIL, hoy TRANSFESA RAIL, a EWSI (hoy denominada DB SR INTERNATIONAL) mediante contrato de 14 de octubre de 2008, arrendamiento que concluyó el 30 de abril de 2011, fecha a partir de la cual, y hasta la formulación del pliego de concreción de hechos, fueron utilizadas por TRANSFESA.

Las otras cinco locomotoras se las arrendó a RENFE mediante contrato de 4 de diciembre de 2008, arrendamiento que finalizó el 28 de noviembre de 2013, momento a partir del cual fueron explotadas por TRANSFESA.

Destaca en este punto la resolución recurrida que las locomotoras se entregaron a EWSI y a RENFE en la sede de Vossloh España, S.A., donde se fabricaron, el 14 de octubre y el 4 de diciembre de 2008, respectivamente (días de la firma de los contratos). También señala la resolución que el derivado del contrato RENFE/ACTIVA RAIL es el único alquiler de locomotoras para el transporte de mercancías que ha suscrito RENFE en el periodo 2005-2014.

Resultaría igualmente significativo que tras adquirir DB el control de TRANSFESA, esta suspendió la provisión interna de tracción ferroviaria hasta el 1 de mayo de 2011, manteniéndose inactiva, habiendo reconocido que el Grupo Transfesa nunca utilizó locomotoras propias para traicionar transporte de vehículos terminados, ya que para ello siempre habría acudido a los servicios del Grupo Renfe. Así, indica que TRANSFESA utilizó la tracción propia proporcionada por:

- las cinco locomotoras que le fueron devueltas por EWSI el 1 de mayo de 2011 tras finalizar su arrendamiento.
- las cinco locomotoras que le fueron devueltas por RENFE con fechas 28 de noviembre y 5 de diciembre de 2013 tras finalizar su arrendamiento, y
- las ocho locomotoras que alquiló, con distintas duraciones, en el periodo que transcurre entre el 1 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2014 (folio 2188). La duración de estos alquileres osciló entre los 5 meses y los 2 años y 10 meses.

Asimismo, al referirse a la actividad de transporte de mercancías por ferrocarril en España y la tracción ferroviaria utilizada en la misma llevada a cabo por el Grupo Deutsche Bahn (excluyendo al Grupo Transfesa y EWSI) desde la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril en España, destaca que los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril prestados por estas empresas en España durante dicho periodo se refieren exclusivamente a servicios internacionales con origen o destino España, y que para el tramo dentro de España de todos sus tráficos internacionales con origen o destino España, las empresas del Grupo Deutsche Bahn utilizaron exclusivamente tracción ferroviaria proporcionada por RENFE y su sucesora en el negocio del transporte de mercancías por ferrocarril, RENFE MERCANCIAS, como se acreditaría a la vista del folio 5299 del expediente administrativo en relación con los folios 5378 y 5390 a 5394.

La resolución de 27 de febrero de 2018 pone de manifiesto, al aludir a la tracción ferroviaria utilizada por el Grupo Transfesa en España desde la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril, que la propia TRANSFESA reconoció que el Grupo Transfesa (en concreto, PIF e HISPANAUTO) nunca habría utilizado locomotoras propias para traicionar transporte de vehículos terminados, ya que para ello siempre acudió a los servicios del Grupo Renfe. También que TRANSFESA ha empleado la tracción de RENFE en la sección española de todo su transporte internacional de mercancías por ferrocarril que ha atravesado la frontera francesa, durante el periodo 2005-2014, y que *"... la inmensa mayoría del transporte internacional de TRANSFESA durante dicho periodo ha sido de piezas y componentes de automóvil"*.

Del mismo modo precisa que, para el tramo dentro de España de todos sus tráficos internacionales con origen o destino España, las empresas del Grupo Deutsche Bahn utilizaron exclusivamente tracción ferroviaria proporcionada por RENFE y su sucesora en el negocio del transporte de mercancías por ferrocarril, RENFE MERCANCIAS.

Por otra parte, la CNMC describe la conexión accionarial entre las diferentes empresas, que habría quedado acreditada de manera suficiente con los documentos incorporados al expediente administrativo. Se refiere en este sentido a las participaciones en terceras empresas del sector del transporte de mercancías por ferrocarril en España que posee el Grupo Renfe, indicando que, a su vez, el Grupo Deutsche Bahn (a través de la empresa DB Schenker Rail Automotive GmbH) tiene una participación accionarial del 14,55% en PECOVASA, empresa del Grupo Renfe que gestiona la actividad del grupo en el transporte de vehículos de motor terminados por ferrocarril.

Como consecuencia de las participaciones cruzadas en el accionariado de algunas de las filiales de los grupos Renfe y Deutsche Bahn, se nombraron Consejeros que están presentes en los Consejos de Administración de empresas de ambos grupos -al respecto señala que, a la fecha de elaboración del PCH, el Director General



de RENFE MERCANCÍAS, era Consejero de TRANSFESA; el Vicepresidente del Consejo de TRANSFESA, era Consejero de TRANSFESA RAIL y SEMAT, gerente de PIF e HISPANAUTO, a la vez que Consejero de PECOVASA; y se producía coincidencia en la misma persona de los cargos de Director en el Grupo Renfe, Consejero Delegado de CONTE RAIL, Presidente de INTERCONTAINER y de CONSTRURAIL, donde RENFE tiene una destacada participación accionarial, Consejero de LOGIRAIL, filial de RENFE MERCANCÍAS que presta servicios logísticos en tierra y en la que se incluye la gestión de 4 campas para el sector del automóvil, PECOVASA y RAILSIDER, a la vez que Consejero de TRANSFESA y SEMAT.

Especial relevancia atribuye la resolución al hecho de que, si bien RENFE ha seguido una política comercial según la cual se aplicarían condiciones análogas a todas las empresas de transporte de mercancías que le solicitan servicios de tracción ferroviaria y, entre tales condiciones, una penalización en caso de anulación de servicios, es lo cierto que no llegó a aplicar dichas penalizaciones al Grupo Transfesa en tales casos.

TERCERO.- Sobre la base de los hechos que hemos sintetizado, y que la resolución describe con explícita referencia a los folios del expediente administrativo que los acreditan, la DC consideró probada la comisión de una infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en acuerdos y prácticas concertadas, restrictivos de la competencia por su efecto, por parte de RENFE OPERADORA, RENFE MERCANCÍAS, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, HISPANAUTO, SEMAT, DBIH, DB ML y DB SR DEUTSCHLAND.

Entendía que ello derivaba de la firma de los siguientes acuerdos:

- *el acuerdo de cooperación, de 1 de noviembre de 2008, firmado por Renfe Operadora y DB Schenker Rail Deutschland AG (en el momento de la firma, Railion Deutschland AG).*

- *el acuerdo, de 1 de diciembre de 2008, firmado por Renfe Operadora, Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A. (en el momento de la firma, Activa Rail, S.A.), Pool Ibérico Ferroviario A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E., y Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A.*

- *el contrato, de 14 de octubre de 2008, de subarrendamiento de 5 locomotoras por parte de Transfesa Rail, S.A. (en el momento de la firma, Activa Rail, S.A.) a DB Schenker Rail International Limited (en el momento de la firma, English Welsh & Scottish Railway International Limited). Y*

- *el contrato, de 4 de diciembre de 2008, de subarrendamiento de 5 locomotoras por parte de Transfesa Rail, S.A. (en el momento de la firma, Activa Rail, S.A.) a Renfe Operadora.*

Además, consideraba que *"... estos acuerdos y prácticas concertadas entre competidores han tenido un efecto restrictivo de la competencia, al limitar indebidamente la competencia estática y dinámica entre sus partícipes en los mercados de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril (con especial énfasis, en el segmento de vehículos terminados, así como sus piezas y componentes), el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario y el sector de la logística y expedición de vehículos terminados, sin que estos acuerdos y prácticas concertadas se encuentren amparados por la exención prevista en el artículo 1.3 de la LDC".*

La propuesta emitida por la DC fue asumida por la Sala de Competencia en su resolución, en la que hace una valoración sobre la antijuridicidad de la conducta y advierte que *"... la firma casi simultánea de los dos primeros acuerdos entre RENFE y el Grupo Deutsche Bahn y especialmente los paralelismos en el texto y en los objetivos de ambos, permiten afirmar que fueron concebidos conjuntamente, por lo que están conectados y forman un todo de contrapartidas entre ambos grupos".*

Analiza la sucesión de hechos y pone de relieve que no existe explicación alternativa plausible a que el Grupo Transfesa abandonara su plan de auto prestación de servicios de tracción, contrariamente a lo previsto antes de la entrada de DB en el capital de TRANSFESA, teniendo presente que *"El Grupo Transfesa había ya incurrido en una inversión sustancial, en términos económicos y de tiempo, para dotarse de tracción propia, que no solo incluía la adquisición de las locomotoras, sino también la formación de los maquinistas, lo cual hacía la tracción interna mas atractiva que la de un tercero, dada la relevante base de clientes de TRANSFESA ya en el momento del alquiler".*

Y destaca especialmente que:

- las decisiones de arrendar cinco locomotoras de TRANSFESA a RENFE y de no invertir en la ulterior adquisición de locomotoras adicionales fueron resultado, no de una decisión adoptada unilateralmente, sino de los acuerdos alcanzado con RENFE al objeto de que el Grupo Transfesa no utilizase internamente las diez locomotoras adquiridas y que las necesidades de tracción del Grupo Deutsche Bahn en España se cubrieran a largo plazo por RENFE.



- resultaría sorprendente que el Grupo Deutsche Bahn, primer operador de transporte de mercancías por ferrocarril a nivel europeo, no hubiera empleado por entero tracción propia en el transporte internacional de mercancías por ferrocarril con origen o destino España, a pesar de contar con locomotoras propias en España (bajo TRANSFESA RAIL), Francia (bajo la filial Euro Cargo Rail), Alemania, Reino Unido, Italia y otros países.
- no puede explicarse el alquiler por parte de RENFE de las cinco locomotoras de TRANSFESA, cuando es lo cierto que RENFE se encontraba en aquel momento llevando a cabo un plan de modernización que le proporcionaría 47 nuevas locomotoras diesel (lo que suponía muchas más locomotoras que las que tenían los demás operadores del mercado conjuntamente).

La resolución expone además las ventajas que los acuerdos implicaban para ambas partes:

- Por un lado, el Grupo Deutsche Bahn se vinculó a largo plazo con RENFE para que le cubriera las necesidades de tracción que tenía en aquel momento en España, declarando a RENFE su socio/proveedor preferencial, con la consecuencia de excluir a terceros de la posibilidad de cubrir las necesidades de tracción del Grupo Deutsche Bahn. Además, dicho Grupo obtuvo de RENFE un tratamiento preferencial y garantías de suministro, con revisiones de precios acordadas de antemano.
- En el acuerdo entre RENFE y el Grupo Transfesa de 1 de diciembre de 2008 se indicaba que, ante una necesidad de tracción, el Grupo Transfesa consideraría a RENFE como su proveedor preferencial, y RENFE tendría al Grupo Transfesa como cliente preferente, acreditándose que, frente a la práctica habitual de RENFE, no aplicó penalizaciones al Grupo Transfesa por las anulaciones de servicios.
- Mediante los acuerdos controvertidos, específicamente la prórroga del alquiler de las campas para automóviles de RENFE a favor de SEMAT, se garantizó la posición del Grupo Transfesa en el mercado del transporte de mercancías por ferrocarril en España y, en particular, en el segmento de vehículos terminados en España, principal ámbito de actuación del Grupo Transfesa. Al propio tiempo, la prórroga del alquiler de tales campas tuvo efectos anticompetitivos en el mercado porque impidió que RENFE licitara de forma abierta el alquiler de las mismas a otros posibles operadores interesados.

Y concluye que la repercusión en materia de competencia en el mercado de transporte de mercancías sería evidente atendido el hecho de que *"... el segundo operador en este mercado dependa casi por entero del Grupo Renfe, su principal competidor y primer operador en el mercado de transporte de mercancías en España, en materia de un input necesario para competir como es la tracción, dependencia afianzada a largo plazo por los acuerdos colusorios alcanzados"*.

CUARTO.- En su demanda, las parte actora cuestiona en primer lugar el alcance que la resolución recurrida atribuye a los acuerdos suscritos entre el Grupo DB y RENFE, a los que califica de contratos ordinarios en el sector ferroviario.

Analiza individualmente los contratos de 1 de noviembre y 1 de diciembre de 2008, y mantiene que el primero es en realidad un contrato marco cuyo objetivo principal sería consolidar una serie de acuerdos individuales para tráfico internacionales ya existentes, sin que se solo se refiera a tráfico del Grupo Transfesa, sino también a tráfico con otros muchos clientes del Grupo DB.

En cuanto al contrato de 1 de diciembre de 2008, insiste en que *"Se trata de un contrato perfectamente normal en el sector, que no tuvo ningún efecto anticompetitivo y que constituía la única forma en la que el Grupo Transfesa podía adquirir los servicios de tracción que necesitaba. Téngase en cuenta que, como reconoce la propia Resolución, en el año 2008, cuando se firmó el acuerdo, el Grupo Renfe poseía el 99,9% de la cuota de mercado de tracción. En consecuencia, dado que el Grupo Renfe disponía de toda la capacidad de tracción existente en el mercado, este acuerdo no sólo no es reprochable sino que era, de hecho, inevitable"*.

Rechaza que la calificación como preferencial empleada en el contrato sea reprochable, cuando es habitual en las relaciones comerciales, y supone, en fin, que no existen en la resolución objeciones significativas frente a estos contratos, criticando que la resolución recurrida no de una explicación acerca de por qué estos acuerdos son en sí mismos restrictivos de la competencia, ni cual es la razón concreta por la que deben ser considerados parte de una colusión más amplia con RENFE.

Propone una interpretación alternativa y distinta en relación con las decisiones adoptadas sobre las locomotoras, según la cual la operación de alquiler en régimen de leasing de las diez locomotoras estaría justificada por su intención de aumentar su capacidad de tracción ante la creciente demanda externa y con objeto de expandir su actividad de transporte de mercancías a nuevos segmentos, teniendo en cuenta la singularidad de dichas locomotoras, con una capacidad de arrastre muy superior que le permitirían transportar cargas más pesadas.



Ante la situación de crisis económica surgida entonces, el Grupo DB hubo sin embargo de tomar la decisión, que califica de estratégica, de subarrendar cinco locomotoras de Transfesa Rail al Grupo Renfe con el fin de redimensionar su negocio y adaptarlo a lo que califica de dramático cambio de ciclo económico.

Por otra parte, sostiene frente a lo relatado en la resolución que el Grupo Renfe necesitaba las cinco locomotoras arrendadas y que hizo uso de ellas.

Asimismo, afirma que los contratos suscritos con Renfe no impidieron contratar tracción de terceros operadores cuando se presentaba la oportunidad, lo que no estaba excluido de los referidos contratos.

Explica también las razones por las que subarrendó otras cinco locomotoras a EWSI, y que califica de puramente organizativas con la finalidad de evitar duplicidades dentro del Grupo DB, poniendo de relieve que EWSI no tendría la condición de tercero, de tal modo que los servicios de tracción prestados por esta al Grupo Transfesa no podrían considerarse como realizados por terceros, como sostiene la resolución al afirmar que "*Transfesa utilizó exclusivamente tracción ferroviaria suministrada por terceros al Grupo Transfesa y, en concreto, de EWSI, Tracción Rail, S.A. y Renfe*".

Cuestiona la imputación relacionada con el uso de las campas cedidas en alquiler por el Grupo Transfesa al Grupo Renfe, alquiler que fue prorrogado en el contrato de 1 de diciembre de 2008 lo que arrastraría, según la CNMC, los efectos anticompetitivos que describe la resolución producidos en este mercado definido como el de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario.

Para ello, pone de relieve que las dos campas de Fuencarral y la Llagosta objeto del arrendamiento no son las únicas del mercado, y destaca que el número total de campas de acceso ferroviario es de 43, por lo que el uso de dos de ellas no podría suponer el cierre del mercado, insistiendo en que el arrendamiento sería en todo caso neutral desde el punto de vista de la competencia.

Critica la interpretación que hace la resolución del alcance de la existencia de participaciones cruzadas, de la que dice que no constituye una infracción como tal, sino una contribución para reforzar el supuesto alineamiento de intereses entre el Grupo DB/TF y el Grupo Renfe, rechazando la supuesta alineación de intereses.

En definitiva, la parte actora propone una interpretación alternativa de los hechos que sustentan la infracción advertida por la CNMC.

El examen de estos motivos ha de partir de una precisión que hace la propia resolución y que entendemos determinante para enjuiciar las conductas sancionadas, cual es el necesario análisis conjunto de los hechos imputados pues, dice, "*Estos acuerdos y prácticas concertadas conforman un conjunto unitario, con independencia de la fecha de firma y vigencia formal de los acuerdos, puesto que, dado el contexto jurídico y económico en el que se suscribieron, conjuntamente formaban parte de la estrategia de reparto de mercado y mantenimiento del statu quo*".

En efecto, resulta del todo plausible que, como señala la CNMC, la firma casi simultánea de los dos primeros acuerdos entre RENFE y el Grupo Deutsche Bahn, así como el paralelismo en el texto y en los objetivos de ambos, obedeciera al hecho de haber sido concebidos conjuntamente, de modo conexo e integrando una serie de contrapartidas entre ambos grupos; simultaneidad y vinculación acreditada también con la firma de los contratos de arrendamiento.

Ha de destacarse, frente a las afirmaciones de la demanda, que la supuesta habitualidad en la firma de contratos análogos no ha sido en modo alguno probada. Así, y cuando asegura que el contrato de 1 de noviembre de 2008 es en realidad un contrato marco cuyo objetivo principal sería consolidar una serie de acuerdos individuales para tráfico internacional ya existentes, de manera que no solo se refiere a tráfico del Grupo Transfesa, sino también a tráfico con otros muchos clientes del Grupo DB, lo cierto es que no lo acredita de ningún modo, pues a la demanda no se acompaña otro contrato que pudiera tener las características o el alcance del suscrito con RENFE en aquella fecha, cuando la pretendida habitualidad en esta clase de acuerdos por parte del Grupo DB haría sumamente fácil el aportar cualquier otro ejemplo.

Las consideraciones que hace la resolución sobre la condición de competidoras de RENFE y TRANSFESA en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril son indiscutibles, del mismo modo que la descripción de la situación del Grupo Deutsche Bahn en el momento de la celebración de los contratos: aunque no era entonces un competidor real de RENFE en la prestación de tracción ferroviaria a terceros (puesto que el Grupo Transfesa iba a utilizar dicha tracción para tráfico propios), sí constituía competencia potencial puesto que, de decidirlo así, habría podido en un corto periodo de tiempo pasar a prestar dichos servicios a terceros toda vez que TRANSFESA contaba en 2008 con material de tracción y maquinistas.



Por otra parte, el subarriendo de las locomotoras recién adquiridas en leasing por TRANSFESA tuvo el efecto incuestionable de desprenderse de la capacidad de tracción de la que habría podido disponer ya en el año 2008, cuando dichas máquinas fueron entregadas.

No puede desconocerse que cinco de ellas fueron alquiladas a RENFE que, según la resolución disponía del mayor parque de locomotoras de España y tenía capacidad de tracción excedentaria. Pese a que la parte actora pone en cuestión este dato, y destaca el uso real por parte de RENFE de las locomotoras subarrendadas por TRANSFESA, no deja de ser contradictorio que argumente que se desprendió de las locomotoras -no olvidemos que recién adquiridas pues de hecho se entregaron en la fábrica directamente a RENFE- atendida la grave situación de crisis económica, y, al mismo tiempo, afirme que RENFE en esa misma situación de crisis necesitaba realmente toda la capacidad de tracción posible, no solo de la que disponía ya, sino también de la proporcionada por TRANSFESA.

En cualquier caso, la crisis económica no resulta, a juicio de la Sala, justificación suficiente de ese cambio radical de estrategia empresarial de TRANSFESA que, de aumentar su capacidad de tracción propia con la adquisición de diez locomotoras -con la inversión que ello suponía, tanto económica como de tiempo necesario para la formación del personal-, pasó a desprenderse de ellas con la consecuencia de pasar a depender de la tracción proporcionada por RENFE.

Sí resulta, por contra, una explicación plausible de todo ello que, ante la adquisición de TRANSFESA por parte del Grupo DB, se llegara a los acuerdos finalmente firmados entre este Grupo y RENFE que suponían en rigor un reparto de los mercados afectados, de tal manera que, incorporado al mercado español el Grupo DB, conseguía través de estos acuerdos una vinculación a largo plazo con RENFE a quien declaraba su proveedor preferencial, lo que le aseguraba tener cubiertas las necesidades de tracción del Grupo Deutsche, con la consecuencia de excluir la posibilidad de la prestación de este servicio por terceros.

Para RENFE, el acuerdo de 1 de diciembre de 2008 suscrito con el Grupo TRANSFESA le suponía asegurarse la condición de proveedor preferencial de tracción ferroviaria de dicho Grupo que, al mismo tiempo, adquiriría la condición de cliente preferente. Y con todo ello, la práctica exclusividad en la prestación de esta clase de servicio, resultando muy ilustrativo que RENFE no aplicase las penalizaciones habituales al Grupo TRANSFESA en los casos de anulación del servicio.

Pues bien, estos acuerdos coincidentes en el tiempo y en el propósito descrito, resultan en su conjunto sugerentes de la conducta colusoria que se sanciona si se advierte, además, que en la misma línea inciden el alquiler de locomotoras y la prórroga del alquiler a RENFE de las campas de titularidad de TRANSFESA.

Entendemos que es esta perspectiva conjunta de los diferentes acuerdos adoptados la que debe primar a la hora de enjuiciar la conducta y su eventual carácter colusorio, y no el análisis individualizado de cada uno dichos acuerdos que propone la parte actora en su demanda.

Y ese examen global no puede ser ajeno tampoco a las consideraciones que hace la CNMC desde el punto de vista del impacto en la libre competencia, y así al destacar que *"... el Grupo Renfe y el Grupo Transfesa constituían los operadores mas relevantes en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril en España y la entrada de DB en el capital de TRANSFESA había reforzado la capacidad competitiva de Grupo Transfesa, al pasar a contar con la experiencia en tracción por ferrocarril y la capacidad financiera suficiente como para poder ejercer una presión competitiva muy significativa sobre RENFE, quien hasta fechas muy recientes había tenido el monopolio legal en el mercado de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías"*, evidenciando con ello la repercusión en esta materia.

También incide en la circunstancia de que el segundo operador en este mercado pasara a depender en gran medida, como consecuencia de los acuerdos adoptados, de su principal competidor, el Grupo Renfe, respecto de un input necesario para competir como es la tracción.

Y el hecho de que el Grupo Deutsche Bahn, primer operador de transporte de mercancías por ferrocarril a nivel europeo, no emplease solo tracción propia en el transporte internacional de mercancías por ferrocarril con origen o destino España, a pesar de contar con locomotoras propias en España (bajo TRANSFESA RAIL).

La evidencia de todo ello permite afirmar que los acuerdos descritos obedecían a una estrategia unitaria de reparto del mercado y de mantenimiento de la situación existente, que se habría querido conservar tras la entrada en el mercado de un operador de la dimensión del Grupo DB con el objetivo de alinear sus intereses con RENFE y reducir la presión competitiva, a lo que habría contribuido también el hecho de las participaciones cruzadas en las empresas que describe la resolución.



Las explicaciones ofrecidas en la demanda sobre el alcance de cada uno de los acuerdos, y a las que nos hemos referido antes, son insuficientes ante esa evidencia que resulta de una apreciación conjunta de las distintas conductas descritas.

Por otra parte, las pruebas acopiadas en el expediente son sin duda bastantes para justificar las conductas imputadas, y el contenido concreto de los acuerdos es indiscutible, como lo son los términos del subarriendo de las locomotoras, o la prórroga del alquiler de las campas.

Tampoco coincidimos con el planteamiento de las entidades recurrentes cuando califican como grave error de derecho la consideración por la parte de la CNMC de que *"...el Grupo DB/TF debería haber desarrollado su capacidad de tracción"*.

La demanda desarrolla esta alegación insistiendo en que se trataría de una decisión empresarial que, aunque pudiera ser desafortunada desde una perspectiva macroeconómica, corresponde legítimamente al Grupo DB, afirmando que *"... una autoridad de competencia no está facultada para obligar a una empresa a invertir en un determinado negocio o mercado"*.

Resulta evidente que ello es así. Pero también lo es que con su reproche la CNMC no cuestiona, ni la decisión empresarial en sí misma, ni tampoco la legitimación del Grupo DB para adoptarla. Lo que hace es manifestar la convicción, al evaluar en su conjunto la conducta de dicho Grupo, que el no haber conservado la capacidad de tracción que le proporcionaban las locomotoras alquiladas, o no haber hecho uso de la tracción propia que tenía a su disposición el Grupo Deutsche Bahn -primer operador de transporte de mercancías por ferrocarril a nivel europeo-, obedecía a la estrategia anticompetitiva finalmente sancionada. Explicación desde luego razonable frente a la que no apunta otra alternativa más creíble la parte actora, quien insiste en la libertad de las empresas para decidir unilateralmente a qué dedican sus recursos.

QUINTO.- Sostienen además las empresas demandantes que no se han producido los efectos anticompetitivos a los que se refiere la CNMC, quien al describir la infracción alude a la comisión de una *"... infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en la adopción e implementación de acuerdos entre RENFE, el Grupo Deutsche Bahn y el Grupo Transfesa restrictivos de la competencia por efectos"*.

A su juicio, la resolución no discute la licitud de los acuerdos analizados, sino que entiende que, conjuntamente considerados, habrían tenido efectos restrictivos de la competencia y, en particular, un reparto del mercado afectado.

Recuerdan la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la necesidad de que la autoridad de competencia lleve a cabo un análisis de los efectos, doctrina reflejada en la sentencia de 11 de septiembre de 2014, asunto C-67/13 *P Goupement des cartes bancaires* y en otras posteriores, y acogida tanto por esta Sala de la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo en los pronunciamientos que cita.

Y critican que, en este caso, no se incluya en la resolución el preceptivo análisis de efectos contrarios a la competencia.

Si bien es admisible el planteamiento inicial de este motivo en la medida en que es la misma resolución sancionadora la que refiere la efectiva causación de efectos anticompetitivos en el mercado, no puede decirse, sin embargo, que no se haga una descripción de tales efectos.

A esta cuestión dedica el epígrafe 4.3 bajo la rúbrica *Efectos de las conductas en el mercado*, con una prolija descripción de los mismos.

Así, parte del hecho incontrovertido de que el Grupo Renfe y el Grupo Deutsche Bahn constituyen, respectivamente, el primer y segundo operador de transporte de mercancías por ferrocarril en España por volumen de facturación, *"... aglutinando conjuntamente porcentajes superiores al 80% del transporte de mercancías por ferrocarril en España, que en los casos de los segmentos del automóvil y el siderúrgico se eleva hasta el 100%"*.

A continuación, se refiere a lo que califica como impacto adverso de los acuerdos *"... en el desarrollo de la tracción propia del Grupo Deutsche Bahn en España, lo cual se ha traducido a su vez en una dinámica de la competencia mas débil en el transporte de mercancías por ferrocarril entre los grupos Renfe y Deutsche Bahn, dado que el Grupo Deutsche Bahn no ha gozado de una mayor independencia comercial respecto a RENFE, en comparación con aquella situación que hubiera prevalecido de haber consolidado el Grupo Deutsche Bahn su integración vertical a partir de las diez locomotoras que había adquirido TRANSFESA RAIL"*.

Ello lo relaciona con la *"... compartimentación del mercado europeo de transporte de mercancías por ferrocarril siguiendo fronteras nacionales, al menos en el caso de España, ya que la entrada del Grupo Deutsche Bahn en España se ha visto limitada en cuanto a desarrollo de capacidad de tracción propia a raíz de los acuerdos*



colusorios, restando efectos a la liberalización del sector a nivel europeo, destinado a propiciar una mayor competencia y sus consiguientes beneficios". A lo cual vincula la consecuencia de que la competencia más débil en el transporte de mercancías por ferrocarril en España "... se ha traducido necesariamente en un peor servicio para el cliente (ya sea en términos de precios, variedad o calidad del servicio), que no solo ha afectado al cliente final, sino también a las actividades conexas (expedición, logística) que subcontratan dicho transporte", con especial referencia al caso concreto del transporte por ferrocarril de vehículos terminados. Mereciendo mención especial el agravamiento de los efectos anticompetitivos en este ámbito por "... el proceso de concentración que ha vivido el sector con posterioridad a la firma de los acuerdos entre RENFE y el Grupo Deutsche Bahn. Así, tras la adquisición del control de las sociedades PECOVASA y LTF por parte de RENFE en 2010, el segmento de transporte de vehículos terminados por ferrocarril quedó reducido esencialmente a dos operadores, RENFE y el Grupo Transfesa, pues son los dos únicos operadores con tracción ferroviaria propia que ofrecen servicios en dicho segmento dentro de la RFIG de ancho ibérico y UIC".

Alude a los efectos restrictivos de la competencia en el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario "... al haber vedado durante un periodo de al menos 6 años (desde el 1 de diciembre de 2008 hasta al menos la fecha de incoación del presente expediente) el acceso (efecto cierre) a las campas de Fuencarral y La Llagosta a otros operadores potencialmente interesados, campas del máximo interés para un operador logístico de vehículos terminados, pues se sitúan en los dos puntos con mayor consumo de automóviles de España, lo cual indica la importancia comercial que tiene contar con campas en estas ubicaciones"; y concluye refiriéndose al efecto indirecto en el mercado de expedición y logística de vehículos terminados "... al haber garantizado para el Grupo Deutsche Bahn unos inputs escasos y valorados de cara a prestar este servicio a los fabricantes de automóviles durante tan largo tiempo e impidiendo que con las mismas un tercero o la propia RENFE desarrollase su actividad en este mercado. Por último, los vínculos estructurales existentes entre los grupos Renfe y Deutsche Bahn, reseñados supra, constituyen un factor adicional que ha acrecentado los efectos de las restricciones anticompetitivas descritas".

Y también menciona el alcance de los efectos anticompetitivos al cuantificar la sanción -página 84 de la resolución-.

Por lo tanto, es indudable que la resolución incluye un análisis de efectos que, de manera motivada, expone las consecuencias que para los mercados afectados han tenido las conductas imputadas a las entidades recurrentes. Análisis que resulta por lo demás coherente con la descripción de las conductas acreditadas y con el alcance que cabe atribuirles en dichos mercados.

Cuestión distinta es que las recurrentes discrepen de todo ello, sin que esa sola discrepancia desvirtúe, a juicio de esta Sala, el análisis llevado a cabo por la CNMC.

SEXTO.- Por último, se critica en la demanda la cuantificación de la sanción que las entidades recurrentes califican como "... enorme multa impuesta al Grupo DB/TF sin explicación, siquiera remota, de la forma en que el importe de dicha multa fue calculado", denunciando que "La ausencia de la más mínima justificación acerca de la multa priva a los recurrentes de la posibilidad de verificar si -incluso para el caso de que las acusaciones de la CNMC fueran correctas, quod non- la multa resulta adecuada y proporcionada o, al menos, si el cálculo aritmético de la misma es correcto". Todo lo cual les habría generado indefensión.

En particular, denuncian la falta de motivación en cuanto a la determinación del tipo sancionador, la desconexión con el volumen de negocios acreditado y la arbitraria inaplicación de una circunstancia atenuante que sí se tuvo en cuenta en el caso de RENFE.

Sobre esta cuestión ha de decirse que el sistema seguido aquí por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros casos análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores; y tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, el Tribunal Supremo rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como "umbrales de nivelación" (o "límites extrínsecos", como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009. Considerando que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad



de las conductas, deben concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma.

Razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2016. No obstante, en la misma resolución se indica que, dado que en las respuestas al requerimiento de información formulado el día 26 de enero de 2017 el Grupo DB había declarado que la cifra de negocios total consolidada correspondiente al año 2016 no había sido aprobada por el consejo de las respectivas empresas, se consideró el volumen de negocios total del Grupo Deutsche Bahn en 2015. Cuestión esta que no ha merecido consideración alguna para las empresas recurrentes.

En consecuencia, analiza a continuación los factores que han de determinar el porcentaje que, con el límite máximo del 10% del referido volumen de negocios, resulta oportuno aplicar en cada caso.

En esa labor, pone de manifiesto que existen factores que permiten considerar la gravedad de las conductas y así señala que, en cuanto a su alcance a lo largo del periodo en que se han desarrollado, la cuota conjunta de las empresas participantes en el acuerdo colusorio en los mercados afectados es alta, de media por encima del 80%.

Reitera además la efectiva causación de efectos contrarios a la competencia en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, competencia que habría quedado debilitada con la consecuencia de un peor servicio para el cliente (ya sea en términos de precios, variedad o calidad del servicio) y que no habría afectado solo al cliente final, sino también a las actividades conexas (expedición, logística) que subcontratan dicho transporte.

Advierte que esos efectos anticompetitivos se habrían visto agravados por el proceso de concentración que ha vivido el sector con posterioridad a la firma de los acuerdos entre RENFE y el Grupo Deutsche Bahn, destacando que *"... el segmento de transporte de vehículos terminados por ferrocarril quedo reducido esencialmente a dos operadores, RENFE y el Grupo Transfesa, pues son los dos únicos operadores con tracción ferroviaria propia que ofrecen servicios en dicho segmento dentro de la RFIG de ancho ibérico y UIC"*.

Y es a partir de ello como, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores le permite concretar, dentro de la escala legal que discurre desde el importe mínimo hasta el 10% del volumen total de negocios de cada sujeto responsable, el tipo sancionador global de este expediente en el 5,00%, sin perjuicio de los ajustes que pudieran proceder atendiendo a la particular situación de cada empresa.

A continuación, expone los criterios de valoración de la conducta, entre ellos la participación en cada una de las conductas anticompetitivas detectadas, e individualiza las multas tomando en consideración, como factor determinante y de acuerdo con el artículo 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por la infracción. A tal efecto, incluye un cuadro en el que refleja el volumen de negocios las dos incoadas en el mercado afectado, asignándoles una cuota de participación. Y añade una serie de precisiones sobre la determinación de ese volumen en el caso del Grupo DB que afectan a los datos suministrados en relación a los dos mercados afectados, tracción ferroviaria y transporte de mercancías

Sobre esta base, entiende que no concurren circunstancias agravantes y aprecia una atenuante en el caso de RENFE *"... haber aplicado dos de los compromisos ofrecidos en su propuesta de compromisos de abril de 2016 de forma voluntaria y al margen de la terminación convencional"*.

Ello ha propiciado que, en su demanda, las entidades recurrentes denuncien la diferencia de trato sufrida al considerar que debiera ser aplicada también en su caso.

Afirmación que no podemos compartir pues la apreciación de dicha atenuante se sustenta en la conducta propia de RENFE, de la que se dice aplicó de forma voluntaria dos de los compromisos ofrecidos en la propuesta de terminación convencional de 2016. Pero no se ha justificado por la parte actora que las entidades recurrentes hubieran tenido la misma iniciativa.

Por último, determina el importe final de las multas que procede imponer a cada una de las empresas, para lo cual incluye una tabla que incorpora el volumen total de negocios del Grupo DB en 2015 (37.562.000.000 de euros) y el tipo sancionador aplicable (5,6%).

Pero lleva a cabo una importante corrección sobre la base de la consideración siguiente:

"Ahora bien, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción, como el que se muestra en la tabla, si se aplica al volumen de negocios total de las empresas multiproducto -las que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado- conduciría a una sanción en euros que no respetaría la proporcionalidad con la



efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva de esta empresa. Puede comprobarse claramente el carácter multiproducto tanto de DEUTSCHE BAHN como de RENFE, porque su volumen de negocios medio en el mercado afectado representa menos del 10% de sus respectivos volúmenes de negocios totales. Es decir, solo una cantidad relativamente pequeña del volumen de negocios de estas empresas corresponde a los mercados afectados por la conducta. Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede determinarse beneficio ilícito potencial). (...) Con respecto a DEUTSCHE BAHN, si se le aplicara el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción (5,60%), la sanción resultante supera también el límite de proporcionalidad, que esta en el entorno de 10.513.000 euros, por lo que es necesario reducir la sanción, por motivos de proporcionalidad, hasta que la multa alcance dicho importe".

Y respecto de la limitación que implica la determinación del beneficio ilícito potencial, aclara además los parámetros a considerar para la determinación de esos supuestos prudentes a los que se refiere.

Entiende la Sala que todas estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que ha fijado el porcentaje sancionador sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada atendiendo a la doctrina que sobre esta cuestión acoge nuestra jurisprudencia, y así en sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, donde afirma lo siguiente:

"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

Ha de insistirse en que, en el caso que nos ocupa, las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."

Po r tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante.

SÉPTIMO. - De conformidad con lo expuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, las costas de esta instancia habrán de ser satisfechas por la parte actora.

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

FALLAMOS



Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **TRANSPORTES FERROVIARIOS ESPECIALES, S.A., TRANSFESA RAIL, S.A., POOL IBÉRICO FERROVIARIO, A.I.E., HISPANAUTO EMPRESAS AGRUPADAS A.I.E.A., SOCIEDAD DE ESTUDIOS Y EXPLOTACIÓN DE MATERIAL AUXILIAR DE TRANSPORTES, S.A., DEUTSCHE BAHN IBÉRICA HOLDING, S.L., DEUTSCHE BAHN AG (SUCESOR LEGAL DE DB MOBILITY LOGISTICS AG) y DB CARGO AG (ANTERIORMENTE DENOMINADA DB SCHENKER RAIL DEUTSCHLAND AG)**, contra la resolución de 28 de febrero de 2017, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0511/14 *Renfe Operadora*, mediante la cual se impuso a las entidades actoras una sanción de multa por importe de 10.513.000 euros por la comisión de una infracción muy grave. Resolución que declaramos ajustada a Derecho.

Con expresa im posición de costas a la parte actora.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJ