



Roj: **STS 3070/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3070**

Id Cendoj: **28079130032022100144**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/07/2022**

Nº de Recurso: **1071/2021**

Nº de Resolución: **1040/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2796/2020,**
ATS 10864/2021,
STS 3070/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.040/2022

Fecha de sentencia: 20/07/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **1071/2021**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: **1071/2021**

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1040/2022

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 20 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **1071/2021**, interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y las Telecomunicaciones, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 5 de octubre de 2020 en el recurso contencioso-administrativo número 737/2018. Son partes recurridas la Entidad Pública Empresarial Renfe Operadora, Renfe Alquiler de Material Ferroviario Sociedad Mercantil Estatal, S.A., Renfe Mercancías, S.A.U., y Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.A.U., representadas por la procuradora D.^a Laura Albarrán Gil y bajo la dirección letrada de D. Juan José Montero Pascual y D.^a Mariarosaria Ganino.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 5 de octubre de 2020, por la que se estima en parte el recurso promovido por la Entidad Pública Empresarial Renfe Operadora, por Renfe Alquiler de Material Ferroviario Sociedad Mercantil Estatal, S.A., por Renfe Mercancías, S.A.U., y por Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.A.U., contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 23 de mayo de 2018 dictada en el expediente STP/DTSP/055/17 (condiciones de acceso al material rodante de Renfe Alquiler de Material Rodante S.P.E. por parte de las empresas ferroviarias). Por esta resolución se requería a las empresas demandantes diversas informaciones y la adopción de medidas de transparencia.

La parte dispositiva de la sentencia dice:

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

Y el fundamento de derecho duodécimo dice, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

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

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 8 de febrero de 2021, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 21 de julio de 2021 por el que se admite el recurso de casación, declarando que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en aclarar cuál es el alcance y la extensión del control judicial en relación con los requerimientos de información y de transparencia dirigidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en ejercicio de su función de supervisión y control del sector ferroviario, a las entidades que operan en dicho sector; en particular, respecto del control de la justificación y proporcionalidad de dichos requerimientos o de la proporcionalidad de las concretas obligaciones de transparencia (publicación de tablas y fórmulas) impuestas por la autoridad reguladora.

En la resolución se identifican como normas que serán objeto de interpretación los artículos 11.1 y 3 y 28.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la

disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, a la luz de lo dispuesto en el artículo 56.4 de la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único.

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, habiendo presentado el correspondiente escrito en el que suplica que se resuelva el procedimiento por sentencia que, con estimación del presente recurso, fije la jurisprudencia que indica en el fundamento sexto de dicho escrito o la mejor que la Sección considere y, casada la sentencia de instancia, se resuelva la desestimación del recurso interpuesto por las demandantes contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de mayo de 2018, respecto de los resuelve primero y sexto, declarándolos ajustados a derecho en su integridad.

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, que ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición, en el que solicita que se desestime el recurso interpuesto, confirmando la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de octubre de 2020.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 25 de abril de 2022 se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 21 de junio del mismo año, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia impugna en el presente recurso de casación la sentencia de 5 de octubre de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en materia relativa al sector ferroviario. La sentencia recurrida estimó en parte el recurso contencioso administrativo entablado por diversas entidades de RENFE señaladas en los antecedentes (Renfe Operadora, Renfe Alquiler, Renfe Mercancías y Renfe Mantenimiento) contra la resolución de la citada Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de mayo de 2018 que imponía a las referidas sociedades determinadas obligaciones por motivos de defensa de la competencia.

El recurso fue admitido por auto de esta Sala de 21 de julio de 2021, que declaró de interés casacional aclarar cuál es el alcance y la extensión del control judicial en relación con los requerimientos de información y de transparencia dirigidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en ejercicio de su función de supervisión y control del sector ferroviario, a las entidades que operan en dicho sector; en particular, respecto del control de la justificación y proporcionalidad de dichos requerimientos o de la proporcionalidad de las concretas obligaciones de transparencia (publicación de tablas y fórmulas) impuestas por la autoridad reguladora.

La institución recurrente entiende que la sentencia ha incurrido en exceso al suplantar las valoraciones económicas del organismo regulador por las suyas propias. Este exceso en el control le ha llevado, afirma la actora, a anular decisiones ejercidas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para obtener información necesaria para el ejercicio de sus funciones e incrementar la transparencia en beneficio de la competencia en el sector. Las entidades de Renfe recurridas instan la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Sobre las facultades de los órganos reguladores y de los tribunales respecto a las decisiones económicas complejas.

Comienza la demandante su argumentación recogiendo la sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2018 (RC 6552/2017), en la que se afirma la capacidad de los órganos judiciales para conocer y pronunciarse sobre todos los elementos presentes en las decisiones económicas complejas y su pertinencia para fundar las decisiones adoptadas. Tiene interés para el presente caso recoger aquí lo que dijo esta Sala en relación con el control jurisdiccional de operaciones económicas complejas:

" **SEGUNDO.** Sobre el control jurisdiccional de apreciaciones económicas complejas realizadas por el ente regulador.

Tal y como se afirma en el Auto de admisión corresponde en primer lugar esclarecer, a la luz de la jurisprudencia europea, la extensión y los límites del control jurisdiccional de las resoluciones de la CNMC que implican apreciaciones económicas complejas en relación, particularmente, con la delimitación del mercado/s relevante/s a efectos de determinar la existencia de una posición de dominio y el eventual abuso de dicha posición indicados operadores contaría con una cuota del 100% del mercado mayorista de terminación en su respectiva red.



Existe una abundante jurisprudencia del TJUE sobre el alcance del control judicial sobre las apreciaciones económicas complejas realizadas por la Comisión. En ella se ha declarado que en los ámbitos que exijan apreciaciones económicas complejas "Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia reconoce a la Comisión cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos [...]" (STJUE de 15 de febrero de 2005 (asunto C-12/03 Tetra Laval), en materia de operaciones de concentración; la sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2011 (asunto C-386/10 P, Chalkor, apartado 54) en materia de prácticas colusorias; y para establecer situaciones de abuso de posición dominante, STJUE de 10 de julio de 2014 (C-295/12 Telefónica, ap. 54).

No existe discrepancia entre las partes de este litigio en torno a que esta misma doctrina es trasladable al control judicial que los tribunales españoles deben efectuar sobre las apreciaciones económicas complejas realizadas por el órgano regulador encargado de la competencia. Y no cabe duda que entre ellas se encuentran aquellas apreciaciones destinadas a establecer el mercado relevante (también denominado el mercado de referencia) y la determinación de si existe una posición de dominio de una o varias empresas en dicho mercado.

En definitiva, el control judicial puede extenderse, no solo a la "exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia" sino también a la pertinencia de los datos y su adecuación para sostener las conclusiones alcanzadas. De modo que cuando el tribunal entienda que las deducciones obtenidas no tienen una base suficiente y fiable o no existe una correspondencia lógica entre la decisión obtenida con los datos en los que se sustenta, pueden anular la decisión del organismo regulador.

En el supuesto que nos ocupa, la sentencia de instancia, basándose precisamente en esta misma jurisprudencia, que invoca y transcribe, analizó los datos e informes en los que se fundó la resolución administrativa para delimitar el mercado relevante (un mercado separado para la terminación de mensajes cortos SMS y MMS referido a la red propia de cada uno de los operadores de telefonía) y para apreciar una posición de dominio individual de los operadores sobre este mercado, llegando a la conclusión que los datos e informes en los que se funda la resolución administrativa son insuficientes, incoherentes con otros datos e informes y se funda en apreciaciones no constatadas en datos objetivos, por lo que aprecia incoherencias y un déficit de motivación para delimitar los mercados y la posición de dominio individual de las empresas sancionadas que le lleva a anular la resolución sancionadora impugnada.

Frente a ello, el recurso considera que la sentencia infringe la jurisprudencia del TJUE, contenida en las sentencias STJUE de 15 de febrero de 2005 (asunto C-12/03 Tetra Laval), de 8 de diciembre de 2011 (asunto C-386/10 P, Chalkor) y de 10 de julio de 2014 (C-295/12 Telefónica) antes transcritas, por entender que "la verificación y comprobación, no constituyen sólo una facultad del órgano jurisdiccional sino una obligación jurídica, cuya infracción determina la nulidad de la sentencia que no procede a la verificación y comprobación, mediante un examen completo y profundo".

Esta infracción ha de ser rechazada.

En realidad, la alegación planteada no se basa en la ausencia de un control judicial sino en su discrepancia con la conclusión alcanzada al entender que la valoración realizada por el tribunal de instancia no fue correcta, por no haber realizado un análisis completo y profundo de la información disponible.

Lo cierto es que esta jurisprudencia surge precisamente para evitar que el órgano judicial se abstenga de realizar el control exigible de los datos económicos utilizados por la CNMC para establecer las bases de su decisión en materia de competencia, por lo que no resulta pertinente su invocación en los casos en los que el órgano judicial, tras realizar dicho control en el que se valora la suficiencia y fiabilidad de los datos utilizados por el ente regulador, llegue a la conclusión de que éstos son insuficientes y no son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos.

En estos casos, el reproche a la sentencia no puede ser la infracción de dicha jurisprudencia sino el exceso en que eventualmente pudiera haber incurrido el órgano judicial al suplantar el análisis económico realizado por el organismo regulador por uno propio, ajeno a los datos disponibles, o los errores cometidos en la calificación jurídica o en las consecuencias en derecho del juicio emitido por el tribunal a la vista de los elementos existentes y de la valoración realizada." (sentencia de 20 de diciembre de 2019 -casación 6552/2017-, fundamento de derecho segundo)

De forma análoga, la recurrente no niega en el presente recurso la posibilidad de control judicial, sino que entiende que la sentencia impugnada se ha excedido en dicho control al suplantar la decisión del regulador

en cuanto a la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones desde la perspectiva de la proporcionalidad de la medida. En su opinión, existe habilitación competencial para solicitar la información requerida y la misma responde a la finalidad legalmente estipulada, por lo que no procedía anular los apartados del requerimiento de información que se han declarados contrarios al principio de proporcionalidad.

La sentencia recurrida anuló tres apartados de la resolución impugnada, el resuelve primero, el resuelve segundo y, en parte, el resuelve sexto. De ellos se impugna en el recurso de casación la anulación del primero y el último, ambos referidos a la obligación de las sociedades de RENFE de proporcionar información. No impugna la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por el contrario, la anulación del resuelve segundo, que implicaba la realización por RENFE de actuaciones encaminadas a someter los servicios de mantenimiento a una contratación competitiva.

Vamos a examinar, por tanto, los dos apartados que la Sala de instancia ha anulado por considerarlos contrarios al principio de proporcionalidad y que son impugnados por la parte recurrente: el relativo a la solicitud de información sobre la disponibilidad y utilización del material rodante (resuelve primero) y el referido a la solicitud de medidas de transparencia sobre los precios de alquiler de las máquinas (resuelve sexto, en parte).

TERCERO.- Sobre las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en materia ferroviaria.

Para determinar si las obligaciones impuestas a Renfe que han sido anuladas por la sentencia recurrida son conformes a derecho conveniente tener presente las facultades de supervisión que el ordenamiento otorga al regulador en materia ferroviaria, así como.

La propia Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia le otorga al supervisor en el artículo 11 un amplio haz de facultades, de las que reproducimos a continuación las que son de aplicación al caso:

" **Artículo 11.** *Supervisión y control del sector ferroviario.*

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector ferroviario y la situación de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, también, y en particular, en el mercado de transporte de viajeros en alta velocidad. En particular, ejercerá, bien por iniciativa propia, bien a solicitud de las autoridades competentes o partes interesadas, las siguientes funciones:

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

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

[...]

e) Solicitar a los administradores de infraestructura, a gestores de instalaciones de servicio, a empresas ferroviarias y candidatos, así como a otras empresas involucradas en asuntos que deben ser verificados o comprobados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, toda la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, en particular, con la resolución de reclamaciones, supervisión del mercado ferroviario, fines estadísticos y observación del mercado. El plazo no podrá exceder de un mes salvo que, en circunstancias excepcionales, el órgano petionario acuerde y autorice una prórroga limitada que no podrá exceder de dos semanas, siempre de conformidad con lo dispuesto por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

[...]"

Por otra parte, la disposición adicional decimosexta de la Ley del Sector Ferroviario (Ley 38/2015, de 29 de septiembre) prevé:

" **Disposición adicional decimosexta.** *Alquiler y mantenimiento de material ferroviario.*

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

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



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

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

En cuanto a los incisos anulados de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia impugnada en la instancia, tienen el siguiente tenor:

" RESUELVE

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

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

[...]

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

" VI. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, esta Sala concluye lo siguiente:

[...]

12) Finalmente, y si bien es comprensible que, en un primer momento, la falta de experiencia en este mercado hiciera que la actividad de RENFE Alquiler con los operadores alternativos se centrara en mantener los contactos para informar del material disponible para el alquiler y de las condiciones en que se efectuaría el mismo, más de tres años después del inicio de la actividad **resulta aconsejable una mayor transparencia** en los procedimientos, material disponible, etc. Esta mayor transparencia está, además, prevista en lo establecido en la disposición adicional 16ª de la Ley 38/2015.

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

Sin embargo, se considera necesario que la **página web de RENFE Alquiler incluya, para todo su parque de locomotoras, información** más detallada sobre su estado, así como la publicación de las condiciones generales de contratación. Asimismo, se debería publicar la fórmula o las tablas que justifican el precio del alquiler en función de variables como el tipo de máquina, el número de máquinas que se alquila, el plazo y los kilómetros efectuados; de modo que, con carácter previo, se conozca cual podría ser el mismo.

Adicionalmente, y en la medida en que la escasez de material obliga cada vez con más frecuencia a elegir una de las solicitudes entre los demandantes, esta Sala considera que RENFE Alquiler debe mejorar la **transparencia del procedimiento de adjudicación**, para que los potenciales arrendatarios puedan tener más garantías que incrementen su confianza en el mismo.

De este modo, es fundamental que, con motivo de la adjudicación de locomotoras, junto con la notificación personal a las empresas ferroviarias, RENFE Alquiler publique en la página web los aspectos que los potenciales arrendatarios deban comunicar al arrendador en el plazo previsto para ello.

Estas conclusiones resultan válidas en tanto en cuanto la situación del arrendamiento del material rodante para mercancías no asegura, por sí misma, el correcto funcionamiento del mercado del transporte de mercancías en España. En caso que se produzca algún cambio en la actual estructura del mercado, esta Comisión analizará la pertinencia de las obligaciones anteriormente establecidas."



CUARTO.- Sobre la información solicitada en relación al material rodante y a los precios de alquiler de las máquinas.

Como hemos visto ya, de los tres apartados anulados por la sentencia recurrida, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sólo ha impugnado en casación los dos relativos a requerimientos de información que la Sala de instancia ha entendido contrarios al principio de proporcionalidad. Sin embargo, a la vista de las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que se han reseñado en el fundamento anterior, no parece que los requerimientos de información sean excesivos o desproporcionados.

En efecto, si la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene encomendado como función principal en el sector ferroviario supervisar y controlar "el correcto funcionamiento de sector ferroviario y la situación de competencia en los mercados ferroviarios", "salvaguardar la pluralidad de la oferta en la prestación de los servicios sobre la Red Ferroviaria" y "garantizar la igualdad entre empresas" en el sector, no parece que sea desproporcionado el que requiera a RENFE en el resuelve primero proporcionar con periodicidad anual (aparte de la inicial en dos meses) los datos sobre la utilización del material rodante, pues tales datos parecen relevantes, si no imprescindibles, para que el supervisor pueda verificar el buen funcionamiento del sector tanto desde la perspectiva de la optimización del uso de los recursos, como su utilización y demanda por las diversas empresas que operen en el sector y la situación de competencia entre las mismas, entre otros parámetros.

Igualmente, si Renfe Alquiler está obligada a facilitar a las operadoras del sector el acceso al alquiler del material "de forma transparente, objetiva y no discriminatoria, dando publicidad a su oferta de tal forma que su contenido pueda ser conocido por todas aquellas empresas ferroviarias que estén interesadas", no parece excesivo ni desproporcionado que entre la información facilitada a las operadoras interesadas en la página web de Renfe se incluyan los criterios de formación de los precios de alquiler de las máquinas, aspecto único anulado por la Sala de instancia del resuelve sexto en relación con la conclusión decimosegunda de su resolución impugnada en la instancia. La puesta a disposición de las operadoras interesadas de "la fórmula o las tablas que justifican el precio del alquiler en función de variables como tipo de máquina, el número de máquinas que se alquila, el plazo y los kilómetros efectuados" no parece que sea una información excesiva para poder cumplir adecuadamente con la función de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de garantizar la competitividad y la igualdad entre las empresas que deseen operar en el sector, ni que proporcionar tal información ocasione a RENFE alquiler perjuicios en su actividad empresarial, lo que en ningún caso ha sido acreditado por RENFE.

Para concluir, es preciso referirse al argumento de la defensa letrada de las sociedades de RENFE en el sentido de que las medidas de información exigidas a RENFE, en tanto restrictivas de la libertad de empresa, deberían superar un criterio de necesidad, no sólo de idoneidad o de proporcionalidad. Sin embargo, en el ámbito de supervisión de la competencia en sectores económicos complejos con frecuencia no resulta posible hablar en términos taxativos de principio de necesidad, sino tan sólo de idoneidad y proporcionalidad respecto al objetivo perseguido. En efecto, en muchos casos las medidas adecuadas para asegurar la competitividad en un sector económico complejo pueden ser alternativas o acumulativas, no resultando siempre factible efectuar afirmaciones terminantes respecto al carácter absolutamente necesario o imprescindible de una determinada medida. En lo que respecta al caso presente y dado el objetivo de la información requerida, basta constatar la adecuación de las medidas adoptadas y la valoración de que no resultan desproporcionadas desde una consideración genérica de razonabilidad para aceptar su conformidad a derecho.

QUINTO.- Sobre la doctrina de interés casacional.

A tenor de las consideraciones expuestas el examinar y resolver el litigio entablado entre las partes, hemos de declarar que en ámbitos económicos complejos el control judicial puede pronunciarse sobre la adecuación, proporcionalidad y, en su caso, sobre la necesidad de las medidas relativas a los requerimientos de información y transparencia acordados por el supervisor, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en este caso. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, la imposibilidad existente en muchos casos de efectuar afirmaciones taxativas sobre la exigencia de necesidad de determinadas medidas, de exigencia de información o transparencia, que necesariamente se mueven en un entorno económico incierto en el que deben ponderarse por un lado las funciones y facultades del supervisor y, por otro, las exigencias de racionalidad económica de las empresas afectadas por los requerimientos del supervisor.

SEXTO.- Conclusión y costas.

De acuerdo con los razonamientos expresados en los anteriores fundamentos de derecho, hemos de casar y anular la sentencia recurrida y, por las mismas razones, estimar el recurso de las sociedades actoras en la instancia exclusivamente en lo que respecta a la nulidad del resuelve segundo de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de mayo de 2018.



En aplicación de lo estipulado en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no se imponen las costas ni en la instancia ni en la casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico quinto:

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contra la sentencia de 5 de octubre de 2020 dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 737/2018.
2. Anular la sentencia objeto de recurso.
3. Estimar en parte el citado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la Entidad Pública Empresarial Renfe Operadora, por Renfe Alquiler de Material Ferroviario Sociedad Mercantil Estatal, S.A., por Renfe Mercancías, S.A.U., y por Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.A.U., contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 23 de mayo de 2018 dictada en el expediente STP/DTSP/055/17.
4. Anular el resuelve segundo de la resolución administrativa de 23 de mayo de 2018 impugnada.
5. No imponer las costas del recurso contencioso-administrativo ni las del de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.