

R. CASACION núm.: 4584/2021

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. 378/2023

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 22 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4584/2021, interpuesto por Renfe Operadora E.P.E., representada por la procuradora D.^a Laura Albarrán Gil y bajo la dirección letrada de D. Juan José Montero y D.^a Mariarosaria Ganino, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 15 de abril de 2021 en el recurso contencioso-administrativo número 122/2018. Es parte recurrida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

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 15 de abril de 2021, desestimatoria del recurso promovido por Renfe Operadora E.P.E. contra la resolución de la Sala de supervisión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 21 de diciembre de 2017 dictada en el expediente STP/DTSP/053/17 que dispone:

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

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

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

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 10 de junio 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 30 de septiembre de 2021 por el que se admite el recurso de casación, declarando que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si la

potestad conferida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por el artículo 11.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de "salvaguardar la pluralidad de la oferta", supone una habilitación competencial en si misma para imponer las medidas adoptadas en la resolución recurrida, o si, por el contrario, precisan de un desarrollo normativo ulterior.

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, quien argumenta en su escrito que la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia en materia de reserva de ley en relación con la actuación de las autoridades reguladoras independientes y la jurisprudencia sobre las obligaciones impuestas en ejercicio de la función de salvaguarda de la pluralidad de la oferta.

Solicita en el mismo que, con estimación del recurso, se anule la sentencia impugnada con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida y, como consecuencia, este Tribunal se sitúe en la posición procesal propia de la Sala de instancia y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución de litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia y, en consecuencia estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esa parte contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 21 de diciembre de 2017.

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 suplica que se desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, con costas.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 15 de diciembre de 2022 se ha señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 14 de febrero de 2023, habiendo continuado la deliberación del asunto hasta el 14 de marzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La compañía Renfe Operadora, E.P.E., impugna en el presente recurso de casación la sentencia de 21 de diciembre de 2017 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en materia de defensa de la competencia en el sector ferroviario. La sentencia recurrida desestimó el recurso que la citada compañía había interpuesto contra la resolución de 21 de diciembre de 2017 de la Sala de Supervisión Reguladora de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que le imponía determinadas obligaciones en materia de personal de conducción ferroviaria.

El recurso fue admitido a trámite por auto de esta Sala de 30 de septiembre de 2021, que declaró de interés casacional determinar si la potestad conferida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por el artículo 11.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de "salvaguardar la pluralidad de la oferta", supone una habilitación competencial en si misma para imponer las medidas adoptadas en la resolución recurrida, o si, por el contrario, éstas precisan de un desarrollo normativo ulterior.

La entidad recurrente funda su recurso en dos alegaciones: la infracción de la reserva de ley en relación con la libertad de empresa y el derecho de propiedad; y la infracción de la jurisprudencia relativa a las obligaciones impuestas en ejercicio de la función de salvaguarda de la pluralidad de la oferta. Solicita la casación de la sentencia impugnada y la

estimación del recurso contencioso de instancia. El Abogado del Estado, en la representación que ostenta, insta la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia justifica el fallo desestimatorio en las siguientes razones jurídicas:

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

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

El art. 11.1 LCNMC dispone:

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

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

La Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, conocida como Directiva RECAST, en su artículo 56 apartado 2 entre las funciones del organismo regulador señala: "Sin perjuicio de las facultades de las autoridades de competencia nacionales en materia de protección de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, el organismo regulador estará facultado para supervisar la situación de la competencia en los mercados de los servicios ferroviarios y, en particular, controlará, por iniciativa propia, lo dispuesto en el apartado 1, letras a) a g)(...)", estableciendo además en el apartado 9: "(...)Resolverá acerca de cualquier denuncia, tomará medidas para remediar la situación y comunicará a las partes interesadas su decisión motivada en un plazo de tiempo prudencial previamente fijado, y, en cualquier caso, en un plazo de seis semanas a partir de la recepción de toda la información pertinente. Sin perjuicio de las facultades de las autoridades de competencia nacionales en materia de protección de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, el organismo regulador decidirá por iniciativa propia, cuando corresponda, las medidas adecuadas para corregir discriminaciones en perjuicio de los candidatos, distorsiones del mercado y otras situaciones indeseables en estos mercados, en particular respecto a lo dispuesto en el apartado 1, letras a) a g). Las decisiones del organismo regulador vincularán a todas las partes afectadas, y no estarán sujetas al control de ninguna otra instancia administrativa".

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

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

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

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

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

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

El Informe de 11 de octubre de 2016 de la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF) señala que la acción formativa de los centros homologados de formación de personal ferroviario se ha ajustado a la demanda de aspirantes existentes en cada momento. Los centros privados han mantenido una actividad constante con cursos todos los años, pero el ritmo de incorporación de maquinistas al sector está totalmente marcado por el centro de formación de RENFE Operadora. En condiciones normales de reposición de maquinistas y crecimiento de las empresas privadas, el ritmo de formación mantenido hasta ahora era suficiente, teniendo en cuenta que estas empresas sólo emplean el 3% de los maquinistas del sector. La paralización de maquinistas por parte de RENFE, en el periodo 2013/2015, provocó un descenso de aspirantes en centros de formación, haciendo crecer la bolsa, no siendo el mercado capaz de absorber a los maquinistas aprobados. Sin embargo, la puesta en marcha a finales de 2015 de un plan de incorporaciones en Renfe, para dar respuesta a su necesidad de renovar en un periodo muy corto un porcentaje muy elevado de maquinistas de su plantilla, está provocando un desajuste importante en el

sector. Indicando que aunque el número de maquinistas disponibles podría estar en torno a una centena, hay que tener en cuenta que en realidad una parte tiene otras profesiones distintas o están trabajando en países de la Unión europea, lo que supone que "la posibilidad de contratación efectiva de maquinistas en la actualidad sea casi inexistente, como lo demuestra el que los aspirantes que resultan aptos en las últimas convocatorias, a partir de la contratación masiva por Renfe en noviembre de 2015, antes de ser examinados por la AESF están ya pre contratados".

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

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

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

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

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

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

La distorsión producida en el mercado como consecuencia del remplazo masivo de maquinista efectuado por RENFE, aun cuando es negado en la demanda, se encuentra



implícitamente reconocido en el acuerdo transaccional de 18 de enero de 2019, aportado con la contestación a la demanda, en las que se comprometen a informarse recíprocamente sobre la previsión de necesidades de maquinistas, así como de la oferta formativa prevista en cada centro.» (fundamentos de derecho cuarto y quinto)

TERCERO.- Sobre la alegación relativa a la reserva de ley.

Según Renfe Operadora las limitaciones impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia están sujetas a la reserva de ley establecida en el artículo 53.1 de la Constitución al afectar a la libertad de empresa y al derecho de propiedad. Aunque en el ámbito regulatorio, en el que es preciso un control continuo de los mercados, el regulador disponga de un amplio margen de discrecionalidad, en todo caso debe contar con «la oportuna habilitación legal». Así, según la jurisprudencia de este Tribunal (SSTS de 5 de abril y de 19 de octubre de 2018) el regulador puede precisar y completar las obligaciones establecidas en el bloque de la legalidad, pero dentro de sus límites y sin innovar el ordenamiento jurídico. En dichas sentencias, afirma, se admitió la imposición de obligaciones que no estaban previstas específicamente en el bloque de legalidad, pero se detallaron las normas legales o reglamentarias que amparaban dichas obligaciones. Sin embargo, según la recurrente, la sentencia de instancia concluye, erróneamente a su juicio, que el artículo 56 de la Directiva 2012/34/UE y el artículo 11.1 de la Ley 3/2013 habilitan a la CNMC a someter a Renfe «a obligaciones *ex novo* fundadas exclusivamente en apreciaciones de oportunidad de la CNMC», no en la ley, sin identificar ninguna norma que establezca obligaciones en relación con la contratación de maquinistas o la prestación de servicios de tracción. Y considera una conclusión absurda «convertir las referidas normas de atribución de competencia en una habilitación en blanco para la imposición de cualquier obligación que el consejo de la CNMC estime oportuna, siempre que supere un juicio de proporcionalidad».

No tiene razón Renfe Operadora en la interpretación de nuestra jurisprudencia ni en su afirmación de que las medidas que impugna infringen la reserva de ley o que carecen de habilitación legal. La reserva de ley requiere

que la materia esté regulada por ley, al menos en sus aspectos básicos y sin perjuicio de la posible colaboración reglamentaria, especialmente amplia en el ámbito de la libertad de empresa, como es jurisprudencia reiterada, constitucional y ordinaria. Es claro que la normativa que habilita a la CNMC a tomar medidas en defensa de la competencia debe tener rango de ley, porque ello supone incidir en la actividad de los particulares que ejercen una libertad constitucional como la libertad de empresa. Pero no cabe la menor duda de que dicha habilitación legal existe, pues exactamente ese es el objeto y contenido del artículo 11 de la ley reguladora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la Ley 3/2013, de 4 de junio) en relación con el sector ferroviario. O sea que en ningún caso podría hablarse de infracción de la reserva de ley.

Por otra parte no puede objetarse que las concretas medidas a adoptar deben estar necesariamente recogidas con rango legal, lo que sería inabordable en el ámbito regulatorio en materia de defensa de la competencia. En efecto, tal como se indica en la sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 2017 (RC 2608/2014, fundamento jurídico sexto), citada en la sentencia impugnada (la Sala de instancia cita en realidad una posterior, de 16 de noviembre de 2017, que se limita a reproducir literalmente la indicada de mayo), no se puede sostener que una medida adoptada por un órgano regulador carece de habilitación legal por no estar contemplada de manera específica en la normativa aplicable, bien en la ley, bien en su desarrollo reglamentario. Así, aunque referido al ámbito de las telecomunicaciones y a la antigua Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, dijimos:

«**SEXTO.**- Sobre la cobertura normativa de la obligación de proporcionar acceso a los servicios web NEBA.

[...]

Hemos de dar la razón al Abogado del Estado y establecer que la regulación antes reproducida ofrece una cobertura clara para que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, hoy la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, pueda imponer una obligación como la que se discute. En efecto, la imposición de la obligación en cuestión se apoya sin problemas en las atribuciones que la normativa ya reproducida otorga al órgano regulador, en particular a la función de supervisión de que el mercado afectado funcione de manera competitiva y no discriminatoria, objetivo éste que constituye

en último término la razón de ser del organismo, y en la capacidad para imponer obligaciones de transparencia.

Debemos rechazar en cambio, la interpretación efectuada por la Sala de instancia que excluye la medida por no estar contemplada de forma específica en la normativa aplicable, aunque admita que pudiera ser útil para el cumplimiento de las funciones que el artículo 48. de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 atribuía a la extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

[...]

No constituyen objeciones capaces de invalidar la anterior conclusión determinados argumentos presentes en el recurso de instancia o en la Sentencia recurrida. Así, no es óbice bastante el que no se contemple de manera específica y concreta una medida semejante en el bloque normativo aplicable, desde la Directiva de Acceso a la Ley y Reglamento nacionales, pues resultaría en todo punto inadecuado para el cumplimiento de sus funciones que el organismo regulador sólo pudiese establecer medidas que estuviesen especificadas en concreto en la normativa, habida cuenta de la complejidad, carácter técnico y progresión técnica de la materia. El contenido obligado de una oferta de referencia, tanto en lo que se refiere a medidas técnicas como comerciales, no podría ser detallada normativamente, ni siquiera a nivel reglamentario, so riesgo de hacer inviable la función supervisora del organismo regulador. Antes al contrario, la posibilidad de exigir una oferta de referencia implica la habilitación para requerir medidas que el regulador considere imprescindibles o convenientes para la eficacia de la oferta de referencia cara a los operadores destinatarios de la misma por un lado y para el control de la aplicación y efectividad de la misma por otro. Así lo prevé expresamente el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados. Por otra parte, que la normativa especifique algunas medidas concretas no invalida la habilitación genérica, imprescindible para el cumplimiento de las funciones del regulador, de adoptar medidas y obligaciones no contempladas en concreto, siempre que resulten necesarias y sean proporcionadas al objetivo perseguido.

[...].» (sentencia de 3 de mayo de 2017 -RC 2608/2014-, fundamento de derecho sexto)

Nada añaden ni contradicen lo anterior las sentencias que cita la recurrente de 26 de marzo de 2014 (RC 5464/2010), de 5 de abril de 2018 (RC 254/2016) y de 19 de octubre de 2018 -RC 3000/2016-. En efecto, la referencia a la necesaria habilitación legal para la imposición de obligaciones regulatorias que cita la recurrente de la sentencia de marzo de 2014 pertenece a una sentencia del Tribunal Constitucional que se reproduce en parte en la sentencia de esta Sala. No obstante lo impreciso de la cita, cabe decir que no es la necesidad de habilitación lo que está en discusión en este litigio, pues como se ha indicado ya la habilitación existe, sino la adecuación de las medidas adoptadas a dicha habilitación legal.

En cuanto a las citas de la sentencia de abril de 2018 (pues la de 19 de octubre de 2018 se limita a reproducir ésta), no dicen nada que suponga

tachar de insuficiente la habilitación legal del artículo 11 de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En efecto, tales citas son las siguientes:

«En consecuencia, la obligación de ofrecer una información concreta en las nuevas altas de suministros que se produzcan, que comprenda las distintas opciones de suministro existentes en el mercado de gas natural, ya sea de precio libre o a tarifa de último recurso, tiene por finalidad hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones de información establecidos en la normativa de rango superior, pero no innova el ordenamiento jurídico, sólo lo precisa y completa, dentro de sus límites.»

«Partiendo del tenor literal de los citados preceptos es claro, a juicio de este Tribunal, que la Decisión se ha limitado a concretar, en términos razonables y dentro de los límites legales, las previsiones de información establecidas en las indicadas normas, sin innovar el contenido ya fijado en éstas y teniéndose a la finalidad de las mismas, que es - principalmente- la de proporcionar una adecuada protección a los consumidores.»

Con apoyo en estas citas la entidad recurrente argumenta que las medidas u obligaciones impuestas en un marco regulatorio no deben innovar el ordenamiento jurídico, sino que lo completan o precisan. Sin embargo, la adopción de una medida, aunque sea una obligación de actuar durante un tiempo determinado o cuando concurren determinadas circunstancias no implica una innovación normativa, sino el ejercicio de una competencia que consiste precisamente en habilitar al regulador a imponer medidas con una finalidad determinada, como en el caso de autos lo es poner a disposición los competidores cierta información o proporcionar servicios de tracción mayorista en determinadas circunstancias.

Así lo hemos entendido expresamente en relación con el sector ferroviario en la reciente sentencia de 20 de julio de 2022 (RC 1071/2021), en la que hemos admitido expresamente que el artículo 11 de la Ley reguladora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es habilitación suficiente, pese a su carácter abierto, para que el regulador adopte medidas encaminadas a asegurar el correcto funcionamiento del sector mediante el cumplimiento de las funciones que se enumeran en el precepto:

«**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.» (fundamento de derecho cuarto)

Hemos de reiterar, por tanto, que la habilitación genérica contenida en el artículo 11 de la Ley reguladora de la Comisión Nacional de los Mercados y

la Competencia permite que el regulador adopte medidas concretas a su amparo siempre que las medidas adoptadas bajo su cobertura estén motivadas, tengan la finalidad de alcanzar los objetivos previstos en la norma y sean idóneas y proporcionadas.

CUARTO.- Sobre las medidas adoptadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia impugnadas en el presente litigio.

Procede pues determinar si, tal como se requiere en la sentencia antes citada de mayo de 2017, las medidas litigiosas de que tratamos pueden considerarse encaminadas a la finalidad prevista en la ley y si son idóneas y proporcionadas.

La cuestión es determinar si la regulación legal existente da cobertura suficiente a las medidas adoptadas por la CNMC o si por su naturaleza o porque resulten innecesarias, no idóneas o desproporcionadas exceden dicha habilitación. Como es evidente, una habilitación insuficiente supondría por ello mismo una lesión de la libertad constitucional no tanto por vulnerar la reserva de ley como por infringir la ley reguladora de las competencias de la CNMC al adoptar una medida injustificada o desproporcionada.

Debemos por tanto examinar la afirmación de Renfe Operadora de que las dos medidas que impugna, la obligación de proporcionar información sobre sus planes de contratación y formación y la obligación de arbitrar un servicio de tracción en determinadas situaciones de falta de personal de otras compañías a consecuencia de la contratación de maquinistas por Renfe, infringen la jurisprudencia sobre las obligaciones que el regulador puede imponer en defensa de la pluralidad de la oferta. Pero no nos referiremos ya a la previsión legal de las medidas, que la parte recurrente reitera en su segunda alegación, sino a la finalidad y proporcionalidad de dichas medidas.

Los apartados 2 y 9 del artículo 56. de la Directiva 2012/34/UE dicen así:

«Artículo 56 Funciones del organismo regulador

2. Sin perjuicio de las facultades de las autoridades de competencia nacionales en materia de protección de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, el organismo regulador estará facultado para supervisar la situación de la competencia en los mercados de los servicios ferroviarios y, en particular, controlará, por iniciativa propia, lo dispuesto en el apartado 1, letras a) a g), con miras a evitar discriminaciones en perjuicio de los candidatos. En particular, comprobará si la declaración sobre la red contiene cláusulas discriminatorias u otorga poderes discrecionales al administrador de las infraestructuras que este pueda utilizar para discriminar a los candidatos.

[...]

9. El organismo regulador estudiará todas las denuncias y, en su caso, solicitará información pertinente e iniciará un proceso de consulta a todas las partes interesadas en el plazo de un mes desde la recepción de la denuncia. Resolverá acerca de cualquier denuncia, tomará medidas para remediar la situación y comunicará a las partes interesadas su decisión motivada en un plazo de tiempo prudencial previamente fijado, y, en cualquier caso, en un plazo de seis semanas a partir de la recepción de toda la información pertinente. Sin perjuicio de las facultades de las autoridades de competencia nacionales en materia de protección de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, el organismo regulador decidirá por iniciativa propia, cuando corresponda, las medidas adecuadas para corregir discriminaciones en perjuicio de los candidatos, distorsiones del mercado y otras situaciones indeseables en estos mercados, en particular respecto a lo dispuesto en el apartado 1, letras a) a g).»

El artículo 11 de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el momento en que se adoptó el acuerdo del que trae causa el presente asunto, tenía el siguiente tenor:

«Artículo 11. Supervisión y control en el sector ferroviario.

Uno. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector ferroviario. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

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

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

[...].»

Como se ha indicado ya, las medidas frente a las que se interpone el recurso son la obligación de proporcionar información sobre sus previsiones de incorporación y formación de personal y la obligación de proporcionar un servicio mayorista de tracción durante tres meses a otras empresas

ferroviarias en determinadas circunstancias. En concreto dichas medidas se formulan en los siguientes términos:

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

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

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

Siendo los apartados 6 y 7 del epígrafe IV.5 a que se refieren el resuelve de la resolución de la CNMC:

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

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

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

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

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

La Sala entiende que la sentencia de instancia ha valorado acertadamente en los fundamentos reproducidos en el fundamento segundo de esta sentencia la finalidad, adecuación y proporcionalidad de las medidas combatidas por Renfe Operadora. En efecto, la finalidad de salvaguardar la pluralidad de la oferta ferroviaria es la primera de las funciones que enumera el artículo 11.1 de la Ley reguladora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por lo que no cabe duda de que han sido adoptadas con un objetivo legítimo. La resolución de la CNMC motiva ampliamente las circunstancias existentes a partir de la posición dominante de Renfe en el ámbito de la tracción ferroviaria y las consecuencias que sobre la oferta de maquinistas para las empresas competidoras ejercen los procesos de formación y selección de dichos profesionales por parte de Renfe. Así las cosas, la información exigida a Renfe parece una medida adecuada para que las empresas competidoras con una presencia minoritaria en el mercado liberalizado del transporte de mercancías pudieran realizar previsiones respecto a su necesidad de maquinistas que les permitieran mantener una actividad competitiva en el sector. En suma, la Sala comparte la apreciación de la Sala de instancia al avalar la justificación de la medida efectuada por el regulador.

Del mismo modo, la obligación de ofrecer un servicio mayorista de tracción ha de calificarse como una medida justificada y proporcionada a tenor de los datos ofrecidos por la CNMC y valorados por la sentencia de instancia. En primer lugar, porque la pérdida de maquinistas de las empresas minoritarias como consecuencia de la política de personal conductor de Renfe Operadora ha alcanzado en el período considerado porcentajes muy altos, superior al 30% de media y más en algunos casos, lo cual supone un riesgo cierto para la pluralidad de la oferta al poner en peligro la viabilidad de las empresas competidoras minoritarias.

Por otra parte, las condiciones que determinan la obligación de proporcionar un servicio de tracción mayorista de forma no discriminatoria y

orientado a costes (la pérdida por parte de una empresa del 20% de su personal de conducción) y lo limitado de la duración de dicha obligación (tres meses desde la contratación por RENFE del primer maquinista de esa empresa), pueden calificarse de razonables y no excesivas, respetuosas por tanto con el principio de proporcionalidad, tal como lo ha entendido la Sala de instancia.

Reiteremos por último que las medidas adoptadas no constituyen, en contra de lo que afirma la parte recurrente, una actuación normativa que modifica la regulación existente en la materia. Son medidas específicas justificadas por la apreciación por parte del regulador de un riesgo para la pluralidad de la oferta y que en consecuencia deberán decaer en el momento en que dicho regulador entienda, de oficio o a solicitud de Renfe Operadora, que han desaparecido las circunstancias que generaban dicho riesgo.

QUINTO.- Conclusión y costas.

A tenor de lo expuesto, procede desestimar el recurso de casación interpuesto por Renfe Operadora E.P.E. contra la sentencia de 15 de abril de 2021 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional.

De acuerdo con los razonamientos expresados en el anterior fundamento de derecho, hemos de declarar como jurisprudencia de interés casacional que la habilitación genérica para salvaguardar la pluralidad de la oferta en cumplimiento de su competencia para supervisar y controlar el correcto funcionamiento del sector ferroviario que recoge el artículo 11.1 de la Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es una atribución competencial suficiente, a tenor de las funciones encomendadas a dicho organismo y a la luz de lo dispuesto en la Directiva 2012/34/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, para adoptar medidas idóneas y proporcionadas encaminadas a la referida finalidad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, no se hace especial pronunciamiento de costas.

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 no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Renfe Operadora E.P.E. contra la sentencia de 15 de abril de 2021 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 122/2018.

2. Confirmar la sentencia objeto de recurso.

3. No imponer las costas del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.

El magistrado Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor deliberó y votó en Sala pero no pudo firmar, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente.

