



Roj: **SAN 5773/2023 - ECLI:ES:AN:2023:5773**

Id Cendoj: **28079230082023100605**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **27/10/2023**

Nº de Recurso: **1455/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EUGENIO FRIAS MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** 0001455/2020

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 14597/2020

**Demandante:** RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.M.E., S.A.

**Procurador:** SRA. ALBARRÁN GIL

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ**

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Dª. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

Dª. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil veintitrés.

La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso número **1455/2020**, interpuesto por **RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.M.E., S.A.** representada por la Procuradora **Sra. Albarrán Gil** y defendida por Letrado, contra resolución de **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA** representada y defendida por el Abogado del Estado.

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

### **AN TECEDENTES DE HECHO**



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

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

**TERCERO.-** Tras la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, se confirió traslado a las partes para la formulación de conclusiones. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 25 de octubre del presente año, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone el recurso contra la resolución de 10 de diciembre de 2020 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, relativa a los precios de prestación de los servicios básicos en las instalaciones de RENFE Fabricación y Mantenimiento.

La resolución resuelve:

"PRIMERO.- Declarar que las tarifas aplicables al acceso y prestación de los servicios de mantenimiento establecidas por Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.M.E., S.A. no se ajustan a lo establecido en el artículo 101 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario.

SEGUNDO.- Requerir a Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.M.E., S.A. para que modifique las tarifas aplicables al acceso y prestación de los servicios de mantenimiento ajustando los costes imputados de acuerdo con el valor de los activos reflejado en su contabilidad.

TERCERO.- Requerir a Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.M.E., S.A. para que modifique las tarifas aplicables al acceso y prestación de los servicios de mantenimiento aplicando un margen de beneficio coherente con el umbral señalado en la conclusión tercera del epígrafe VII.

CUARTO.- Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.M.E., S.A. deberá publicar las tarifas modificadas en virtud de los apartados anteriores en el plazo de dos meses en la Declaración sobre la Red, resultando de aplicación al acceso y prestación de los servicios de mantenimiento a todas las empresas ferroviarias y candidatos.

QUINTO.- Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.M.E., S.A. deberá remitir a esta Comisión las tarifas modificadas así como el detalle de los ajustes realizados para dar cumplimiento a los apartados anteriores.

SEXTO.- Estimar parcialmente la solicitud de confidencialidad presentada por RENFE mediante escrito de fecha 2 de diciembre, en los términos señalados en el epígrafe VI de esta resolución".

**SEGUNDO.-** Se Alega en la demanda como motivos de impugnación:

- La Resolución recurrida no se limita a supervisar los precios, sino que establece las condiciones económicas de los servicios de RENFE MANTENIMIENTO. Resuelve imponer obligaciones para que modifique dichos precios de la forma que establece la misma Resolución.

- La CNMC carece de competencias para establecer las condiciones económicas de los servicios de RENFE MANTENIMIENTO.

El artículo 11.2.b) de la Ley 3/2013 otorga a la CNMC la competencia de supervisar y controlar cánones y precios de los explotadores de instalaciones de servicios, pero no para establecer los mismos. Por lo que respecta a la cuantía de los cánones ferroviarios del administrador de infraestructuras ADIF, se establece en virtud de lo dispuesto en el artículo 97 LSF. Los cánones son definidos anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en tanto tienen naturaleza de tasas.

Igual que la competencia de supervisión y control de los cánones no alcanza la determinación de los mismos por la CNMC, tampoco en relación con los precios de RENFE MANTENIMIENTO debe entenderse que el mismo artículo 11.2.b) de la Ley 3/2013 habilite a la CNMC para establecer las condiciones económicas de los servicios de RENFE MANTENIMIENTO. La CNMC puede elaborar informes y realizar declaraciones, pero no puede sustituir la voluntad de RENFE MANTENIMIENTO. La misma situación se produce en el sector postal.

- Cuando la CNMC establece las condiciones económicas de los servicios de RENFE MANTENIMIENTO invade las competencias del Gobierno.



La Resolución impone la obligación de modificar los precios en la línea marcada por la propia Resolución, esto es, orientando los precios en función de los costes históricos, es decir, el valor teórico-contable de los activos que conste en su contabilidad.

La Disposición adicional decimosexta de la Ley del Sector Ferroviario (LSF) atribuye al Gobierno, en cuanto titular de la potestad reglamentaria, la competencia para establecer las condiciones de prestación de sus servicios por RENFE MANTENIMIENTO.

La determinación en normas reglamentarias de los sistemas de determinación de costes para la fijación de precios de servicios regulados es habitual. La LSF (DA 16ª) atribuye al Ministro la competencia para desarrollar reglamentariamente las disposiciones legales en materia de cánones ferroviarios.

La LSF ha optado por atribuir al Gobierno, en cuanto titular de la potestad reglamentaria, la competencia para establecer las condiciones de prestación de servicios, incluyendo las condiciones económicas.

- RENFE MANTENIMIENTO ha dado cumplimiento al art. 101 LSF.

El artículo 101 LSF se limita a exigir que "los precios de los servicios básicos no podrán superar el coste de su prestación más un beneficio razonable." La Resolución recurrida admite expresamente que RENFE MANTENIMIENTO ha desarrollado una metodología para el cálculo de los costes de prestación de los servicios de mantenimiento, metodología que identifica los costes de reposición.

La CNMC cuestiona el modelo de cálculo de costes elegido por RENFE MANTENIMIENTO, costes de reposición, en cuanto entiende que el modelo de costes históricos resulta más oportuno, dado que los costes de reposición no serían los costes de RENFE MANTENIMIENTO, sino los costes de un operador hipotético.

- El de costes de prestación del servicio es un concepto indeterminado.

El Independent Regulators Group (IRG-rail), organismo de cooperación de los reguladores nacionales en el sector ferroviario, al que pertenece la CNMC, ha confirmado la dificultad de determinar los valores adecuados para determinar el coste de prestación del servicio. Ha afirmado expresamente que existen principalmente dos modelos de determinación de los costes de los servicios de explotación de instalaciones de servicio: por un lado, los costes históricos, pero al mismo nivel que estos, se admite el modelo de determinación de los costes en función de los costes de reposición (o modelo ascendente).

En defecto de una definición normativa del concepto de coste de prestación, RENFE MANTENIMIENTO debe disponer de un cierto margen de apreciación para la aplicación del modelo de contabilidad de costes.

Nada dispone la normativa vigente sobre el modelo de costes a utilizar para la determinación de los precios de los servicios de mantenimiento. La Directiva 2012/34/UE no define el modelo de costes. Tampoco la LSF determina el modelo de cálculo de los costes que debe utilizar RENFE MANTENIMIENTO para la fijación de sus precios por los servicios de mantenimiento.

- Los costes de reposición son un modelo legítimo de determinación de precios.

Existen múltiples precedentes legislativos y jurisprudenciales que avalan la utilización de costes de reposición para la determinación de los costes de prestación de servicios a efectos regulatorios. Incluso la propia CNMC ha avalado el uso de este modelo de contabilidad de costes para la fijación de precios.

- La CNMC no puede modificar el modelo de costes en base a meros criterios de oportunidad.

-El beneficio razonable calculado por RENFE MANTENIMIENTO a partir de una comparativa que toma en consideración, entre otros, el beneficio razonable de ADIF y ADIF AV para la prestación de servicios complementarios es adecuado.

La Resolución recurrida apuesta por un muy concreto método de cálculo, como es el del coste medio ponderado del capital (WACC en terminología internacional) la normativa ni determina que el método utilizado por la CNMC sea obligatorio, ni corresponde a la CNMC determinar el método, sino a la norma reglamentaria, y a la empresa regulada, en ejercicio de su independencia y autonomía empresarial, en tanto no se fije el modelo reglamentariamente. La normativa ni determina que el método utilizado por la CNMC sea obligatorio, ni corresponde a la CNMC determinar el método, sino a la norma reglamentaria, y a la empresa regulada, en ejercicio de su independencia y autonomía empresarial, en tanto no se fije el modelo reglamentariamente.

**TERCERO.**- He mos de comenzar resolviendo la cuestión de la competencia de la CNMC para la determinación de las condiciones económicas de los servicios de RENFE Mantenimiento.

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia., establece en el art. 11.2: "Igualmente, en el marco de las funciones recogidas en el apartado anterior, la Comisión



Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará, por iniciativa propia, las actividades de los administradores de infraestructuras ferroviarias y, cuando proceda, las de los explotadores de instalaciones de servicio y empresas ferroviarias, en relación con los siguientes asuntos:...

b) el sistema, la cuantía o estructura de cánones, tarifas y precios por la utilización de infraestructuras y servicios;"

El apartado 3 del art. 11 dispone: " .... Sin perjuicio de las facultades de las autoridades de competencia nacionales en materia de protección de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia 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 los números 1.º a 9.º del apartado 1.f) del artículo 12."

Por su parte la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (LSF), en el art. 101.1 dispone "Los precios por el acceso por vía férrea a una instalación de servicio y por la prestación de los servicios básicos no podrán superar el coste de su prestación más un beneficio razonable".

El apartado 32 del Anexo I, definiciones, LSF señala: "Beneficio razonable: un índice de remuneración del capital propio que tenga en cuenta el riesgo, incluido el riesgo que afecta a los ingresos, o la inexistencia del mismo, soportado por el explotador de la instalación de servicio y que esté en consonancia con el índice medio registrado en el sector durante los últimos años."

De los preceptos legales citados resulta que la CNMC se encuentra habilitada para supervisar, en el sector ferroviario, las tarifas y precios por la utilización de infraestructuras y servicios ( art. 11.2.b Ley 3/2013). RENFE Mantenimiento es un explotador de talleres de mantenimiento, que son instalaciones de servicio de acuerdo con el art. 42 LSF, por lo la CNMC ostenta competencia para la supervisión y control de las tarifas que fije para la prestación de los servicios de mantenimiento. Así debe comprobar si las tarifas establecidas respetan las exigencias de la Ley del Sector Ferroviario, en concreto, que las tarifas no superen el coste de su prestación más un beneficio razonable (art. 101 LSF).

La CNMC no efectúa una regulación y fijación ex novo de las tarifas aplicables a los servicios básicos de mantenimiento, sino que se limita a supervisar las tarifas establecidas por RENFE Mantenimiento para que se ajusten a las exigencias fijada por el art. 101 LSF, y en el mismo sentido el artículo 31, puntos 7 y 8 de la Directiva 2012/34/UE, esto es, que no superen el coste de su prestación más un beneficio razonable.

Se debe destacar que respecto de la competencia para la supervisión de los cánones ferroviarios establecidos por ADIF, esta Sala ha reconocido la competencia de la CNMC en las sentencias de 19 de septiembre de 2022, recursos 856/20 y 858/20, conforme a la STJUE de 9 de septiembre de 2021 (asunto C-144/20), que de acuerdo con las facultades previstas en el artículo 56.9 de la Directiva 2012/34/UE reconocía las competencias del regulador independiente para supervisar la legalidad de los cánones ferroviarios.

Los servicios ferroviarios en instalaciones y sus condiciones económicas están regulados tanto en la Directiva 2012/34/UE ( artículo 31, apartados 7 y 8) como en la Ley 38/2015 (artículos 42 a 44 y 101). Estas disposiciones, y, en particular, la orientación a costes de los precios de los servicios básicos, se aplican a todas las instalaciones de servicio y explotadores. Los servicios básicos prestados por Renfe Mantenimiento están sujetos al régimen regulatorio general.

La exigencia del respeto de las condiciones económicas establecidas por la Directiva y por la Ley, de orientación de tarifas a coste, efectuada por la CNMC no pueden entenderse nunca como una invasión de competencias, sino el ejercicio de las atribuciones legalmente conferidas. Todo ello, sin perjuicio de la potestad del Gobierno de establecer reglamentariamente las condiciones en las que Renfe Mantenimiento prestará sus servicios a operadores que no pertenezcan al grupo Renfe, de acuerdo con la Disposición adicional 16ª. 4 LSF que necesariamente deberá respetar el régimen regulatorio general, expuesto.

**CUARTO.-** Determinada la competencia de la CNMC, hemos de dilucidar si las tarifas fijadas por RENFE Mantenimiento resultan conformes con la establecido en el art. 101 LSF, precepto que establece que "no podrán superar el coste de su prestación más un beneficio razonable".

Para la determinación del coste de prestación la recurrente ha tenido en cuenta el modelo de costes de reposición. Por el contrario, la CNMC no considera dicho modelo adecuado y entiende aplicable el modelo de costes históricos.

La recurrente sostiene que el "coste de prestación" recogido en el artículo 101 LSF es un concepto jurídico indeterminado y que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido la dificultad de identificar



el "coste de prestación" de un servicio. La sentencia de 30 de mayo de 2013, C-512/10 - Comisión/Polonia señala:

"74 Es preciso observar sobre ese aspecto que la Directiva 2001/14 no contiene ninguna definición del concepto de «coste directamente imputable a la explotación del servicio ferroviario» y que ninguna disposición del Derecho de la Unión determina los costes comprendidos en ese concepto o excluidos de él.

75 Además, como sea que se trata de un concepto de la ciencia económica cuya aplicación suscita dificultades prácticas considerables, según ha señalado el Abogado General en el punto 93 de sus conclusiones, hay que considerar que, en el estado actual del Derecho de la Unión, los Estados miembros disponen de un cierto margen de apreciación para la transposición y aplicación del referido concepto en el Derecho interno."

Igualmente mantiene que el grupo europeo de reguladores ferroviarios al que pertenece la CNMC (IRG-Rail), en un documento específicamente elaborado en materia de precios de servicios básicos en estaciones de servicio ("On the charging principles of Article 31 of Directive 2012/34/EU", de 25 de noviembre de 2019), identificó ambos modelos.

Por su parte la CNMC, reconoce que el documento del IRG-Rail citado por la empresa, reconociendo la existencia de diversas metodologías de estimación de los costes. Establece en relación con la valoración de activos, imputar a las tarifas la amortización anualizada correspondiente a los costes de adquisición. Entiende que "Efectivamente, los costes de amortización reflejados en la contabilidad de los explotadores son los que reflejan más fielmente aquellos en los que se incurre para prestar los servicios ferroviarios".

La resolución, no admite la metodología de RENFE Mantenimiento al pretender "imputar a los servicios de mantenimiento no tanto los costes en que ha incurrido sino los de un explotador hipotético que comprara los activos necesarios para su prestación a los precios actuales incluyendo los talleres, los edificios y demás maquinaria. Este enfoque supone un incremento del coste asociado a la amortización de los activos respecto del coste real afrontado". No se refleja los costes de prestación del servicio sino los de un explotador hipotético, y supone un incremento sustancial de los costes.

La valoración de los activos sobre la base del coste de reposición, es el aplicado en otros sectores regulados, por venir expresamente predeterminado por imperativo legal.

La motivación recogida en la resolución impugnada resulta correcta, por cuanto tiene en cuenta el reflejo de la contabilidad de RENFE Mantenimiento respecto de la amortización de los activos, lo que permite una mejor y más adecuada concreción de los costes de prestación reales y efectivos. La CNMC no requiere la modificación de los precios por motivos de oportunidad sino para asegurar que los mismos se ajustan a los costes reales de la empresa. Por el contrario, el método empleado por la actora del coste de reposición, determinaría el coste de un operador eficiente pero sin tener en cuenta otros aspectos que determinan la eficacia del operador; no se toman en consideración los costes reales incurridos sino los costes hipotéticos de un operador eficiente.

En definitiva, ante la no determinación expresa por disposición legal del método concreto a elegir, no puede dejarse su determinación a la libre elección de la parte, siendo más ajustado al artículo 101 LSF el criterio empleado por la resolución recurrida, en cuanto atiende a los costes de prestación reales.

**QUINTO.-** Con relación al beneficio razonable RENFE Mantenimiento determina el mismo por comparativas realizadas entre diferentes empresas del sector, entre otros, el beneficio razonable de ADIF y ADIF AV para la prestación de servicios complementarios. Es un método de aproximación internacionalmente aceptado.

Dicho método es rechazado por la CNMC debido a que el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados modificó la redacción original de la Ley del Sector Ferroviario incorporando el punto 32 del Anexo I de la Ley del Sector Ferroviario que define el beneficio razonable como "un índice de remuneración del capital propio que tenga en cuenta el riesgo, incluido el riesgo que afecta a los ingresos, o la inexistencia del mismo, soportado por el explotador de la instalación de servicio y que esté en consonancia con el índice medio registrado en el sector durante los últimos años".

En aplicación de dicha redacción la determinación del beneficio razonable debe tener en cuenta el riesgo de la empresa, no siendo admisible el método empleado por la actora basado en la comparativa de márgenes de beneficios de otras empresas. En consecuencia resulta correcta la resolución al determinar que para el cálculo del beneficio razonable se aplique la metodología del coste medio del capital (WACC).

**SEXTO.-** De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imponer las costas a la parte recurrente, sin que el límite máximo de aquéllas, considerando la complejidad y alcance del asunto planteado, pueda exceder de la suma de 3.000 euros por todos los conceptos.



Vistos los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

#### FALLAMOS

**Que debemos DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **RENFE FABRICACIÓN Y MANTENIMIENTO, S.M.E., S.A.** contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero. Con imposición de costas a la parte recurrente hasta un importe máximo de 3.000 euros por todos los conceptos.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS