



Roj: **SAN 3606/2021 - ECLI:ES:AN:2021:3606**

Id Cendoj: **28079230062021100373**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **23/07/2021**

Nº de Recurso: **1/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000001 /2017

Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES

Núm. Registro General: 01571/2017

Demandante: RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL, S.A.

Procurador: DÑA. LAURA ALBARRÁN GIL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ASOCIACION DE EMPRESAS FERROVIARIAS PRIVADAS (AEFP)

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N° :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintitrés de julio de dos mil veintiuno.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo nº 1/2017 seguido por los tramites del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, promovido por la Procuradora Dña. Laura Albarrán Gil, en nombre y representación de las mercantiles **RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL, S.A.**, contra la resolución dictada en fecha 28 de febrero de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0511 RENFE OPERADORA. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, así como el Ministerio Fiscal. Y como parte codemandada ha comparecido la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (AEFP) representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando *"se dicte sentencia en la que se declare la vulneración de los derechos fundamentales de RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL, S.A. invocados en la presente demanda y la consiguiente nulidad de los Dispositivos Quinto, Sexto y Séptimo de la Resolución recurrida, con imposición de costas a la Administración demandada"*.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO .- El Ministerio Fiscal presentó escrito de contestación a la demanda solicitando la desestimación del recurso.

CUARTO .- Una vez presentadas las alegaciones por parte de la entidad codemandada, se concedió a las partes tramite de conclusiones, quedando posteriormente el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo que tuvo lugar el día 2 de junio de 2021.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La representación procesal de las mercantiles RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL, S.A. impugna por los tramites del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona la resolución dictada en fecha 28 de febrero de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente sancionador S/DC/0511/RENFE OPERADORA. Resolución que, según la recurrente, vulnera el artículo 25 de la CE porque infringe el principio non bis in ídem.

Concretamente, dicha resolución sancionadora acuerda:

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

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

1. Renfe Operadora,
2. Renfe Mercancías, S.A.,
3. Transportes Ferroviarios Especiales, S.A.,
4. Transfesa Rail, S.A.,
5. Pool Ibérico Ferroviario A.I.E.,
6. Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E.,
7. Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A.,
8. Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L.,
9. DB Mobility Logistics AG y
10. DB Schenker Rail Deutschland AG.

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

1. Una multa de 49.962.000 euros, de la que responden solidariamente Renfe Operadora y Renfe Mercancías.
2. Una multa de 10.513.000 euros, de la que responden solidariamente las siguientes empresas: Transportes Ferroviarios Especiales, S.A., Transfesa Rail, S.A., Pool Ibérico Ferroviario A.I.E., Hispanauto Empresas Agrupadas A.E.I.E., Sociedad de Estudios y Explotación de Material Auxiliar de Transportes, S.A., Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L., DB Mobility Logistics AG, y DB Schenker Rail Deutschland AG.

[...]



QUINTO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción única y continuada del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución.

SEXTO. De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a Renfe Operadora y Renfe Mercancías, S.A.

SÉPTIMO. Imponer a Renfe Operadora y Renfe Mercancías una multa de 15.129.000euros de la que ambas responderán solidariamente."

SEGUNDO.- La parte actora ha interpuesto recurso contencioso administrativo al amparo del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona y solicita la nulidad de la resolución impugnada pero únicamente en relación a los acuerdos adoptados en la citada resolución designados con los números quinto, sexto y séptimo porque entiende que vulneran el artículo 25 de la CE del que se deduce el principio non bis in ídem.

En esta línea señala que la CNMC ha vulnerado el citado principio non bis in ídem porque le ha sancionado dos veces en relación con unos mismos hechos al entender que encajaban al mismo tiempo en dos conductas infractoras distintas tipificadas en los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La recurrente apoya su defensa refiriendo la identidad en los hechos por los cuales ha sido doblemente sancionada que, según entiende, han consistido en el tratamiento preferencial otorgado por RENFE al Grupo Deutsche Bahn/Transfesa frente a las empresas ferroviarias asociadas en la AEFP en virtud de los acuerdos adoptados en fechas 1 de noviembre y 1 de diciembre de 2008. Hechos que, según dice la actora, se han sancionado dos veces por la CNMC quien ha entendido que ese tratamiento preferencial implicaba, por una parte, la aplicación de condiciones comerciales discriminatorias a las empresas asociadas en la AEFP que, en la medida en que restringían la competencia, suponían la realización de las conductas colusorias prohibidas en el artículo 1 de la LDC consistentes en la adopción de acuerdos entre empresas que restringen la competencia. Además, según refiere la recurrente, ese mismo tratamiento preferencial se ha calificado por la CNMC como conducta unilateral de abuso de posición de dominio tipificada como infracción en los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE que prohíben las conductas unilaterales de abuso de una posición de dominio, en este caso, por parte de RENFE, por discriminar a las empresas ferroviarias asociadas en la AEFP en relación con el tratamiento preferencial otorgado al Grupo Deutsche Bahn/Transfesa.

Por ello, la recurrente concluye que unos mismos hechos han motivado que se le haya sancionado dos veces como responsable de las conductas infractoras previstas en los artículos 1 y 2 de la LDC que se apoyan en un idéntico fundamento jurídico, como es el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en un sistema económico de libertad de empresa.

TERCERO.- Por el contrario, el Abogado del Estado se opone a la pretensión de la recurrente porque entiende que no se ha producido vulneración del principio non bis in ídem. Señala al respecto que no concurre ni la identidad de hechos ni tampoco la identidad en el fundamento jurídico que justifica cada una de las infracciones imputadas.

El Abogado del Estado niega identidad en los hechos que han justificado la doble imputación por las conductas tipificadas en los artículos 1 y 2 de la LDC. Así refiere que, la imputación a RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS por el artículo 1 se ha apoyado en la realización de conductas colusorias a través de los acuerdos adoptados con el Grupo Deutsche Bahn/Transfesa en fechas 1 de noviembre y 1 de diciembre de 2008 consistentes en el reparto del mercado al mantener el status quo existente antes de la liberación del sector ferroviario. Y, sin embargo, la infracción imputada por el artículo 2 lo ha sido por la situación de abuso de posición de dominio por parte de Renfe que se ha manifestado en el trato preferencial que se ha otorgado al citado Grupo con respecto a los demás potenciales competidores.

Asimismo, el Abogado del Estado destaca que son diferentes los fundamentos jurídicos que justifican la imputación de ambas infracciones por las que se le ha sancionado. Así, la infracción imputada con arreglo al artículo 1 tiene por objeto evitar prácticas que restrinjan o falseen la competencia, en este caso a través del reparto del mercado. Y la infracción imputada con arreglo al artículo 2 tiene por objeto sancionar la conducta de quien por su especial posición de dominio en el mercado debe evitar conductas abusivas que supongan detrimento de los demás competidores.

En igual sentido se han pronunciado el Ministerio Fiscal y la defensa de la entidad codemandada AEFP.

CUARTO. - Centrado el objeto de debate y vistas las posiciones enfrentadas de las partes, esta Sala destaca que la parte actora ha interpuesto el recurso contencioso administrativo al amparo del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona lo que implica que el análisis de la legalidad de la



actuación administrativa impugnada deba efectuarse exclusivamente con arreglo a parámetros de legalidad constitucional. En este caso, la recurrente apoya su pretensión de nulidad en la vulneración del artículo 25 de la CE de tal manera que, cualquier otra consideración diferente quedará al margen del estudio en este proceso.

El principio non bis in ídem, que impide el doble castigo y el doble enjuiciamiento por los mismos hechos, se encuentra recogido como una garantía básica del Estado de Derecho, tanto en el ámbito internacional como interno. Aunque el principio non bis in ídem no se recoge expresamente en el texto constitucional, no obstante, se infiere de la vigencia de los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el artículo 25 de la CE tal como se deduce de las SSTC 2/1981, FJ 4; 66/1986, FJ 4; 154/1990, FJ 3; y 204/1996, FJ 2. Principio que tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.

Ese principio si se recoge en el artículo 4.1 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio nº 117 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984), ratificado por España por Instrumento de 28 de agosto de 2009 (BOE de 15 de octubre de 2009), al decir que *"nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales de un mismo Estado por una infracción por la que haya sido absuelto o condenado mediante sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento de ese Estado"*. Igualmente, en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -aplicable en este caso conforme al artículo 51.1 de la Carta, por cuanto en la Resolución recurrida la CNMC aplica los artículos 101 y 102 del TFUE, se dice que *"nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley"*.

Asimismo, ese principio se ha interpretado y aplicado por los tribunales tanto comunitarios como nacionales. En este sentido destacamos el apartado 598 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 18 de junio de 2008, asunto Hoescht T-410/03, que recuerda que *"El principio non bis in ídem, también recogido en el artículo 4 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el órgano jurisdiccional (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 2006, SGL Carbon/Comisión, C-308/04 P, Rec. p. I-5977, apartado 26)"*, para añadir en el apartado 600 que: *"Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha recordado que la aplicación del principio non bis in ídem está supeditada a un triple requisito de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido. El citado principio prohíbe, por tanto, sancionar a una misma persona más de una vez por un mismo comportamiento ilícito con el fin de proteger el mismo bien jurídico (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 145 supra, apartado 338)"*.

Y el Tribunal de Justicia en el asunto C-17/10 Toshiba ha señalado también que *"dicho principio prohíbe, en materia de competencia, que se condene o se inicie de nuevo un procedimiento sancionador de nuevo contra una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que se la ha declarado no responsable mediante una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso"*. Igualmente, la Sentencia de 17 de octubre de 2017 Marine Harvest ASA, asunto T-T-704/14.

El Tribunal Constitucional también ha declarado que la garantía de no ser sometido a bis in ídem se configura como un derecho fundamental (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3) que tiene una doble significación. Por un lado, es un principio material, conforme al cual nadie puede ser castigado dos veces por los mismos hechos. Pero también es un principio de carácter procesal conforme al cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos. En su vertiente material, como ya indicó la STC de 30 de enero de 1981, el principio exige que no recaiga duplicidad de sanciones en los casos en los que se aprecie la identidad de sujeto, de hechos y de fundamento y, por tanto, despliega su eficacia "ex post" ya que impide una nueva sanción por algo que ya ha sido sancionado. Y en su vertiente procedimental significa que un mismo hecho antijurídico no puede enjuiciarse simultáneamente por los órganos jurisdiccionales y administrativos pues en las relaciones entre Administración y Jurisdicción penal se determina la preferencia de esta última, y también prohíbe iniciar un nuevo procedimiento sancionador si la sanción impuesta en un procedimiento anterior ya fue anulada.

Conforme a la legislación y jurisprudencia expuesta, el principio non bis in ídem impide sancionar dos veces al mismo sujeto por el mismo hecho con apoyo en el mismo fundamento, entendido este último, como mismo interés jurídico protegido por las normas sancionadoras en cuestión. En efecto, cuando exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, la suma de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente que también viola el principio de proporcionalidad.



Pero para que pueda hablarse de "bis in ídem" debe concurrir una triple identidad entre los términos comparados: objetiva (mismos hechos), subjetiva (contra los mismos sujetos) y causal (por el mismo fundamento o razón de castigar):

- a) La identidad subjetiva supone que el sujeto afectado debe ser el mismo, cualquiera que sea la naturaleza o autoridad judicial o administrativa que enjuicie y con independencia de quién sea el acusador u órgano concreto que haya resuelto, o que se enjuicie en solitario o en concurrencia con otros afectados.
- b) La identidad fáctica supone que los hechos enjuiciados sean los mismos, y descarta los supuestos de concurso real de infracciones en que no se está ante un mismo hecho antijurídico sino ante varios.
- c) La identidad de fundamento o causal, implica que las medidas sancionadoras no pueden concurrir si responden a una misma naturaleza, es decir, si participan de una misma fundamentación teleológica, lo que ocurre entre las penales y las administrativas sancionadoras, pero no entre las punitivas y las meramente coercitivas.

QUINTO.- Co rresponde a esta Sala analizar si, como dicen las recurrentes, se ha vulnerado el principio non bis in ídem por cuanto se le ha imputado y sancionado por la comisión de dos infracciones únicas y continuadas que se apoyan en los mismos hechos y en los mismos fundamentos jurídicos, aunque los preceptos sancionadores sean distintos. Y ello debe suponer, según refiere la actora, que la imputación y posterior sanción por la realización de las conductas tipificadas en el artículo 2 de la LDC se declaren nulas de pleno derecho por vulneración del artículo 25 de la CE en cuanto que por esos mismos hechos ya se le había imputado y sancionado porque encajaban también en las conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC.

Concretamente, la CNMC ha considerado que las mercantiles RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS habían realizado conductas que podían tipificarse como infracción con arreglo al artículo 1 de la LDC y también como infracción del artículo 2 de igual norma. Y, en consecuencia, ha impuesto a RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL, S.A. (anteriormente, RENFE MERCANCIAS, S.A.) dos sanciones: una sanción de multa por importe de 49.962.000 euros por una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE y una segunda sanción de multa por importe de 15.129.000 euros por una infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE.

La CNMC entiende que, en el caso analizado, es posible esa doble imputación y sanción porque son diferentes los hechos que ha sancionado. Y en este sentido en la resolución impugnada se dice:

"El análisis recién realizado sobre ambas infracciones permite además concluir que, tal como entiende el órgano de instrucción y frente a las alegaciones de RENFE y RENFE MERCANCIAS, no se les imputan dos infracciones distintas a partir del mismo conjunto de hechos, sino que existen hechos distintos de los que dan lugar a la infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE que determinan la existencia de la infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE . La infracción de abuso de posición de dominio deriva de la resistencia de RENFE y RENFE MERCANCIAS a extender a otras empresas, singularmente a las mercantiles asociadas a la AEF, las condiciones comerciales ofrecidas y acordadas con el Grupo Deutsche Bahn en la prestación de servicios de tracción para el transporte de mercancías por ferrocarril, lo cual dada la posición de RENFE y RENFE MERCANCIAS en ese mercado, constituye una conducta abusiva. Los efectos restrictivos de la competencia generados por esa conducta son además específicos y distintos de los efectos provocados por la conducta colusoria..."

Por el contrario, la recurrente mantiene que se le ha sancionado dos veces por la realización de unos mismos hechos, consistentes en el tratamiento preferencial otorgado por RENFE al Grupo Deutsche Bahn/Transfesa frente a las empresas ferroviarias asociadas en la AEF en virtud de los acuerdos de 1 de noviembre y 1 de diciembre de 2008. Y entiende que ese tratamiento preferencial pactado en estos acuerdos y que se manifestaría en la aplicación de condiciones comerciales discriminatorias a las empresas asociadas a la AEF, ha sido calificado por la Resolución recurrida al mismo tiempo como acuerdo que restringe la competencia en violación de los artículos 1 LDC y 101 TFUE y como conducta unilateral de abuso de posición de dominio en violación de los artículos 2 LDC y 102 TFUE por discriminar a dichas empresas frente al Grupo Deutsche Bahn/Transfesa.

Insiste la recurrente en la idea de que el hecho concreto del tratamiento preferencial pueda tener efectos adicionales no significa que nos encontremos ante hechos distintos. Lo relevante, según dice a estos efectos, es que las supuestas infracciones deriven de circunstancias fácticas concretas, entendidas "en sentido naturalístico u ontológico", indisolublemente unidas en el tiempo y el espacio. Esto, según la recurrente, es así en el presente caso en el que la adopción e implementación de unos mismos acuerdos daría lugar a dos infracciones distintas pero las circunstancias fácticas que integran ambas infracciones están indisolublemente unidas: sin los acuerdos colusorios que prevén la aplicación de condiciones preferentes al



Grupo Deutsche Bahn/Transfesa no habría discriminación abusiva consistente en no aplicar estas condiciones a las empresas asociadas a la AEF. Además, según dice la recurrente, las circunstancias fácticas que integran ambas infracciones tienen el mismo alcance temporal y espacial.

Asimismo, la recurrente entiende que concurre identidad en los efectos restrictivos de la competencia generados por la conducta abusiva y los provocados por la conducta colusoria y concluye que ambas sanciones se han impuesto sobre la base de un mismo fundamento. En este sentido expone que los artículos 1 LDC y 101 TFUE, por un lado, y los artículos 2 LDC y 102 TFUE, por otro, protegen el mismo bien jurídico, como es la libre competencia en el mercado. Y concluye que al sancionar la CNMC al mismo sujeto, RENFE, por los mismos hechos y con el mismo fundamento, la Resolución recurrida infringe el principio non bis in ídem y, con él, el principio de legalidad garantizado por el artículo 25 CE. Y por ello concluye que, en todo caso, en el presente supuesto, únicamente podría sancionarse por la comisión de la infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, que absorbe la infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE, al constituir la infracción más grave, como se desprende del mayor importe de la sanción impuesta a RENFE por la misma (49.962.000 euros) frente al importe de la multa adicional impuesta por la infracción de los artículos 2 LDC y 102 TFUE (15.129.000 euros).

SEXTO.- Entendemos necesario destacar como estaba el mercado de la tracción ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril en el momento temporal al que se refiere la resolución impugnada porque ello permitirá entender porque RENFE adopta diversos acuerdos con las empresas del Grupo Deutschland/Transfesa.

Entre los años 2008 y 2013 tras el proceso de liberalización en la prestación de servicios de transporte de mercancías a través de ferrocarril por la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, RENFE tenía una cuota elevadísima en el mercado relevante de la tracción ferroviaria para el transporte de mercancías que se apreciaba tanto en términos de ingresos como en la cuota que tenía en el parque de locomotoras para el transporte de mercancías por ferrocarril. Y ello implicaba que RENFE en esas fechas tenía una situación de posición dominante en el mercado. Hecho este que no se ha puesto en duda por la parte recurrente.

Incluso la CNMC señala en este sentido en la resolución sancionadora que: *"La capacidad de los operadores para ejercer presión competitiva sobre RENFE se encuentra muy condicionada por las barreras a la expansión que caracterizan este mercado (costes fijos elevados y elevadas economías de escala derivadas, economía de red). La provisión de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías entraña la asunción de unos elevados costes fijos en términos de las locomotoras necesarias para operar. (...) Asimismo, el mantenimiento de las locomotoras, bien duradero, supone un coste periódico y relevante. (...) La alternativa a la adquisición de locomotoras en forma de alquiler de las mismas, tampoco aminora el elevado coste fijo que entraña este activo... Otra barrera de entrada viene dada por el coste y tiempo que conlleva formar específicamente al personal que va a conducir locomotoras para el transporte de mercancías...".* Y la CNMC concluye: *"Dada la muy elevada cuota de mercado de RENFE, las alternativas competitivas existentes, las altas barreras a la entrada y a la expansión, y el reducido poder compensatorio de la demanda, corresponde concluir que RENFE y su sucesora en el negocio de la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, RENFE MERCANCIAS, han contado con una posición de dominio en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España durante el periodo 2008-2014".*

Y RENFE estando en esa situación de dominio en el mercado ha realizado conductas que la CNMC ha entendido que son contrarias a la competencia tipificadas como infracción en los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Esta Sala únicamente analizará si se ha vulnerado el principio non bis in ídem ya que es esta la única discusión posible en este procedimiento especial y, tal como se ha planteado por la recurrente, debemos examinar si concurre la identidad de hechos, así como la identidad de fundamento que implicaría, en su caso, la vulneración del citado principio.

Esta Sala anticipa que no existe en el caso examinado vulneración del principio non bis in ídem por cuanto entendemos que no existe identidad en las conductas realizadas por RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS que han llevado a la CNMC a considerar la existencia de dos conductas infractoras diferentes, una por el artículo 1 de la LDC y otra por el artículo 2 de la LDC.

La recurrente apoya su defensa diciendo que concurre el requisito de la identidad en los hechos que se han sancionado doblemente y que ha concretado en el tratamiento preferencial dado por Renfe a las empresas del Grupo Deutschland/Transfesa recogido en los acuerdos adoptados entre ambas empresas en fechas 1 de noviembre y 1 de diciembre de 2008.

Sin embargo, entendemos que la recurrente parte de un dato erróneo al identificar el "tratamiento preferencial" como el mismo hecho que ha motivado la dualidad de infracciones y la dualidad de sanciones. No se desprende



de la resolución sancionadora que haya sido ese "tratamiento preferencial" el hecho que ha llevado a la CNMC a sancionar a la parte actora tanto por el artículo 1 como por el artículo 2, como así veremos. Es cierto que las conductas imputadas derivan de los mismos acuerdos comerciales alcanzados entre Renfe y el Grupo Deutschland/Transfesa en fechas 1 de noviembre y 1 de diciembre de 2008; no obstante, en la medida en que esos acuerdos contienen muchas cláusulas es posible, en un principio, su calificación de forma autónoma como conductas infractoras diferentes sin que ello suponga infracción del principio non bis in ídem porque, entonces, ya no concurriría la identidad en los hechos.

Si acudimos a la resolución impugnada apreciamos que efectivamente los hechos que ha tenido en cuenta la CNMC para sancionar por las conductas prohibidas en el artículo 1 no coinciden con las conductas que han permitido sancionar también por el artículo 2.

Siguiendo con este argumento, la CNMC ha sancionado como venimos diciendo por la realización de conductas colusorias prohibidas en el artículo 1 de la LDC que dispone: "*Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o practica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional*". Y entre las conductas que se describen como prohibidas, la CNMC ha entendido que la actuación llevada a cabo por la recurrente encaja en los supuestos a) y c) del citado precepto que consideran como tales: a) *la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales; y c) el reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento*".

Es decir, la CNMC ha sancionado a la recurrente por la comisión de la infracción del artículo 1 por cuanto que ha adoptado acuerdos en relación con el transporte de mercancías por ferrocarril con empresas competidoras del Grupo Deutschland/Tranfesa -como son los acuerdos comerciales adoptados en fechas 1 de noviembre y 1 de diciembre de 2008 así como los contratos de 14 de octubre y de 4 de diciembre de 2008- que contenían cláusulas que restringían la competencia al fijar unas condiciones comerciales para los servicios de tracción ferroviaria que implicaban un reparto del mercado afectado mediante el respeto del status quo que existía en los mercados españoles de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías antes de la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril. En el acuerdo de 1 de noviembre de 2008 denominado acuerdo de cooperación por el que las empresas firmantes se declaran socios preferenciales y se fijan nuevas condiciones comerciales para los servicios de tracción ferroviaria y provisión de vagones que RENFE prestaba a DB SR DEUTSCHLAND en España hasta el 31 de diciembre de 2013 estableciendo, además, los precios así como su revisión anual, se aprecia un reparto del mercado entre ellas al decir que "*ambas partes realizarán todos aquellos esfuerzos razonables de modo a proporcionarse mutuamente técnica y financieramente ofertas competitivas para nuevas oportunidades de tráfico internacionales*". Igualmente se aprecia ese reparto de mercado en el acuerdo de 1 de diciembre de 2008 en el que TRANSFESA consideraba a RENFE como su proveedor preferente para realizar el servicio de tracción en la península ibérica y, por otra parte, RENFE consideraba a TRANSFESA como cliente preferente en la realización de los tráfico internacionales/nacionales.

Conductas que, como se recoge en la resolución, "*son susceptibles de distorsionar la liberalización del sector de transporte de mercancías por ferrocarril*". Y la CNMC en la resolución impugnada justifica porque esos acuerdos pueden calificarse como conductas prohibidas en el artículo 1 citado señalando que: "*Al vincularse ambas partes a largo plazo se garantizan que dentro del servicio de transporte que el cliente final contrata con el Grupo Deutsche Bahn, la parte de tracción será cubierta solo por Renfe o Renfe Mercancías y el resto del servicio por el Grupo Deutsche Bahn*". Y añade la CNMC que: "*Fruto del mantenimiento del status quo preexistente a la liberalización del sector de transporte de mercancías por ferrocarril, articulado a través de tales contratos, se redujeron la capacidad y los incentivos del Grupo Deutsche Bahn y el Grupo Transfesa, por una parte, y el Grupo Renfe, por otra, de competir significativamente entre sí por la captación de clientes en el ámbito minorista de transporte de mercancías por ferrocarril y en el ámbito mayorista de tracción ferroviaria*". Y finaliza la CNMC diciendo que: "*...los vínculos estructurales existentes entre los Grupos Renfe y Deutsche Bahn han reforzado el alineamiento de intereses entre ambos grupos empresariales para reducir la presión competitiva entre ellos*".

Además, la CNMC justifica en la resolución como esos acuerdos colusorios restringen la competencia al señalar:

"Por lo que respecta a los efectos anticompetitivos que han tenido en el mercado los acuerdos colusorios analizados, cabe destacar, en primer lugar, su impacto adverso en el desarrollo de la tracción propia del Grupo Deutsche Bahn en España, lo cual se ha traducido a su vez en una dinámica de la competencia más débil en el transporte de mercancías por ferrocarril entre los grupos Renfe y Deutsche Bahn, dado que el Grupo Deutsche Bahn no ha gozado de una mayor independencia comercial respecto a RENFE, en comparación con aquella situación que hubiera prevalecido de haber consolidado el Grupo Deutsche Bahn su integración vertical a partir de las diez locomotoras que había adquirido TRANSFESA RAIL.



La anterior situación ha conducido a una compartimentación del mercado europeo de transporte de mercancías por ferrocarril siguiendo fronteras nacionales, al menos en el caso de España, ya que la entrada del Grupo Deutsche Bahn en España se ha visto limitada en cuanto a desarrollo de capacidad de tracción propia a raíz de los acuerdos colusorios, restando efectos a la liberalización del sector a nivel europeo, destinado a propiciar una mayor competencia y sus consiguientes beneficios.

Esta competencia más débil en el transporte de mercancías por ferrocarril en España se ha traducido necesariamente en un peor servicio para el cliente (ya sea en términos de precios, variedad o calidad del servicio), que no sólo ha afectado al cliente final, sino también a las actividades conexas (expedición, logística) que subcontratan dicho transporte.

Además, en el caso concreto del transporte de vehículos terminados por ferrocarril, se ha de tener en cuenta que:

- el Grupo Deutsche Bahn no sólo es un actor destacado en este segmento a través del Grupo Transfesa, sino también a través de otras sociedades del grupo con sede en otros países europeos que realizan transportes de vehículos terminados con origen o destino España, como son los casos de DB SR DEUTSCHLAND, DB Schenker Rail Automotive GmbH y la antigua ATG Autotransportlogistic GmbH93.

Así, por ejemplo, un examen de los contratos a los que se aplicaron las condiciones comerciales del acuerdo de cooperación, de 1 de noviembre de 2008, entre RENFE y DB SR DEUTSCHLAND revela que la gran mayoría de estos contratos hacían referencia a vehículos terminados y componentes de automoción.

Los efectos anticompetitivos se han visto agravados por el proceso de concentración que ha vivido el sector con posterioridad a la firma de los acuerdos entre RENFE y el Grupo Deutsche Bahn. Así, tras la adquisición del control de las sociedades PECOASA y LTF por parte de RENFE en 2010, el segmento de transporte de vehículos terminados por ferrocarril quedó reducido esencialmente a dos operadores, RENFE y el Grupo Transfesa, pues son los dos únicos operadores con tracción ferroviaria propia que ofrecen servicios en dicho segmento dentro de la RFIG de ancho ibérico y UIC.

Los acuerdos colusorios también han tenido efectos restrictivos de la competencia en el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario, al haber vedado durante un periodo de al menos 6 años (desde el 1 de diciembre de 2008 hasta al menos la fecha de incoación del presente expediente) el acceso (efecto cierre) a las campas de Fuencarral y La Llagosta a otros operadores potencialmente interesados, campas del máximo interés para un operador logístico de vehículos terminados, pues se sitúan en los dos puntos con mayor consumo de automóviles de España, lo cual indica la importancia comercial que tiene contar con campas en estas ubicaciones.

Lo anterior ha tenido a su vez un efecto indirecto en el mercado de expedición logística de vehículos terminados, al haber garantizado para el Grupo Deutsche Bahn unos inputs escasos y valorados de cara a prestar este servicio a los fabricantes de automóviles durante tan largo tiempo e impidiendo que con las mismas un tercero o la propia RENFE desarrollase su actividad en este mercado.

Por último, los vínculos estructurales existentes entre los grupos Renfe y Deutsche Bahn, reseñados supra, constituyen un factor adicional que ha acrecentado los efectos de las restricciones anticompetitivas descritas".

Junto a esa conducta, la CNMC ha imputado también a RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS la infracción prevista en el artículo 2 de la LDC y se le ha sancionado por la realización de conductas que han implicado un abuso de su posición dominante en el mercado de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España durante el periodo 2008-2014. Concretamente, el citado artículo 2 de la LDC se refiere al abuso de posición dominante y dispone: "Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional". Y en el caso analizado la CNMC ha sancionado a la parte actora porque ha entendido que concurre el supuesto de abuso referido en el artículo 2.2.d) que dice: "El abuso podrá consistir, en particular en: d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros". El artículo 102 del TFUE también entiende que son prácticas abusivas "aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva".

La CNMC recoge en la resolución sancionadora las razones que justifican la imputación y sanción por el artículo 2 al decir:

"Tal abuso se ha concretado en la discriminación comercial a terceros operadores ferroviarios (particularmente a los miembros de la AEFPA) en su oferta de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, en relación con las condiciones acordadas con las empresas TRANSFESA, PIF, HISPANAUTO y DB SR DEUTSCHLAND".



Los acuerdos firmados por RENFE con DB SR DEUTSCHLAND, TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO en materia de servicios de tracción ferroviaria, contienen las siguientes condiciones comerciales discriminatorias con respecto a terceros demandantes de tracción:

(i) un tratamiento preferencial por parte de RENFE a DB SR DEUTSCHLAND, TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO a la hora de prestarles servicios de tracción ferroviaria.

Así, en el acuerdo de 1 de noviembre de 2008 (cláusula 3), RENFE y DB SR DEUTSCHLAND se declaran mutuamente socios preferenciales "de modo a proporcionarse [...] ofertas competitivas para nuevas oportunidades de tráficos internacionales" [que, para el caso de RENFE, se traduce en la realización de ofertas competitivas de servicios de tracción dentro de España a DB SR DEUTSCHLAND para dichos tráficos internacionales]. Durante la vigencia del acuerdo de 1 de noviembre de 2008, el mismo resultó de aplicación a todos los acuerdos de DB SR DEUTSCHLAND con clientes cuyo transporte transcurriera parcial o totalmente por España.

En el acuerdo de 1 de diciembre de 2008, RENFE declaró a TRANSFESA "como cliente preferente en la realización de los actuales tráficos internacionales/nacionales, así como futuras oportunidades en este sector".

Desde la firma de este acuerdo, RENFE ha proporcionado los servicios de tracción de todos los tráficos de PIF e HISPANAUTO, y de todos aquellos internacionales de TRANSFESA (en su tramo dentro de España).

Con estos acuerdos, DB SR DEUTSCHLAND, TRANSFESA, PIF e HISPANAUTO tuvieron garantizadas sus necesidades de tracción a 5 años (duración de los acuerdos), con revisiones de precios pactadas de antemano.

(ii) ausencia de penalización por parte de RENFE en caso de que el Grupo Transfesa anulase servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías".

Es decir, la CNMC ha concretado ese abuso por parte de RENFE en cuanto que ha realizado conductas que han supuesto una discriminación comercial para terceras empresas que demandaban tracción ferroviaria para transporte de mercancías por ferrocarril en relación con las condiciones acordadas con DB SR Deutschland, Transfesa, PIF y Hipanauto. Condiciones desiguales que han provocado una desventaja competitiva y que demuestran abuso en su posición de dominio cuando RENFE no exige a TRANSFESA, PIF, HISPANAUTO ni a DB SR DEUTSCHLAND ninguna penalización para el caso de que anulasen servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías, como así se ha reconocido por Transfesa (folio 2153), por el Grupo Deutsche Bahn (folio 6334) y por Renfe (folios 2153, 7088 y 7089), frente a la exigencia de esa penalización a empresas ferroviarias miembros de la AEFP como se aprecia en la oferta remitida por Renfe a Comsa Rail Transport, S.A. realizadas en el marco de una solicitud de servicio de tracción en el tramo Barcelona-La Soler (Francia) (folios 269 y 299).

Asimismo, la CNMC justifica porque esa discriminación comercial implica una situación de abuso que permite encuadrar esa conducta en el artículo 2 de la LDC que le hace diferente de la imputación también de conductas prohibidas en el artículo 1:

"En relación a los efectos de la conducta de abuso de posición de dominio de RENFE y RENFE MERCANCIAS, ésta ha retrasado el avance de la liberalización en el transporte de mercancías por ferrocarril operada por la LSF, perjudicando en último término a los clientes de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril (ya sea finales o mediatos, como las empresas de expedición o logística), ya que se han visto privados de un mejor servicio de transporte por ferrocarril (ya sea en términos de precios o calidad del servicio) como resultado de la menor competencia en dicho mercado.

Al evitar la extensión de las condiciones de contratación de servicios de tracción ferroviaria que RENFE presta a las empresas del Grupo Deutsche Bahn en España a terceros competidores, tal discriminación habría llevado a un menor dinamismo competitivo aguas abajo en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, ya que, al no poder acceder las demás empresas ferroviarias a los servicios de tracción ferroviaria en las mismas condiciones comerciales que el Grupo Deutsche Bahn, éstas no han podido contar con una capacidad de tracción en términos competitivos con el que poder ofrecer un mayor volumen y variedad de servicios de transporte.

Dada la posición de RENFE y el Grupo Transfesa el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España, del que son los principales operadores, la falta de acceso a la tracción de RENFE en condiciones similares a las de grupo Deutsche Bahn habría impedido a estos competidores desarrollar estrategias expansivas de captación de nuevos clientes, lo que ha contribuido a perpetuar la problemática competitiva que genera su menor tamaño en un mercado en el que las economías de escala y de red son muy significativas".

Lo expuesto, permite a esta Sala alcanzar la conclusión de que no concurre identidad en los hechos que han llevado a la CNMC a sancionar a RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS como responsable de



dos infracciones distintas previstas en los artículos 1 y 2 de la LDC. Así, por un lado, se le ha sancionado por la realización de las conductas prohibidas en el artículo 1 en la medida en que ha alcanzado acuerdos colusorios con otras empresas competidoras que restringen la competencia al acordarse entre ellas el reparto del mercado. Y, por otro lado, se le ha imputado y sancionado con arreglo al artículo 2 que se ha producido en cuanto que ha abusado de su posición dominante en el mercado al aplicar condiciones comerciales desiguales dependiendo de quién fuera el empresario competidor otorgando así ventajas competitivas a las empresas del Grupo Deutschland/Transfesa frente a las empresas ferroviarias asociadas a la AEFP.

Esta Sala, por todo lo expuesto, acuerda desestimar el presente recurso por cuanto que la CNMC no ha vulnerado el principio non bis in ídem ya que, como hemos relatado, no existe coincidencia en los hechos imputados que justifican la imputación de dos infracciones previstas en los artículos 1 y 2 de la LDC.

SEPTIMO.- Procede, en atención a lo expuesto, la desestimación del recurso imponiendo a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº 1/2017 seguido por los tramites del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona promovido por la Procuradora Dña. Laura Albarrán Gil, en nombre y representación de las mercantiles **RENFE OPERADORA y RENFE MERCANCIAS SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL, S.A.** contra la resolución dictada en fecha 28 de febrero de 2017 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0511 RENFE OPERADORA. Y, en consecuencia, declaramos que la citada resolución no vulnera el principio non bis in ídem invocado en este proceso.

Se imponen a la parte recurrente las costas procesales ocasionadas en esta instancia.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.