

# Derecho antitrust en el mercado ferroviario español: a propósito de la Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2017 (Expte. S/DC/0511/14).

BIB 2017\43283

**Ciara, Vicente Mampel.** Estudiante de Doctorado. Universitat Jaume I de Castellón

Publicación:

Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.11/2017

Editorial Aranzadi, S.A.U.

## Resumen

«La liberalización del sector ferroviario todavía se encuentra, a día de hoy, inconclusa. Sin embargo, con la trasposición de las Directivas Europeas se han introducido en el mercado ferroviario español diferentes medidas significativas tendentes a abrir los mercados nacionales a la competencia. En consecuencia, las prácticas anticompetitivas de empresas dentro del mercado ferroviario son analizadas desde el Derecho de defensa de la competencia. En concreto, el presente trabajo efectúa un estudio de determinados comportamientos anticompetitivos llevados a cabo en el sector ferroviario español, en particular, en el mercado de tracción ferroviaria, a propósito de la resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2017. Esta decisión sanciona a la mayor empresa ferroviaria del sector, RENFE-Operadora, y a su filial RENFE-Mercancías, por adoptar acuerdos colusorios de comercialización y abusar de su posición dominante por discriminación comercial a terceros operadores en la prestación de servicios de tracción ferroviaria para la prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril con origen y destino en España»

Abstract: «The liberalization of the rail sector is still, nowadays, unfinished; however, with the implementation of the European Directives, a wide variety of significant measures have been introduced in the Spanish rail market in order to open national market to competition. Thus, the anticompetitive practices of undertakings in within rail market are analysed from the Competition law. This paper analyses some anticompetitive behaviors carried out in the Spanish rail sector, particularly, in the traction market for rail freight services, regarding resolution of the CNMC of 28 February 2017. This decision penalizes the largest railway company in the domestic market, RENFE-Operadora, and its subsidiary RENFE-Mercancías, for adopting collusive commercialization agreements and applying abusive commercial discrimination to third-party operators for the supply of railway traction services for the provision of rail freight services to and from Spain»

## Palabras clave

Ferrocarril, Transporte, Liberalización, Transporte de mercancías, Tracción ferroviaria, Competencia, Acuerdos restrictivos, Posición dominante, Comportamiento abusivo.

Rail, Transport, Liberalization, Freight transport, Rail traction, Competition, Restrictive agreements, Dominant position, Abusive behavior.

## I. Introducción

En Europa la implantación de una política común en el sector ferroviario con el fin de abrirlo a la competencia ha sido intermitente debido a que no todos los países miembros de la Unión Europea han incorporado de igual forma las Directivas en sus correspondientes ordenamientos jurídicos nacionales. Esto está dando lugar a un proceso de liberalización ralentizado principalmente por las reticencias mostradas por los Estados miembros. En lo sustancial, el proceso de liberalización ha culminado respecto del transporte de mercancías<sup>1</sup> –abierto a la competencia en España desde la entrada en vigor de la [Ley 39/2003, de 17 de noviembre \(RCL 2003, 2685\)](#), del Sector Ferroviario (en adelante [LSF \(RCL 2003, 2685\)](#)) y de las normas reglamentarias que la desarrollan<sup>2</sup>–. Ahora bien, pese a la liberalización del mercado de transporte de mercancías por ferrocarril, los objetivos de mercado único europeo no han sido alcanzados en su totalidad.

<sup>1</sup> Vid. Altzelai Uliando, I., «El cuarto paquete ferroviario: luces y sombras», en M.<sup>a</sup> V. Petit Lavall y A. Puetz (dirs.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 674-675.

<sup>2</sup> Por el contrario, el transporte de viajeros quedó al margen de estas primeras disposiciones en la materia, pues la apertura del mercado de los servicios internacionales de viajeros se trasladó al año 2010, con la aprobación de la [Directiva 2007/58/CE \(LCEur 2007, 2018\)](#), del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se modifican a [Directiva 91/440/CEE \(LCEur 1991, 1042\)](#) del Consejo, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios y la [Directiva 2001/14/CE \(LCEur 2001, 989\)](#), relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria y la aplicación de cánones por su utilización –incorporada en el *Tercer paquete de medidas ferroviarias*–. Así, la Comisión Europea notificó su intención de continuar con la realización del mercado interior de los servicios ferroviarios proponiendo una apertura del mercado para los servicios internacionales de transporte de viajeros en su [Libro Blanco «La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad» \(LCEur 2001, 3374\)](#) ( [Considerando 3.º Directiva 2007/58/CE \(LCEur 2007, 2018\)](#) ).

La política impulsada por la Unión Europea se ha ido estructurando en un entramado de disposiciones normativas por las que debe regirse el sector ferroviario, sobre todo, a través de los denominados *paquetes de medidas ferroviarias*. De entre todas sus disposiciones, especial mención merece la [Directiva 2012/34/CE \(LCEur 2012, 2043\)](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario único europeo<sup>3</sup>. Esta norma recoge en un texto refundido los principios básicos de toda la política común que la precede: una reforma estructural del mercado, que permita la separación efectiva entre la gestión de infraestructuras ferroviarias y la prestación de los servicios de transporte; el reconocimiento de los derechos de acceso a la red ferroviaria y de tránsito; la fijación de criterios de concesión de licencias ferroviarias y del procedimiento de adjudicación de la infraestructura ferroviaria; el

establecimiento de cánones y la prohibición de la discriminación entre empresas ferroviarias. En palabras de la Comisión, la finalidad última que se persigue es la construcción de un verdadero espacio ferroviario único europeo como elemento clave para la efectiva ejecución del mercado interior y para el desarrollo de un sistema de transporte competitivo y eficiente<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Con anterioridad a la [Directiva 2012/34/CE \(LCEur 2012, 2043\)](#) habían sido aprobados tres paquetes de medidas ferroviarias. El primer paquete se integró por las [Directivas 2001/12/CE \(LCEur 2001, 987\)](#), [2001/13/CE \(LCEur 2001, 988\)](#), [2001/14/CE \(LCEur 2001, 989\)](#) y [2001/16/CE \(LCEur 2001, 1344\)](#) todas ellas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001. Por su parte, El segundo paquete ferroviario se compuso por la [Directiva 2004/49/CE \(LCEur 2004, 2263\)](#), la [Directiva 2004/50/CE \(LCEur 2004, 2264\)](#), la [Directiva 2004/51/CE \(LCEur 2004, 2265\)](#) y el [Reglamento n.º 881/2004, todos ellos del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 \(LCEur 2004, 2666\)](#). Finalmente, el tercer paquete se integró por la [Directiva 2007/58/CE \(LCEur 2007, 2018\)](#), la [Directiva 2007/59/CE \(LCEur 2007, 2019\)](#) y el [Reglamento n.º 1371/2007, todos ellos del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007 \(LCEur 2007, 2016\)](#).

<sup>4</sup> Al respecto, Altzelai Uliondo, I., «El cuarto paquete ferroviario: luces y...», cit., p. 678; Chinae Cáceres, C. L., y Cáceres Alvarado, R. M., «La política de la Unión Europea en materia de transporte ferroviario», en M.ª V. Petit Lavall y A. Puetz (dirs.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 719; Peinado García, J. I., «Nuevos pasos tras la liberalización del transporte, nuevos problemas», en M.ª V. Petit Lavall y A. Puetz (dirs.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 857.

Tras los principios básicos de las disposiciones anteriores subyacen, en particular, dos cuestiones de especial relevancia para que la apertura del mercado ferroviario a la competencia sea efectiva: el reconocimiento del principio de libre acceso a la infraestructura ferroviaria y una reforma estructural del mercado ferroviario<sup>5</sup>. Conviene recordar, de manera general, que el sector ferroviario en España –al igual que en muchos otros países europeos– se caracterizaba por la existencia de un fuerte intervencionismo estatal, ya que era gestionado por monopolios públicos. Esta situación monopolística producía sistemas ferroviarios independientes e incapaces de conectar entre sí, de forma que se eliminaba cualquier posible competencia dentro de los territorios de cada Estado miembro. En efecto, con anterioridad, el modelo organizativo del mercado ferroviario nacional estuvo basado en un monopolio público verticalmente integrado en el que el Estado se encargaba tanto de la gestión de la infraestructura ferroviaria como de la prestación de los servicios de transporte, ambos encomendados a la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Los distintos modelos de reestructuración ferroviaria existentes en el mundo y, en particular, el modelo de desintegración vertical elegido por la Unión Europea, han dado lugar a la introducción de una competencia efectiva dentro del sector ferroviario. Vid. Campos Méndez, J., «Competencia en el ferrocarril en España», *Cuadernos Económicos de ICE*, núm. 88, 2014, p. 29; Aa. Vv., *Modelos organizativos en el sector ferroviario europeo*, Fundación de los Ferrocarriles Españoles, Madrid, 2007, pp. 43-45.

<sup>6</sup> Fernández Acevedo, R., «Ordenación jurídica del Servicio de transporte por ferrocarril», en P. Menéndez (dir.), *Régimen jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril (Tomo I)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 324.

Pues bien, las nuevas exigencias comunitarias han dado lugar a un proceso de desintegración vertical con una separación entre la administración de la infraestructura y la explotación de los servicios de transporte<sup>7</sup>. Así, la gestión de la infraestructura ferroviaria se ha encomendado al antiguo monopolio estatal (RENFE), que ha pasado a denominarse ADIF, y se ha creado « *ex lege* » la entidad pública empresarial RENFE-Operadora para la prestación de servicios de transporte ferroviario y de mantenimiento del material rodante<sup>8</sup>. De esta manera se pretende garantizar la independencia del administrador de las infraestructuras ferroviarias respecto de las empresas ferroviarias y de los demás operadores del sector<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> La primera [Directiva \(LCEur 1991, 1042\)](#) que marca los inicios de esta medida data de 1991. En ella se exigía una separación al menos contable entre la gestión y administración de la infraestructura ferroviaria y la prestación de los servicios de transporte por ferrocarril. No obstante, a medida que avanzaba el proceso de liberalización del sector, esta reforma estructural de funciones se iba reforzando e imponiéndose a todos los Estados miembros. Por todos, Bermejo Vera, J., «Evolución histórica del régimen jurídico del transporte por ferrocarril, en P. Menéndez (dir.), *Régimen jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril (Tomo I)*», Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 324.

<sup>8</sup> Disposición Adicional 1.ª y 2.ª de la [Ley 39/2003, de 17 de noviembre \(RCL 2003, 2685\)](#), del Sector Ferroviario. Al respecto, Rams Ramos, L., «La entidad pública empresarial RENFE-Operadora», en G. Caramés (dir.), *El Régimen Jurídico del Sector Ferroviario (Comentarios a la Ley 39/2003, de 17 de noviembre (RCL 2003, 2685))*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 264-268.

<sup>9</sup> Fernández Acevedo, R., «Ordenación jurídica del servicio de transporte...», cit., p. 856.

Además, se permite la entrada de nuevos operadores en el mercado de prestación de servicios de transporte por ferrocarril. En efecto, esta separación entre la administración de infraestructuras y la prestación de los servicios de transporte ha abierto el acceso de nuevos operadores (públicos o privados) a la infraestructura ferroviaria<sup>10</sup>. De este modo, la apertura del sector ferroviario a la competencia ha implicado, entre otros aspectos, la entrada de nuevos operadores en el sector en régimen de libre competencia, con el fin de establecer un mercado único europeo para la prestación de servicios de transporte ferroviario.

<sup>10</sup> Este principio de libre acceso a la red ferroviaria de forma justa y no discriminatoria fue reconocido en la Comunicación de la Comisión Europea de 1990, en relación con el acceso a las redes nacionales, «[s]e garantizará a toda compañía de ferrocarriles el acceso en igualdad de condiciones a la infraestructura ferroviaria nacional del país en el que esté establecida». Aun así, se ha ido instaurando a lo largo del proceso de liberalización del mercado ferroviario desde la [Directiva 91/440 del Consejo, de 29 de julio de 1991 \(LCEur 1991, 1042\)](#), sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios ([art. 9](#)); siguiendo en el primer paquete de medidas ferroviarias y hasta la [Directiva 2012/34/CE \(LCEur 2012, 2043\)](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por las que se establece un espacio ferroviario europeo único.

No es menos cierto, sin embargo, que los resultados de estas medidas liberalizadoras no han sido los esperados para la consecución de un mercado de transporte ferroviario europeo en régimen de libre competencia, debido, fundamentalmente, a las características propias del sector. La pérdida de los derechos de exclusiva de los operadores tradicionales (empresas públicas que han heredado un gran poder de mercado tras la liberalización) y la entrada de nuevos

operadores económicos independientes –que deberán competir en régimen de libre competencia de acuerdo con las necesidades del mercado único europeo– hace que garantizar el derecho de acceso de forma justa y no discriminatoria a todos los operadores ferroviarios sea una tarea primordial, a la vez que difícil. De hecho, la liberalización del sector ya ha comportado prácticas anticoncurrenciales que impiden el desarrollo propio de una actividad económica en régimen de libre competencia.

Así lo ha puesto de manifiesto la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), al sancionar a la empresa por excelencia del sector ferroviario nacional RENFE-Operadora y a su filial RENFE-Mercancías (en adelante, RENFE), por la infracción de los [artículos 1 y 2](#) de la [Ley 15/2007, de 3 de julio \(RCL 2007, 1302\)](#), de Defensa de la Competencia (en adelante, [LDC \(RCL 2007, 1302\)](#)), y de los [artículos 101 y 102](#) del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea \(RCL 2009, 2300\)](#) (en adelante, [TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#)), por llevar a cabo comportamientos anticompetitivos en el mercado de prestación de servicios de tracción ferroviaria y en el mercado de prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España. En particular, estas prácticas anticompetitivas han afectado al comercio intracomunitario y limitado la competencia que otros operadores internacionales (al menos potenciales) podían ejercer en el mercado español de transporte de mercancías por ferrocarril. Estos comportamientos anticompetitivos producen graves efectos en el sector ferroviario y, sobre todo, entorpecen el proceso de liberalización de dicho sector iniciado a instancias de la Unión Europea, toda vez que obstaculizan su fin principal: la apertura de los mercados ferroviarios a la competencia para el establecimiento de un mercado europeo único de transporte de mercancías por ferrocarril.

## II. Especialidades del sector ferroviario: diferentes tipos de mercado

Antes de entrar a analizar las cuestiones de fondo que la resolución de la CNMC suscita para el Derecho de defensa de la competencia, debe recordarse que un comportamiento anticompetitivo se predica respecto de un mercado concreto<sup>11</sup>. Por ello es necesario determinar el mercado relevante o de referencia para delimitar el marco dentro del cual se aplican las normas de Derecho de defensa de la competencia. La Comisión Europea recoge este concepto en su [Comunicación, de 9 de diciembre de 1997 \(LCEur 1997, 4038\)](#)<sup>12</sup>, relativa a la definición de mercado de referencia, que diferencia entre el mercado de producto de referencia y el mercado geográfico de referencia. El primero de ellos lo define como aquél mercado que comprende « *todos los productos y/o servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles debido a sus características, su precio y el uso al que se destinan* ». Por su parte, el mercado geográfico de referencia se refiere a « *la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios en cuestión y en el cual las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas* ».

<sup>11</sup> Es cierto que la determinación del mercado relevante o de referencia sólo es un requisito previo y

necesario cuando estamos ante conductas que infringen el [art. 102 TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#) . Por el contrario, en aquellos comportamientos que constituyen una infracción del [art. 101 TFUE](#) no se requiere definir de forma previa el mercado afecto, sino que basta con demostrar que un acuerdo restringe la competencia y es susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros. Así, lo entendió la Abogado General Kokkot, J., en las conclusiones de 13 de diciembre de 2012, [as. C-439/11 P \(TJCE 2013, 200\)](#) , *Ziegler v Comisión* . El apartado 52 de sus conclusiones señala que *«las exigencias jurídicas a la determinación del mercado pueden ser muy diferentes, en función del objetivo con ella perseguido. En principio, una delimitación del mercado debe hacerse de forma tanto más exacta cuanto más complejas sean las conexiones económicas y cuanto más amplios sean los análisis necesarios para su valoración, por ejemplo, cuando se trate de determinar la existencia o el abuso de una posición dominante con arreglo al artículo 82 CE (actualmente, artículo 102 TFUE)»*. Al respecto, Whish, R. y Bailey, D., *Competition Law*, 8th Edition, Oxford, United Kingdom, 2015, p. 122.

[12 Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997 \(LCEur 1997, 4038\)](#) , relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03).

Desde la perspectiva que aquí nos interesa, tiene mayor relevancia la determinación del mercado de producto de referencia. En efecto, en el sector ferroviario deben distinguirse diferentes tipos de mercado, pues la particularidad de las industrias en red (como es el caso del transporte ferroviario) reside en su dependencia respecto de otros mercados. En principio, en el sector ferroviario existen dos mercados: el mercado de prestación de servicios de infraestructura (mercado ascendente) y el mercado de prestación de servicios de transporte (mercado descendente). En este sentido se pronunció el entonces Tribunal de Primera Instancia (hoy Tribunal General), en [sentencia de 21 de octubre de 1997 \(TJCE 1997, 211\)](#) , *Deutsche Bahn AG c. Comisión* , As. T-229/94, cuando estableció que *«el mercado de los servicios ferroviarios constituye un submercado distinto del mercado de los transportes por ferrocarril en general»* , toda vez que el primero de ellos ofrece un conjunto de prestaciones específicas o bienes y servicios accesorios (en particular, la puesta a disposición de las locomotoras, su tracción y el acceso a la infraestructura ferroviaria)<sup>13</sup> . Con posterioridad, una vez efectuada la separación entre la gestión de la infraestructura y la prestación de los servicios de transporte, la Comisión Europea en su [Decisión de 27 de agosto de 2003 \(LCEur 2004, 94\)](#) , relativa a un procedimiento de conformidad con el [artículo 82](#) del Tratado CE<sup>14</sup> distinguió entre el mercado de acceso a la infraestructura ferroviaria –que constituía un mercado claramente definido<sup>15</sup>–; el mercado de tracción ferroviaria –entendido como la puesta a disposición de una locomotora y un conductor que se proporciona con el objeto de llevar a cabo un servicio de transporte–; y el mercado de transporte internacional por ferrocarril.

<sup>13</sup> Al respecto, Puetz, A., *Derecho de vagones: Régimen jurídico-privado de la utilización de vagones de mercancías en tráfico ferroviario* , Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 237-240.

<sup>14</sup> [Decisión COMP/37.685 –GVG/FS, de 27 de agosto de 2003 \(LCEur 2004, 94\)](#) , relativa a un procedimiento de conformidad con el [artículo 82](#) del Tratado CE ( [2004/33/CE \(LCEur 2004, 94\)](#) ).

<sup>15</sup> [STPI \(Sala Segunda\), de 15 de septiembre de 1998 \(TJCE 1998, 194\)](#) , as. acumulados T-374/94 (694A0374), T-375/94 (694A0375) y T-388/94 (694A0388), *European Night Services Ltd (ENS) y otros c. Comisión*, Rec. 1998, p. II-3141, apartado 220.

La relevancia de esta decisión es evidente, pues divide el mercado ascendente de prestación de servicios de infraestructura ferroviaria en dos submercados: el mercado de acceso a la infraestructura y el mercado de tracción ferroviaria. Ambos son mercados ascendentes respecto del de prestación de servicios de transporte, es decir, se trata de mercados previos, aunque distintos, para efectuar transportes por ferrocarril. La misma línea sigue la Decisión de la Comisión en el Asunto COMP/M. 6150 *Veolia Transport/Trenitalia/ JV*, de 20 de julio de 2011, que establece que, dentro del mercado ferroviario, existen tres submercados, diferenciando entre el mercado para la prestación de servicios de transporte regular internacional de pasajeros, el de acceso a la infraestructura ferroviaria y el de tracción para servicios regulares de pasajeros<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Decisión de 20 de julio 2011, notificación previa de una operación de concentración, as. COMP/M.6150, *Veolia Transport/Trenitalia/JV* (2011/C 182/11), p. 3.

En definitiva, la tracción y el acceso a la red ferroviaria son actividades económicas accesorias e imprescindibles para efectuar servicios de transporte ferroviario. Estas actividades constituyen mercados independientes, pero estrechamente vinculados entre sí y, también, con el mercado principal de prestación del servicio de transporte de mercancías por ferrocarril. Por tanto, los servicios de tracción ferroviaria, de acceso a la infraestructura ferroviaria y de prestación de transportes por ferrocarril constituyen mercados claramente diferenciados, que se caracterizan por su dependencia entre ellos. Así, el mercado de tracción ferroviaria es, al igual que el mercado de acceso a la infraestructura ferroviaria, un mercado ascendente respecto del de prestación de servicios de transporte (mercado descendente)<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Gutiérrez, A., «Abuso de posición dominante», en J. Massaguer, J. M. Sala Arquer, J. Folguera y A. Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia (RCL 2007, 1302)*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 3.ª edición, 2012, p. 158.

Pues bien, la Resolución de la CNMC objeto de análisis identifica como mercados de producto de referencia el mercado de tracción ferroviaria y el mercado de prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril. Para ello analiza de forma exhaustiva los diferentes mercados afectados por las conductas anticompetitivas de RENFE, el Grupo DB y el Grupo Transfesa y establece como mercados relevantes el mercado de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España, el mercado de prestación de servicios de tracción para el transporte de mercancías por ferrocarril en España, el mercado de alquiler de locomotoras y el mercado de alquiler de centros logísticos de automoción con acceso ferroviario. Por su parte, el mercado geográfico de referencia es el territorio nacional que comprende la Red Ferroviaria de Interés Nacional (RFIG) de ancho ibérico y de ancho internacional. Si bien el tramo del transporte afectado es el nacional, los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril prestados por estas empresas en España se refieren a servicios internacionales con origen o destino en España. Por tanto, las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por RENFE, el Grupo Deutsche Bahn (el Grupo DB) y el Grupo Transfesa guardan

relación directa con el transporte internacional de mercancías por ferrocarril y ello determina que, como resultado de las conductas que estas empresas ferroviarias efectúan, se pueda ver afectado el comercio entre Estados miembros de la UE.

### III. Los comportamientos anticompetitivos en el sector ferroviario español

#### 1. Acuerdos y prácticas concertadas

Cabe recordar que un acuerdo restrictivo de la competencia es cualquier acuerdo de voluntades entre dos o más operadores económicos independientes, mediante los cuales éstos coordinan su actividad económica en el mercado<sup>18</sup>. En el caso de que estos acuerdos sean aptos para distorsionar o falsear la competencia estamos ante una de las principales conductas prohibidas por el Derecho de defensa de la competencia, de conformidad con el [artículo 101.1](#) TFUE y su homólogo a nivel nacional, el [artículo 1.1](#) LDC.

<sup>18</sup> Por todos, Velasco San Pedro, L. A., «Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas», en L. A. Velasco San Pedro (dir.), *Derecho europeo de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 58-65.

Ambos preceptos disponen que una práctica colusoria que tenga por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado común o nacional resulta incompatible con él y, en consecuencia, prohibida<sup>19</sup>. En particular, quedan prohibidas las conductas que consistan en «a) *la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio*» [...] y c) *el reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento*. [...] » . Sin embargo, la conducta se considerará lícita y, por tanto, justificada y ajustada a la normativa *antitrust*<sup>20</sup> si concurren los requisitos de licitud del apartado 3 del [artículo 101](#) TFUE<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> El establecimiento de un mercado único o común tiene como objetivo principal la apertura de los mercados nacionales. Por ello, la infracción de la regla general prohibitiva prevista en el [art. 101](#) TFUE es contraria a los objetivos más fundamentales de la Unión Europea ( [STPI de 22 abril 1993 \(TJCE 1993, 55\)](#), as. T-9/92, *Peugeot/Comisión*, *Rec.Jur.* 1993, p. II-493). Al respecto, Calvo Caravaca, A., *Derecho antitrust europeo...*, cit., p. 114.

<sup>20</sup> Miranda Serrano, L. M.<sup>a</sup>, «Restricciones accesorias y prácticas colusorias (Las *ancillary restraints* y el [art. 81](#) del [TCE \(RCL 1999, 1205\)](#) . A propósito de algunas experiencias jurisprudenciales relativas a *cesiones de empresas, franquicias y cooperativas* )», *Derecho de los Negocios*, núm. 122, noviembre 2000, pp. 10-15.

<sup>21</sup> Para que resulte de aplicación la exención prevista en el [artículo 101.3](#) del TFUE deben concurrir de forma cumulativa las siguientes condiciones: « i) *La contribución a la mejora de la producción o distribución de bienes, o a la promoción del progreso técnico o económico;* ii) *La participación equitativa de los consumidores en tales beneficios;* iii) *La no imposición de restricciones que no sean indispensables para alcanzar los beneficios;* y iv) *La no eliminación de la competencia con respecto a una parte sustancial de los bienes en cuestión* ». Cfr. Díez Estella, F., «De las conductas prohibidas», en J. Massaguer, J. M. Sala Arquer, J. Folguera y A. Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la [Ley \(RCL 2007, 1302\)](#)* ..., cit., p. 106.

Pues bien, el primero de los ilícitos analizados por la autoridad de competencia consiste en una conducta colusoria por reparto de los mercados afectados de



tracción y de transporte de mercancías por ferrocarril, consecuencia de la celebración e implementación de acuerdos y prácticas concertadas entre RENFE-Operadora y su sucesora en el negocio de prestación de servicios de tracción ferroviaria, RENFE-Mercancías (en adelante, RENFE)<sup>22</sup>, el Grupo Transfesa y el Grupo Deutsche Bahn (el Grupo DB), y, por tanto, una infracción de los [artículos 1.1 LDC](#) y [101.1 TFUE](#).

<sup>22</sup> Como consecuencia de la última reestructuración del sector –con la aprobación del [Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio de 2012 \(RCL 2012, 1020\)](#), por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios–, la primera de estas empresas se encarga de definir la política y estrategia del Grupo Renfe. Por su parte, la segunda tiene como actividad principal la prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril, además de otros servicios relacionados como, por ejemplo, la provisión de los servicios de tracción ferroviaria.

En concreto, queda acreditado en la resolución de la CNMC que las distintas empresas habían coordinado su política comercial, al garantizarse con carácter preferente el suministro de los servicios de tracción ferroviaria para los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril, durante el periodo comprendido desde el 1 de noviembre de 2008 al 28 de marzo de 2014 (fecha de incoación del expediente por la CNMC).

La conducta se enmarca en un periodo en el que RENFE ha venido ostentando una posición de dominio en la provisión de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías en España, ya que su cuota de mercado ha oscilado aproximadamente entre el 80% y 90%, desde la extinción del monopolio legal que existía en el mercado ferroviario español a favor de la antigua RENFE. Junto a ella, también otros operadores privados, como es el caso de TRANSFESA –principal empresa privada en el transporte de mercancías por ferrocarril por aquel entonces–, tenían interés en desarrollar actividades de tracción para transportar mercancías con locomotoras propias, pero sin intención de prestar servicios de tracción a terceros operadores. Para ello, TRANSFESA constituyó su filial TRANSFESA RAIL y se dotó de diez locomotoras de ferrocarril, a través de un contrato de *leasing* financiero con la sociedad Angel Trains España, S.A. (hoy, Alpha Trains Iberia, S.A.) el 3 de agosto de 2007. Posteriormente, DEUTSCHE BAHN AG (matriz del Grupo DB) entró en el mercado español de transporte de mercancías por ferrocarril a través de EWSI (hoy, DB INTERNATIONAL) en enero de 2008 y adquirió el control de TRANSFESA el 3 de abril de 2008.

Tras esta toma por DB del control de TRANSFESA, las compañías que prestaban servicios de tracción ferroviaria en el mercado español alcanzaron dos acuerdos –en noviembre y diciembre de 2008– para fijar determinadas condiciones comerciales respecto de los servicios de tracción ferroviaria para la prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España. El primero de ellos se celebró por RENFE con la empresa DB SR DEUTSCHLAND<sup>23</sup>. Su finalidad era posicionar a RENFE y a DB como socios preferenciales, que se proporcionaban mutuamente ofertas técnicas y financieramente competitivas para nuevas oportunidades de tráfico internacionales de mercancías por ferrocarril entre España

y Alemania (u otro país europeo) en los que colaboraran RENFE y el Grupo DB<sup>24</sup>, siendo los servicios prestados por RENFE de tracción ferroviaria. Por su parte, el segundo acuerdo se celebró entre RENFE y el Grupo Transfesa (en concreto, TRANSFESA, TRANSFESA RAIL, PIF, SEMAT e HISPANAUTO). A través del mismo, el Grupo Transfesa (cliente preferente) se vinculó a largo plazo con RENFE (proveedor preferencial) para que ésta también cubriera sus necesidades de tracción para la prestación de los servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España.

<sup>23</sup> Se trata de la principal empresa de la unidad de negocio del Grupo DB en el ámbito del transporte de mercancías por ferrocarril en Centroeuropa (principalmente en Alemania). El Grupo DB, en general, ha constituido y constituye el segundo operador de transporte de mercancías por ferrocarril en España, donde aglutina diferentes participaciones en empresas, entre ellas TRANSFESA, a través de la sociedad Deutsche Bahn Ibérica Holding, S.L (DBIH), que es propiedad al 100% de Deutsche Bahn AG (matriz del Grupo DB).

<sup>24</sup> Si bien el acuerdo se celebra con DB SR DEUTSCHLAND, las condiciones comerciales acordadas en dicho acuerdo se aplicaron a todas las empresas dependientes de Deutsche Bahn AG (matriz del Grupo DB) y no solamente a DB SR DEUTSCHLAND.

Poco después de la celebración de estos acuerdos de cooperación y tras adquirir DB el control de TRANSFESA, TRANSFESA RAIL suspendió la provisión interna de tracción ferroviaria cediendo las locomotoras que había adquirido previamente a través de un contrato *leasing* financiero, mediante dos contratos de subarrendamiento: uno de ellos a favor de DB INTERNATIONAL el 14 de octubre de 2008 y otro a favor de RENFE el 4 de diciembre de 2008. En definitiva, la cooperación entre estas empresas –que incluye los acuerdos de cooperación y los contratos de subarrendamientos posteriormente celebrados– tenía como finalidad que todos los servicios de tracción ferroviaria fueran cubiertos exclusivamente por RENFE en todos los tráficos internacionales de mercancías por ferrocarril entre España y Alemania (u otro país europeo) en los que cooperaban RENFE y el Grupo DB; y en todos los tráficos con origen y destino España del Grupo Transfesa.

Se trata, pues, de una práctica colusoria única y continuada entre empresas independientes, que, a juicio de la CNMC, es restrictiva por sus efectos, al constituir un reparto de los mercados afectados (de tracción y de prestación de servicios de transporte de mercancías), cuya finalidad no es otra que mantener el *statu quo* existente de RENFE antes de la liberalización del sector ferroviario en España.

Para comprender el alcance de la decisión de la autoridad de competencia, debe distinguirse en función de si el acuerdo o la práctica concertada tiene un objeto restrictivo de la competencia (restricciones «por el objeto») o si, ausente toda finalidad colusoria, produce o puede producir un efecto anticompetitivo (restricciones «por el efecto»)<sup>25</sup>. La diferencia entre el objeto o el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado reside, principalmente, en que, mientras que los acuerdos restrictivos «por el objeto» son contrarios a la normativa *antitrust* con independencia de que produzcan, o no, efectos adversos en el mercado en cada caso concreto<sup>26</sup>, los acuerdos restrictivos «por el efecto» requieren de un análisis previo y amplio de sus efectos en el mercado. Se trata de criterios alternativos y no

cumulativos<sup>27</sup>. Por tanto, cuando un acuerdo restrinja la competencia por su objeto no será necesario probar los efectos anticompetitivos que éste produce en el mercado. En cambio, si el acuerdo no es restrictivo por su objeto (o no está claro que lo sea) será necesario considerar qué efectos ha producido o puede producir en el mercado<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Vid. Whish, R. y Bailey, D., *Competition Law* ..., cit., pp. 122-127.

<sup>26</sup> Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el [as. C-407/04 P \(TJCE 2007, 25\)](#), *Dalmine v. Comisión*, presentadas el 12 de septiembre de 2006.

<sup>27</sup> Korah, V., « *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*», 9.ª ed., Oxford, Portland, 2007, p. 73.

<sup>28</sup> Entre otras, [SSTJUE de 20 de noviembre de 2008 \(TJCE 2008, 273\)](#), as. C-209/0, *Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd*; de [4 de junio de 2009 \(TJCE 2009, 159\)](#), as. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*; de [6 de octubre de 2009 \(TJCE 2009, 341\)](#), as. C-501/06, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Comisión*; de [14 de marzo de 2013 \(TJCE 2013, 90\)](#), as. C-32/2011, *Allianz Hungária Biztosító*; y de [11 de septiembre de 2014 \(TJCE 2014, 328\)](#), as. C-67/13, *Groupement des Cartes Bancaires v. Comisión*.

Los acuerdos restrictivos por el objeto son restricciones de la competencia *per se*, pues la propia naturaleza de estos acuerdos restrictivos manifiesta un potencial elevado de efectos negativos para la competencia<sup>29</sup>. En particular, las directrices y comunicaciones de la Comisión consideran restricciones especialmente graves y, por tanto, restricciones de la competencia por el objeto, por un lado, los acuerdos de fijación de precios, de limitación de la producción y de reparto de mercados y clientes, en el caso de los acuerdos horizontales; aunque, también, se incluyen dentro de la categoría de las restricciones por objeto la imposición de precios de reventa (mínimos y fijos) y las restricciones sobre las ventas pasivas, en el caso de los acuerdos verticales<sup>30</sup>. Ahora bien, no es una lista cerrada de supuestos, sino que el análisis de cada caso particular determinará qué tipo de acuerdos pueden subsumirse bajo esta categoría. Así, entre los criterios para identificarlos, la jurisprudencia ha establecido que estamos ante una restricción de la competencia por el objeto si, « *tras llevar a cabo un examen individual y concreto del contenido y del objetivo de tales acuerdos, así como del contexto económico y jurídico en el que se inscriben, resulta que son, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia* » en el mercado<sup>31</sup>. De igual modo ocurre cuando la coordinación de conductas entre las empresas comporta en sí misma un daño suficiente para la competencia<sup>32</sup>. Ahora bien, aunque un acuerdo o práctica concertada no tenga un objeto restrictivo de la competencia, estos también quedan prohibidos si generan o son aptos para generar un efecto restrictivo en la competencia<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Al respecto, Costas J., «Prohibición de acuerdos colusorios», en M.ª P. Bello Martín-Crespo y F. Hernández Rodríguez (coords.), *Derecho de la libre competencia Comunitario y Español*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 90.

<sup>30</sup> Véase la [Comunicación de la Comisión de 14 de enero de 2011 \(LCEur 2011, 492\)](#), Directrices sobre la aplicabilidad del [artículo 101](#) del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, (2011/C 11/01),

apdo. 25, que hace remisión al [artículo 4](#) del [Reglamento \(CE\) n.º 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999 \(LCEur 1999, 4030\)](#), relativo a la aplicación del apartado del [artículo 81](#) del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, (DO L 336 de 29.12.1999) y a la [Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 \(LCEur 2000, 2587\)](#), Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 291).

31 [STJUE de 14 de marzo de 2013 \(TJCE 2013, 90\)](#), C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt.*, por la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada respecto de la interpretación del [art. 101.1](#) TFUE en relación con unos acuerdos en virtud de los cuales determinadas entidades aseguradoras de automóviles pactan bilateralmente con concesionarios de automóviles, que operan como talleres de reparación, el precio por hora que ha de abonar la entidad aseguradora por la reparación de los vehículos asegurados por ella.

32 Whish, R. y Bailey, D., *Competition Law...*, cit., p. 125.

33 Costas J., «Prohibición de acuerdos colusorios», en M.<sup>a</sup> P. Bello Martín-Crespo y F. Hernández Rodríguez (coords.), *Derecho de la libre competencia* ..., cit., p. 91.

Pues bien, el contexto jurídico y económico que concurre en los acuerdos analizados, así como sus objetivos, su finalidad e, incluso, el comportamiento de las partes implicadas, denota que dichos acuerdos, por su propia naturaleza, tenían finalidad colusoria, dado que implicaban un reparto de los mercados afectados (el mercado de tracción ferroviaria y el mercado de prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril). En efecto, el Grupo Renfe y el Grupo Transfesa eran los operadores más relevantes en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril en España y, además, la entrada del Grupo DB en el capital de TRANSFESA (matriz del Grupo Transfesa) reforzó su capacidad competitiva sobre RENFE, al pasar a contar con capacidad de tracción propia y capacidad financiera suficiente como para convertirse en fuertes competidores en el mercado de tracción. Pese a ello, la competencia entre estos dos principales grupos empresariales del sector ferroviario fue inexistente durante todo el periodo comprendido desde el 1 de noviembre de 2008 al 28 de marzo de 2014.

Ciertamente, tanto el Grupo DB como el Grupo Transfesa (y todas las empresas dependientes de dichos grupos) han coordinado su actividad y han utilizado exclusivamente los servicios de tracción proporcionados por RENFE para todos sus tráficos internacionales con origen o destino en España. Como ya se ha señalado, este acuerdo de suministro disminuyó la autonomía de actuación de TRANSFESA en el mercado de prestación de servicios de transporte e impidió que pudiera posicionarse como un oferente (al menos potencial) de servicios de tracción en España, al cesar su actividad de tracción con la cesión de las locomotoras. Por otro lado, vedó el acceso de terceros operadores para cubrir las necesidades de tracción del Grupo DB.

De lo anterior se deduce que la conducta analizada constituye una práctica anticompetitiva *per se*, es decir, constituye una restricción «por el objeto», toda vez que los acuerdos y prácticas concertadas consistían en la fijación de condiciones comerciales o de servicios, cuya finalidad era el reparto de los mercados de tracción y de prestación de servicios de transporte. Sin embargo, la CNMC califica la conducta como restrictiva por los efectos negativos que ha producido en el sector la

política comercial llevada a cabo por RENFE, consistente en otorgar un carácter preferencial a las empresas dependientes del Grupo DB en su oferta de servicios de tracción para la prestación de transportes de mercancías por ferrocarril. En particular, a juicio de la CNMC, la coordinación entre estas empresas ha obstaculizado el avance de la liberalización del sector ferroviario a nivel europeo y, consecuentemente, ha ocasionado una mala prestación del servicio de transporte de mercancías por ferrocarril, en términos de calidad, que no sólo ha afectado al cliente final, sino también a las actividades conexas (expedición o logística) que subcontratan dicho transporte.

Sea como fuere, la coordinación de RENFE con las empresas dependientes del Grupo DB a través de la celebración e implementación de acuerdos y prácticas concertadas ha restringido, falseado e impedido una competencia efectiva en el mercado ferroviario español. Su finalidad no era otra que la de contribuir al mantenimiento y consolidación del *statu quo* que RENFE tenía en el mercado ferroviario español antes de la liberalización del sector. En definitiva, las empresas implicadas han dejado de competir en el mercado de tracción ferroviaria y en el de prestación de servicios de transporte, dando lugar a un reparto de ambos mercados. Así, el comportamiento de RENFE constituye un ilícito colusorio, de conformidad con los [artículos 101.1 TFUE](#) y [1.1 LDC](#).

## 2. Abuso de posición de dominio

La jurisprudencia ha venido señalando que una empresa ostenta una posición de dominio en el mercado cuando tiene aptitud para desarrollar un comportamiento independiente en ese mercado respecto de sus competidores, clientes y consumidores<sup>34</sup>. Cuando una posición de dominio tiene su fundamento en un monopolio esta resulta indiscutible<sup>35</sup>. Sin embargo, como RENFE no ostenta un monopolio en el mercado de tracción ferroviaria debe determinarse, en primer lugar, si posee o no una posición de dominio en dicho mercado.

<sup>34</sup> En concreto, la STJCE de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Comisión*, Rep. 1978-2, apartados 65 y 66, p. 207, señaló que « la posición dominante a la que se refiere el [artículo 86](#) (actual [102 TFUE](#)) es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores ». En el mismo sentido se pronunciaron las SSTJCE de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann-La Roche* y de 3 de octubre de 1985, as. 311/84, *Telemarketing*.

<sup>35</sup> Cfr. [STJCE de 13 de diciembre 1991 \(TJCE 1991, 318\)](#), as. C- 18/1988, *GB-INN-BM*, Rec. I-5941 y de [19 de mayo de 1993 \(TJCE 1993, 71\)](#), as. C-320/1991, *Corbeau*, Rec. I-2533.

Pues bien, la CNMC fundamenta el poder de mercado de RENFE en varios criterios. El criterio principal es la cuota de mercado que esta empresa ostenta en el mercado de tracción ferroviaria para la prestación de servicios de transporte, toda vez que la misma no ha bajado del 85%, durante todo el periodo comprendido desde el 1 de noviembre de 2008 al 28 de marzo de 2014. Si bien el criterio principal para determinar la existencia de una posición de dominio es la cuota de

mercado de la empresa en cuestión, este criterio no es el único que se ha tomado en consideración para determinar la posición de dominio de RENFE en el mercado de tracción. Por el contrario, en este caso también han sido varias las circunstancias estructurales analizadas que demuestran de forma clara la posición dominante de RENFE en dicho mercado como, por ejemplo, la existencia de barreras de entrada y el reducido poder compensatorio de la demanda<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Véase Resolución, p. 64.

Como es sabido, el Derecho de defensa de la competencia no prohíbe la posesión de una posición de dominio en el mercado sino su abuso. Pues bien, la CNMC entiende que RENFE ha explotado de forma abusiva su posición dominante por « *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva* » –conducta expresamente prohibida en los [artículos 102.2.c\)](#) TFUE y [2.2.d\)](#) LDC–. En efecto, los acuerdos de cooperación celebrados por RENFE con el Grupo DB y el Grupo Transfesa en materia de tracción –analizados en el apartado anterior– contenían condiciones comerciales que resultaban discriminatorias respecto de terceros demandantes de los servicios de tracción ferroviaria –en concreto, los miembros de la demandante Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (AEFP)–. Estos acuerdos posicionaron a RENFE, al Grupo DB y al Grupo Transfesa como socios preferenciales en el mercado de tracción ferroviaria, ya que con ellos DB y Transfesa tenían garantizada la capacidad de tracción ferroviaria proporcionada por RENFE durante toda la vigencia de los mismos para la prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril. Además, la política comercial de RENFE preveía una penalización para aquellas empresas ferroviarias que contrataban los servicios de tracción en caso de anulación de los mismos. No obstante, esta penalización nunca fue aplicada a las empresas ferroviarias con las que RENFE había suscrito el acuerdo (TRANSFESA y DB), pero, en cambio, sí a las empresas de la demandante (AEFP).

A su vez, la autoridad de competencia constató que RENFE había denegado servicios de tracción ferroviaria a empresas miembros de la AEFP. Esta conducta se encuentra expresamente prohibida por el [artículo 2.2.c\)](#) LDC, en virtud del cual se añade al catálogo europeo de conductas susceptibles de constituir «abuso», «*la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios*». Ahora bien, la negativa de suministro ( *refusal to supply* ) también se considera abusiva a nivel europeo, a pesar de que el [TFUE \(RCL 2009, 2300\)](#) no la reconozca de forma expresa<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. WHISH, R. y BAILEY, D., *Competition Law* ..., cit., pp. 737-752.

Pues bien, aun cuando no ha podido acreditarse documentalmente esta negativa de suministro de servicios de tracción ferroviaria, la CNMC ha constatado que RENFE no ha prestado dichos servicios a ninguna empresa miembro de la AEFP en todo el periodo investigado (2008-2014)<sup>38</sup>, pese a que RENFE tiene capacidad de tracción suficiente para ello. Asimismo, la CNMC añade que las empresas

ferroviarias que ven denegada la prestación de servicios de tracción ferroviaria por RENFE no tienen alternativas distintas para contratar este tipo de servicios en el mercado ferroviario español, debido, en lo esencial, al gran poder económico que RENFE ostenta en dicho mercado y a las dificultades técnicas y económicas con las que se encuentran las empresas ferroviarias para acceder a los servicios de tracción ferroviaria.

<sup>38</sup> Así lo manifiestan las demandadas (RENFE-Operadora y RENFE-Mercancías), pues al margen de servicios para resolver incidencias puntuales como avería, no han prestado sus servicios a los miembros de la AAFP.

Debe destacarse que la tracción es una actividad económica accesoria e imprescindible para efectuar servicios de transporte de mercancías por ferrocarril. Por tanto, la imposibilidad de acceder al mercado de tracción ferroviaria alcanza un mercado distinto, pero subordinado, como es el de prestación de servicios de transporte. Esta consideración produce un desdoblamiento del mercado ferroviario en dos: el mercado ascendente de tracción o « *upstream market* » y el mercado descendente de prestación de servicios de transporte « *downstream market* », puesto que la capacidad de tracción es un requisito previo para acceder al mercado descendente de prestación de servicios de transporte por ferrocarril. Pues bien, el trato preferencial de RENFE en su oferta de capacidad de tracción ferroviaria a determinadas empresas ferroviarias del Grupo Transfesa y del Grupo DB con las que había suscrito acuerdos producía que terceros operadores (reales y potenciales) no accedieran a la tracción en términos competitivos por lo que, consecuentemente, vieron limitada su capacidad de acceso al mercado descendente de prestación de servicios de transporte. En definitiva, se trataba de una conducta de exclusión vertical, que producía un cierre competitivo en un mercado distinto, pero conexo, en este caso, el mercado descendente de prestación de servicios de transporte ferroviario<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Bustos Romero, M. F., «El abuso de posición dominante en el régimen jurídico español», *Revistas CES Derecho*, Vol. 6, núm. 1, 2015, p. 117.

En particular, la CNMC determinó que la conducta llevada a cabo por RENFE en el mercado de tracción ferroviaria producía una barrera de entrada en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril y, por ende, constituía un abuso de posición dominante que restringía, limitaba y obstaculizaba una competencia efectiva en el mercado ferroviario. En efecto, la restricción de acceso al mercado ascendente produce un cierre competitivo en el mercado descendente y, por ello, la autoridad de competencia calificó esta conducta como restrictiva de la competencia por constituir una explotación abusiva de la posición dominante que RENFE ostentaba en el mercado de tracción ferroviaria (ascendente), ya que las condiciones comerciales discriminatorias adoptadas por RENFE dificultaban la participación de terceros operadores ferroviarios en el mercado ascendente de tracción e imposibilitaban, también, la entrada de dichos operadores en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> García Cachafeiro, F., «Negativa de venta o suministro y abuso de posición dominante», en C.

Fernández-Nóvoa, J. A. Gómez Segade y A. García Vidal (coords.), *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 313.

Resulta de aplicación, como así entiende la CNMC, la llamada doctrina de los recursos esenciales ( *essential facilities* ), surgida en Estados Unidos a comienzos del siglo XX y seguida por la jurisprudencia europea. La aplicación de esta doctrina debe ser excepcional, razón por la que se requiere un juicio de esencialidad muy restringido<sup>41</sup>. No basta, pues, que la empresa que ostenta el recurso esencial otorgue una ventaja competitiva a unos operadores frente a otros, sino que el acceso al recurso ha de ser indispensable para la participación de los competidores en el mercado descendente. Pues bien, la tracción es un medio o recurso básico para efectuar servicios de transporte, cuya reproducción o duplicación se encuentra limitada por la exigencia de requerimientos técnicos, reglamentarios y económicos. En efecto, las empresas ferroviarias que demandan capacidad de tracción se encuentran en una situación de dependencia económica respecto de la empresa que presta los servicios de tracción, ya que el carácter indispensable de dicha actividad económica afecta a la entrada de los operadores ferroviarios en el mercado de prestación de servicios de transporte por ferrocarril.

<sup>41</sup> Gippini Fournier, E., «“Essential facilities” y la aplicación del [artículo 82](#) CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la [sentencia Bronner \(TJCE 1998, 296\)](#) », *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia* , núm. 205, enero-febrero-2000, p. 93.

La doctrina de los recursos esenciales se ha fundamentado en nuestro ordenamiento jurídico bajo «*la negativa injustificada a satisfacer demandas de compra de productos o de prestación de servicios*» , de conformidad con el [artículo 2.2.c\)](#) LDC. Así, una conducta puede encuadrarse bajo la denegación de acceso o venta de suministro cuando el operador dominante del recurso esencial deniega de forma injustificada el acceso al mismo. En este caso, RENFE es quien ostenta una posición dominante en el mercado de tracción ferroviaria, por lo que tiene un deber de suministro a sus competidores con la finalidad de impedir distorsiones de la competencia. Y en este deber de satisfacer o prestar servicios de tracción ferroviaria RENFE sólo ha concedido el acceso a este servicio de forma irregular<sup>42</sup> a las empresas ferroviarias de la demandante, garantizando, en todo caso, la capacidad de tracción ferroviaria a TRANSFESA y DB.

<sup>42</sup> Al margen de servicios para resolver incidencias puntuales como averías en locomotoras o servicios con carácter extraordinario, RENFE no prestó servicios de tracción ferroviaria a empresas miembros de la AEFPP.

Se dan, pues, los presupuestos para la aplicación de la doctrina de los recursos esenciales: i) la denegación de suministro es respecto de un bien necesario para competir con eficacia en el mercado descendente; ii) la denegación elimina la competencia efectiva en el mercado descendente; y iii) redundan en perjuicio de los consumidores<sup>43</sup>. De este modo, si la empresa que tiene una posición dominante respecto de un recurso esencial en el mercado ascendente deniega el suministro a competidores en el mercado descendente (prestación de servicios de transporte) para favorecer su propia posición en ese mercado, donde RENFE es el operador principal, incurre en un abuso de posición dominante<sup>44</sup>. Esta doctrina requiere



además para su aplicación que la empresa que ostenta una posición de dominio en el mercado ascendente haga uso de las infraestructuras en beneficio propio, es decir, en favor de sus propias actividades en el mercado descendente. Por ello, se exige que *«utilice su poder en un mercado para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones desfavorables»*<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> [Comunicación de 24 de febrero de 2009 \(LCEur 2009, 3003\)](#), relativa a las orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del [artículo 82](#) CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02), párr.82. En ella se recopila la jurisprudencia dictada hasta el momento. Por todas, véase las [SSTJUE de 26 de noviembre de 1998 \(TJCE 1998, 296\)](#), as. C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint*; de 17 de septiembre de 2007, as. T-201/04, *Microsoft c. Comisión*. Al respecto, López Miño, A., «Abuso de posición de dominio», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 330, 2012, p. 31.

<sup>44</sup> STJUE de 6 de marzo de 1974, as. acumulados 6/73 y 7/73, *Commercial Solvents c. Comisión*, que es citada en la resolución de la CNMC objeto de análisis (Expte. S/DC/0511/14).

<sup>45</sup> Cfr. [Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1993 \(LCEur 1994, 37\)](#), relativa a un procedimiento en virtud del [artículo 86](#) del Tratado CE (IV/34689–Sea Containers c/ Stena Sealink–medidas provisionales, Asunto 94/19/CE), ap. 66.

En conclusión, el abuso de RENFE se ha concretado en la discriminación comercial a terceros operadores en su oferta de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril en España. Esta conducta ha retrasado el avance de la liberalización en el transporte de mercancías por ferrocarril, pero, sobre todo, ha producido un cierre competitivo en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril, en el que RENFE es el operador principal. En efecto, las empresas que no habían suscrito ningún acuerdo con RENFE no accedían a los servicios de tracción en términos competitivos y, consecuentemente, tampoco podían acceder al mercado descendente de prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril.

### 3. ¿Vulneración del principio non bis in idem?

El voto particular discrepante formulado por el consejero D. Torremocha y García-Sáenz, F. dista del contenido de la Resolución de la CNMC. Las cuestiones sobre las que versa la discrepancia hacen referencia a la caducidad del expediente, al abuso de posición de dominio, a los hechos probados a efectos sancionadores, a la cuantificación de las sanciones impuestas y a la falta de motivación de la sanción. De entre todas ellas, la cuestión que aquí interesa es la relativa al abuso de posición de dominio de RENFE en el mercado de tracción ferroviaria.

A juicio del consejero, el comportamiento de RENFE no puede incurrir en un ilícito colusorio y en un abuso de posición de dominio al mismo tiempo y, por consiguiente, no pueden aplicarse de forma simultánea los [artículos 101](#) y [102](#) TFUE –ni los [artículos 1](#) y [2](#) LDC–, ya que, de ser así, se vulneraría principio de legalidad, el principio de seguridad jurídica y el principio *non bis in idem*. Concretamente, el consejero fundamenta su discrepancia en que RENFE desarrolla una explotación abusiva individual –entendiendo como tal *«aquella que permite al*

que ostenta una posición de dominio comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores»<sup>46</sup> –, que no conjunta o colectiva<sup>47</sup>. En efecto, al ostentar individualmente RENFE una posición de dominio su conducta sólo puede ser tipificada como infractora de los [arts. 102 TFUE](#) y [2 LDC](#), es decir, como una explotación abusiva de su posición de dominio en el mercado de tracción ferroviaria y no como una práctica colusoria y un abuso de posición de dominio simultáneamente.

<sup>46</sup> STJCE de 14 de febrero de 1978, as. TJCE 27/76, *United Brands* ..., cit.

<sup>47</sup> Debe destacarse que una nueva línea interpretativa existe en relación a esta cuestión, ya que el concepto de posición de dominio conjunta se ha ampliado más allá de la existencia de un vínculo económico entre diversas empresas, siendo suficiente con la existencia de « algún “elemento de conexión” que explique un comportamiento paralelo de las empresas supuestamente dominantes». Al respecto, Hernández F., «Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado», en M.ª P. Bello Martín-Crespo y F. Hernández Rodríguez (coords.), *Derecho de la libre competencia...*, cit., pp. 125-126.

Sin embargo, la CNMC entiende que concurren ambas infracciones. La infracción principal es la conducta colusoria de reparto de mercado por la celebración de acuerdos de cooperación en el transporte de mercancías por ferrocarril entre RENFE, el Grupo Transfesa y el Grupo DB, por los cuales estas empresas se posicionaron como socios preferenciales en materia de prestación de servicios de tracción ferroviaria para la prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril. No obstante, la autoridad de competencia también concluye que existe una explotación abusiva de la posición de dominio por parte RENFE en el mercado de tracción ferroviaria por aplicar condiciones comerciales discriminatorias, al menos, a los miembros de la AEFPP, lo que constituye una exclusión vertical al producir un cierre competitivo a nuevos operadores en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril.

Los precedentes que han existido sobre la aplicación concurrente de ambas conductas, han venido invocando, de forma habitual, el principio *non bis in idem*, en virtud del cual no se puede sancionar una misma conducta dos veces, es decir, no cabe la aplicación simultánea de ambos preceptos y, por ende, la doble infracción. En este sentido se pronunció, entre otras, el Tribunal de Defensa de la Competencia (hoy CNMC) en [resolución de 25 de octubre de 2000 \(AC 2001, 2012\)](#), *Agencias de Viaje*<sup>48</sup>, en la que el tribunal desestimó la aplicación de la conducta abusiva conforme al principio *non bis in idem* y evitó, así, la duplicidad del concurso de tipos ([arts. 1 y 2 LDC](#)) para unas mismas conductas restrictivas, razón por la que debía prevalecer aquella infracción que mejor se ajustase a la conducta o práctica enjuiciada. Del mismo modo ocurrió en [Excursiones Puerto de Sóller \(AC 2007, 482\)](#)<sup>49</sup>, donde el Tribunal estimó que en caso de aparente concurso de ilícitos *antitrust* es necesario discernir cuál de ellos es el realmente aplicable<sup>50</sup>. En definitiva, en ellas se negaba la posibilidad de sancionar un mismo hecho por dos preceptos anticoncurrenciales con base en el principio *non bis in idem*<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> [Expte. 476/99 \(AC 2001, 2012\)](#).

<sup>49</sup> [Resolución TDC de 3 de abril de 2007 \(AC 2007, 482\)](#), Exp. 611/06.

50 Esta línea doctrinal, en virtud de la cual deben examinarse los elementos concurrentes de cada infracción para determinar el precepto aplicable, es seguida por la posterior [Resolución de la CNC de 27 de mayo de 2008 \(AC 2008, 1750\)](#), *Publicidad fútbol*, Exp. 731/07.

51 En idéntico sentido se pronunció el TDC en [Resolución de 20 de enero de 2003 \(AC 2003, 348\)](#), *Iberia*, Exp. 513/02.

No obstante, finalmente, las autoridades de competencia han admitido la posibilidad de aplicar de manera concurrente ambos tipos legales. Así lo confirma la jurisprudencia europea<sup>52</sup> y, en particular, la Comisión Europea en el «Discussion paper on the application of Article 82 of Treaty to exclusionary abuses», cuando afirma: «*articles 81 and 82 of the Treaty both pursue, with regard to exclusionary practices, the aim of maintaining effective competition on the market and, according to settled case law, can be applied simultaneously*»<sup>53</sup>. Del mismo modo en España se acepta la aplicación simultánea de los [artículos 1 y 2 LDC](#)<sup>54</sup>, siendo cuestión pacífica en la doctrina que una práctica abusiva realizada por una empresa que tiene una posición de dominio en el mercado relevante puede «simultáneamente» infringir los [artículos 101 TFUE y 1 LDC](#)<sup>55</sup>.

52 [STJCE de 16 de marzo de 2000 \(TJCE 2000, 42\)](#), *Compagnie maritime belge transports*, as. acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, TJCE 2000, 42, según la cual « [u]na misma práctica puede dar lugar a una infracción de ambas disposiciones. Por tanto, no puede excluirse a priori la aplicación conjunta de los [artículos 85 y 86 del Tratado](#); no obstante, deben distinguirse los objetivos perseguidos respectivamente por esas dos disposiciones» (párr. 33).

53 Documento publicado en diciembre de 2005 (en: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>), párr. 8.

54 [Resolución TDC de 3 de noviembre de 2006 \(AC 2006, 1980\)](#), *Radios*, Exp. R 667/05 y de [24 de noviembre de 2005 \(AC 2005, 1825\)](#), *SGAE/ASIMELEC*, Exp. r 634/04.

55 Gutiérrez, A., «Abuso de posición dominante», en J. Massaguer, J. M. Sala Arquer, J. Folguera Crespo y A. Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la Ley (RCL 2007, 1302)* ..., cit., p. 125.

En consecuencia, la cuestión a resolver es si es posible sancionar a RENFE en virtud de ambos ilícitos *antitrust* como así lo hace la CNMC en la resolución objeto de análisis o si, por el contrario, esto vulnera el principio *non bis in idem*, de acuerdo con el voto particular discrepante.

En efecto, si bien la aplicación concurrente o simultánea de ambos tipos legales está permitida, esta posibilidad requiere de matizaciones. Así, el comportamiento anticompetitivo llevado a cabo por RENFE sólo podrá ser sancionado por constituir un acuerdo colusorio cuando el refuerzo de su posición en el mercado derive directa y de forma sustancial de los acuerdos celebrados con el Grupo DB y el Grupo Transfesa. Es decir, se aplicarán exclusivamente los [arts. 101 TFUE y 1 LDC](#) cuando « *el abuso es una consecuencia automática del acuerdo que no tenía sustantividad propia fuera del propio pacto contractual*»<sup>56</sup>. Esto es, el comportamiento abusivo de RENFE en el mercado de tracción ferroviaria, que ha perjudicado a las empresas ferroviarias asociadas a la AEF, debe derivar de los acuerdos colusorios implementados por RENFE con el Grupo DB y el Grupo

Transfesa. En definitiva, la celebración de acuerdos colusorios por un operador dominante puede acrecentar su posición de dominio en el mercado<sup>57</sup>, por lo que en estos casos se considera que el comportamiento abusivo es un reflejo de la conducta colusoria que la precede y, por ende, resultan de aplicación, de manera excluyente, los [artículos 101 TFUE](#) y [1 LDC](#).

<sup>56</sup> Gutiérrez, A., «Abuso de posición dominante», en J. Massaguer, J. M. Sala Arquer, J. Folguera Crespo y A. Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la [Ley \(RCL 2007, 1302\)](#)* ..., cit., pp.127-128.

<sup>57</sup> [Resoluciones TDC de 20 de enero de 2003 \(AC 2003, 348\)](#), *Iberia*, cit., y de [3 de noviembre de 2006 \(AC 2006, 1980\)](#), *Rádios*, cit.

En el caso que nos ocupa la autoridad de competencia entiende que se dan los presupuestos para la aplicación simultánea de ambos preceptos cuando diferencia de forma clara e independiente los hechos constitutivos de infracción, entendiendo que son dos los ilícitos claramente identificados en el comportamiento o actuación de RENFE en el mercado de tracción ferroviaria para la prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España. Por un lado, un acuerdo colusorio de comercialización que restringe la competencia en el mercado de tracción ferroviaria por limitar la producción y restringir, así, la oferta de capacidad de tracción a terceros operadores reales o potenciales. Y, por otro lado, la explotación abusiva de su posición de dominio en el mercado de tracción ferroviaria.

Por lo general, cuando un acuerdo de comercialización o cooperación entre dos o más operadores económicos no es objetivamente necesario para que uno de ellos se introduzca en el mercado o, incluso, cuando el acuerdo reduce la autonomía de actuación de una de las partes, se limita o restringe la competencia efectiva en el mercado<sup>58</sup>. Ciertamente, los acuerdos de comercialización entre competidores producen efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado<sup>59</sup>. Así ha ocurrido en el presente caso, toda vez que los fuertes vínculos entre RENFE, el Grupo DB y el Grupo Transfesa refuerzan el alineamiento de sus intereses para reducir la presión competitiva entre ellos, razón por la cual DB no participa en el mercado de tracción ferroviaria de manera independiente y TRANSFESA no se auto-presta servicios de tracción ferroviaria, sino que ambas demandan estos servicios a RENFE. Más aún si DB hubiera hecho uso de la tracción de la que dispone, su oferta de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril hubiera sido más competitiva, constituyéndose como uno de los principales competidores de RENFE en ese mercado.

<sup>58</sup> [Comunicación de la Comisión de 14 de enero de 2011 \(LCEur 2011, 492\)](#), Directrices sobre la aplicabilidad del [artículo 101](#) del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal..., cit., apdo. 237.

<sup>59</sup> [Comunicación de la Comisión de 14 de enero de 2011 \(LCEur 2011, 492\)](#), Directrices sobre la aplicabilidad del [artículo 101](#) del TFUE a los acuerdos de cooperación..., cit., apdo. 240.

Por lo que a la explotación abusiva se refiere, la posición de dominio de RENFE en el mercado de tracción ferroviaria ha producido otras consecuencias. En lo sustancial la conducta abusiva deviene por la negativa de RENFE a extender las condiciones comerciales existentes en los acuerdos de comercialización con DB y

TRANSFESA a otras empresas ferroviarias para la prestación de servicios de tracción ferroviaria. Esto ha comportado, entre otros efectos, el retraso del avance de la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril en España, así como una discriminación comercial abusiva a terceros operadores, produciendo un cierre competitivo en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte. Estos operadores, no adquieren capacidad de tracción ferroviaria en términos competitivos, ya que no pueden acceder a los servicios de tracción ferroviaria en las mismas condiciones comerciales que las empresas del Grupo Transfesa y del Grupo DB, ven limitado su acceso al mercado descendente de prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril en España y, por consiguiente, no pueden contar con una capacidad de tracción en términos competitivos con la que ofrecer un mayor volumen y variedad de servicios de transporte.

En suma, los hechos son constitutivos de dos infracciones claramente diferenciadas en tanto que se dan los presupuestos necesarios para que concurran ambos comportamientos: un ilícito colusorio y un abuso de posición de dominio. Por un lado, la falta de independencia comercial de RENFE, el Grupo Transfesa y el Grupo DB en el mercado de tracción ferroviaria reduce la presión competitiva y efectúa un reparto de dicho mercado. Por otro, el establecimiento de condiciones comerciales discriminatorias por RENFE a terceros operadores constituye, de forma independiente, un abuso de posición de dominio en el mercado de tracción ferroviaria, que le ocasiona un beneficio propio en el mercado secundario de prestación de servicios de transporte, toda vez que le permite mantener el *statu quo* existente con anterioridad a la liberalización del sector.

#### IV. Conclusiones

Se sanciona a RENFE, la mayor empresa ferroviaria en España, por la comisión de dos infracciones especialmente perseguidas por el Derecho *antitrust* : una conducta colusoria de reparto de mercado por la celebración de dos acuerdos comerciales en relación con el transporte de mercancías por ferrocarril y un abuso de posición de dominio en el mercado de tracción ferroviaria.

La primera de ellas ha consistido en garantizar el suministro de tracción ferroviaria para la prestación de servicios de transporte de mercancías a las empresas dependientes de los mayores operadores privados del sector, el Grupo DB y el Grupo Transfesa, que ha reducido la competitividad entre estas empresas y ha implicado un reparto de los mercados afectados (de tracción y de transporte de mercancías) entre ellas.

Por su parte, la explotación abusiva de RENFE en el mercado de tracción ferroviaria ha consistido en el establecimiento de condiciones comerciales discriminatorias a las empresas asociadas a la AEFPP (esto es, a la asociación de empresas ferroviarias privadas), que han visto denegados todos los servicios de tracción ferroviaria solicitados a RENFE. Así lo ha acreditado la CNMC cuando establece que RENFE no ha prestado servicios de tracción ferroviaria con carácter

regular a ninguna de estas empresas en todo el marco del expediente (2008-2014). Dado que no existen alternativas para contratar servicios de tracción ferroviaria en España por parte de las empresas de la AEFP, la garantía de suministro de la capacidad de tracción de RENFE al Grupo Transfesa y al Grupo ha comportado una conducta de exclusión vertical que ha producido un cierre competitivo en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril.

Si bien han sido dos las conductas atribuidas por la CNMC a RENFE, el problema planteado al hilo del voto particular consiste, en lo sustancial, en determinar si el abuso de posición de dominio de RENFE deriva de los acuerdos colusorios suscritos entre RENFE, el Grupo Transfesa y el Grupo DB o si los acuerdos colusorios y la explotación abusiva son conductas independientes entre sí. La elección de una u otra opción determina si los preceptos se pueden aplicar simultáneamente, como así concluye la CNMC, o, por el contrario, alternativamente.

Pues bien, si el ilícito abusivo se fundamenta en una práctica comercial discriminatoria impuesta por RENFE a las empresas asociadas a la AEFP como consecuencia de los acuerdos de cooperación celebrados, el abuso que califica la CNMC es una consecuencia propia de los acuerdos en sí mismos y no puede ser calificado como una infracción autónoma e independiente. Como se ha señalado, en este caso la explotación abusiva de la posición de dominio debería ser una consecuencia automática de los acuerdos comerciales suscritos entre RENFE, el Grupo Transfesa y el Grupo DB, sin el cual el abuso carecería de sustantividad propia, siendo la conducta abusiva un reflejo de los acuerdos celebrados. No se debe, por tanto, «reciclar» los hechos constitutivos de una infracción y devolverlos como presupuestos que también concurren en la segunda infracción, ya que se vulnera el principio básico del Derecho administrativo sancionador –el principio non bis in idem– en virtud del cual no se debe sancionar dos veces por unos mismos hechos.

No obstante, siguiendo la resolución de la CNMC, en este caso RENFE tiene una obligación de suministrar servicios de tracción ferroviaria, entre otras cosas, porque se trata de un recurso esencial sin el cual los competidores o terceros operadores no pueden acceder al mercado descendente de prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril. Cuando surge este deber de suministro y la empresa no lo lleva a cabo de forma injustificada se materializa el «abuso» por denegar la prestación de servicios de tracción ferroviaria. Por ello, se entiende que el abuso no deriva exclusivamente de los acuerdos o prácticas concertadas en lo referente a la prestación de servicios de tracción ferroviaria para el transporte de mercancías por ferrocarril de las empresas dependientes del Grupo DB y del Grupo Transfesa –que constituye una conducta anticompetitiva en sí misma–, sino que deriva del establecimiento de condiciones comerciales discriminatorias a los miembros de la AEFP y, en particular, de la negativa injustificada a prestar servicios regulares de tracción a estas empresas, ya que la tracción es un recurso esencial para que las mismas puedan acceder al mercado descendente de prestación de servicios de tracción ferroviaria. Este cierre competitivo se acentúa, aún más, al

tratarse de una conducta de exclusión vertical que restringe el acceso al mercado de prestación de servicios de transporte de mercancías por ferrocarril (mercado descendente) de nuevos operadores reales o potenciales en beneficio de la propia empresa dominante en el mercado de tracción ferroviaria (mercado ascendente), que es, a su vez, la operadora principal en el mercado descendente de prestación de servicios de transporte (RENFE).

En definitiva, los derechos históricos de la operadora tradicional (RENFE) evidencian su fuerte posición en el mercado ferroviario español. La resolución acredita de forma precisa la materialización de comportamientos anticompetitivos llevados a cabo por dicha empresa, que se sirve de la capacidad ociosa que ostenta sobre un recurso esencial como es la tracción y de su poder de mercado para distorsionar y restringir una competencia efectiva en el sector. Se trata, pues, del propósito de RENFE de mantener su *statu quo* en el sector ferroviario español antes de la reforma estructural del mercado que introdujo la liberalización, que, no obstante, se ha visto ralentizada en comparación con otros sectores. Si bien no cabe duda de que estos comportamientos anticompetitivos en el sector ferroviario español deben ser paliados con el fin de alcanzar el establecimiento de un mercado único europeo en libre competencia, esta resolución no es más que el inicio de la polémica concurrencial que gira en torno al sector ferroviario europeo, en general, y español, en particular. Y ello a la vista de la más que probable continuación del proceso en segunda instancia, dado que RENFE considera desproporcionada la sanción impuesta por la autoridad de competencia, a la que se adhiere el propio voto particular discrepante formulado.

---