



Roj: **SAN 2527/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2527**

Id Cendoj: **28079230082024100247**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **14/05/2024**

Nº de Recurso: **1544/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0001544 /2021

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 09597/2021

Demandante: ERION Mantenimiento Ferroviario, S.A.

Procurador: D. ANTONIO ORTEGA FUENTES

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a catorce de mayo de dos mil veinticuatro.

VISTO por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº **1544/2021** promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Antonio Ortega Fuentes**, en nombre y representación de **ERION Mantenimiento Ferroviario, S.A.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 25 de febrero de 2021, sobre solicitud de intervención planteada en relación con los Servicios de Mantenimiento prestados por la actora.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, representada por la Abogacía del Estado.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución indicada, se interpuso recurso contencioso administrativo y reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos. Termina suplicando a la



Sala se dicte sentencia dejando sin efecto la resolución citada y, en su defecto, se anule el resuelve primero, segundo, tercero y sexto, con imposición de costas a la administración.

SEGUNDO.- Emplazado el Abogado del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Se practicó la prueba solicitada y admitida por la Sala, las partes presentaron por su orden escrito de conclusiones y las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, la cual tuvo lugar el día 8 de mayo de 2024.

Ha sido Ponente el Magistrado **D. Fernando Luis Ruiz Piñeiro**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. El 25 de noviembre de 2019 la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (AEFP) presentó un escrito en el registro electrónico de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) denunciando problemas para el acceso a las instalaciones de mantenimiento propiedad de Renfe Fabricación y Mantenimiento S.M.E. S.A. (Renfe Mantenimiento) y prácticas contrarias a la regulación vigente en relación con los servicios de mantenimiento prestados por la mercantil Erion Mantenimiento Ferroviario, S.A. (Erion).

2. Erion es una sociedad anónima participada en un 51% por Stadler Rail Valencia y en un 49% por Renfe Mantenimiento. Se constituyó inicialmente para el mantenimiento de las nuevas locomotoras fabricadas por Stadler, con destino a los operadores tanto públicos como privados que ejercían su actividad en la Red Ferroviaria Española, pasando posteriormente a otras actividades relacionadas con el mantenimiento del material rodante ferroviario en ámbitos internacionales.

3. El parque de locomotoras mantenidas por Erion está formado por material

rodante fabricado por Stadler, utilizada por gran parte de las empresas ferroviarias alternativas de mercancías. Erion se encuentra habilitada por la AESF para realizar sus actividades en un total de 21 instalaciones.

4. En dos bases de mantenimiento, Erion opera en régimen de arrendamiento: Fuencarral, instalación propiedad de Renfe Mantenimiento y Pla de Vilanoveta, propiedad de Adif. Además, Erion complementa su actividad con la prestación de servicios en otros talleres de Renfe Mantenimiento, como son Lugo Llanera, Madrid-Vicálvaro, Ourense, Granada, Valencia y Salamanca, así como el taller de Constantí de GMF y una instalación en el puerto de Sevilla.

5. La Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (Aefp) es una asociación que agrupa a las empresas ferroviarias o candidatos habilitados para solicitar capacidad ferroviaria distintos de empresas ferroviarias, con capital mayoritariamente privado y también a aquellas empresas privadas que hayan manifestado formalmente su intención de solicitar los permisos, licencias o habilitaciones correspondientes. AEFP tiene como finalidad el apoyo y defensa de los intereses de los socios.

Son socios de la AEFP las mercantiles siguientes: Acciona, Captrain, Continental Rail, Ferroviario, Grupo Azvi, Grupo Suardiá, CSP Logitren, LCR operador Logístico Ferroviario, Medway Transporte & Logística, Raxellrail, Takargo, Tramesa y Transitia.

6. El 8 de enero de 2020 se inició una información previa y el día 5 de junio de 2020 se acordó la incoación del procedimiento STP/DTSP/020/20, quedando incorporados al mismo todos los actos y trámites del periodo de información previa señalado anteriormente.

7. En concreto la AEFP denunció lo siguiente:

-Que Erion no asumió el coste de una locomotora de sustitución durante los trabajos de mantenimiento al contrario de lo que había sucedido en otras situaciones idénticas.

-Que Erion denegó al personal técnico de las empresas agrupadas en la AEFP el acceso a sus instalaciones para comprobar los trabajos de mantenimiento realizados a locomotoras propiedad de los miembros de la Asociación.

8. Tras la tramitación del expediente mencionado, mediante resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 25 de febrero de 2021 respecto de la solicitud



de intervención planteada por la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas en relación con los servicios de mantenimiento prestados por Erion Mantenimiento Ferroviario S.A, se acordó lo siguiente:

Primero. En el plazo de un mes, Erion Mantenimiento Ferroviario, S.A. deberá publicar y comunicar al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, de cara a la publicación en la Declaración sobre la Red, la ficha descriptiva de los servicios de mantenimiento referidos a las instalaciones de servicio ferroviarias de Lugo Llanera (Oviedo), Madrid-Vicálvaro, Ourense, Granada, Valencia y Salamanca. Esta ficha deberá cumplir los requisitos previstos en el artículo 4.2 del Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2177 de la Comisión de 22 de noviembre de 2017, relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos sin perjuicio de las exenciones que pueda solicitar de conformidad con el artículo 2.2 de dicho Reglamento.

Segundo. Declarar que la Entidad Pública Empresarial Renfe Operadora es una entidad de control sobre Erion Mantenimiento Ferroviario, S.A. a los efectos del Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2177 de la Comisión de 22 de noviembre de 2017 relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos, por lo que Erion deberá publicar, en el plazo de un mes, los modelos contrato de acceso y condiciones generales de contratación de conformidad con el artículo 4.2.i) del señalado Reglamento.

Tercero. Requerir a Erion Mantenimiento Ferroviario, S.A. para que elabore y remita a esta Comisión, en el plazo de dos meses, un sistema objetivo para el cálculo de las penalizaciones que deriven del incumplimiento de sus compromisos respecto a las operaciones de mantenimiento de segundo nivel en el material rodante.

Cuarto. Requerir a Erion Mantenimiento Ferroviario, S.A. para que, en el plazo de dos meses, publique los principios que rigen el sistema de penalizaciones en las fichas descriptivas que está obligado a publicar, de acuerdo con los artículos 4.2.i) y n) del Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2177 de la Comisión de 22 de noviembre de 2017, relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos, respetando los requisitos de confidencialidad que resulten aplicables.

Quinto. Requerir a Erion Mantenimiento Ferroviario, S.A. para que modifique las penalizaciones que deriven del incumplimiento de sus compromisos respecto a las operaciones de mantenimiento de acuerdo con los principios establecidos en el Resuelve anterior.

Sexto. Requerir a Erion Mantenimiento Ferroviario, S.A. para que garantice el acceso no discriminatorio a todas las empresas u operadores ferroviarios a sus instalaciones para inspeccionar y controlar los trabajos de mantenimiento de su material rodante, bien mediante personal propio o de terceros autorizados

SEGUNDO.- La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 25 de febrero de 2021 sobre la solicitud de intervención planteada por la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (Aefp) en relación con los servicios de mantenimiento prestados por Erion Mantenimiento Ferroviario S.A. (Erion) en talleres de Renfe Fabricación y Mantenimiento S.M.E.

Pues bien, resolvíamos las cuestiones que suscita la presente controversia en el procedimiento 723/21, en el que hemos dictado sentencia de 5 de febrero de 2024 señalando, entre otros extremos:

<< *I. Extemporaneidad del planteamiento del conflicto en sede administrativa.*

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.1 final de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el supuesto de plantearse un conflicto de acceso deberá presentarse la reclamación en el plazo de un mes desde que se produzca el hecho o la decisión correspondiente. Dado que el escrito de planteamiento del conflicto se presentó el 25 de noviembre de 2021 y el último hecho que denuncia ocurrió el 14 de febrero de 2019, Renfe Mantenimiento considera que dicha reclamación fue extemporánea.

2. La abogacía del Estado sostiene en su contestación a la demanda que la conducta denunciada por la AEFPP es de carácter permanente y continuada por lo que, solo a título de ejemplo se indicaron concretas actuaciones de Erion en las que, en opinión de la AEFPP, fue dispensado un trato discriminatorio y no transparente a sus asociadas.

3. La discriminación denunciada resultaría acreditada por la redacción de determinadas cláusulas de los contratos que vinculan a Erion con las distintas empresas que se integran en la AEFPP y la opacidad en las condiciones de prestación de los servicios.

4. El examen de los referidos contratos que la CNC realiza en la resolución impugnada pone de manifiesto la corrección de la tesis de la defensa del Estado.

5. En primer lugar, debe subrayarse que dichos contratos estaban vigentes en el momento de presentarse la reclamación e incluso lo están en el momento actual dado que algunos fueron prorrogados hasta del año 2027. En segundo lugar, la resolución analiza los contratos destacando que existen distintas categorías como



- contratos de primer y segundo nivel, que, según se indica en la misma existen importantes diferencias y contienen elementos que pueden considerarse discriminatorios por su opacidad.
6. Si bien el principio de igualdad no implica que deba dispensarse exactamente el mismo trato a todas las peticiones de mantenimiento, pues en cada caso pueden concurrir circunstancias singulares, lo cierto es que este planteamiento que está en la base de las alegaciones de la recurrente, no impide que se establezcan unos criterios previos generales y homogéneos que permitan a cada peticionario del servicio conocer de antemano criterios generales sobre precios y responsabilidades en caso de incumplimiento de los plazos de entrega del material confiado a la reparación.
7. En concreto, el análisis de los contratos permite constatar la existencia de descuentos ocultos y diferente trato en las penalizaciones por incumplimiento que perjudican a los asociados a AEFP.
8. Ni en vía administrativa Erion dio respuesta las discrepancias advertidas, ni tampoco en sede judicial Renfe Mantenimiento lo ha hecho, limitándose a invocar el principio de proporcionalidad.
9. Por otra parte, se observa que tampoco existe una garantía plena en lo que respecta al acceso del personal técnico de las empresas asociadas en la AEFP a los talleres para cooperar en los trabajos de mantenimiento, por lo que tal trato, que se dispensa sin objeción a los servicios de Renfe queda a la discreción de Erion.
10. El respeto a un trato no discriminatorio impone que se publiquen criterios generales de acceso que deberán tomar en consideración, como se indica en la resolución impugnada, la ponderación de todas las circunstancias para evitar el perjuicio a otros derechos concurrentes.
11. En consecuencia, debemos concluir que no concurre la extemporaneidad denunciada pues al tiempo del planteamiento del conflicto existía una duda razonable, basada en la lectura de los contratos, sobre la existencia de una eventual discriminación y falta de transparencia permanentes.
- II. Falta de legitimación activa en el procedimiento administrativo de la denunciante.
1. Nuevamente asumimos respecto de esta excepción procesal las tesis de la abogacía del Estado.
2. Es cierto, como señala la recurrente, que la AEFP no es una empresa ferroviaria o candidata a serlo y esas son las condiciones que impone el artículo 12.1 f de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para poder plantear un conflicto de acceso por la actuación de los explotadores de instalaciones de servicio o prestadores de los servicios.
3. No obstante, la AEFP es la asociación civil que reúne a las empresas más relevantes del sector y que desarrollan su actividad en competencia con las filiales de pasajeros y transporte de mercancías de Renfe operadora. En los antecedentes de esta resolución se identifican las mismas.
4. La lectura de los estatutos de la AEFP pone de manifiesto, sin duda de tipo alguno, que su objeto es garantizar la defensa de los intereses de sus asociados, por lo que la interpretación de la normativa de acceso a los conflictos antes mencionada debe ser lo suficientemente amplia como para acoger la posibilidad de que la AEFP plantee dicha queja, pues en caso contrario quedaría sin objeto y sin sentido su propia existencia.
- III. Caducidad del procedimiento administrativo.
1. En nuestra opinión, también coincidente en este punto con la manifestada por la abogacía del Estado, el procedimiento administrativo no estaba caducado y ello por las siguientes razones:
2. El artículo 2. 2 de la Ley 3/2013, indica que en el supuesto de resolución de conflictos a que hace referencia el epígrafe f) del número 1 anterior (conflictos en el sector ferroviario), el plazo máximo de resolución será de 6 semanas y precisa el artículo 11.3 de la misma ley impone un plazo máximo de resolución de seis semanas "a partir de la recepción de toda la información pertinente".
3. La recurrente estima que el procedimiento estaba caducado, pues habiendo concluido el trámite de instrucción el 10 de diciembre de 2020, la resolución se dictó el 25 de febrero de 2021, es decir, una vez transcurrido el plazo de seis semanas referido.
4. No podemos compartir ese planteamiento, pues, como indicó el abogado del Estado, la recurrente fija un día erróneo de inicio para el cómputo de las seis semanas.
5. En efecto, la recurrente no tiene en cuenta que el 10 de diciembre de 2020, lo que la CNMC acordó fue ofrecer a las partes la oportunidad de formular alegaciones y que la recurrente las presentó el 25 de enero de 2021.



6. No puede considerarse concluida la instrucción con "la recepción de toda la información pertinente", sino cuando esas alegaciones finales se incorporan al expediente, pues constituyen un elemento de vital importancia que debe tomar en consideración el órgano decisor.

7. El hecho de que pueda prescindirse del trámite de audiencia no entra en contradicción con lo expuesto pues, al acordarlo, el instructor ha considerado que el mismo era necesario y relevante.

8. En caso de aceptarse el planteamiento de la recurrente debería llegarse a la conclusión de que, a pesar de que el instructor considere relevante la formulación de alegaciones que fijan la posición final de los interesados y valoraran los elementos probatorios, en realidad se trata un trámite ajeno a la instrucción cuyo resultado el órgano decisor puede ignorar y ni siquiera tomar en consideración. En ese caso podría resolverse el conflicto incluso antes de que dichas alegaciones se presentaran, pues el plazo de seis semanas se concibe como un plazo máximo y la propia ley propugna que se resuelva "lo antes posible".

TERCERO.- De esta forma se respondían las cuestiones formales planteadas por la recurrente en el citado recurso, pero se atendía a la cuestión de fondo en los siguientes términos, lo que tiene relevancia decisiva en nuestro caso, pues resolvíamos la cuestión relativa a la condición de Erion como explotador de instalaciones de servicio ferroviario, sin que se haya exteriorizado en el presente recurso posibilidad de mantener criterio distinto al que reflejamos a continuación:

<<Por lo que se refiere al fondo del asunto, debemos pronunciarnos en primer lugar sobre la condición de Erion como explotador de la instalación de servicio de mantenimiento, cuestión de relevancia capital para la resolución del presente proceso. Nuestra respuesta asume las consideraciones de la resolución impugnada, por las razones que se desglosan a continuación.

1. Como punto de partida debe señalarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.1 e) de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (LSF) que transpone la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, son instalaciones de servicio a los efectos de dicha ley, "las instalaciones de mantenimiento".

2. No cabe duda de que Renfe Mantenimiento es titular de los talleres de Lugo Llanera (Oviedo), Madrid-Vicálvaro, Ourense, Granada, Valencia y Salamanca y que en los mismos se realiza el mantenimiento del material rodante ferroviario. Tampoco cabe duda de que Erion, empresa privada habilitada por la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (Aesf), presta, en dichos talleres y en régimen de exclusividad, sus servicios de mantenimiento preventivo, correctivo, asistencia en vía, torneos y sustitución de ruedas y limpieza de material rodante.

3. También resulta indiscutido que mientras que en relación a otros talleres distintos, Erion ha suscrito contratos de arrendamiento con Renfe Mantenimiento que le permiten fijar las condiciones de acceso a dichos talleres, no ocurre lo mismo en relación con los talleres a lo que directamente afecta la resolución impugnada y que se relacionan en el apartado anterior.

4. El artículo 43.1 de la citada LSF impone a los administradores de infraestructuras ferroviarias y a los restantes explotadores de las instalaciones de servicio facilitar, de modo no discriminatorio, a todas las empresas ferroviarias y a los demás candidatos el acceso, incluido el acceso por vía férrea, a las instalaciones de servicios y a los servicios que se prestan en ellas.

5. La cuestión clave es, por lo tanto, la de determinar si Erion, a pesar de no haber suscrito con Renfe Mantenimiento un contrato de arrendamiento sobre los talleres señalados, es o no un "explotador de las instalaciones de servicio", pregunta que respondemos afirmativamente.

6. El anexo I de la LSF en su apartado 20 contiene la siguiente definición: "Explotador de la instalación de servicio: la entidad privada o pública responsable de la gestión de una o varias de las instalaciones de servicio especificadas en el artículo 42, o de la prestación a empresas ferroviarias de uno o varios de los servicios a los que están destinadas dichas instalaciones y de los complementarios y auxiliares definidos en este anexo".

7. Por su parte, el considerando 8 de del Reglamento de ejecución UE 2017/2177 de la Comisión de 22 de noviembre de 2017, vincula la calificación de explotador de una instalación de servicios a la entidad que fija las condiciones de acceso a las mismas, de la adjudicación de las capacidades de instalación del servicio y de la prestación de servicios ferroviarios conexos y concluye que en el caso de que sean varias las entidades diferentes que concurren en la explotación de una misma instalación de servicio, todas las entidades deben considerarse explotadores y responsables en su parte.

8. La resolución impugnada considera que Erion es un explotador de la instalación de servicio, tras un examen de los contratos que vinculan a Erion con las empresas privadas que solicitan sus servicios. El resultado de ese examen, cuyo razonamiento compartimos, revela que, sin intervención alguna de Renfe Mantenimiento,



Erion fija condiciones de acceso como determinar las operaciones de mantenimiento a realizar, el plazo de ejecución, el precio, o el régimen de penalizaciones en caso de incumplimiento.

9. No constituye un obstáculo a dichas conclusiones el hecho de que no exista un contrato a de arrendamiento entre Erion y Renfe Mantenimiento que garantice a la primera el uso exclusivo de las instalaciones de los talleres de referencia, o que Erion no tenga desplegados de manera relevante sus empleados en dichos talleres, pues dichas circunstancias no son incompatibles con el hecho esencial de que es Erion, sin intervención de Renfe mantenimiento, la que fija las condiciones económicas de su intervención. En este sentido es muy llamativo que no conste ningún acto de oposición por parte de Renfe Mantenimiento al ejercicio por Erion de sus actividades en sus talleres y tampoco respecto de la fijación de las condiciones contractuales.

10. El párrafo final del citado considerando 8 es esgrimido por la recurrente como argumento para desvirtuar lo antes expuesto. Señala dicho párrafo lo siguiente: "Cuando una instalación pertenezca y sea llevada y gestionada por varias entidades, solo las entidades efectivamente responsables de facilitar la información y decidir sobre las solicitudes de acceso a la instalación de servicio y la utilización de los servicios ferroviarios conexos deben considerarse los explotadores de la instalación de servicio".

11. La primera observación que debe hacerse es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 291 TFUE un Reglamento de ejecución dictado por la Comisión no es un acto legislativo, categoría reservada para los actos del Consejo y Parlamento. El Reglamento de ejecución es un instrumento puesto en manos de la Comisión bajo la supervisión de los Estados miembros, para que concrete y precise de manera uniforme la manera de hacer efectivos determinados aspectos que no resultan totalmente clarificados en el acto legislativo, en este caso la Directiva 2012/34/UE.

12. La consecuencia de lo anteriormente expuesto es que el Reglamento de ejecución es un acto subordinado a la Directiva y por lo tanto debe ser interpretado de manera coherente con la misma. Por otra parte, debe subrayarse que la transposición de la Directiva al derecho nacional mediante la LSF anexo I, apartado 20 que contiene la definición de explotador de la instalación en los términos expuestos, no nos ofrece duda alguna respecto de su corrección.

13. La resolución impugnada ofrece esa interpretación coherente entre la primera parte y la segunda del citado considerando 8 al subrayar que esta última se refiere exclusivamente al explotador de la instalación en su condición de titular de la misma y opera como mecanismo de exclusión de la responsabilidad al titular que no determina las condiciones de acceso.

CUARTO .- En la citada sentencia que acabamos de transcribir, hemos concluido que Erion es un explotador de las instalaciones de servicio de mantenimiento, cuestión que ofrece pocas dudas en función de lo ya expuesto.

En la sentencia de referencia, dictada en el procedimiento 723/21, de 5 de febrero de 2024, seguido a instancia de Renfe Fabricación y Mantenimiento SME, S.A., respecto de la misma resolución de la CNMC también hacíamos referencia al principio de proporcionalidad, en los siguientes términos:

<< 1. La tesis de la recurrente se identifica con la idea de que Erion no es un explotador de las instalaciones de servicios de mantenimiento, extremo al que ya hemos referenciado en sentido adverso a sus pretensiones.

2. Sostiene Renfe Mantenimiento que Erion no tendría capacidad de dar cumplimiento a la resolución impugnada porque carece de la disponibilidad necesaria sobre los talleres en cuestión, cuya titularidad corresponde en exclusiva a Renfe Mantenimiento y sobre los que Erion no tiene ningún título de actuación.

3. (...) lo cierto es que la resolución impugnada motiva de manera suficiente y en nuestra opinión correcta, la condición de explotador de la instalación de servicio por parte de Erion e impone a esta entidad unas obligaciones de transparencia y no discriminación, que son la consecuencia legal y lógica de tal calificación, como determinan el artículo 43.1 de la LSF y el 4.2. i) del Reglamento de ejecución 2017/2177.

4. Estamos pues en un supuesto de mera aplicación de las consecuencias legales de una previa declaración, por lo que debe descartarse la existencia de infracción del principio de proporcionalidad>>.

Y centrábamos también una de las cuestiones clave de la resolución objeto de impugnación, afirmando:

<< Analizamos a continuación la impugnación por Renfe Mantenimiento

de la condición de Renfe Operadora como ente de control de Erion. Nuevamente debemos desestimar las alegaciones de la recurrente y decantarnos por los razonamientos de la resolución impugnada y la defensa del Estado, con arreglo a los siguientes pronunciamientos:

1. El artículo 3.7 del Reglamento de Ejecución 2017/2177 define la entidad de



control, como "un organismo o empresa que ejerce un control directo o indirecto sobre el explotador de una instalación de servicio y opera también o mantiene una posición dominante en los mercados nacionales de servicios de transporte ferroviario para los que se utiliza la instalación, o ejerce un control directo o indirecto sobre el explotador de una instalación de servicio y una empresa ferroviaria que ostenta tal posición".

2. Además, el artículo 4.2 i) del citado Reglamento de ejecución, señala que en el caso de las instalaciones de servicio gestionadas y de los servicios prestados por explotadores bajo el control directo o indirecto de una entidad de control, en la descripción de instalación de servicio deberá figurar en la descripción de la instalación de servicio, el modelo de los contratos de acceso y condiciones generales.

3. A falta de mayor regulación homogeneizada, el artículo 42 del Código de señala que existe un grupo empresarial cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente el control de otra. Además, se presumirá que existe control de una sociedad por otra cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: ...b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

4. Ciertamente, como indica la recurrente, Renfe Operadora en su condición de sociedad matriz tiene personalidad jurídica distinta de Renfe Mantenimiento, a lo que se une que sus cuentas están separadas. Como consecuencia de ello, Renfe Operadora no forma parte de grupo consolidable y no forma parte del accionariado de Erion, sin que, además, la mayoría de los miembros del consejo de administración de Erion sean de Renfe Operadora o de Renfe Mantenimiento.

5. Estima la recurrente que, a la vista de lo expuesto, Renfe Operadora no puede ser considerada ente de control de Erion a través de Renfe Mantenimiento, ya que no concurren ninguna de las condiciones establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio para ello, siendo improcedente la referencia que en la resolución impugnada se hace a la normativa de competencia.

6. Sin embargo, de dichas consideraciones no puede extraerse la consecuencia de que Renfe Operadora no es un ente de control de Erion por intermediación de Renfe Mantenimiento, cuando, como en este caso, concurren las siguientes circunstancias:

- Erion está participada en un 49% por Renfe Mantenimiento, que a su vez pertenece en un 100% a Renfe Operadora.

- De acuerdo con los estatutos de Erion se requieren 2/3 del capital social para adoptar acuerdos estratégicos como: La aprobación del presupuesto anual, la aprobación de cualesquiera endeudamientos con bancos y otras entidades cuyo importe total exceda de trescientos mil euros, la disposición o gravamen de cualesquiera activos de la sociedad cuyo valor neto contable o precio exceda de trescientos mil euros, la formalización de compromisos con terceros que superen los sesenta mil euros por acto, o cuyo montante anual exceda de ciento ochenta mil euros, o la designación y/o sustitución del personal directivo de la sociedad.

7. La definición del artículo 3.7 del Reglamento de ejecución, destaca esencialmente la capacidad de controlar materialmente una sociedad, aún de forma indirecta, y ello al margen de consideraciones formales como las planteadas por la recurrente.

8. Debe tenerse en cuenta que el sentido del bloque normativo citado hasta el momento presente y que deriva de la Directiva 2012/34 tiene como finalidad garantizar la prestación del servicio ferroviario en régimen de libre competencia. Por ello, las referencias como elemento interpretativo, que no normativo, a las comunicaciones de la Comisión Europea sobre concentraciones de empresas a las que se refieren la resolución impugnada, son pertinentes y en modo alguno ajena a este proceso, máxime cuando no existe contradicción ente dichas referencias y el artículo 42 del Código de Comercio .

9. La DA 16 de la LSF viene a reforzar la idea de control descrita, pues impone a las filiales de Renfe, entre las que se encuentra la recurrente, la obligación de prestar los servicios de manera transparente objetiva y no discriminatoria, con imposición de obligaciones directas sobre Renfe Mantenimiento.

10. En consecuencia, puede afirmarse que Renfe operadora ejerce un control total sobre todas sus filiales, lo que permite concluir que también lo tiene por vía indirecta sobre Erion&g t;>.

Finalizamos señalando que los apartados Tercero y Sexto de la resolución también deben confirmarse, coincidiendo la Sala con el planteamiento realizado por la CNMC. Los referidos apartados "lo que recogen es la previsión general de que las penalizaciones por retrasos se apliquen con objetividad ("...elabore y remita a esta Comisión, en el plazo de dos meses, un sistema objetivo para el cálculo de las penalizaciones") y de que el acceso se produzca sin discriminación ("...garantice el acceso no discriminatorio a todas las empresas u operadores ferroviarios a sus instalaciones para inspeccionar y controlar los trabajos de mantenimiento de



su material rodante, bien mediante personal propio o de terceros autorizados"), obligaciones que, como se ha dicho, derivan de lo previsto en la normativa europea y española" (como es el caso del artículo 43.1 de la Ley 38/2015).

Respecto del apartado Tercero, lo que se exige es una obligación de información a la CNMC, debido a sus facultades de supervisión, que no de publicidad, pues esta se recoge en el apartado Cuarto y se ciñe a los principios que rigen el sistema de penalizaciones. Por otra parte, el considerando 4 del Reglamento de Ejecución previene frente a "*Negociar descuentos ocultos con los candidatos individualmente en vez de aplicar unos principios comunes atenta contra el principio de acceso no discriminatorio a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos*".

Poco más podemos añadir ahora, pues la relación entre Renfe Operadora y Renfe Mantenimiento con Erion y el carácter de explotador de las instalaciones de servicio de este último, solo permiten desestimar el presente recurso, confirmando la resolución recurrida.

QUINTO.- En virtud de las previsiones del artículo 139 LRJCA, procede imponer las costas a la parte recurrente. Haciendo uso de la facultad que otorga al tribunal el artículo 139.4 LJCA, se cifra en un máximo de 3.000 euros por todos los conceptos, el importe de las costas.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo promovido por el Procurador de los Tribunales **D. Antonio Ortega Fuentes**, en nombre y representación de **ERION Mantenimiento Ferroviario, S.A.**, contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 25 de febrero de 2021, sobre solicitud de intervención planteada en relación con los Servicios de Mantenimiento prestados por la actora, por su conformidad a derecho.

SEGUNDO.- Imponer las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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