

RESOLUCIÓN SOBRE 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.

LA SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

STP/DTSP/020/20

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 25 de febrero de 2021

De acuerdo con la función establecida en el artículo 11.2 b), 11.2.e) y 11.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emite la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de noviembre de 2019, la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (en adelante, AEFPP) presentó un escrito en el registro electrónico de esta Comisión denunciando problemas para el acceso a las instalaciones de mantenimiento propiedad de Renfe Fabricación y Mantenimiento S.M.E. S.A. (en adelante, RENFE Mantenimiento) y prácticas contrarias a la regulación vigente en relación con los servicios de mantenimiento prestados por ERION Mantenimiento Ferroviario, S.A. (en adelante, ERION)¹.

SEGUNDO.- El 8 de enero de 2020 se acordó el inicio de una información previa, con número de expediente IP/DTSP/064/19, y se realizaron requerimientos de información a la AEFPP, a RENFE Mantenimiento y a ERION, que fueron respondidos entre los días 23 y 29 de enero de 2020.

¹ Participada en un 51% por STADLER y un 49% por RENFE Operadora (<http://www.erion.es/>)

TERCERO.- El 5 de junio de 2020, se acordó el inicio del presente procedimiento STP/DTSP/020/20, quedando incorporados todos los actos y trámites del periodo de información previa señalado anteriormente.

En esa misma fecha se efectuaron requerimientos de información a RENFE Mantenimiento y ERION, así como a los siguientes operadores ferroviarios: Acciona Rail Services, S.A. (en adelante, ACCIONA), Alpha Trains Iberia, S.L. (en adelante, ALPHA TRAINS), Continental Rail, S.A. (en adelante, CONTINENTAL), Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya (en adelante, FGC), Logitren Ferroviaria, S.A. (en adelante, LOGITREN), Medway Operador Ferroviario de Mercadorias, S.A. (en adelante, MEDWAY), Renfe Viajeros, S.M.E., S.A. (en adelante, RENFE Viajeros), Tracción Rail, S.A. (en adelante, TRACCIÓN RAIL) y Transfesa Logistics, S.A. (en adelante, TRANSFESA).

Entre el 18 y el 23 de julio de 2020 se recibieron respuestas a los requerimientos.

CUARTO.- El 19 de octubre de 2020 se requirió a ERION determinada información respecto a las penalizaciones aplicadas por el incumplimiento de los índices de fiabilidad y disponibilidad así como sobre los criterios para autorizar el acceso a sus instalaciones.

El 9 de noviembre de 2020 tuvo entrada en el registro de la CNMC la contestación de ERION al señalado requerimiento de información.

QUINTO.- El 10 de diciembre de 2020 se notificó el informe que concluye la instrucción del procedimiento y se comunicó la apertura del trámite de audiencia. Durante el mismo, se recibieron alegaciones de la AEFP (15 de diciembre de 2020), de ERION (13 de enero de 2021) y RENFE Mantenimiento (22 de enero de 2021).

SEXTO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2.a) de la Ley 3/2013, 4 de junio, de creación de la CNMC y del artículo 14.2 del Estatuto Orgánico, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia ha emitido informe en este procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con el artículo 11.1. de la LCNMC, esta Comisión debe supervisar y controlar el correcto funcionamiento del sector ferroviario y la situación de competencia en los mercados de servicios ferroviarios.

Según el epígrafe 2 del mismo artículo, la CNMC *“supervisará y controlará, por iniciativa propia, las actividades de los administradores de infraestructuras ferroviarias y, cuando proceda, las de los explotadores de instalaciones de servicio y empresas ferroviarias, en relación con los siguientes asuntos: b) el sistema, la*

cuantía o estructura de cánones, tarifas y precios por la utilización de infraestructuras y servicios; e) las disposiciones sobre acceso a la infraestructura y a los servicios ferroviarios, así como el procedimiento de adjudicación y sus resultados”.

Finalmente, el artículo 11.3 de la LCNMC señala que la CNMC sin *“perjuicio de las facultades de las autoridades de competencia nacionales en materia de protección de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia decidirá por iniciativa propia, cuando corresponda, las medidas adecuadas para corregir discriminaciones en perjuicio de los candidatos, distorsiones del mercado y otras situaciones indeseables en estos mercados, en particular respecto a lo dispuesto en los números 1.º a 9.º del apartado 1.f) del artículo 12”.*

Además de los aspectos señalados anteriormente, recogidos en los puntos 2º y 3º del artículo 12.1.f), el epígrafe 4º habilita a la CNMC a conocer y resolver cualquier *“trato discriminatorio en el acceso a las infraestructuras o a las instalaciones de servicio, y en relación con los servicios que en ellas se llevan a cabo”.*

La CNMC resulta, por consiguiente, competente para pronunciarse sobre las cuestiones objeto del presente procedimiento. Dentro de la CNMC, la Sala de Supervisión Regulatoria resulta competente para emitir el presente informe, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 de la LCNMC.

II. TRÁMITE DE INFORMACIÓN PREVIA

El 25 de noviembre de 2019, la AEFP presentó un escrito en el registro electrónico de esta Comisión denunciando prácticas contrarias a lo dispuesto en el 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 (en adelante RE 2017/2177), así como en la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario (en adelante, Ley del Sector Ferroviario), en relación con los servicios de mantenimiento prestados por ERION, tales como: i) la negativa del acceso de personal de asistencia técnica de la empresa ferroviaria para el control del mantenimiento; y ii) el trato discriminatorio a la hora de asumir el coste de una locomotora de sustitución, así como el importe del mantenimiento en caso de intervenciones de gran alcance.

De acuerdo con la información recabada durante el trámite de información previa señalado en el Antecedente de Hecho Segundo, se consideró que:

- 1) Era necesario analizar en profundidad el papel que juega ERION en todas las instalaciones donde realiza actividades de mantenimiento al objeto de determinar si se configura como un explotador a efectos del RE 2017/2177. Esta empresa únicamente ha aportado información en 2 instalaciones de mantenimiento (Fuencarral y Pla de Vilanoveta) de las 21 que tiene

homologadas por la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF) para prestar diferentes tipos de mantenimiento.

- 2) Debía asegurarse el cumplimiento de las obligaciones de transparencia por ERION en las instalaciones que gestiona. Dado que no ha solicitado a la CNMC la exención prevista en el artículo 2.1 del RE 2017/2177, la ficha descriptiva de las instalaciones que gestiona debe incluir, al menos, la información prevista en el artículo 4.2 de dicho Reglamento.
- 3) A la vista de la denuncia de la AEFP y dado que el coste de mantenimiento es relevante para las empresas ferroviarias, debían analizarse los criterios utilizados por ERION para establecer las indemnizaciones para compensar retrasos o deficiencias en la ejecución de trabajos.
- 4) Una vez los servicios de mantenimiento son solicitados por una empresa ferroviaria o candidato, debe determinarse, dada su complejidad, el derecho de acceso del personal técnico designado por las mismas a las instalaciones de mantenimiento.

Por todo lo anterior, se considera justificada la apertura de un procedimiento para analizar los aspectos anteriores y el cumplimiento del artículo 43 de la Ley del Sector Ferroviario y del RE 2017/2177, que establecen obligaciones de acceso a las instalaciones de servicio en condiciones no discriminatorias.

III. INSTALACIONES DE SERVICIOS EXPLOTADAS POR ERION

ERION presta a las empresas ferroviarias servicios de mantenimiento preventivo, correctivo, asistencia en vía, torneos y sustitución de ruedas y limpieza de material rodante. ERION se constituyó en enero del 2007 y está participada al 51% por Stadler Rail Valencia, S.A. (STADLER), anteriormente, VOSSLOH España, S.A., y al 49% por RENFE Mantenimiento.

El parque de locomotoras mantenidas por ERION está formado por material rodante fabricado por STADLER, como la **[CONFIDENCIAL]** operada por RENFE Viajeros o la **[CONFIDENCIAL]**, utilizada por gran parte de las empresas ferroviarias alternativas de mercancías. Asimismo, también mantiene trenes de viajeros que Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya (FGC) opera en la línea entre Lleida y La Pobla de Segur y unidades de otras series operadas por algunas empresas ferroviarias alternativas, como la **[CONFIDENCIAL]**.

Tabla 1. Series del material rodante mantenido por ERION [CONFIDENCIAL]

Fuente. Elaboración propia a partir de los contratos aportados por ERION.

ERION se encuentra habilitada por la AESF para realizar sus actividades en un total de 21 instalaciones. En dos bases de mantenimiento, ERION opera en régimen de arrendamiento: i) Fuencarral, instalación propiedad de RENFE Mantenimiento y, ii)

Pla de Vilanoveta, propiedad de ADIF. Mientras que en Fuencarral ERION presta servicios a varias empresas ferroviarias, esta última se utiliza únicamente para el mantenimiento de los trenes de FGC.

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.

A. Consideraciones iniciales de ERION y RENFE Mantenimiento

ERION ha señalado que únicamente en Fuencarral y Pla de Vilanoveta tiene la condición de explotador, dado que como arrendatario de estas instalaciones puede establecer las condiciones de acceso, adjudicar capacidad y prestar los servicios de mantenimiento. La situación sería diferente, según esta empresa, en el resto de instalaciones, ya que *“las actividades llevadas a cabo en estos talleres secundarios deben ser planificadas con antelación, tanto con el operador, como con el explotador del taller y pueden ser realizadas por personal del explotador del taller o por personal de ERION desplazado específicamente para su realización desde nuestros dos talleres principales, no teniendo ERION presencia permanente de su personal en dichos talleres secundarios”*. ERION añade que en estos talleres *“ERION no tiene facultad ni potestad para la definición de las condiciones de acceso, adjudicación de capacidad o prestación de servicios, no ostentando responsabilidad alguna en estas materias”*.

En la misma línea se pronuncia RENFE Mantenimiento, al indicar que en las instalaciones que ERION no tiene arrendadas “[CONFIDENCIAL]”.

En opinión de RENFE Mantenimiento “[CONFIDENCIAL]”.

Finalmente, RENFE Mantenimiento añade que este enfoque “[CONFIDENCIAL]”.

En definitiva, tanto ERION como RENFE Mantenimiento consideran que el papel de ERION como explotador de instalaciones de servicio se limita a las instalaciones arrendadas de Fuencarral y Pla de Vilanoveta.

B. Aplicación del marco regulador vigente a las instalaciones donde ERION presta servicios de mantenimiento

El artículo 42 de la Ley del Sector Ferroviario define como instalaciones de servicio *“e) Las instalaciones de mantenimiento de los vehículos ferroviarios, a excepción de las instalaciones de mantenimiento pesado dedicadas a trenes de alta velocidad o a otros tipos de material rodante que requieran instalaciones específicas”*. Por tanto, los talleres de mantenimiento son instalaciones de servicio reguladas.

El Anexo I de la Ley del Sector Ferroviario define, en su punto 20, al explotador de la instalación de servicio como *“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”. El RE 2017/2177 concreta, en su considerando 8, el concepto de explotador de una instalación de servicios indicando que “es posible que las decisiones acerca de las condiciones de acceso a una instalación de servicio, de la adjudicación de las capacidades de la instalación de servicio y de la prestación de servicios ferroviarios conexos corran a cargo de varias entidades diferentes. En tales casos, todas las entidades consideradas deben considerarse explotadores de una instalación de servicios según el sentido de la Directiva 2012/34/UE”.

De acuerdo con la información recabada, cabe diferenciar entre:

- Por una parte, el servicio de mantenimiento que ERION presta a **[CONFIDENCIAL]** en las instalaciones de Fuencarral y Pla de Vilanoveta, servicio que se deriva del encargo de fabricación efectuado a STANDLER. En este caso, el papel de ERION se asimila al de un contratista cuyo papel se limita a realizar las actividades solicitadas por los titulares del material rodante, sin que tenga capacidad de adoptar decisiones sobre la explotación de la instalación.

Esta situación, como señala RENFE Mantenimiento, cuenta con cierta analogía con la situación analizada en el Acuerdo de 10 de marzo de 2020 por el que se archiva la denuncia de la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas en relación con el acceso a “Base de Mantenimiento León Motor” de Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.M.E., S.A.² (en adelante, Acuerdo de 10 de marzo de 2020). En ese caso, la CNMC concluyó que CAF, a pesar de desarrollar actividades de mantenimiento en el indicado taller de León a través de ACTREN, no podía ser considerada explotador de la instalación porque “*las restricciones del contrato de acceso con RENFE Mantenimiento imposibilitan que esta empresa ofrezca servicios de mantenimiento a terceros diferentes a CAPTRAIN o a otro tipo de material rodante*”.

- Por otra parte, los servicios de mantenimiento que ERION presta a diferentes operadores ferroviarios de mercancías para el mantenimiento de las series de locomotoras **[CONFIDENCIAL]**. Estas actividades se han realizado, según la información aportada por ERION, en talleres propiedad de RENFE Mantenimiento, destacando el taller que disfruta en régimen de arrendamiento en el complejo de Fuencarral, así como otros talleres distribuidos por la geografía española, concretamente en Lugo Llanera (Oviedo), Madrid-Vicálvaro, Ourense, Granada, Valencia y Salamanca.

² <https://www.cnmc.es/sites/default/files/2892195.pdf>

En el caso del taller de Fuencarral, como reconoce en sus escritos, su carácter de explotador deriva de la toma de decisiones sobre el acceso, la adjudicación de capacidad en la instalación y la prestación de los servicios de mantenimiento.

Si bien es cierto que en el resto de talleres indicados ERION podría no estar tomando decisiones sobre el acceso o la capacidad de la instalación, no es menos cierto que cuenta con un amplio margen de maniobra para fijar las condiciones de prestación de los servicios de mantenimiento. De hecho, ERION ha suscrito contratos con diferentes empresas ferroviarias de mercancías, fijando las condiciones de prestación de los servicios de mantenimiento, que incluyen diferentes talleres y no exclusivamente los de Fuencarral y Pla de Vilanoveta³. Entre las condiciones establecidas por ERION destacan aspectos tales como las operaciones de mantenimiento a realizar, el plazo, el precio o el régimen de penalizaciones. Todas las condiciones de prestación del servicio recogidas en los contratos suscritos resultan de aplicación tanto al taller de Fuencarral, como al resto de talleres indicados⁴.

Merece la pena aclarar que, según el considerando 8 del RE 2017/2177, la toma de decisiones sobre prestación de un servicio es suficiente para ser considerado un explotador de instalación de servicio, sin necesidad de que la actividad esté asociada a una instalación específicamente o que implique la gestión u organización del trabajo de la misma. Tal es el caso, por ejemplo, del servicio de maniobras o, como en este caso del servicio de mantenimiento.

Por tanto, de acuerdo con el RE 2017/2177, ERION es explotador de las instalaciones en las que ofrece servicios de mantenimiento para las locomotoras de las **[CONFIDENCIAL]**. En particular, debe considerarse como tal en las instalaciones de Fuencarral, Lugo Llanera (Oviedo), Madrid-Vicálvaro, Ourense, Granada, Valencia y Salamanca.

Resumen de las alegaciones y consideraciones de la Sala de Supervisión Regulatoria

En sus alegaciones al trámite de audiencia, tanto ERION como RENFE Mantenimiento reiteran que, a su juicio, el único explotador de las instalaciones en que ERION ofrece sus servicios de mantenimiento, con excepción de las instalaciones arrendadas de Fuencarral y Pla de Vilanoveta, es RENFE Mantenimiento.

ERION indica que RENFE Mantenimiento es la única entidad que tiene la facultad de tomar decisiones y asumir responsabilidades en relación con el acceso, la adjudicación de capacidad o la prestación del servicio en estas instalaciones de

³ A título de ejemplo, el contrato suscrito con **[CONFIDENCIAL]**.

⁴ A mayor abundamiento, en el caso del contrato suscrito con **[CONFIDENCIAL]**".

Lugo Llanera (Oviedo), Madrid-Vicálvaro, Ourense, Granada, Valencia y Salamanca. Según ERION, “[CONFIDENCIAL]”:

ERION ilustra esta situación con determinadas casuísticas en las que tiene que adaptar su servicio a las actuaciones de RENFE Mantenimiento, por lo que reitera que debe considerarse único explotador. Así, por ejemplo, ERION señala que las maniobras solo pueden ser realizadas por RENFE Mantenimiento, que es el único capacitado para ello, por lo que dependen de éste para poder realizar su servicio. Asimismo, la utilización de los medios auxiliares de la instalación como los puentes grúas, baja bogíes o dispositivos de aire comprimido, está condicionada a que RENFE Mantenimiento dé acceso a los mismos y, en caso de no estar disponibles, a la utilización de medios auxiliares sustitutivos, como grúas móviles, gatos de elevación o motocompresores. En todo caso, se requeriría la autorización previa de RENFE Mantenimiento para asegurar la compatibilidad con la instalación.

Por su parte, RENFE Mantenimiento recuerda la definición de explotador de instalación de servicios contenida en el anexo I.20 de la Ley del Sector Ferroviario añadiendo que “(...) *la interpretación de la norma es algo más compleja cuando varias entidades concurren en la explotación de una misma instalación de servicio. No obstante, cualquier duda desaparece si atendemos a que la normativa de la Unión Europea contempla de forma específica este supuesto (...)*”. RENFE Mantenimiento destaca la última línea del considerando octavo del RE 2017/2177: “[c]uando 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”.

De acuerdo con RENFE Mantenimiento, del análisis conjunto de ambas disposiciones, se debe concluir que, en instalaciones con varias entidades, el único explotador es el responsable de decidir sobre las solicitudes de acceso a la instalación de servicio y la utilización de los servicios ferroviarios conexos.

Asimismo, en la línea indicada anteriormente por ERION, RENFE Mantenimiento también subraya que ERION no puede garantizarse capacidad en la instalación dado que esta decisión corresponde a RENFE Mantenimiento, por lo que ERION difícilmente podría estar en posición de ser efectivamente responsable de decidir sobre los servicios a prestar a terceros en dichas instalaciones.

En definitiva, las alegaciones recibidas al trámite de audiencia se refieren al alcance y las responsabilidades que debe asumir una entidad para ser considerada explotador de una instalación de servicio. El punto 20 del Anexo I de La Ley del Sector Ferroviario establece que el explotador de una instalación de servicio es “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 destinados dichas instalaciones y de los complementarios y auxiliares definidos en este anexo”

(el subrayado es añadido). Por su parte, como se ha señalado anteriormente, el considerando octavo del RE 2017/2177⁵ señala que deben considerarse explotadores de una instalación tanto las entidades que tienen responsabilidades en las condiciones de acceso a la instalación, en la asignación de la capacidad o en la prestación de los servicios.

Las alegaciones anteriores confirman que RENFE Mantenimiento es explotador de las instalaciones Lugo de Llanera (Oviedo), Madrid-Vicálvaro, Ourense, Granada, Valencia y Salamanca dado que decide sobre el acceso, la asignación de la capacidad y la prestación de algunos servicios, como el de maniobras.

Sin embargo, este hecho no implica que ERION no sea también explotador en dichas instalaciones, en la medida que preste servicios de mantenimiento a terceros. De hecho, en los contratos aportados por ERION se prevé la prestación de los servicios de mantenimiento en talleres que no son exclusivamente Madrid-Fuencarral y Pla de Vilanoveta:

- **[CONFIDENCIAL]**.

Los contratos indicados anteriormente determinan, además de las instalaciones en que se prestan los servicios de mantenimiento, las condiciones económicas como los precios o las penalizaciones, los índices de fiabilidad y disponibilidad, el reparto de responsabilidades, los seguros, etc. Como señala el considerando 4º del RE 2017/2177, la *“transparencia de las condiciones de acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos, así como a la información sobre las tarifas, es una condición necesaria para permitir que todos los candidatos accedan a las instalaciones de servicio y a los servicios que se prestan en ellas sobre una base no discriminatoria”*.

Por tanto, ERION ha establecido, de forma independiente a RENFE Mantenimiento, condiciones esenciales en las que se presta el mantenimiento en, al menos, las instalaciones de Lugo de Llanera (Oviedo), Madrid-Vicálvaro, Ourense, Granada, Valencia y Salamanca, por lo que debe ser considerado explotador en las mismas y sujeto obligado a publicar las condiciones en las que presta dicho servicio.

RENFE Mantenimiento tampoco puede sostener que sea *“la única entidad con la condición de explotador de las instalaciones de servicio de Lugo de Llanera*

⁵ Considerando octavo del RE 2017/2177: *“[e]s posible que las decisiones acerca de las condiciones de acceso a una instalación de servicio, de la adjudicación de las capacidades de la instalación de servicio y de la prestación de servicios ferroviarios conexos corran a cargo de varias entidades diferentes. En tales casos, todas las entidades consideradas deben considerarse explotadores de una instalación de servicios según el sentido de la Directiva 2012/34/UE. Además, cada una de ellas debe cumplir los requisitos del presente Reglamento en la parte de la que sea responsable. 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”*.

(Oviedo), Madrid-Vicálvaro, Ourense, Granada, Valencia y Salamanca” cuando ERION ha establecido condiciones contractuales con terceros diferentes a las condiciones de contratación generales fijadas por RENFE Mantenimiento tanto en relación con el procedimiento de solicitud de los servicios⁶ como de las condiciones de contratación⁷ o los precios⁸. Para evitar situaciones como las descritas en el citado considerando 4 del RE 2017/2177, deben darse transparencia a las condiciones de prestación de todos los servicios de mantenimiento prestados a las empresas ferroviarias u otros candidatos en las instalaciones ferroviarias.

Tampoco puede aceptarse la interpretación de RENFE Mantenimiento de la segunda parte del considerando 8 del RE 2017/2177 que señala que 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”*.

Según las alegaciones de RENFE Mantenimiento, el único explotador en una instalación compleja sería la entidad con responsabilidad sobre la capacidad de la instalación. Sin embargo, resulta evidente que el considerando 8 debe ser entendido en su conjunto. En la primera parte, como se ha repetido varias veces, señala que *“[e]s posible que las decisiones acerca de las condiciones de acceso a una instalación de servicio, de la adjudicación de las capacidades de la instalación de servicio y de la prestación de servicios ferroviarios conexos corran a cargo de varias entidades diferentes. En tales casos, todas las entidades consideradas deben considerarse explotadores de una instalación de servicios según el sentido de la Directiva 2012/34/UE. Además, cada una de ellas debe cumplir los requisitos del presente Reglamento en la parte de la que sea responsable”*.

Por tanto, es claro que todos los agentes involucrados en la toma de decisiones sobre la prestación de servicios en una instalación deben publicar, de forma transparente, las condiciones en que prestan sus servicios. La segunda parte que cita RENFE Mantenimiento incluye un aspecto adicional, que es la titularidad de la instalación. Es este aspecto el diferencial entre ambas partes del considerando 8 del RE 2017/2177 y no la consideración como explotador de las entidades con responsabilidades efectivas en el funcionamiento de la instalación de servicio.

⁶ <https://www.renfe.com/content/dam/renfe/es/Grupo-Empresa/Sociedad-Renfe-fabricacion/PDF-y-otros/Proceso%20solicitud%20prestacion%20de%20servicios%2014112019.pdf>

⁷ <https://www.renfe.com/content/dam/renfe/es/Grupo-Empresa/Sociedad-Renfe-fabricacion/PDF-y-otros/Catalogo%20servicios%20mantenimiento%2014112019.pdf>

⁸ <https://www.renfe.com/content/dam/renfe/es/Grupo-Empresa/Sociedad-Renfe-fabricacion/PDF-y-otros/Precios%20prestacion%20de%20servicios%2014112019.pdf>

Esta Sala ya se pronunció al respecto en la Resolución de 23 de enero de 2019⁹ al establecer que “[l]a *identificación del explotador de la instalación de servicio resulta fundamental, ya que es la figura sobre la que la legislación comunitaria hace recaer prácticamente todas las obligaciones referidas a su funcionamiento. Por el contrario, la titularidad o propiedad no es un aspecto relevante mencionándose tan solo en el caso de instalaciones en desuso, instando al propietario a publicitar su alquiler o arrendamiento financiero*” (el subrayado es añadido).

De acuerdo con lo anterior, la segunda parte del considerando 8 únicamente excluye de las obligaciones del RE 2017/2177 a los titulares de las instalaciones de servicio que no están involucrados en el acceso, la adjudicación de la capacidad y la prestación de los servicios en las instalaciones ferroviarias. De hecho, únicamente RENFE Mantenimiento ha realizado esta interpretación del citado Reglamento. Así, por ejemplo, las fichas descriptivas de ADIF de sus terminales de mercancías, en las que es el responsable de la asignación de capacidad, indica los otros explotadores con responsabilidad en la prestación de los servicios. A modo ilustrativo se reproduce la ficha descriptiva de la terminal de mercancías de Madrid-Abroñigal¹⁰, en la que se señala que la responsabilidad en la asignación de la capacidad corresponde a ADIF si bien otras empresas son las responsables de prestar los servicios de maniobras, manipulación de las Unidades de Transporte Intermodal, combustible y otros servicios auxiliares:

		Explotador	
Servicios en las Instalaciones	Asignación de Capacidad en Instalaciones de Servicio	✓	Adif
	Maniobras y otras operaciones sobre el tren	✓	UTE SAV
	Manipulación de UTIS	✓	UTE TILO
	Aprovisionamiento de combustible (Almacén fiscal)	✓	Adif
	Servicios Auxiliares	✓	UTE SAV

En definitiva, ERION debe ser considerado explotador de instalación de servicio en las instalaciones porque es responsable de la fijación de las condiciones de prestación de los servicios de mantenimiento en, al menos, las instalaciones de Lugo de Llanera (Oviedo), Madrid-Vicálvaro, Ourense, Granada, Valencia y Salamanca, siéndole de aplicación las obligaciones que la normativa sectorial establece.

⁹ Resolución de 23 de enero de 2019, por la que se aprueban los principios y criterios para la aplicación del Reglamento de ejecución 2017/2177 de la Comisión Europea, relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos. <https://www.cnmc.es/expedientes/stpdtsp11818>

¹⁰ http://www.adif.es/es_ES/conoceradif/doc/Catlg_ADIF_2021_Fichas_Descr_V0_ene-2021.pdf

IV. ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POR ERION

ERION es por tanto explotador de talleres de mantenimiento, que son instalaciones de servicio sujetas a las obligaciones establecidas en el marco regulador. En concreto, el artículo 43 de la Ley del Sector Ferroviario señala que los *“administradores de infraestructuras ferroviarias y los restantes explotadores de las instalaciones de servicio facilitarán, de modo no discriminatorio, a todas las empresas ferroviarias y a los demás candidatos el acceso, incluido el acceso por vía férrea, a dichas instalaciones y a los servicios que se prestan en ellas”*. Además, el RE 2017/2177 concreta algunos aspectos de las normas generales aplicables al acceso a las instalaciones de servicio.

Una vez establecidas las instalaciones de servicio en las que ERION es explotador, cabe analizar el cumplimiento de las obligaciones que tiene impuestas en virtud del citado marco regulador a la vista de la denuncia de la AEFP.

IV.1. Obligación de transparencia

El Anexo III de la Ley del Sector Ferroviario, que señala el contenido mínimo de la declaración de red del administrador general de infraestructuras ferroviarias, se refiere, en su punto 6, a la información que debe publicarse sobre las instalaciones de servicio, incluyendo *“información sobre los precios para el acceso a la instalación y para la prestación de servicios, así como información sobre las condiciones de acceso técnico”*.

El RE 2017/2177 indica, en su considerando 4, que la transparencia en las condiciones de acceso a las instalaciones de servicio, incluyendo la información sobre los precios, es una condición necesaria para permitir que todos los candidatos accedan a dichas instalaciones y a los servicios que se prestan en ellas sobre una base no discriminatoria. Por ello, según este Reglamento, los explotadores de instalaciones de servicio deben elaborar y publicar un documento descriptivo de la instalación, con el contenido detallado en el artículo 4.2 del RE 2017/2177.

A. Alcance de las obligaciones de transparencia de ERION

ERION ha publicado en la Declaración sobre la Red de ADIF¹¹ la ficha descriptiva de la instalación de Fuencarral en la que se considera explotador. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, la figura del explotador de acuerdo con el marco regulador es más amplia y debe incluir aquellas situaciones en las que

¹¹ Catálogo de fichas descriptivas de las instalaciones de servicio de la Declaración sobre la Red, versión abril 2020:

http://www.adif.es/es/conoceradif/doc/ADIF_Anexos_Catag_FICHAS_IS_2020_marzo_indepen.pdf

ERION es el responsable de la prestación del servicio de mantenimiento, como ocurre en las instalaciones señaladas anteriormente en relación con las locomotoras de las **[CONFIDENCIAL]**, que ofrece a las distintas empresas.

Por tanto, ERION deberá subsanar esta situación en el plazo de un mes, publicando toda la información establecida en el RE 2017/2177 en relación con los servicios de mantenimiento relativos a las instalaciones señaladas anteriormente. El enlace a la página web donde se incorpore esta información debe comunicarse asimismo al administrador de infraestructuras ferroviarias en ese mismo plazo para su incorporación a la Declaración sobre la Red.

Cuando existan otros explotadores en dichas instalaciones, como RENFE Mantenimiento, de conformidad con el artículo 5.4 del RE 2017/2177, toda la información relevante deberá aparecer en un único lugar en el que se indiquen *“todos los explotadores de instalaciones de servicio encargados de decidir acerca de las solicitudes de acceso a la instalación o a los servicios ferroviarios conexos prestados en la misma instalación de servicio”*.

Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con el artículo 2.2 de dicho Reglamento, esta empresa podrá solicitar a la CNMC la exención del cumplimiento de determinadas obligaciones de información.

B. Cumplimiento de los requerimientos de transparencia en la información publicada por ERION

La Resolución de la CNMC de 23 de enero de 2019 por la que se aprueban los principios y criterios para la aplicación del Reglamento de Ejecución 2017/2177 de la Comisión Europea, relativo al acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos¹² estableció los criterios para el análisis de las solicitudes de exención al cumplimiento de determinadas obligaciones de transparencia. De acuerdo con la información disponible, ERION no ha realizado ninguna solicitud de exención, por lo que sus fichas descriptivas deben corresponderse íntegramente con el contenido del artículo 4.2 del RE 2017/2177 de las instalaciones en las que es explotador.

En particular, la letra i) del señalado artículo establece que *“en el caso, al menos, de las instalaciones de servicio gestionadas y de los servicios prestados por explotadores bajo el control directo o indirecto de una entidad de control, modelo de los contratos de acceso y condiciones generales”*. El artículo 3.7) del RE 2017/2177 define 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*

¹² https://www.cnmc.es/sites/default/files/2279866_6.pdf

control directo o indirecto sobre el explotador de una instalación de servicio y una empresa ferroviaria que ostenta tal posición”.

ERION es una sociedad participada al 51% por STADLER y al 49% por RENFE Mantenimiento. Por su parte, RENFE Mantenimiento es propiedad de la Entidad Pública Empresarial RENFE Operadora (en adelante, RENFE Operadora) que también es la única accionista de Renfe Mercancías, S.M.E., S.A. empresa que opera en el mercado nacional de transporte de mercancías.

Por tanto, debe examinarse, al objeto de establecer el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, si RENFE Mantenimiento ejerce el control directo o indirecto sobre ERION. Sin embargo, la regulación ferroviaria, incluyendo el RE 2017/2177, no define en qué condiciones se puede entender que existe dicho control directo o indirecto sobre el explotador, por lo que es necesario acudir a criterios interpretativos y a otras normas jurídicas para realizar una interpretación razonable del precepto.

El RE 2017/2177 es una norma que desarrolla la Directiva 2012/34/UE¹³ cuyo principio rector es el de favorecer la libre y leal competencia entre empresas (así se plasma de forma reiterada, por ejemplo en los considerandos 3, 4, 5 y 8 entre otros). Igualmente, la Directiva 2016/2370¹⁴, que amplía los servicios abiertos a la libre competencia en el sector ferroviario, incide, en su considerando 1º que la *“realización del espacio ferroviario europeo único debe culminarse ampliando el principio de acceso abierto a los mercados ferroviarios nacionales”*. Desde este punto de vista, la normativa de competencia, que analiza y regula, por sus efectos en la competencia de los mercados, el “control directo o indirecto” de una empresa sobre otra, resulta apropiada para interpretar este precepto del artículo 3.7) del RE 2017/2177.

En este sentido, la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante, la Comunicación) ha ahondado en el concepto de control de una empresa definiéndolo, en su párrafo 16, como *“la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa. No es necesario, por tanto, probar que realmente se ejerce o se ejercerá la influencia decisiva”*.

El párrafo 62 la Comunicación establece que el control conjunto, que se da *“cuando dos o más empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa. En este contexto, «influencia decisiva» significa la*

¹³ 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.

¹⁴ Directiva (UE) 2016/2370 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 que modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias

capacidad de bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa. A diferencia del control exclusivo, que concede a un accionista dado el poder de determinar las decisiones estratégicas de una empresa, el control conjunto se caracteriza por la posibilidad de llegar a una situación de bloqueo a causa de la facultad que tienen las dos o más empresas matrices de rechazar las decisiones estratégicas propuestas". Es el llamado control negativo, que se ejerce a través de derechos de veto o de capacidad de bloqueo.

El párrafo 65 indica, además, que es posible que exista control conjunto *"aun cuando no exista igualdad entre las dos empresas matrices en lo referente a los votos o a la representación en los órganos decisorios"*, porque el veto o bloqueo puede ejercerse cuando se requieran mayorías específicas para la adopción de ciertos acuerdos.

Es decir, el hecho de que la otra empresa (en este caso, STADLER) cuente con un 51% del accionariado no puede excluir que otros accionistas, como RENFE Mantenimiento, puedan ostentar el control gracias a su capacidad bloquear decisiones estratégicas.

Por supuesto, como explican los párrafos 66 y 67 de la Comunicación, para que exista control conjunto, estos derechos de veto o de bloqueo *"deben referirse a las decisiones estratégicas"* y *"deben ser más completos que los derechos de veto generalmente concedidos a los accionistas minoritarios"*. En particular, la Comunicación detalla que *"los derechos de veto que confieren el control conjunto se refieren habitualmente a decisiones sobre cuestiones tales como el presupuesto, el plan de negocios, las grandes inversiones o el nombramiento de los altos directivos"*. Además, la Comunicación matiza que para que exista este control conjunto *"un accionista minoritario no precisa tener todos los derechos de veto anteriormente mencionados. Algunos derechos, o incluso uno solo, pueden ser suficientes"*.

En esta misma línea, cabe indicar que el artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) establece que a *"los efectos anteriores, el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, mediante: a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa, b) contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa (...)"*.

Pues bien, en el caso de ERION, según el artículo 17 de sus Estatutos Sociales, **[CONFIDENCIAL]**.

Tanto en la Junta General como en el Consejo de Administración de ERION, RENFE Mantenimiento cuenta con mayoría de bloqueo para todos los acuerdos de decisiones estratégicas. Especialmente importante es el derecho de bloqueo sobre

el presupuesto anual y la selección del personal directivo como se señala en el párrafo 69 de la Comunicación: “[s]on vitales los derechos de veto relativos a las decisiones sobre el nombramiento y destitución de altos directivos y la aprobación del presupuesto”. Asimismo, los consejeros de RENFE Mantenimiento disponen de derecho de veto sobre inversiones, endeudamientos y enajenaciones de activos con un valor tan bajo que cualquier operación de mínima envergadura debe contar con su visto bueno.

La capacidad de RENFE Mantenimiento para influir en los aspectos anteriores, y en particular en el nombramiento de los directivos y en las decisiones sobre inversiones, da lugar a que pueda determinar aspectos básicos de la prestación de servicios de mantenimiento. Por todo lo anterior se concluye, a los efectos del RE 2017/2177, que RENFE Mantenimiento ejerce control sobre ERION.

El Grupo RENFE está constituido por un ente público empresarial, RENFE Operadora, que es propietaria única de sus cuatro sociedades mercantiles estatales (RENFE Viajeros, RENFE Mercancías, RENFE Alquiler y RENFE Fabricación y Mantenimiento).

Por tanto, RENFE Operadora es propietaria tanto de RENFE Mercancías como de RENFE Mantenimiento que, como se ha indicado, ejerce control sobre ERION. Por ello, RENFE Operadora es entidad de control sobre ERION, de acuerdo con la definición del artículo 3.7 del RE 2017/2177. Como consecuencia, ERION está obligado a publicar el modelo de los contratos de acceso y condiciones generales, en cumplimiento de la letra i) del artículo 4.2 del RE 2017/2177.

Resumen de las alegaciones y consideraciones de la Sala de supervisión regulatoria

ERION señala en sus alegaciones que no está bajo el control directo o indirecto de RENFE Operadora por lo que no le sería de aplicación las obligaciones contenidas en el artículo 4.2.i) del RE 2017/2177. Para argumentar esta posición, ERION alega que:

- No se debería acudir a ninguna norma supletoria para interpretar el concepto de “entidad de control”, ya que es un concepto definido en el artículo 3 del RE 2017/2177. Además, en caso de hacerlo, no debería ser una norma de derecho de la competencia, ya que el RE 2017/2177 no es una norma de derecho de la competencia, “sino que se trata de una norma de regulación ferroviaria”.
- En todo caso, no es correcto calificar a RENFE Operadora como “entidad de control”, ya que “no se trata de una entidad que opere en el mercado nacional de servicios de transporte ferroviario”. Según ERION, “que existan otras empresas del grupo de RENFE que se dediquen al transporte ferroviario no supone una conclusión diferente, dado que se trata de empresas independientes y diferenciadas”, y “[e]n ningún caso podría afirmarse que

Renfe Viajeros o Renfe Mercancías ejercen ningún tipo de control sobre Renfe Mantenimiento”.

Por su parte, RENFE Mantenimiento también concluye que RENFE Operadora no es una entidad de control de ERION alegando que:

- Si bien RENFE Mantenimiento sí considera adecuado acudir a una norma supletoria para apoyarse en la interpretación del concepto “entidad de control”, esta empresa defiende que la norma a la que se debe acudir es el Código de Comercio, “*que es la que rige en materia societaria*”. Igual que ERION, considera que la Comunicación de la Comisión Europea no es apropiada en este caso.
- Además, también alega que, en todo caso, RENFE Operadora no puede considerarse una “entidad de control” por mucho que sea propietaria única de sus filiales, ya que “*RENFE Mantenimiento fue creada para separar la actividad de mantenimiento de la actividad de transporte, a fin de favorecer la transparencia y facilitar la apertura a la competencia*”. En este sentido, recuerda en su escrito que la Disposición Adicional 16ª de la Ley del Sector Ferroviario “*garantiza la independencia de los miembros del Consejo de Administración de RENFE Mantenimiento respecto a los operadores públicos y privados y convierte a RENFE Operadora en garante de dicha independencia*”. Así, “*garantizada la independencia de RENFE Mantenimiento respecto de RENFE MERCANCIAS y RENFE VIAJEROS, debe excluirse que RENFE OPERADORA puede considerarse “entidad de control” y sea de aplicación a ERION el artículo 4.2.i) del Reglamento de Ejecución 2017/2177*”.

Tanto ERION como RENFE Mantenimiento discrepan del enfoque incluido en el trámite de audiencia de considerar la Comunicación para establecer el “control directo o indirecto” de una entidad sobre otra a los efectos de establecer la “entidad de control” de una instalación según el RE 2017/2177.

Como apunta ERION es sus alegaciones, el artículo 3.7 del RE 2017/2177 define “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” (el subrayado es añadido).

Ni el RE 2017/2177 ni ninguna otra norma de regulación ferroviaria definen los requisitos que se deben cumplir para establecer si una empresa ostenta el “control directo o indirecto” de otra por lo que, necesariamente, debe acudirse a una norma supletoria para su interpretación. En este sentido, RENFE Mantenimiento considera necesario considerar normativa supletoria para interpretar el concepto, si bien entiende “*que este análisis caso a caso debe realizarse en base a la normativa*

mercantil nacional, que es la que rige en materia societaria". Según RENFE Mantenimiento, el análisis de los requisitos del artículo 42 del Código de Comercio permite concluir que *"ERION no está controlada por RENFE OPERADORA (...) Prueba de ello es que no forma parte del conjunto consolidable, es decir, no se integran sus cuentas en las cuentas consolidadas"*.

Como señala RENFE Mantenimiento, el Código de Comercio regula las relaciones entre empresas y, en particular, el artículo 42 se refiere a obligaciones contables y la formulación de las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados. Por su parte, como se ha señalado anteriormente, el RE 2017/2177 es una norma que desarrolla la Directiva 2012/34/UE, cuyo principio rector es el de favorecer la libre y leal competencia entre empresas. En relación con las instalaciones de servicio, el considerando 26 de la citada Directiva señala que con *"el fin de garantizar la competencia leal entre las empresas de ferrocarriles, así como la plena transparencia y la ausencia de discriminación en el acceso a los servicios y su prestación, es conveniente hacer una distinción entre la prestación de servicios de transporte y la explotación de instalaciones de servicio"*. Por ello, se imponen las obligaciones de transparencia en aquellas instalaciones controladas por empresas que operan en el mercado de transporte.

Desde este punto de vista, la Comunicación utilizada para la interpretación del concepto de "control directo o indirecto" comparte de forma apropiada los fines de la Directiva 2012/34/UE y el RE 2017/2177. De hecho, el documento del IRG RAIL¹⁵, citado por la propia RENFE Mantenimiento, señala, en el párrafo 8, que el organismo regulador deberá establecer el control directo o indirecto de otra entidad considerando la existencia de relaciones contractuales entre ambos que supongan, de facto, el control. Para ello, este documento cita, explícitamente, la Comunicación utilizada tanto en el trámite de audiencia como en la presente Resolución.

En cualquier caso, el concepto de control que se emplea en el artículo 42 del Código de Comercio no es incompatible con las consideraciones realizadas previamente, pues dicho precepto considera que *"[e]xiste un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras"*. Así, la noción sobre la *posibilidad de ejercer influencia decisiva* es un aspecto que está también en el concepto de control que se acoge en el artículo 42 del Código de Comercio. Ello es así, en particular, tras la reforma de ese precepto que efectuó la Ley 16/2007, de 4 de julio, de adaptación de la legislación mercantil a la normativa europea, cuyo preámbulo indica, en esta línea, que *"En la nueva redacción del artículo 42 del Código de Comercio ya no se hace referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar"*, refiriéndose a *"aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás"*. Por lo demás, la enumeración de supuestos que contiene ese artículo 42, y que son casos en que se presume dicho

¹⁵ Independent Regulators' Group – Rail, *"IRG–Rail 2nd Position Paper on considerations for an implementing act on procedures and criteria for access to service facilities"*, de 15 de abril de 2015.

control, es una enumeración abierta (*"[e]n particular, se presumirá que existe control cuando..."*).

Finalmente, ERION alega que RENFE Operadora no opera en el mercado nacional de transporte ferroviario, por lo que no puede ser una entidad de control a los efectos del RE 2017/2177. Sin embargo, el artículo 3.7 del RE 2017/2177 no requiere que esta entidad esté presente en el mercado de servicios de transporte ferroviario, sino que basta con que ejerza, a su vez, un control directo o indirecto sobre la empresa ferroviaria.

Las alegaciones de RENFE Mantenimiento se centran sobre este control directo o indirecto de RENFE Operadora sobre sus filiales dado que son independientes entre sí y no comparten Consejos de Administración.

A este respecto, no es un hecho controvertido que RENFE Operadora ostenta el 100% del accionariado de RENFE Mantenimiento, RENFE Mercancías y RENFE Viajeros, explotador de instalaciones de servicio y empresas que operan en el mercado de transporte nacional de mercancías y viajeros respectivamente. A pesar de este hecho, tanto ERION como RENFE Mantenimiento alegan que, aunque RENFE Operadora sea la accionista única de sus filiales, en este caso no existe control, ya que *"se trata de empresas independientes y diferenciadas"*, que fueron creadas por ley *"precisamente para separar las distintas actividades de la antigua RENFE (...) a fin de favorecer la transparencia y facilitar la apertura a la competencia de las actividades de transporte ferroviario"*, y que dicha independencia está garantizada por la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley del Sector Ferroviario.

En relación con estas alegaciones, ha de indicarse que las obligaciones de transparencia sobre las condiciones generales de contratación establecidas en el artículo 4.2.i) del RE 2017/2177 para las instalaciones de servicio gestionadas y de los servicios prestados por explotadores bajo el control directo o indirecto de una entidad de control resultan de aplicación directa en España, sin que la existencia de obligaciones nacionales específicas en la organización de las empresas ferroviarias o instalaciones de servicio puedan eximir de su incumplimiento.

En todo caso, hay que señalar que el propio tenor de la Disposición Adicional Decimosexta es revelador del hecho del control que Renfe Operadora tiene sobre Renfe Mantenimiento, ya que impone a Renfe Operadora la obligación de asegurar esa independencia de Renfe Mantenimiento (no discriminar entre operadores ferroviarios públicos o privados), así como el deber de confidencialidad; obligaciones ambas que, impuestas sobre Renfe Operadora, en relación con la actuación de Renfe Mantenimiento, presuponen, en lógica, el control de Renfe Operadora sobre Renfe Mantenimiento: *"[l]a entidad pública empresarial Renfe-Operadora asegurará la independencia de los miembros del consejo de administración de Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.A. respecto de los operadores ferroviarios públicos o privados"* (el subrayado es añadido); *"[l]a entidad pública empresarial Renfe-Operadora asegurará que Renfe Alquiler de Material*

Ferrovionario, S.A. y Renfe Fabricación y Mantenimiento, S.A. guarden la debida confidencialidad en el manejo de la información relevante relativa al negocio de terceros a la que, en su caso, tengan acceso en el ejercicio de su actividad" (el subrayado es añadido).

Además, como se señaló en el Acuerdo de 25 de junio de 2019, por el que se emite Informe relativo a las propuestas de ADIF y ADIF Alta Velocidad sobre la modificación de la declaración sobre la red de 2019, el régimen de acceso establecido en la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley del Sector Ferroviario debe entenderse como adicional al régimen general de acceso a las instalaciones de servicio fijado por los artículos 42, 43 y 44 de dicha Ley, que son los regulados por el RE 2017/2177.

En definitiva, RENFE Operadora ejerce el control sobre todas sus filiales, que es el requisito establecido en el RE 2017/2177, pudiendo establecer una estrategia coordinada de todas ellas. De hecho, la CNMC ha constatado el control de RENFE Operadora sobre RENFE Alquiler, que también cuenta con las garantías de independencia de la citada Disposición Adicional Decimosexta de la Ley del Sector Ferroviario. Así, el Acuerdo de 10 de octubre de 2019¹⁶ indicaba que “[d]e acuerdo con el escrito de RENFE Alquiler, RENFE Operadora, S.P.E. (en adelante, RENFE Operadora), como su accionista único, acordó, el 12 de enero de 2018, la venta “de todo el material rodante de viajeros de Renfe Alquiler a Renfe Viajeros (...), se decidió posponer la venta de los 4 trenes S/100 afectados por la solicitud de INTERMODALIDAD DEL LEVANTE, S.A. hasta que fuera resuelto el expediente STP/DTSP/120/18”.

En conclusión, RENFE Operadora ostenta, por las razones explicadas, el control directo o indirecto sobre ERION (a través de RENFE Mantenimiento) y sobre RENFE Mercancías por lo que se cumplen los requisitos para considerarla entidad de control a los efectos del RE 2017/2177. Por ello, ERION deberá publicar, de acuerdo con su artículo 4.2.i), el modelo de los contratos de acceso y condiciones generales.

IV.2. Obligación de no discriminación

El artículo 43.1 de la Ley del Sector Ferroviario establece que “*los administradores de infraestructuras ferroviarias y los restantes explotadores de las instalaciones de servicio facilitarán, de modo no discriminatorio, a todas las empresas ferroviarias y a los demás candidatos el acceso, incluido el acceso por vía férrea, a dichas instalaciones y a los servicios que se prestan en ellas*” (el subrayado es añadido).

Por lo tanto, aquellas empresas que realizan las actividades de mantenimiento del material rodante deben actuar bajo el principio de no discriminación respecto a

¹⁶ Acuerdo por el que se archiva la denuncia de Eco Rail, S.A. en relación con el acceso a determinado material rodante propiedad de Renfe Alquiler De Material Rodante, S.M.E., S.A.

todas las empresas ferroviarias u otros candidatos a los que presten servicio. Las prácticas denunciadas por la AEFP se refieren, por una parte, a posibles discriminaciones en las condiciones económicas aplicables a dichas condiciones de acceso. Por otra parte, la AEFP y ERION discrepan en el alcance del derecho de acceso en relación con las capacidades que las empresas ferroviarias tienen para inspeccionar las actividades de mantenimiento realizadas en su material rodante y sus resultados. Estos aspectos serán objeto de análisis en los siguientes epígrafes.

IV.2.1. Condiciones económicas aplicables al acceso

A. Prácticas denunciadas y alegaciones de las partes

La AEFP denuncia un tratamiento discriminatorio en el pago de las indemnizaciones como consecuencia de deficiencias y retrasos en las actividades de mantenimiento. De acuerdo con esta Asociación, las actuaciones de ERION estarían encaminadas *“a dificultar la competencia en servicios de mantenimiento; puesto que cuando aparecen proveedores alternativos realiza acciones discriminatorias perjudiciales para aquellas empresas que, con todo el riesgo que ello ya conlleva, deciden abrir el mercado”*.

La AEFP ejemplifica su denuncia en el diferente tratamiento dado por ERION a una locomotora de **[CONFIDENCIAL]** cuya estadía por mantenimiento se prolongó hasta 2 meses más de lo previsto. En este caso, ERION, según indica la AEFP, compensó a **[CONFIDENCIAL]** por el importe correspondiente a los alquileres de una locomotora de sustitución para dicho periodo de falta de disponibilidad de la locomotora. Posteriormente, en una operación de mantenimiento similar, encargada esta vez por **[CONFIDENCIAL]**¹⁷, que no estuvo disponible por ciertos periodos de tiempo equivalentes a 2 meses, ERION no asumió compensación alguna, argumentando que *“**[CONFIDENCIAL]**”*¹⁸.

ERION ha alegado que los contratos de mantenimiento cuentan con diferentes alcances que los hacen difícilmente comparables en lo que se refiere a las operaciones de mantenimiento pesado. No se podría por tanto extender sin más las condiciones para el mantenimiento pesado a todas las empresas ferroviarias, al tratarse de relaciones contractuales de alcance sustancialmente diferente.

En el caso denunciado, ERION considera que en ningún caso estaba obligada a asumir pago alguno, dados los acuerdos vigentes que establecen que *“**[CONFIDENCIAL]**”*. Por el contrario, en el segundo caso, ERION indica que *“**[CONFIDENCIAL]**”*.

¹⁷ **[CONFIDENCIAL]**.

¹⁸ **[CONFIDENCIAL]**.

B. Práctica contractual de ERION en relación con las indemnizaciones por retrasos y/o deficiencias en la prestación de los servicios de mantenimiento

Más allá de las prácticas denunciadas por la AAFP, en la instrucción del presente procedimiento se han requerido a ERION los contratos suscritos con las diferentes empresas para la prestación de los servicios de mantenimiento. A este respecto, esta empresa señala que cuenta con diferentes formatos de relaciones contractuales¹⁹: i) contratos de mantenimiento integral de 1º nivel; ii) contratos de mantenimiento integral de 1º y 2º nivel; iii) contratos de mantenimiento de 2º nivel; y iv) operaciones puntuales de 2º nivel.

A continuación, se analizan las principales características de los contratos de mantenimiento suscritos por ERION en lo que se refiere a su régimen económico derivado de las deficiencias y retrasos en la ejecución de mantenimiento por ERION²⁰:

1) Contratos de primer nivel suscritos por ERION

ERION ha suscrito contratos de primer nivel de mantenimiento con las siguientes empresas ferroviarias alternativas de mercancías: **[CONFIDENCIAL]**. En concreto, el objeto de estos contratos es la prestación por parte de ERION de: **[CONFIDENCIAL]**.

En todos estos contratos de primer nivel **[CONFIDENCIAL]**.

Tabla 2. Penalizaciones por incumplimiento de los índices de disponibilidad y fiabilidad por parte de ERION
[CONFIDENCIAL]

Fuente. Elaboración propia a partir de los contratos aportados por ERION.

La comparación de las garantías respecto a las operaciones de mantenimiento y las penalizaciones fijadas en los diferentes contratos de mantenimiento de primer nivel suscritos por ERION indican importantes diferencias entre ellos:

- **[CONFIDENCIAL]**.

2) Contratos de segundo nivel suscritos por ERION

¹⁹ Los contratos de primer nivel se corresponden con el mantenimiento preventivo ligero de ciclos cortos, que se realizan en función de cada operación de mantenimiento entre los 5.000 y los 300.000 kilómetros, estimándose las estadias en el taller entre 1 y 10 días, si bien esto depende del correspondiente plan de mantenimiento. Los contratos de segundo nivel engloban el mantenimiento pesado, que requieren operaciones de mayor envergadura y se realizan en ciclos más largos. Un tipo de mantenimiento pesado especialmente significativo son las operaciones conocidas como "R", que suponen una renovación integral de la máquina.

²⁰ Por las razones indicadas en el epígrafe anterior se han excluido de este análisis los siguientes contratos: **[CONFIDENCIAL]**.

En el ámbito del mantenimiento de segundo nivel, **[CONFIDENCIAL]**.

El acuerdo marco suscrito entre ERION y **[CONFIDENCIAL]**.

El contrato entre ERION y **[CONFIDENCIAL]**.

Finalmente, el mantenimiento de las locomotoras **[CONFIDENCIAL]**²¹. Según ERION, estas operaciones se fundamentaron en una oferta realizada por el mantenedor que fue aceptada por **[CONFIDENCIAL]** y que recoge los aspectos esenciales de las condiciones de su prestación: plazo previsto para las intervenciones, precio de las mismas o la duración de la garantía. En dicha oferta no se previeron **[CONFIDENCIAL]**.

C. Cumplimiento de las obligaciones de no discriminación en la aplicación de penalizaciones por retrasos y/o deficiencias en la prestación de los servicios de mantenimiento

El Considerando 4 del RE 2017/2177 indica que “[n]egociar 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”. Además como señaló la CNMC en la Resolución de 23 de mayo de 2018²², el mantenimiento del material rodante “*puede generar costes indirectos derivados de estadías más prolongadas que inutilizan los vehículos, no pudiendo realizar su actividad y, por tanto, degradando el servicio que pueden ofrecer las empresas ferroviarias e incrementando el coste medio del resto de conceptos, al reducir el tiempo útil de la locomotora*”.

Los retrasos en las entregas del material rodante derivados de las operaciones de mantenimiento suponen distorsiones en la actividad ferroviaria por lo que el pago de penalizaciones, además de incentivar a la entidad encargada del mantenimiento, compensa, al menos en parte, los costes que generan a las empresas ferroviarias. Por tanto, su concesión no puede depender, como alega ERION, del “*riesgo de una disputa contractual*”, sino que las condiciones para su aplicación deben ser claras, transparentes y no discriminatorias.

Tampoco se pueden compartir las afirmaciones de ERION respecto a las limitaciones de la aplicación de las obligaciones de no discriminación al mantenimiento pesado. Este servicio se encuentra, de acuerdo con el punto 19 del Anexo I de la Ley del Sector Ferroviario, entre los servicios auxiliares. Según el artículo 44.3 de dicha Ley “*las empresas ferroviarias podrán solicitar, como*

²¹ ERION ha aportado la oferta realizada a **[CONFIDENCIAL]**.

²² Resolución sobre las condiciones de acceso al material rodante de Renfe Alquiler de Material Rodante, S.P.E. por parte de las empresas ferroviarias.
https://www.cnmc.es/sites/default/files/2036340_310.pdf

servicios auxiliares, cualesquiera de los que se enumeran en el punto 19 del anexo I. El explotador de la instalación de servicio no tendrá obligación de prestar dichos servicios, pero si ofrece su realización a alguna empresa ferroviaria, deberá prestarlos de manera no discriminatoria a cualquier empresa ferroviaria que los solicite" (el subrayado es añadido).

El explotador puede optar por no prestar los servicios auxiliares solicitados por las empresas ferroviarias, al contrario de lo que ocurre con los servicios básicos. Sin embargo, al contrario de lo sostenido por ERION, si opta por hacerlo, como es el caso, la obligación de no discriminación aplica a las condiciones de su prestación.

Sin perjuicio de lo anterior, se comparten las afirmaciones de ERION en cuanto a la posibilidad de que existan diferencias en los contratos de mantenimiento, si bien estas deben estar justificadas por elementos objetivos. Sin ánimo de ser exhaustivos, en relación con las penalizaciones por el incumplimiento de las condiciones de mantenimiento, parece justificado un tratamiento diferencial de las intervenciones de primer y segundo nivel. Igualmente, el número de locomotoras mantenidas y el plazo del contrato también pueden suponer diferencias en las condiciones contractuales.

Sin embargo, el análisis mostrado anteriormente indica importantes diferencias en las penalizaciones aplicables que no parecen justificadas.

En primer lugar, en el ámbito de los contratos de primer nivel, los compromisos de ERION en relación con el mantenimiento se plasman en penalizaciones por incumplimiento de los índices de fiabilidad y disponibilidad. En estos casos, se han constatado algunas diferencias en las penalizaciones por incumplimiento de estos índices en función del cliente.

En segundo lugar, se observan importantes discrepancias en las penalizaciones aplicables en el mantenimiento pesado (intervenciones de segundo nivel). Entre las empresas con contratos suscritos, **[CONFIDENCIAL]**. Este hecho no puede significar el incumplimiento de las obligaciones de no discriminación resultando en una asunción de penalizaciones por parte del mantenedor que no se justifica en elementos objetivos, como ha sido el caso.

Se da la circunstancia de que **[CONFIDENCIAL]** es la única empresa que no contrata con ERION operaciones de mantenimiento de primer nivel. Como se observa en la Tabla 2, además de **[CONFIDENCIAL]**. Actualmente no existen talleres homologados a los de ERION por la AESF para el mantenimiento pesado de estas locomotoras.

El RE 2017/2177 señala, en su considerando 13, que los “*explotadores de instalaciones de servicio no deben obligar a los candidatos a comprar los servicios ofrecidos en una instalación si no los necesitan*”. Dada la situación del

mantenimiento pesado²³, ERION no puede aplicar requisitos a sus condiciones para dicho mantenimiento de forma que, de facto, suponga un empaquetamiento con el ligero que desincentive la contratación por separado de ambos.

El RE 2017/2177 señala, en su considerando 4, que la *“transparencia de las condiciones de acceso a las instalaciones de servicio y a los servicios ferroviarios conexos, así como a la información sobre las tarifas, es una condición necesaria para permitir que todos los candidatos accedan a las instalaciones de servicio y a los servicios que se prestan en ellas sobre una base no discriminatoria”*. Por ello, el artículo 4.2.n) exige que los explotadores de instalaciones de servicio publiquen, en la ficha descriptiva de la instalación, *“información sobre los principios que rigen los sistemas de descuento ofrecidos a los candidatos, respetando los requisitos de confidencialidad comercial”*.

En la contestación al requerimiento de 9 de noviembre de 2020, ERION insiste en que los *“criterios/fórmulas para determinar las penalizaciones es parte de la negociación del contrato y viene determinado en función de las necesidades y peticiones trasladadas por el Cliente y la libre voluntad expresada por las partes”*.

Como se ha señalado anteriormente, el marco regulador permite que las condiciones de prestación de los servicios en las instalaciones ferroviarias se ajusten a las necesidades de las empresas ferroviarias. Esta flexibilidad debe compatibilizarse con la obligación de transparencia que debe evitar situaciones discriminatorias. A este respecto, ERION no ha publicado información alguna sobre los criterios utilizados para la determinación de dichas penalizaciones ni en relación con el mantenimiento ligero, esto es, por el incumplimiento de los índices de fiabilidad y disponibilidad, ni con el pesado.

El hecho de que la ficha descriptiva o los contratos no incluyan penalizaciones no exime al explotador de la instalación de cumplir las obligaciones de no discriminación establecidas en el artículo 43 de la Ley del Sector Ferroviario. A este respecto, en el caso denunciado ERION ha rechazado el pago de penalizaciones a **[CONFIDENCIAL]** sin una justificación objetiva, lo que es contrario a dicha obligación de no discriminación.

Por ello, debe requerirse a ERION para que elabore un sistema objetivo para el cálculo de las penalizaciones que deriven del incumplimiento de sus compromisos respecto a las operaciones de mantenimiento en el material rodante. Dicho sistema deberá aplicarse de forma no discriminatoria a todas las empresas ferroviarias sin perjuicio de que la oferta que regula dichas operaciones no las contemple.

²³ Para el material de STADLER más utilizado por las empresas ferroviarias **[CONFIDENCIAL]**, tan solo están homologadas para realizar mantenimiento pesado los talleres de RENFE Mantenimiento y la propia fábrica de STADLER en Albuixech (Valencia).

Resumen de las alegaciones y consideraciones de la Sala de supervisión regulatoria

En primer lugar, ERION alega que *“no actúa de manera discriminatoria con sus clientes y siempre lleva y ha llevado a cabo una política comercial acorde al principio de igualdad de trato. Ahora bien, eso no puede traducirse en que todos los contratos suscritos con sus clientes contengan exactamente las mismas cláusulas. Como se ha explicado, en el caso de las penalizaciones, estas dependen de una serie de parámetros, que son los principios que guían su determinación”*.

Por lo que respecta al mantenimiento de primer nivel, ERION argumenta que las penalizaciones guardan estrecha relación con los grados de fiabilidad y disponibilidad, de modo que, si un cliente quiere asegurarse una disponibilidad y fiabilidad superiores, el contrato debe reflejar unas penalizaciones más altas y, como contrapartida, un precio superior. ERION explica que el mantenimiento correctivo tiene una franquicia, de tal modo que franquicias más altas asumidas por la empresa ferroviaria implican mayores penalizaciones para el mantenedor. A este respecto, en sus alegaciones ERION aporta nueva información que complementa el análisis la Tabla 2 anterior, incorporando la información referente al precio del mantenimiento y a la franquicia del mantenimiento correctivo.

Finalmente, ERION alega que las obligaciones propuestas en el trámite de audiencia superan lo establecido en el RE 2017/2177, que no obliga a publicar un sistema concreto o metodología objetiva que sirva para el cálculo de las penalizaciones de los servicios de mantenimiento, sino que, en su apartado 4.2.n), sino que únicamente *“obliga a publicar información sobre los principios que rigen los sistemas de descuento ofrecidos a los candidatos, respetando los requisitos de confidencialidad comercial”*.

La nueva información aportada por ERION en relación con los parámetros relativos al precio del mantenimiento y a la franquicia del correctivo permite explicar las diferencias existentes en las penalizaciones en los contratos de mantenimiento de primer nivel:

[CONFIDENCIAL]

Sin embargo, ERION no hace ninguna mención en sus alegaciones a las importantes discrepancias encontradas en las penalizaciones aplicables al mantenimiento pesado indicadas en el trámite de audiencia. Por ello, se considera necesario que ERION defina un sistema objetivo para el cálculo de esas penalizaciones y que el mismo sea remitido a la CNMC para su supervisión.

Finalmente, a juicio de esta Sala las penalizaciones forman parte de las condiciones de acceso a las instalaciones de servicio, dado que pueden afectar tanto a las tarifas de los servicios ferroviarios como a los sistemas de descuento. Es por tanto una información que ERION debe publicar de acuerdo con las letras m) y n) del artículo 4.2 del RE 2017/2177. Además, estas forman parte de las condiciones

generales de contratación que, como se ha justificado anteriormente, ERION debe publicar en cumplimiento de la letra i) del artículo 4.2 del RE 2017/2177.

Por todo lo anterior, y de forma adicional a la información detallada relativa al mantenimiento pesado, ERION deberá publicar los principios que rigen la fijación de las penalizaciones en las condiciones generales de contratación que forman parte de la ficha descriptiva de esas instalaciones.

IV.2.2. Condiciones de acceso a la instalación

A. Prácticas denunciadas y alegaciones de las partes

Además de las condiciones económicas aplicables a las condiciones de acceso, la denuncia de la AEFP se refiere a su alcance, en concreto el acceso del personal técnico para supervisar los trabajos de mantenimiento. Esta asociación alega que esta forma de actuar por parte de ERION crea indefensión entre las empresas ferroviarias, al no poder hacer un seguimiento de la realización de los trabajos.

ERION alega que el acceso del personal técnico de apoyo que permita al cliente verificar el estado de los trabajos no es un acceso regulado a efectos del artículo 43 de la Ley del Sector Ferroviario dado que el explotador ya estaría cumpliendo dicha obligación prestando los servicios de mantenimiento.

Por otro lado, ERION añade que el mantenimiento ferroviario es una actividad regulada por la Orden FOM 233/2006²⁴ que no exige, en ningún caso, la verificación de un tercero. Sin perjuicio de lo anterior, esta empresa también señala que si bien en *“la mayoría de los casos, no ha sido trasladada necesidad alguna por parte del Cliente de acceso de personal técnico de apoyo (...)ERION nunca ha objetado, cuando nuestros Clientes así lo han solicitado, y siempre sobre criterios de igualdad de trato, que el Cliente se pueda hacer acompañar de personal de apoyo cuando se accede a las áreas de recepción y entrega de locomotoras para realizar todo tipo de actividades de inspección, que es el lugar destinado al efecto de dichas entregas e inspecciones”*.

B. Práctica contractual de ERION en relación con el acceso de personal técnico a sus instalaciones de mantenimiento

De acuerdo con lo señalado por ERION, algunos de los contratos de mantenimiento suscritos incluyen cláusulas que prevén la facultad inspectora por parte del cliente sobre los trabajos de mantenimiento:

- **[CONFIDENCIAL]**.

²⁴ Orden FOM/233/2006, de 31 de enero, por la que se regulan las condiciones para la homologación del material rodante ferroviario y de los centros de mantenimiento y se fijan las cuantías de la tasa por certificación de dicho material.

Asimismo, en la contestación al requerimiento de información realizado, **[CONFIDENCIAL]** han manifestado que, si bien sus contratos no recogen expresamente su facultad para inspeccionar los trabajos de mantenimiento, han podido ejercerla cuando así lo han solicitado, accediendo a las instalaciones en las que ERION realiza sus operaciones de mantenimiento.

C. Cumplimiento de las obligaciones de no discriminación en relación con el acceso de personal técnico a sus instalaciones de mantenimiento

Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 43 de la Ley del Sector Ferroviario garantiza el acceso en condiciones no discriminatorias de las empresas ferroviarias y candidatos a las instalaciones y a los servicios que se prestan en ellas.

Dada la importancia del mantenimiento para la continuidad de la actividad ferroviaria y la conservación de activos con un elevado valor, resulta razonable que las empresas ferroviarias quieran asegurar la mayor calidad posible de estos trabajos mediante su supervisión. De hecho, como se ha observado, es una práctica extendida que las empresas inspeccionen y controlen las actividades de mantenimiento realizadas por ERION.

La práctica contractual muestra que ERION permite el acceso de personal, tanto de las empresas ferroviarias como de otras empresas especializadas para el control de los trabajos de mantenimiento. Además, ERION tiene suscritos contratos con otros operadores ferroviarios en los que no se han limitado los espacios a los que puede acceder el personal habilitado para realizar las inspecciones de las actividades de mantenimiento. Este acceso se ha permitido en algunos casos incluso cuando el contrato suscrito no lo preveía específicamente.

En la contestación al requerimiento de 9 de noviembre de 2020, ERION señala que las solicitudes de acceso se analizan *“a la luz del contrato en su conjunto y de la concreta zona de acceso a las que se solicita, debiendo señalar que en esta materia se actúa bajo un criterio de igualdad de trato”*. Sin embargo, aunque fue requerido para ello, ERION no ha aportado criterios de decisión a este respecto, una vez se ha constatado un trato discriminatorio a una empresa ferroviaria.

La negativa a permitir el acceso al personal autorizado por **[CONFIDENCIAL]** para realizar trabajos de inspección y control del mantenimiento realizado a sus locomotoras no ha sido justificada suficientemente, resultando discriminatorio con respecto a otras empresas ferroviarias.

Por todo lo anterior, se requiere a ERION para que garantice el acceso, en cualquier momento y con previo aviso, a todas las empresas ferroviarias, incluyendo **[CONFIDENCIAL]**, a sus instalaciones para inspeccionar y supervisar o controlar los trabajos de mantenimiento de su material rodante, bien mediante personal propio o de terceros autorizados. Este acceso se efectuará en compañía de empleados de ERION, al objeto de garantizar su seguridad y el cumplimiento de la

normativa en materia de Prevención de Riesgos Laborales, y haciendo compatible este acceso con el respeto a la confidencialidad de las operaciones de ERION que resulten aplicables.

Resumen de las alegaciones y consideraciones de la Sala de supervisión regulatoria

ERION indica en sus alegaciones que la solicitud de inspección efectuada por parte de **[CONFIDENCIAL]** a las instalaciones en la que efectúa sus trabajos de mantenimiento contaba con la peculiaridad de que, junto con la empresa ferroviaria, se presentó un representante de **[CONFIDENCIAL]**, que es, a su vez, una empresa mantenedora y competidor directo en el mantenimiento de locomotoras.

Según ERION, se solicitó el acceso a *“un área en el que Erion dispone de su mayor activo (esto es, los útiles y herramientas que la entidad utiliza y que caracterizan parte del valor añadido que aporta en la prestación de los servicios de mantenimiento). Es por ello que, a fin de evitar una monitorización de los trabajos realizados por su competidor, no se permitió la entrada de dicho representante a esa zona en concreto (sí, sin embargo, a la zona de recepción y entrega de las locomotoras, como viene siendo habitual y tal y como se deriva de la documentación del expediente)”*.

Además, ERION señala que *“no tenía un contrato de mantenimiento integral con **[CONFIDENCIAL]** en aquel momento, por lo que ya prima facie no resulta comparable aquella situación con la que pueda darse con cualquier cliente en el que la relación contractual sea la de mantenimiento”*. Por último, también indica que se ha tratado de un caso singular al no haber recibido ninguna otra denuncia o reclamación al respecto por parte de otros operadores ferroviarios.

Las alegaciones de ERION no permiten descartar que, efectivamente, se produjera un trato discriminatorio a una empresa ferroviaria, en particular, a la vista de la práctica contractual descrita anteriormente y que confirma un acceso amplio a las instalaciones por parte de los operadores ferroviarios, que pueden acudir acompañados por terceras empresas especializadas.

Además, el hecho de que **[CONFIDENCIAL]** no contara con un contrato de mantenimiento integral con ERION en el momento en el que solicitó el permiso para la inspección, no quita validez a la necesidad que esta empresa ferroviaria tiene por asegurar la mayor calidad sobre las locomotoras que opera y poder proceder a su supervisión. Sin embargo, este acceso debe ser compatible con la confidencialidad de las operaciones y procesos de mantenimiento de ERION por lo que se deberá definir, de forma no discriminatoria, los espacios en que pueden realizarse dichas tareas de inspección.

V. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, se concluye, en relación con los servicios de mantenimiento prestados por ERION, que:

- 1) ERION determina las condiciones de acceso a las instalaciones que tiene arrendadas en Fuencarral, donde además asigna capacidad y determina las condiciones de prestación de los servicios de mantenimiento. Además, es también explotador, a los efectos del RE 2017/2177, en las instalaciones donde presta servicios de mantenimiento para las locomotoras de las **[CONFIDENCIAL]** y, en particular, en Lugo Llanera (Oviedo), Madrid-Vicálvaro, Ourense, Granada, Valencia y Salamanca.

Cuando existan otros explotadores en dichas instalaciones, como RENFE Mantenimiento, y de conformidad con el artículo 5.4 del RE 2017/2177, toda la información relevante deberá aparecer en un único lugar en el que se hagan constar todos los explotadores de instalaciones de servicio encargados de decidir acerca de las solicitudes de acceso a la instalación o a los servicios ferroviarios conexos prestados en la misma instalación de servicio.

- 2) RENFE Operadora es la única propietaria tanto de RENFE Mercancías como de RENFE Mantenimiento, que a su vez ejerce control sobre ERION. Por ello, RENFE Operadora tiene la consideración de entidad de control sobre ERION, de acuerdo con la definición del artículo 3.7 del RE 2017/2177.

Como consecuencia, ERION está obligado a publicar el modelo de los contratos de acceso y condiciones generales, en cumplimiento de la letra i) del artículo 4.2 del RE 2017/2177.

- 3) La flexibilidad para definir las condiciones de prestación de los servicios en las instalaciones ferroviarias debe compatibilizarse con la obligación de transparencia para evitar situaciones discriminatorias. A este respecto, ERION no ha publicado información alguna sobre los criterios utilizados para la determinación de dichas penalizaciones ni en relación con el mantenimiento ligero, esto es, por el incumplimiento de los índices de fiabilidad y disponibilidad, ni con el pesado.

Además, el hecho de que la ficha descriptiva o los contratos no incluyan penalizaciones no exime al explotador de la instalación de cumplir las obligaciones de no discriminación establecidas en el artículo 43 de la Ley del Sector Ferroviario. A este respecto, en el caso denunciado, ERION ha asumido y rechazado el pago de penalizaciones a **[CONFIDENCIAL]** sin una justificación objetiva, lo que es contrario a dicha obligación de no discriminación.

- 4) El artículo 43 de la Ley del Sector Ferroviario garantiza el acceso en condiciones no discriminatorias de las empresas ferroviarias y candidatos a las instalaciones

y a los servicios que se prestan en ellas. Esta obligación incluye, además, todos los elementos conexos que resultan imprescindibles para ejercerlo.

Del análisis de los contratos suscritos por ERION se ha observado que es una práctica extendida que las empresas puedan acceder a los talleres para inspeccionar y controlar las actividades de mantenimiento, tanto con personal propio como de terceros. Este acceso se ha permitido incluso cuando el contrato suscrito no lo preveía específicamente. Por tanto, la negativa de ERION a permitir el acceso al personal autorizado por **[CONFIDENCIAL]** para realizar trabajos de inspección y control del mantenimiento realizado a sus locomotoras no está justificada, resultando discriminatorio con respecto a otras empresas u operadores ferroviarios.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

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 de 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.