

Roj: **SAN 939/2024 - ECLI:ES:AN:2024:939**Id Cendoj: **28079230082024100067**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **8**Fecha: **02/02/2024**Nº de Recurso: **723/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUDIENCIA NACIONAL****Sala de lo Contencioso-Administrativo****SECCIÓN OCTAVA****Núm. de Recurso:** 0000723 /2021**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO**Núm. Registro General:** 07747/2021**Demandante:** Renfe Fabricación y Mantenimiento S.M.E. S.A,**Procurador:** D^a SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCÓN**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**Abogado Del Estado****Ponente Ilmo. Sr.:** D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**SENTENCIA N.º :****Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

D. EUGENIO FRIAS MARTINEZ

Madrid, a dos de febrero de dos mil veinticuatro.

VISTO en nombre de Su Majestad el Rey por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso n.º **723/2021**, seguido a instancia de **Renfe Fabricación y Mantenimiento S.M.E. S.A**, representada por la procuradora de los tribunales **D^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón**, con asistencia letrada y como administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), la cuantía se estimó indeterminada e intervino como ponente el Magistrado **Don Santiago Soldevila Fragoso**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

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 AEFPP las mercantiles siguientes: Acciona, Captrain, Continental Rail, Ferroviario, Grupo Azvi, Grupo Suardiaz, CSP Logitren, LCR operador Logístico Ferroviario, Medway Transporte & Logística, Raxellrail, Takargo, Tramesa y Transítia.

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 AEFPP 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 AEFPP 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: Por la representación de Renfe Fabricación y Mantenimiento S.M.E. S.A se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

I. Caducidad del procedimiento administrativo.

1. El artículo 12.1.f), 5, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), dispone lo siguiente:

En el sector ferroviario, corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia conocer y resolver las reclamaciones que presenten las empresas ferroviarias y los restantes candidatos en relación con la actuación del administrador de infraestructuras ferroviarias, las empresas ferroviarias y los restantes candidatos que versen sobre:... "Cualquier trato discriminatorio en el acceso a las infraestructuras o a los servicios ligados a éstas que se produzca por actos llevados a cabo por otras empresas ferroviarias o candidatos".

Los artículos 11.3 y 12.2 de la misma Ley señalan que la CNMC comunicará su decisión motivada en un plazo de tiempo prudencial previamente fijado, y, en cualquier caso, en un plazo de seis semanas a partir de la recepción de toda la información pertinente.

2. Mediante resolución de 10 de diciembre de 2020 la CNMC tuvo por concluido el trámite de instrucción, considerándose recibida toda la información relevante. En la misma resolución ofreció a Renfe Mantenimiento la posibilidad de formular alegaciones señalando expresamente que "Una vez concluido el presente trámite, se considerará recibida toda la información relevante y comenzará a contar el plazo de 6 semanas para la resolución del procedimiento establecido en el artículo 11.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia".

3. El procedimiento culminó con la resolución objeto del presente recurso dictada el 25 de febrero de 2001, por lo tanto fuera del plazo de seis semanas que la recurrente estima iniciado por la resolución de 10 de diciembre de 2020. En consecuencia, dicho procedimiento estaría caducado y la resolución impugnada sería nula de pleno derecho por aplicación del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas. Por ello debería reiniciarse un nuevo procedimiento de conformidad con lo dispuesto en artículo 95.3 de la Ley 39/2015.

4. Sería contrario al principio de legalidad y seguridad jurídica entender que se puede infringir sistemáticamente un procedimiento y plazos específicamente establecidos en la Ley 3/2013 para solucionar estas controversias, por el mero hecho de encontrarnos ante un procedimiento de un mercado considerado "regulado" a efectos de supervisión. En ese caso no se estaría velando por el interés público.

II. Extemporaneidad de la denuncia.

1. El artículo 12.1 final de la Ley 3/2013 señala que "Las reclamaciones deberán presentarse en el plazo de un mes desde que se produzca el hecho o la decisión correspondiente".

2. El acto recurrido es una resolución que resuelve una solicitud de intervención de la Aefp en la que denuncia una serie de hechos puntuales que habrían acaecido, en lo fundamental, en el año 2017 y en los meses de febrero y septiembre de 2019, pero que se presenta ante la CNMC el día 25 de noviembre de 2019.



3. En concreto, las últimas actuaciones denunciadas fueron una supuesta denegación de acceso a las instalaciones de Fuencarral, realizada el 4 de septiembre de 2019 y la también supuesta y teórica negativa de acceso al taller de Casa Antúnez en Barcelona, que se habría producido con anterioridad al 14 de febrero de 2019, momento en la que -sostiene la Aefp- Stadler comunicó la teórica negativa de acceso por parte de Renfe Fabricación y Mantenimiento.

4. Por otra parte, desde que se recibe la denuncia de la Aefp el 25 de noviembre de 2019 hasta que acuerda el inicio de la fase de información previa el 8 de enero 2020 transcurre cerca de un mes y medio, incumpliendo por tanto lo previsto en el inciso final del artículo 12.1 de la Ley 3/2013.

5. De conformidad con el artículo 47.1. e) de la Ley 39/2015, el acto impugnado es nulo de pleno derecho al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

III. Falta de legitimación activa de la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas (AEFP) para formular el procedimiento de resolución de conflictos

1. El presente procedimiento versa sobre la resolución de un conflicto, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.2 b), 11.2.e) y 11.3 de la Ley 3/2013, la CNMC es el órgano competente para resolverlo.

2. El artículo 12.1 apartado f) de la Ley 3/2013 señala que "En el sector ferroviario, corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en exclusiva conocer y resolver las reclamaciones que presenten las empresas ferroviarias y los restantes candidatos en relación con la actuación del administrador de infraestructuras ferroviarias, los explotadores de instalaciones de servicio o prestadores de los servicios, así como las empresas ferroviarias y restantes candidato".

3. La Aefp no es una empresa ferroviaria y tampoco ostenta un derecho o interés legítimo para entablar un procedimiento de resolución de conflictos, por lo que la CNMC no debió reconocerle legitimación activa, que resulta imprescindible para incoar procedimiento.

4. En consecuencia, el acto impugnado es nulo de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.e) de la Ley 39/2015, por grave infracción procedimental.

IV. Infracción del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), al ser las obligaciones impuestas innecesarias y desproporcionadas.

1. Erion no debe ser considerado explotador de instalaciones de servicio de Renfe Mantenimiento sobre las que no tiene contrato de arrendamiento, en particular en los talleres de Renfe Mantenimiento en Lugo Llanera (Oviedo), Madrid- Vicálvaro, Ourense, Granada, Valencia y Salamanca.

2. Argumentos legales según los cuales Erion no debe ser considerado explotador de instalaciones de servicio de Renfe Mantenimiento sobre las que no tiene contrato de arrendamiento

-En el Anexo I. 20 de la Ley 38/2015, del sector ferroviario, -LSF- se contiene la definición de explotador: "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".

-Lo habitual es que coincida en una misma entidad la titularidad de la instalación de mantenimiento y la prestación de los servicios de mantenimiento en dicha instalación, siendo lo contrario es una excepción y debe ser aplicada con criterios restrictivos.

-Son aplicables todas las obligaciones que se recogen en la Directiva 2012/34, en la transposición en la LSF y en el Reglamento de ejecución de la Comisión Europea 2017/2177.

-Admite que varias entidades puedan concurrir en la explotación de una misma instalación de servicio, supuesto que la normativa de la Unión Europea contempla de forma específica distinguiendo entre varios escenarios diferentes, cosa que ignora la resolución impugnada.

-El presente caso es el contemplado en el considerando octavo del Reglamento de ejecución en el que se indica 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."

3. Argumentos contractuales según los cuales Erion no debe ser considerada explotador de instalaciones de servicio de Renfe Mantenimiento sobre las que no tiene contrato de arrendamiento.



-Los acuerdos firmados entre Renfe Mantenimiento y Erion no otorgan a esta última empresa un concreto derecho sobre la capacidad en cada concreta instalación de servicio, como exige el artículo 3.4 del Reglamento de Ejecución 2017/2177, esto es, la "capacidad de la instalación de servicio, el potencial de utilización de una instalación de servicio y de prestación de un servicio a lo largo de un período dado, teniendo en cuenta el tiempo necesario para acceder a la instalación de servicio o para abandonarla".

-Los referidos acuerdos se limitan a acordar un precio por locomotora que sea objeto de mantenimiento, realizándose el mantenimiento en alguna de las instalaciones según se vaya determinando. De hecho, Erion ni siquiera dispone de presencia permanente de su personal en estas instalaciones de servicio.

-Además, los acuerdos entre Renfe Mantenimiento y Erion también contemplan la subcontratación de determinados servicios de mantenimiento que serán prestados por Renfe Mantenimiento a Erion.

-Nada hay en estos acuerdos pues, que permita concluir que Erion tiene capacidad efectiva de decidir sobre los servicios de mantenimiento a ofertar en el mercado en una instalación concreta.

-Erion, que no es empresa ferroviaria ni candidato, no tiene un derecho legal de acceso a las instalaciones de Renfe Mantenimiento, por lo que no está en situación de trasladar a terceros compromisos sobre la disponibilidad de capacidad para prestarles servicios de mantenimiento en una determinada instalación

4. Conforme al artículo 4.1 LRJSP, las medidas de las Administraciones Públicas que limiten el ejercicio de derechos individuales deben respetar el principio de proporcionalidad, debiendo la Administración elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público y justificar su adecuación para lograr los fines perseguidos.

5. Algunas de las obligaciones que se imponen a Erion en la resolución impugnada se refieren a instalaciones que:

-Son de titularidad de Renfe Mantenimiento, que gestiona la adjudicación de capacidad y ordena los trabajos que se realizan en ellas.

-Son gestionadas en su integridad directamente por Renfe Mantenimiento, sin que Erion tenga capacidad de autoorganización cuando utiliza, de forma muy limitada, casi residual, dichas instalaciones.

6. Conclusión.

-Las obligaciones impuestas a Erion dan la impresión de que esta empresa puede aceptar solicitudes de prestación de servicios en dichas instalaciones lo que no se ajusta a la realidad y ello puede perjudicar gravemente los intereses comerciales de Renfe Mantenimiento.

-El nivel de exigencia impuesto no se compadece con la entidad de los trabajos, de muy escasa entidad, que Renfe Mantenimiento consiente que Erion realice en sus instalaciones, de las que no ostenta control alguno.

-Erion no controla el acceso de personal de terceros a estas instalaciones, por lo que no está en posición de dar cumplimiento a la obligación que se impone en la resolución

V. Errónea atribución a RENFE - Operadora E.P.E. de la condición de entidad de control.

1. El artículo 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. Renfe-Operadora no ejerce un control directo o indirecto sobre Erion, pues no puede ejercer sobre Erion ninguna de las competencias que señala el artículo 42 del Código de Comercio en el que se delimita el concepto de control directo o indirecto.

3. Señala que quien tiene el 49% de Erion no es Renfe Operadora, como se indica en la resolución impugnada, sino Renfe Mantenimiento que opera como sociedad independiente.

4. Como consecuencia, garantizada la independencia de Renfe Mantenimiento respecto de Renfe Mercancías y Renfe Viajeros, debe excluirse que Renfe-Operadora E.P.E. pueda considerarse "entidad de control" y que sea de aplicación el artículo 4.2.i) del Reglamento de Ejecución 2017/21.

TERCERO: La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO: Pr acticada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.



QUINTO: Señalado el día 31 de enero de 2024 para la deliberación, votación y fallo ésta se pospuso al día siguiente, fecha en la tuvo lugar la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: 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 .

SEGUNDO: Pr ocede en primer lugar analizar las cuestiones procedimentales propuestas por la recurrente:

1. 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 Aefp 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 Aefp, 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 Aefp 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: 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 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: Un a vez que hemos concluido que Erion es un explotador de las instalaciones de servicio de mantenimiento, debemos pronunciarnos sobre la eventual infracción del principio de proporcionalidad en la que la recurrente hace descansar el mayor peso de sus argumentos.

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 referencia 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. Al hecho indudablemente llamativo de que Erion no ha impugnado la resolución de la CNMC que en opinión de Renfe mantenimiento le causa un grave quebranto y que tampoco ha solicitado la exención de cumplimiento de determinadas obligaciones de transparencia, 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.

QUINTO: An alizamos 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 anua, 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.

SEXTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, parte vencida en este proceso con un límite máximo de 3.000 euros.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLAMOS

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente con un límite máximo de 3.000 euros por todos los conceptos. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, 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."