

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES FORMULADA POR INTERMODALIDAD DEL LEVANTE, S.A. EN EL MARCO DE LA DENUNCIA SOBRE LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL DE CONDUCCIÓN POR RENFE OPERADORA, E.P.E.

(STP/DTSP/059/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 9 de febrero de 2024

Vista la solicitud de medidas provisionales formulada en fecha 27 de diciembre de 2023 por Intermodalidad del Levante, S.A. en el procedimiento con número de referencia STP/DTSP/059/23, la Sala de Supervisión Regulatoria, adopta la presente resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC):

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 21 de diciembre de 2023, en cumplimiento del Resuelve primero de la Resolución de 21 de diciembre de 2017¹, Renfe Operadora, E.P.E. (en adelante, RENFE Operadora) comunicó a esta Comisión sus previsiones de incorporación de personal de conducción ferroviaria añadiendo que “(...) *RENFE-Operadora acaba de poner en marcha, el pasado 11 de diciembre, una beca de formación de maquinistas, para vehículos e infraestructuras ferroviarias. En cumplimiento de lo dispuesto por la resolución antes citada, las incorporaciones voluntarias a la plantilla de las empresas del grupo Renfe de personas procedentes de otras empresas ferroviarias se materializarán, como viene siendo habitual, transcurridos tres meses, el 11 de marzo de 2024*”.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de diciembre de 2023 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Intermodalidad del Levante, S.A. (en adelante, IRYO) por el que denuncia que la contratación por RENFE Operadora de 35 de sus maquinistas, que causarán baja el 10 de marzo de 2024, pone en riesgo la continuidad en la prestación de sus servicios actuales, y de la propia compañía, por la imposibilidad de concluir, antes de esa fecha, la formación de nuevos maquinistas para sustituirlos. Por ello, IRYO solicita a esta Comisión que adopte las medidas necesarias, incluyendo medidas cautelares, para corregir la distorsión en el mercado que supone la contratación de maquinistas por parte de RENFE Operadora y garantizar, así, la pluralidad de la oferta.

TERCERO.- Mediante escritos de 28 de diciembre de 2023 se notificó el inicio del procedimiento de referencia a IRYO y Renfe Operadora y se les requirió determinada información. Asimismo, se acordó conceder a Ouigo España, S.A.U. (en adelante, OUIGO) la condición de interesado en el procedimiento y se le requirió también determina información.

En la misma fecha, se dio traslado del procedimiento a la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (en adelante, AESF) para que, de conformidad con Disposición adicional decimocuarta de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, aportara su valoración, solicitándole, asimismo, determinada información.

CUARTO.- Con fecha 12 de enero de 2024 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de IRYO por el que aporta la información requerida.

¹ Resolución de 21 de diciembre de 2017 sobre la solicitud de intervención de la Asociación de Empresas Ferroviarias Privadas en relación con los procesos de selección y contratación del personal de conducción ferroviarios por parte de Renfe Operadora, E.P.E. (en adelante, Resolución de 21 de diciembre de 2017). <https://www.cnmc.es/expedientes/stpdtsp05317>

QUINTO.- Con fecha 15 de enero de 2024 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de RENFE Operadora por el que solicita la ampliación del plazo inicialmente concedido y el acceso a la documentación obrante en el expediente, que fueron concedidos mediante escrito de la misma fecha.

SEXTO.- Con fecha 21 de enero de 2024 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de OUIGO respondiendo al requerimiento de información.

SÉPTIMO.- Con fecha 22 de enero de 2024 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de RENFE Operadora respondiendo al requerimiento de información y alegando sobre la petición de medidas cautelares solicitadas por IRYO. En esta misma fecha, IRYO ha aportado información complementaria.

OCTAVO.- Con fecha 1 de febrero tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la AESF aportando determinada información sobre la bolsa de maquinistas formados y la duración de la formación específica de los maquinistas.

NOVENO.- Con fecha 7 de febrero tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de IRYO, aportando información complementaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

1. De conformidad con el artículo 11.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, LCNMC), esta Comisión “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector ferroviario y la situación de la competencia en los mercados de servicios ferroviarios, también, y en particular, en el mercado de transporte de viajeros en alta velocidad*”. Para ello, se encuentra facultada para salvaguardar la pluralidad de la oferta en la prestación de los servicios ferroviarios y garantizar la igualdad entre empresas en las condiciones de acceso al mercado (artículo 11.1, letras a) y b).
2. El artículo 11.3 de la LCNMC establece que la CNMC “*estudiará todas las denuncias y, en su caso, solicitará información pertinente e iniciará un proceso de consulta a todas las partes interesadas en el plazo de un mes desde de la recepción de la denuncia. Resolverá acerca de cualquier denuncia, tomará medidas para remediar la situación y comunicará a las partes interesadas su decisión motivada*”. Además, señala que la CNMC “*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”.

3. La facultad de dictar medidas provisionales está recogida en el artículo 56 de la LPAC, norma por la cual se rige esta Comisión en el ejercicio de las funciones públicas que su Ley de creación le atribuye para la resolución del procedimiento de referencia.
4. Así, de conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, “[I]niciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad”.
5. La CNMC resulta, por consiguiente, competente para pronunciarse tanto sobre las cuestiones objeto del presente procedimiento como para dictar las mencionadas medidas provisionales. Dentro de la CNMC, la Sala de Supervisión Regulatoria es el órgano competente para dictar las mencionadas medidas provisionales, de conformidad con los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y los artículos 8.2.e) y 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC.

II. SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES: DENUNCIA DE IRYO

6. En su escrito de denuncia, IRYO señala que 35 maquinistas solicitaron el 5 de diciembre de 2023 su baja voluntaria en la empresa para incorporarse a RENFE Operadora el 11 de marzo de 2024. IRYO señala que estos maquinistas, que suponen prácticamente un tercio de su plantilla, junto con “la escasa anticipación a su salida y los tiempos requeridos para la formación de nuevos maquinistas que puedan sustituir a los que causan baja, ponen en serio riesgo la operación de la compañía en los próximos meses”.
7. Desde que conoció la baja de estos maquinistas, IRYO ha seleccionado a maquinistas con licencia y diploma, y ha comenzado su formación el 8 de enero de 2024. IRYO señala que, a pesar de la rapidez de la selección y los esfuerzos para optimizar el itinerario formativo, los nuevos maquinistas no concluirán su formación antes de que los 35 maquinistas se incorporen a RENFE Operadora el 11 de marzo.
8. Por ello, IRYO solicita de esta Comisión la adopción de las “medidas que se consideren adecuadas a los efectos de evitar una práctica que provoca una distorsión en el mercado ferroviario de pasajeros y que no permite salvaguardar

la pluralidad de la oferta en el mismo” y añade que “dadas las circunstancias y criticidad de la situación [...] ante la posibilidad de que el procedimiento pudiese como es lógico alargarse en el tiempo, y en la medida en que la toma de medidas en el momento actual es clave a la hora de poder asegurar la operativa de ILSA para los próximos meses [...] se tomen las medidas cautelares que sean necesarias para evitar con ello la afectación negativa para ILSA como operador en el mercado ferroviario”.

9. En su escrito de 7 de febrero, IRYO concreta que los servicios en riesgo son 16 diarios, entre el 11 de marzo y el 30 de abril, fecha en que sus nuevos maquinistas habrán completado su formación específica.

III. REQUISITOS NECESARIOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES

10. De conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas cuando ello sea necesario para “asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”. Según el apartado 4 del mismo precepto, “no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes”.
11. La doctrina y la jurisprudencia han sistematizado los siguientes presupuestos necesarios para obtener la tutela provisional:
- La existencia de apariencia de buen derecho (“fumus boni iuris”) o de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida.
 - Previsión razonable de la necesidad y urgencia de la medida (“periculum in mora”) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.
 - La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.
 - Es necesario que la medida a adoptar sea proporcional e idónea en la ponderación que hace la Administración entre el interés público que trata de satisfacer la actuación administrativa y los posibles perjuicios que se irroguen a los afectados por la misma.

Primero. Apariencia de buen derecho

12. En primer lugar, y por lo que respecta a la verosimilitud o apariencia de que el Derecho asiste al solicitante de la medida provisional, procede llevar a cabo un

ejercicio de predicción sobre la pretensión de fondo que permita, a los meros fines de la tutela cautelar, una valoración sobre la solidez de los fundamentos jurídicos de la solicitud: (i) en un marco de provisionalidad y (ii) sin prejuzgar lo que en su día sea aprobado en la resolución final, en línea con lo señalado reiteradamente por el Tribunal Supremo.

A. Importancia del personal de conducción en la prestación de los servicios de transporte ferroviario

13. Para ser maquinista es preciso estar en posesión de una licencia y un diploma expedidos por la AESF, y de los certificados necesarios expedidos por la empresa en la que el maquinista va a prestar sus servicios. La licencia y el diploma acreditan que el maquinista reúne tres condiciones - ser bachiller o técnico de formación profesional o equivalente, dominar el español y tener aptitud psicofísica - y que ha adquirido una serie de competencias generales. Los certificados acreditan que el maquinista tiene los requeridos conocimientos específicos sobre los vehículos y las líneas concretas en las que va a operar, así como sobre el sistema de gestión de la seguridad de la empresa en la que va a trabajar.
14. La formación del personal de conducción supone un periodo mínimo de 9 meses para la obtención de la licencia ferroviaria y el diploma de conducción, a lo que hay que sumar, además del examen de la AESF, otro periodo de entre 3 y 6 meses para la obtención de los certificados de línea y material rodante².
15. Debido a los tiempos de formación del personal de conducción, como ya señaló la CNMC en su Estudio sobre la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril³, el *“personal de conducción es un activo fundamental para la prestación de los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril por lo que, para garantizar un correcto funcionamiento del mercado ferroviario, debe asegurarse que los nuevos operadores tengan acceso a este tipo de personal”*.
16. El Informe de la CNMC de 28 de octubre de 2021⁴ señalaba que *“un número significativo de bajas en la plantilla de maquinistas de una empresa puede*

² Explica la AESF que un maquinista sin experiencia necesita un mínimo de tres meses para su formación específica (aproximadamente 13 semanas), periodo que se incrementa en función de la cantidad de certificados de material y línea que necesite, según el modelo operativo de la empresa ferroviaria.

³ https://www.cnmc.es/sites/default/files/2554930_16.pdf

⁴ Acuerdo de 28 de octubre de 2021 por el que se emite informe relativo al acceso de las empresas ferroviarias al personal de conducción (en adelante, Informe de 28 de octubre de 2021).

<https://www.cnmc.es/expedientes/stpdtsp00821>

implicar cancelaciones de sus servicios, con un impacto negativo, además de en su imagen, y en la del conjunto del sector, lo que podría afectar a su competitividad frente a otros modos de transporte”. En este mismo sentido, la Resolución de 21 de diciembre de 2017 señaló que “incluso consiguiéndose una bolsa de maquinistas⁵ con efectivos suficientes, (...) un maquinista formado deberá ser, en todo caso, certificado por la empresa que lo contrate”, por lo que las empresas “que pierdan una parte sustancial de sus maquinistas verán seriamente distorsionada su actividad al menos durante ese periodo” (el periodo de formación necesario para la obtención de la certificación).

17. Por ello, el Informe recomendaba que las empresas ferroviarias adelantaran sus previsiones de contratación de maquinistas, de forma que pudiera coordinarse la oferta formativa con la demanda de contratación del personal de conducción, y que se retrasaran entre 3 y 6 meses (en función de la formación específica requeridas) las incorporaciones a una empresa ferroviaria de un maquinista proveniente de otra empresa ferroviaria.

B. Posición de RENFE Operadora en la contratación de maquinistas en el mercado español

18. La Resolución de 21 de diciembre de 2017 señaló que el 96% de los maquinistas en activo en el mercado español estaban contratados por RENFE Operadora concluyendo que esta “desproporción en las plantillas de este tipo de personal hace que sus decisiones sobre recursos humanos determine la disponibilidad del resto de empresas ferroviarias” afectando, en particular, a la oferta de cursos de formación.
19. La misma Resolución señaló, también, las ventajas con que contaba RENFE Operadora para atraer personal de conducción, concluyendo que “incluso consiguiéndose una bolsa de maquinistas con efectivos suficientes, las convocatorias del operador histórico cuentan con un elevado “efecto llamada”, afectando a una parte sustancial de la plantilla de personal de conducción de las empresas alternativas”.
20. Por ello, la Resolución impuso obligaciones a RENFE Operadora para asegurar el correcto funcionamiento del transporte de mercancías y, en concreto:
 - Comunicar anualmente (antes del 31 de enero) a las empresas ferroviarias, centros de formación y la CNMC su mejor estimación sobre

⁵ La “bolsa de maquinistas” es la conformada por las personas que cuentan con licencia y diploma de maquinista pero no están trabajando en una empresa ferroviaria en ese momento.

las necesidades de personal de conducción, incluyendo posibles programas de formación, para un periodo mínimo de 2 años⁶.

- Garantizar, en sus convocatorias de personal de conducción, que el plazo entre su publicación y el primer examen o prueba sea de al menos 3 meses.
- Ofrecer, durante 3 meses a contar desde la contratación del primer maquinista de cada empresa afectada, un servicio mayorista de tracción, de forma no discriminatoria y orientado a sus costes directos, a las empresas que pierdan, como consecuencia de una convocatoria de RENFE, a más del 20% de su plantilla de personal de conducción.

21. Esta Resolución fue recurrida en casación por RENFE Operadora, y el Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de marzo de 2023, ha dictado, sobre la habilitación de la CNMC para dictar estas medidas, lo siguiente: *“[E]s claro que la normativa que habilita a la CNMC a tomar medidas en defensa de la competencia debe tener rango de ley, porque ello supone incidir en la actividad de los particulares que ejercen una libertad constitucional como la libertad de empresa. Pero no cabe la menor duda de que dicha habilitación legal existe, pues exactamente ese es el objeto y contenido del artículo 11 de la ley reguladora de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la Ley 3/2013, de 4 de junio) en relación con el sector ferroviario. O sea que en ningún caso podría hablarse de infracción de la reserva de ley”* y añade que *“la adopción de una medida, aunque sea una obligación de actuar durante un tiempo determinado o cuando concurren determinadas circunstancias no implica una innovación normativa, sino el ejercicio de una competencia que consiste precisamente en habilitar al regulador a imponer medidas con una finalidad determinada, como en el caso de autos lo es poner a disposición los competidores cierta información o proporcionar servicios de tracción mayorista en determinadas circunstancias”*.

22. El Informe de 28 de octubre de 2021 indicaba que RENFE Operadora continuaba *“jugando un papel fundamental en la demanda de maquinistas, empleando al 93% de los maquinistas en activo de España en 2020”*. Ni la liberalización de los servicios de mercancías (la plantilla de la empresa alternativa de mercancías de mayor tamaño apenas alcanzaba el 2,5% de este personal), ni la más reciente liberalización de los servicios de viajeros, habían modificado la situación descrita en la Resolución de 21 de diciembre de 2017. Igualmente, afirmaba que el “efecto llamada” de RENFE Operadora sobre los maquinistas de sus

⁶ Esta Comisión ha venido analizando el cumplimiento de esta obligación al hilo de diferentes denuncias. Por ejemplo, el [Acuerdo de 30 de noviembre de 2021](#) señaló que la información que debe comunicar RENFE Operadora debía ser ajustada a las contrataciones efectivas, salvo circunstancias impredecibles.

competidores se mantenía, “*con un importante flujo de maquinistas desde las empresas alternativas de mercancías a RENFE*”.

23. A diciembre de 2023, aproximadamente el 90% de los maquinistas estaban contratados por RENFE Operadora, por lo que esta empresa continúa jugando un papel fundamental en la demanda de maquinistas y sus decisiones de recursos humanos siguen teniendo capacidad para causar gran impacto en las plantillas de las demás empresas ferroviarias. Igualmente, sus convocatorias mantienen su “efecto llamada”, como demuestra el hecho de que la última convocatoria haya sido capaz de captar, para una beca formativa, ante la perspectiva de convertirse en parte de la plantilla RENFE Operadora, para trabajar en cualquier empresa del grupo y en cualquier línea, a casi un tercio de la plantilla de maquinistas de una empresa de transporte exclusivamente de viajeros en alta velocidad como es IRYO, todos ellos con contratos indefinidos en la empresa de origen.

C. Medidas necesarias para asegurar la pluralidad de la oferta

24. De acuerdo con la información facilitada por IRYO, 35 maquinistas de un total de 112 causarán baja el 10 de marzo de 2024. IRYO señala que “*considerando que el primer curso de formación ha comenzado el pasado 8 de enero de 2024, contando las 14 semanas de formación, la fecha mínima para poder completar tal formación será la de 15 de abril de 2024, que son 36 días después de la fecha en que los 35 maquinistas referidos han causado baja en relación con la beca de formación puesta en marcha por RENFE Operadora el 11 de diciembre de 2023. Por su parte, el segundo curso de formación comenzará el próximo 29 de enero de 2024, con una finalización prevista para el mismo el 29 de abril de 2024. Con el objeto de tratar de reducir los periodos de formación se ha tomado la medida de formar inicialmente a cada maquinista solamente sobre una línea. Posteriormente esos maquinistas recibirán la correspondiente formación sobre el resto de las líneas donde opera ILSA*”.
25. Tan pronto como IRYO tuvo conocimiento a principios de diciembre de que casi un tercio de su plantilla de maquinistas causarán baja por haber sido contratados en las becas formativas de RENFE Operadora, inició el proceso para su reposición. En tan solo un mes entrevistó y reclutó a 50 maquinistas⁷ (sus necesidades previstas para todo 2024) y organizó un primer curso formativo, que empezó el 8 de enero, para 23 maquinistas. El segundo curso formativo es para

⁷ 5 maquinistas desistieron después.

22 maquinistas, desde el 29 de enero⁸. Pero a pesar de la rapidez de la respuesta de IRYO, a esta empresa le resulta imposible la reposición a tiempo de los maquinistas que causarán baja, lo que genera una distorsión en el mercado de transporte de viajeros en un momento especialmente crítico como es el de lanzamiento comercial de los nuevos entrantes, así como un riesgo para la pluralidad de la oferta.

26. El riesgo para la pluralidad de la oferta es, por tanto, equivalente al identificado en el momento de aprobarse la Resolución de 21 de diciembre de 2017, si bien la medida prevista en dicha Resolución no resulta adecuada para el transporte de viajeros. Efectivamente, el servicio mayorista de tracción impuesto entonces a RENFE Operadora, que incluye tanto la puesta a disposición del maquinista como de la locomotora, no es adecuado para los servicios de alta velocidad que presta IRYO, mediante ramas integradas de locomotora y coches. Dicha obligación habría de adecuarse, pues, a la realidad operativa de IRYO, para cumplir el mismo objetivo perseguido en aquel caso, que no es otro que asegurar la continuidad de los servicios ferroviarios, amenazada por la marcha de maquinistas a RENFE Operadora.
27. Por ello, a la vista de los potenciales efectos que una pérdida tan significativa de maquinistas puede tener en los servicios ferroviarios, los viajeros⁹ y la pluralidad de la oferta, y hasta que concluya la indispensable formación de los nuevos maquinistas y su efectiva incorporación, es necesario adoptar medidas provisionales que aseguren la continuidad de los servicios que presta IRYO con su propio material rodante.
28. Por una parte, IRYO deberá adoptar las medidas organizativas necesarias para reducir el déficit de maquinistas que sufrirá entre el 11 de marzo y el 30 de abril de 2024, y comunicar en el plazo de 3 días a esta Comisión y a RENFE Operadora sus necesidades de maquinistas adicionales durante ese periodo.
29. Por otra parte, y salvo que en el plazo de 3 días desde la comunicación indicada en el párrafo anterior, justifique en el ámbito de su autoorganización empresarial una solución más adecuada e igualmente efectiva, o las partes hayan acordado otras medidas que permitan solventar la problemática expuesta, se requiere a RENFE Operadora para que retrase hasta el 30 de abril de 2024 (fecha en la que los nuevos maquinistas de IRYO habrán finalizado su formación) la incorporación a la beca de formación de los maquinistas que prestaban sus

⁸ Cada curso de formación de IRYO está homologado para un máximo de 26 alumnos.

⁹ La baja de 35 maquinistas supondría, según explica IRYO, la cancelación de 16 servicios diarios, lo que podría afectar a más de 4.500 pasajeros diarios.

servicios en IRYO que sean necesarios para asegurar la continuidad de los servicios de esta empresa.

30. RENFE Operadora facturará a IRYO los costes en que incurra en la implementación de las medidas que finalmente se adopten, debiendo poder justificar estos costes a requerimiento de esta Comisión.
31. La apariencia de buen derecho de la medida es clara a la vista de las competencias de esta Comisión en el citado artículo 11 de la LCNMC, confirmadas por el Tribunal Supremo, y a la vista de las circunstancias que concurren, que ponen en riesgo la pluralidad de la oferta de servicios.

Segundo. Necesidad y urgencia de la medida

32. Tras la Resolución de 21 de diciembre de 2017, el 18 de enero de 2019 RENFE Operadora y algunas empresas ferroviarias alternativas de mercancías alcanzaron un acuerdo que preveía, entre otros aspectos, el compromiso de RENFE Operadora de retrasar la incorporación efectiva de los maquinistas procedentes de las empresas ferroviarias alternativas al menos 3 meses desde la fecha de resolución de sus convocatorias de personal de conducción.
33. RENFE Operadora dice haber trasladado ese plazo a este caso, previendo que la incorporación de los nuevos maquinistas procedentes de IRYO sea el 11 marzo. Sin embargo, IRYO ha justificado que entre el momento en que tuvo noticia de la fecha en que 35 de sus maquinistas se incorporarían a la beca de formación de RENFE Operadora, hasta el 11 de marzo, no hay tiempo suficiente para reemplazar las importantes bajas, por la formación que requieren sus reemplazos: i) formación de tren teórica (60 horas) y práctica (120 horas), ii) formación de líneas teórica (8 horas) y práctica (108 horas), iii) formación sobre equipos embarcados básicos y de tren (ASFA, ETCS, LZB) teórica (96 horas) y práctica (40 horas), iv) sistema de gestión de seguridad de empresa (36 horas), y v) factor humano (77 horas).
34. Como se ha señalado, la formación de los nuevos maquinistas de IRYO tendrá una duración de 14 semanas y el curso de formación de los primeros 23 maquinistas comenzó el 8 de enero y finalizará el 15 de abril, esto es, más de un mes después de que los 35 maquinistas hayan causado baja para incorporarse a la beca de formación de RENFE Operadora. El segundo curso de formación dio comienzo el 29 de enero y finalizará el 29 de abril.
35. El Informe sobre maquinistas de 2021 señaló que *“un maquinista que se incorpora a una empresa ferroviaria requerirá de entre tres y seis meses para la obtención de los certificados necesarios para la conducción del material rodante*

de la empresa y las líneas que dicha empresa explota". La duración del periodo de formación de los nuevos maquinistas de IRYO se va a situar en la parte más baja de esa horquilla. RENFE Operadora, en su escrito de alegaciones, afirma que la formación necesaria para la habilitación de material e infraestructura de sus nuevos maquinistas tiene una duración mínima de 4,5 meses.

36. De modo que, ante la imposibilidad de que IRYO pueda completar la formación de sus nuevos maquinistas antes de la salida de los 35 maquinistas que se incorporarán a RENFE Operadora el 11 de marzo de 2024, es necesaria la adopción de una medida provisional para asegurar la continuidad de los servicios ferroviarios y garantizar así la pluralidad de la oferta de servicios de viajeros. La medida provisional es apropiada y ajustada a Derecho, por resultar necesaria y urgente.

Tercero. Inexistencia de perjuicios

37. La medida provisional que se acuerda por medio de la presente resolución no viola derechos amparados por las leyes ni ocasiona perjuicios de difícil o imposible reparación (artículo 56.3 de la LPAC).
38. No pone en riesgo en forma alguna la operativa de RENFE Operadora, que cuenta con una plantilla de 5.170 maquinistas¹⁰, ni tendrá coste económico para esa empresa, dado que facturará a IRYO todos los costes en que incurra al implementar la medida.
39. Por el contrario, lo que se pretende evitar son perjuicios irreparables a IRYO, a los viajeros y a la pluralidad de la oferta, pues, de no adoptarse la medida, no podrá mantenerse la oferta de servicios ferroviarios actual. La cancelación de circulaciones conllevaría perjuicios a la propia empresa, en un momento en que se encuentra lanzando sus servicios, a los viajeros, y a la situación competitiva y la pluralidad de la oferta, en un momento en el que la liberalización de los servicios de transporte de viajeros no está todavía consolidada.

Cuarto. Proporcionalidad de la medida

40. La medida provisional propuesta resulta idónea y plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad, habiéndose llevado a cabo la necesaria ponderación entre el interés público que trata de satisfacer la actuación

¹⁰ De acuerdo con las cuentas anuales de 2022, Renfe Viajeros tenía contratados 4.503 maquinistas y Renfe Mercancías, 667.

administrativa y los posibles perjuicios que se podrían irrogar a los afectados por la misma¹¹.

41. En este sentido, la ponderación de todos los intereses implicados conduce a considerar proporcionada y ajustada a Derecho la presente medida provisional, pues, en primer lugar, requiere que IRYO adopte medidas para reducir su déficit de maquinistas en los días en que aún no contará con los nuevos, y requiere de RENFE Operadora el esfuerzo mínimo para mantener la operativa de IRYO durante esos días críticos.
42. Además, la medida provisional es de tipo finalista, tanto para IRYO, pues le otorga margen para concretar las medidas destinadas a reducir su déficit de maquinistas en los días críticos, como para RENFE Operadora, pues le otorga margen para, bien concretar la medida propuesta, bien adoptar justificadamente una solución más adecuada e igualmente efectiva o negociar con IRYO una solución alternativa.
43. Dado que los riesgos para la pluralidad de la oferta y la propia obligación impuesta son coincidentes con los de la Resolución de 21 de diciembre de 2017, cabe remitirse a lo señalado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de marzo de 2023, ya citada, en relación con la proporcionalidad de la obligación introducida en esa Resolución:

“[L]a resolución de la CNMC motiva ampliamente las circunstancias existentes a partir de la posición dominante de Renfe en el ámbito de la tracción ferroviaria y las consecuencias que sobre la oferta de maquinistas para las empresas competidoras ejercen los procesos de formación y selección de dichos profesionales por parte de Renfe. [...]

Del mismo modo, la obligación de ofrecer un servicio mayorista de tracción ha de calificarse como una medida justificada y proporcionada a tenor de los datos ofrecidos por la CNMC y valorados por la sentencia de instancia. En primer lugar, porque la pérdida de maquinistas de las empresas minoritarias como consecuencia de la política de personal conductor de Renfe Operadora ha alcanzado en el período considerado porcentajes muy altos, superior al 30% de media y más en algunos casos, lo cual supone un riesgo cierto para la pluralidad de la oferta al poner en peligro la viabilidad de las empresas competidoras minoritarias.

Por otra parte, las condiciones que determinan la obligación de proporcionar un servicio de tracción mayorista de forma no discriminatoria y orientado a costes (la pérdida por parte de una empresa del 20% de su personal de conducción) y lo limitado de la duración de dicha obligación (tres meses desde la contratación por RENFE del primer maquinista de esa empresa), pueden calificarse de razonables y no excesivas, respetuosas por tanto con

¹¹ Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2011, recurso de casación núm. 3028/2009.

el principio de proporcionalidad, tal como lo ha entendido la Sala de instancia.

Reiteremos por último que las medidas adoptadas no constituyen, en contra de lo que afirma la parte recurrente, una actuación normativa que modifica la regulación existente en la materia. Son medidas específicas justificadas por la apreciación por parte del regulador de un riesgo para la pluralidad de la oferta y que en consecuencia deberán decaer en el momento en que dicho regulador entienda, de oficio o a solicitud de Renfe Operadora, que han desaparecido las circunstancias que generaban dicho riesgo”.

44. En definitiva, la adopción de esta medida provisional se considera proporcionada a las circunstancias que concurren en el presente procedimiento, habiéndose realizado un análisis detallado de todas ellas.

Resumen de las alegaciones recibidas y su contestación

45. RENFE Operadora alega, en primer lugar, que la solicitud de medida provisional de IRYO no está mínimamente concretada, por lo que le generaría indefensión, y la demora de este operador en iniciar la formación en más de un mes demostraría que la baja de maquinistas no pone en riesgo su actividad. Añade que la baja de 35 maquinistas de IRYO, dado el número de maquinistas formados y en activo, no producirá una distorsión del mercado. Además, la demora en la incorporación de los maquinistas durante 3 meses debe permitirle su sustitución. Y señala los daños que le ocasionaría una medida cautelar que limitara la contratación de maquinistas, suponiendo un riesgo para la prestación de los servicios ferroviarios sometidos a obligaciones de servicio público.
46. Pues bien, en el apartado III de esta Resolución se han analizado en detalle los requisitos exigidos por la normativa para la adopción de medidas provisionales y se ha justificado que los 35 maquinistas que se incorporarán a RENFE Operadora (casi un tercio de la plantilla de maquinistas de IRYO) en un plazo de 3 meses pone en peligro la continuidad en la prestación de los servicios de este operador. IRYO, en solo un mes (incluyendo el periodo navideño) ha seleccionado y contratado a 45 maquinistas, y ha iniciado su formación, que concluirá tras un periodo de 14 semanas. Sorprende que RENFE Operadora considere suficiente un plazo de tres meses para reclutar y formar a los nuevos maquinistas cuando, en sus alegaciones, indica que los procesos formativos de certificación específica en infraestructura y material rodante de sus maquinistas *“tienen una duración media de cuatro meses y medio pudiendo alcanzar hasta los siete meses”*. De hecho, a pesar de las ventajas para la captación de maquinistas señaladas anteriormente, RENFE Operadora utiliza la figura de la beca formativa para acelerar los procesos de selección y formación del personal de conducción.

47. Contrariamente a lo indicado por RENFE Operadora, la adopción de la presente medida provisional en ningún caso limita su capacidad de contratación de nuevo personal, sino que únicamente pretende asegurar la continuidad del servicio de IRYO, por el tiempo mínimo imprescindible.
48. Por otro lado, RENFE Operadora manifiesta que ha seguido lo dispuesto en la Resolución de 21 de diciembre de 2017 y que la solicitud de medida cautelar de IRYO supondría su revisión de oficio, ampliando de 3 a 6 meses la demora para la incorporación de maquinistas. Además, esta ampliación hasta 6 meses supondría una desventaja competitiva para RENFE Operadora.
49. A este respecto, la Resolución de 21 de diciembre de 2017 impuso a RENFE Operadora la obligación de ofrecer un servicio mayorista de tracción durante 3 meses y no, como alega la empresa, una demora en la incorporación de los nuevos maquinistas a RENFE Operadora, medida ésta que, como se ha señalado previamente, es el resultado de un acuerdo entre empresas ferroviarias. En cualquier caso, como ya se ha dicho, la medida es proporcionada por cuanto que se extiende el tiempo mínimo imprescindible, desde el 11 de marzo hasta el 30 de abril, requiere de IRYO la adopción de medidas que minimicen su déficit de maquinistas en este periodo y requiere de RENFE que, bien concrete la medida propuesta, bien adopte justificadamente una solución más adecuada e igualmente efectiva o negocie con IRYO una solución alternativa.
50. RENFE Operadora señala también que la medida provisional solicitada por IRYO supondría una cesión de personal laboral, lo que podría infringir la legislación laboral. La medida provisional en ningún caso conmina a RENFE Operadora a infringir la legislación laboral, sino que impone obligaciones finalistas a las dos partes con el objetivo de dar continuidad a los servicios ferroviarios, siendo responsabilidad de las empresas su concreción de manera que no infrinja la legislación laboral.

IV. CONCLUSIÓN

51. 35 maquinistas de IRYO, de un total de 112 (casi un tercio de la plantilla), causarán baja el 10 de marzo de 2024 para incorporarse a una beca formativa de RENFE Operadora. A IRYO le resulta imposible la reposición a tiempo de estos maquinistas, lo que genera una distorsión en el mercado de transporte de viajeros en un momento especialmente crítico como la incorporación de competencia en un mercado recientemente liberalizado, así como un riesgo para la pluralidad de la oferta.

52. Este riesgo es equivalente al identificado en el caso que finalizó con la Resolución de 21 de diciembre de 2017, por la que se impuso a RENFE Operadora la obligación de prestar un servicio mayorista de tracción a las empresas ferroviarias de mercancías que perdían una parte importante de sus maquinistas, para asegurar la continuidad de sus servicios.
53. A la vista de los potenciales efectos que una pérdida tan significativa de maquinistas puede tener en los servicios de IRYO, los viajeros, la pluralidad de la oferta y el proceso de liberalización, desde el 11 de marzo en que comienza la beca de formación hasta que concluya la necesaria formación de los nuevos maquinistas de IRYO el 30 de abril, es necesario adoptar medidas provisionales que, como en el caso de la Resolución de 21 de diciembre de 2017, aseguren la continuidad de los servicios que presta IRYO con su propio material rodante, de conformidad con el artículo 56.1 de la LPAC.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

PRIMERO.- Intermodalidad del Levante, S.A. adoptará las medidas organizativas necesarias para reducir su déficit de maquinistas entre el 11 de marzo y el 30 de abril de 2024, y las comunicará a esta Comisión en el plazo de tres días desde la notificación de esta resolución.

SEGUNDO.- Intermodalidad del Levante, S.A. comunicará a esta Comisión y a Renfe Operadora, E.P.E. su previsión de déficit de maquinistas durante el periodo afectado por esta medida cautelar en el plazo de tres días desde la notificación de esta resolución.

TERCERO.- Renfe Operadora, E.P.E. retrasará hasta el 30 de abril de 2024 la incorporación a la beca de formación de los maquinistas que prestaban sus servicios en Intermodalidad del Levante, S.A. que sean necesarios para asegurar la continuidad de los servicios de esta empresa, salvo que en el plazo de 3 días desde la comunicación prevista en el resuelve Segundo, justifique una solución más adecuada e igualmente efectiva o acuerde con Intermodalidad del Levante, S.A. una solución alternativa.

CUARTO.- Renfe Operadora, E.P.E. facturará a Intermodalidad del Levante, S.A. los costes en los que incurra en la implementación de las medidas que finalmente se adopten, debiendo poder justificarlos a requerimiento de esta Comisión.

QUINTO.- Renfe Operadora, E.P.E. deberá acreditar ante esta Comisión la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de la medida cautelar establecida en el resuelve Tercero, en todo caso, antes del 23 de febrero de 2024.

SEXTO.- Intermodalidad del Levante, S.A. y Renfe Operadora, E.P.E. informarán de forma inmediata a esta Comisión de cualquier circunstancia que pueda afectar a la necesidad o a la ejecución de esta medida cautelar.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Transportes y Sector Postal y notifíquese a Intermodalidad del Levante, S.A. y Renfe Operadora E.P.E haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.