



Roj: **SAN 5847/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5847**

Id Cendoj: **28079230062021100603**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/12/2021**

Nº de Recurso: **432/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000432 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05164/2016

Demandante: JEZ Sistemas Ferroviarios, S.L.

Procurador: DON ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ADIF

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintisiete de diciembre de dos mil veintiuno.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **432/2016**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **JEZ Sistemas Ferroviarios, S.L.** representada por el procurador don Alberto Hidalgo Martínez contra la resolución de 30 de junio de 2016, S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 1.075. 969 euros.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando « *[P]rimero. Declare nula de pleno derecho o, subsidiariamente, anule en su integridad la Resolución de 30 de junio de 2016 adoptada el expediente NUM000 , INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC que declara la existencia de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE y, en particular, declara responsable de dicha infracción a JEZ, y le sanciona con una multa de 1.075.969 euros.*

Segundo. Subsidiariamente respecto de la pretensión anterior, anule parcialmente la Resolución citada y reduzca la mencionada multa conforme a lo expuesto en el cuerpo del presente escrito (Fundamentos de Derecho Noveno, Décimo y Undécimo).

Tercero. Adicionalmente, para el caso de que se estime el recurso en su integridad o parcialmente, se publique por la CNMC la sentencia estimatoria y una nota de prensa relativa al sentido de la sentencia en su sitio web, que deberá figurar en la página en la que se encuentra publicada la documentación relativa al expediente administrativo, en la sección de novedades de la página de inicio (donde deberá permanecer al menos tres días) y en la página en la que se encuentra el archivo de novedades a partir de ese momento.

Cuarto. Condene a la CNMC a resarcir a JEZ los gastos soportados como consecuencia de la constitución y mantenimiento del aval exigido por la Sala para otorgar la suspensión cautelar del pago de la multa impuesta por la Resolución de 30 de junio de 2016, gastos que se cuantificarán en ejecución de sentencia de acuerdo con las bases de cálculo establecidas en el cuerpo del presente escrito. [...]».

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 20 de octubre de 2021 en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la resolución de 30 de junio de 2016, S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se le impuso a JEZ Sistemas Ferroviarios, S.L. (en adelante JEZ) una sanción consistente en una multa de 1.075.969 euros por la comisión de una infracción única y continuada conforme al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en acuerdos o prácticas concertadas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios en los procedimientos de contratación convocados por GIF/ADIF, que se ha llevado a cabo desde el 1 de julio de 1999 hasta el 7 de octubre de 2014.

En la parte dispositiva de la resolución, se indicaba:

« *[P]RIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado cuatro infracciones del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución.*

(...)

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...)

2.- JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L., por su participación en las conductas desde 1 de julio de 1999 hasta el 7 de octubre de 2014.

(...)

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

(...)



2.- JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L.: 1.075.969 euros [...]».

Como resumen de los hitos más relevantes podemos señalar que:

1.- En el marco de la información reservada y en cumplimiento de las ordenes de investigación, la Dirección de Competencia (en adelante DC) realizaron inspecciones domiciliarias los días 7 y 8 de octubre de 2014, en las sedes de las empresas AMURRIO, DF RAIL, JEZ y ALEGRÍA.

2.- Con la información obtenida y la recibida, esencialmente de ADIF el 2 de diciembre de 2014, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, el Director de Competencia acordó la incoación de expediente sancionador contra las empresas AMURRIO, DF RAIL, FELGUERA, DURO FELGUERA, JEZ y ALEGRÍA por conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, (LDC) de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio).

3.- El 5 de agosto de 2015 se acordó la ampliación de la incoación del expediente sancionador de referencia contra los siguientes directivos y representantes legales de las empresas incoadas: don Ruperto y don Samuel (AMURRIO), don Belinda y don Severiano (JEZ), don Sixto y don Teodulfo (ALEGRÍA), don Torcuato, don Valeriano y don Victorino (DF RAIL).

4.- El 7 de septiembre de 2015 se dictó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue debidamente notificado a las partes a los efectos de que pudieran presentar las alegaciones.

5.- El 1 de diciembre de 2015, tras el cierre del procedimiento de instrucción, el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento.

6.- Tras la presentación de las oportunas alegaciones, la propuesta de Resolución del Procedimiento fue elevada al Consejo el 8 de enero de 2016.

7.- Informada la Comisión Europea el 7 de abril de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó requerir a las empresas incoadas información sobre el volumen de negocios del año 2015, tras lo que dictó la resolución que es objeto del presente recurso.

8.- El mercado del producto ha sido circunscrito a la fabricación y comercialización de los desvíos ferroviarios, pero ha dejado abierta la posibilidad de que en el mismo se integre la fabricación y comercialización de otros elementos complementarios, como los aparatos de dilatación.

Sin que los desvíos convencionales hubieran desaparecido de las licitaciones de ADIF, el foco se pone en los desvíos de alta velocidad que han sufrido una evolución tecnológica. Se ha pasado del desvío AV1 de la línea Madrid-Sevilla del año 1992, al desvío AV2 de la línea Madrid-Lleida-Barcelona-frontera francesa del año 2000, al desvío AV3 en el año 2006 en esta misma línea y, finalmente, al desvío AV4 a partir del año 2011. De los diferentes desvíos de alta velocidad señalados, los únicos que han sido fabricados a partir de una tecnología íntegramente concebida por las empresas españolas del sector son los desvíos AV4. En el resto de los casos, la mayor parte de la tecnología utilizada en la fabricación de los componentes que configuraban los desvíos era de origen alemán (BWG Butzbacher Weichenbau GmbH), o francés (COGIFER).

El ámbito geográfico de este mercado es nacional en licitaciones de ADIF, en las que solo se han presentado ofertas de las cuatro empresas y en la mayoría de los casos a través de Uniones Temporales de Empresas (UTE). Por motivos de seguridad, los distintos elementos que se pueden incorporar a la red ferroviaria deben estar certificados y homologados por ADIF, con carácter previo a la convocatoria de las licitaciones.

9.- Por lo que se refiere a la estructura del mercado, en el caso de desvíos de alta velocidad AV1, AV2 y AV3, han sido fabricados por las empresas AMURRIO, ALEGRÍA y JEZ, utilizando fundamentalmente tecnología alemana y francesa. FELGUERA desarrolló un prototipo de desvío de alta velocidad que presentó a ADIF en 2008, pero ADIF no lo llegó a homologar. En el caso del desvío AV4, la tecnología es íntegramente española, desarrollada por las cuatro empresas.

SEGUNDO.- Debemos comenzar por resumir el escrito de demanda, que con una extensión desmesura y difícilmente justificable poco contribuye a facilitar la labor del juzgador. Dejando de lado extremos que nadie discute, que constan en el expediente administrativo y que vuelve a reiterar el escrito rector, centrémonos en que se pretende la nulidad de la sanción por varias razones. (i) En primer lugar, porque la prueba de cargo utilizada en ella es ilícita por haberse obtenido en una inspección domiciliaria ilegal, puesto que cuando obtuvo el consentimiento de JEZ para proceder a la inspección de su sede social, la CNMC ocultó a JEZ que previamente se había solicitado la autorización judicial que fue denegada. Afirma que de toda la prueba recabada, el 40% se obtuvo con la ilícita entrada y registro en la sede de la actora. También incide en la vaguedad de la orden de Investigación cuando la CNMC sabía perfectamente lo que buscaba y el mercado en el que supuestamente tuvieron lugar las prácticas colusorias. (ii) Sostiene que la imputación se ha realizado



de forma imprecisa, lo que le impidió saber exactamente de qué se la estaba acusando. Al desconocer en qué concretas UTE se le acusa de restringir la competencia, por no existir a juicio de la CNMC las razones justificativas de su formación, JEZ no puede ni criticar la valoración concreta de la CNMC ni alegar caso por caso que sí que existían esas razones justificativas para su constitución. Incurre en una imprecisión cuando afirmó la resolución sancionadora que «en la mayoría de los casos», sin precisar en cuáles, la colaboración no estaba justificada. (iii) Le ha sido denegada de manera injustificada la práctica de prueba de descargo relevante. Se instó para que se solicitara a ADIF que informase sobre retrasos en los contratos relativos a los desvíos de tres hilos, con el objeto de acreditar que, incluso mediante la colaboración entre empresas, se habían terminado dando retrasos en la ejecución de estos contratos, prueba de que en solitario habría resultado imposible. (iv) Hay falta de prueba o justificación sobre el objeto anticompetitivo de los acuerdos de colaboración mediante la UTE. La calificación de plano, por la que la colaboración de las empresas mediante la constitución de una UTE es anticompetitiva por objeto, es absolutamente incoherente con los numerosos precedentes y la abundante jurisprudencia. La CNMC no ha hecho mención a ninguno de los elementos para justificar el motivo por el cual las diferentes UTE creadas por JEZ tienen, por su propia naturaleza, un objetivo anticompetitivo. (v) No se han acreditado los efectos anticompetitivos de la conducta analizada. La CNMC debía probar que las empresas tenían capacidad para licitar de manera individual. (vi) La falta de solidez de la regla del nivel de facturación y de la regla del caso previo. (vii) Cuestiona otros aspectos como el denominado «reparto» que reputa incorrecto; el del «poco trabajo»; las discusiones sobre precios; o el de la previsibilidad. Toda hace que las conclusiones a las que llega la CNMC resulten insostenibles y contradictorias con anteriores decisiones. (viii) Considera que se han infringido los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, no se eliminó a competencia y la colaboración entre empresas resultaba inevitable. (ix) Se refiere a la falta de culpabilidad y subsidiariamente a la falta de acreditación de la responsabilidad en el grado de negligencia grave. (x) Cuestiona los criterios seguidos para el cálculo de la sanción y la incorrecta aplicación de la atenuante a JEZ. (xi) Por último, solicita el reintegro de los gastos del aval que solicitó para garantizar la suspensión de la ejecutividad de la sanción.

Por el Abogado del Estado se solicita la desestimación del recurso, reiterando en gran medida los argumentos barajados por la resolución sancionadora.

TERCERO.- La resolución sancionadora analiza toda la documentación intervenida durante el procedimiento de instrucción y, muy particularmente, los varios correos y reuniones que tuvieron lugar durante todos esos años entre las empresas implicadas. Examinó los contratos adjudicados por GIF desde 1999 hasta 2004; los contratos adjudicados por ADIF de 2005 a 2009; y los contratos adjudicados por ADIF desde 2010 hasta octubre de 2014. Comprobó que durante este tiempo las GIF y ADIF licitaron un total de 52 contratos, de los que 46 fueron licitados en procedimiento abierto y seis mediante procedimiento negociado.

Consideró acreditado que entre las empresas AMURRIO, ALEGRÍA, FELGUERA y JEZ se llevaron a cabo acuerdos de precios y el intercambio de información comercial sensible durante 15 años, a través de la constitución de una UTE.

Afirma que, tratándose de empresas con un elevado volumen de negocio, tenían capacidad para operar de manera individual en el mercado. Sin embargo y pese a esta capacidad para actuar de manera autónoma, las empresas AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA, en un primer periodo y posteriormente estas tres junto con FELGUERA, sucedida por la empresa DF RAIL, se han concertado desde 1999 a 2014 para repartirse el mercado, fijar precios u otras condiciones comerciales e intercambiarse información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios y elementos complementarios en los procedimientos de contratación convocados por GIF y posteriormente ADIF.

Es la constitución de las UTEs lo que determina la decisión de eliminar la competencia acudiendo sistemáticamente a todos los concursos licitados por GIF/ADIF de manera conjunta y repartiéndose los contratos a partes prácticamente iguales entre ellas. Tal era la coordinación que ADIF les tuvo que llamar la atención en varias ocasiones ante la despreocupación que las empresas mostraban en los procedimientos de contratación, toda vez que eran sabedores de que el contrato ya estaba previamente adjudicado. Como ejemplo, destaca que no se presentaban a las aperturas de los sobres llevadas a cabo por la entidad adjudicadora.

Las empresas simulaban competir para la adjudicación de los contratos cuando en realidad se había acordado previamente repartirse los mismos. El que las partes hubieran pactado previamente los precios de licitación y cualesquiera otras condiciones necesarias para concurrir a los concursos ofertados por las entidades de gestión de infraestructuras, supone una quiebra de la lógica que debe imperar en este tipo de procedimientos, en el que aspectos tales como el precio son variables esenciales para competir con el resto.



La CNMC lleva a concluir que la UTE ha sido el medio utilizado para repartirse el mercado, acordar precios e intercambiarse información. Durante estos 15 años han conseguido eliminar cualquier atisbo de competencia a la hora de concurrir a las licitaciones públicas ofertadas, donde han obtenido el 74% de las adjudicaciones de esta forma. Han actuado de facto como una unidad económica frente a GIF/ADIF en todo el periodo investigado sin justificación objetiva suficiente, por lo que la constitución de la UTE no parece obedecer a una lógica empresarial y económica coherente. Sobre todo, cuando han tenido capacidad suficiente para competir entre ellas presentando ofertas individuales, teniendo en cuenta que cada una de las cuatro empresas disponía de la responsabilidad técnica para todo y de la capacidad para fabricar los aparatos de vía por sí mismas, y para ello vuelve a centrarse en el volumen de negocios de las empresas en el mercado afectado durante el periodo investigado. No aprecia motivos de insolvencia tecnológica que hubiesen hecho necesario acudir sistemáticamente en UTE a los contratos.

Descarta como motivo de la concurrencia a las licitaciones bajo una UTE el que GIF/ADIF eligiera una tecnología mixta para la construcción de las infraestructuras para vías de alta velocidad (tecnología alemana en la parte del cambio y tecnología francesa en la parte del cruzamiento), cuyas patentes eran propiedad de empresas extranjeras (la alemana VAE-BWG y la francesa COGIFER), porque podían haberlo hecho a través de contratos bilaterales.

Considera más razonable, desde un punto de vista competitivo, que las empresas hubiesen solicitado las licencias que no disponían a los efectos de posicionarse en el mercado con respecto al resto de competidores, ya que la obtención de ambas licencias les hubiese otorgado una posición ventajosa y, en cambio prefirieron mantener el sistema de reparto igualitario a través de la UTE. Prueba de ello es que cuando ADIF comunicó en el año 2014 a las cuatro empresas (JEZ, AMURRIO, ALEGRÍA y FELGUERA) que no quería más ofertas en UTE en los siguientes expedientes de licitación, estas empresas no tuvieron ningún problema para presentar ofertas individuales.

Por último, descarta que las conductas quedaran exentas por el artículo 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE. Considera que las mejoras que han supuesto la introducción de la AV en España también se hubiesen experimentado en mayor medida si las empresas hubiesen participado en el mercado en competencia, por cuanto la calidad y los plazos de entrega de los suministros habrían sido los mismos y, en cambio, el precio que la administración hubiera tenido que pagar por ellos habría sido inferior.

Concluye que se trata de una infracción única y continuada, en la que resulta evidente la correlación entre los sujetos intervinientes en las conductas investigadas, en las que han participado todas las empresas imputadas. Las empresas eran coincidentes, y la naturaleza y contenido de los contactos perseguían la misma finalidad, esto es, fijar una estrategia común para repartirse el mercado de desvíos ferroviarios y elementos complementarios en España.

CUARTO.- Aunque suponga una alteración de los puntos o argumentos desarrollados por el escrito de demanda, nos centraremos en la relevancia que confiere la resolución sancionadora al hecho de que las empresas hubieran concurrido con UTEs en la práctica totalidad de las licitaciones ofertadas por CIF y ADIF, puesto que esta forma de participación parece ser el eje conductor sobre el que se centra la explicación de las infracciones que se les imputan. De no ser así, la mayoría de los contactos e informaciones que tienen lugar entre las cuatro empresas podrían explicarse dentro de la legalidad y necesidad de las UTEs formadas por las cuatro empresas para que acudir a las licitaciones estuviera justificada. Esta circunstancia, que nos parece determinante, fue negada por el acuerdo sancionador que incide sobre su ilícita constitución.

A pesar de esta alteración, con este razonamiento damos respuesta, directa e indirecta, a las cuestiones reflejadas en los apartados (ii) a (viii) del escrito rector que hemos resumiendo en el fundamento segundo.

Aclaremos que el solo hecho de que las obras fueran ejecutadas por unas UTEs no descarta sin más, por la naturaleza de este tipo de agrupaciones o concentraciones temporales de empresas, la posible comisión de una infracción en el ámbito de la competencia. Pero al mismo tiempo, la forma de participación en una licitación bajo esta forma de agrupación de empresas no implica presumir que la UTE encubre la realización de prácticas colusorias, máxime cuando bajo esta forma de unión tienen lugar ciertos intercambios de información y colaboración entre competidores que no estarían de otro modo justificados.

En estos casos se requiere, por parte de la autoridad que sanciona, de un análisis más detallado y profundo de las relaciones de las empresas partícipes, puesto que por su propia naturaleza una UTE facilita determinados acuerdos e intercambios. Si no fuera así, bastaría la mera constancia de la UTE para poder imputar la existencia de un cártel anticompetitivo.

El Legislador ha sido consciente del riesgo que para la competencia implica esta forma de asociación de empresas, por lo que se debe estar especialmente atento para que una agrupación de empresas no enmascare



una práctica anticompetitiva. Por ello, el artículo 69.2 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE de 9 de noviembre) establece que « [c]uando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que (...) justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas [...]».

Para apreciar si al abrigo de una UTE se comete alguna infracción del artículo 1 de la LDC o del 101 del TFUE, se debe atender a la *necesidad objetiva* de su constitución. Como se desprende del artículo 237 de la Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, (DOUE C11/1) expresamente se pone en duda « [q]ue un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente. Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. [...]».

La propia Directriz no excluye la posibilidad de prácticas colusorias en estas agrupaciones empresariales y se limita a decir que « [p]or lo general no es probable [...]» que en estos casos se puedan vulnerar las normas de competencia. Sin embargo, como hemos dicho, exige tanto su control como el rigor y el detalle de las circunstancias de cada caso para corroborar que se ha cometido una infracción sancionable en el ámbito de la competencia.

Recuerda la STUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires contra Comisión Europea, (apartado 53) que « [p]ara apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia «por el objeto» en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (véase, en ese sentido, la sentencia Allianz Hungría Biztosító y otros, EU:C:2013:160 , apartado 36 y jurisprudencia citada) [...]».

Como parece apuntarse, para valorar que la UTE no vulnera las normas de competencia hay que centrarse en la necesidad objetiva de su constitución. No se trata de una cuestión de conveniencia, de oportunidad o de interés empresarial, se requiere que la UTE, a través de la agrupación temporal de determinadas empresas, sea el mecanismo necesario para acceder a una obra que de otra manera habría sido imposible. Dicho de otra manera, tiene todo el sentido cuando una empresa por sí sola no hubiera podido llevar a cabo la tarea encomendada o el compromiso asumido. Se explica cuando solo con el concurso de otras la tarea podía ser acometida con solvencia. En estos casos es cuando la constitución de la UTE se hace necesaria, y cuando la asociación temporal de empresas, lejos de limitar o perjudicar la competencia, la amplía.

QUINTO.- Lo que hemos expuesto nos exige analizar los hechos y términos en los que se centra el acuerdo sancionador para confirmar que, efectivamente, estamos ante conductas anticompetitivas consistentes en acuerdos o prácticas concertadas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios en los procedimientos de contratación convocados por GIF/ADIF.

La resolución sancionadora se centra esencialmente en la innecesidad de la UTE bajo la que las empresas participaron en las diferentes licitaciones. Considera que su constitución, objetivamente, no estaba justificada, sobre la base de esta premisa en la que se construye el acuerdo sancionador. Por lo tanto, el debate pasa primero por si se dieron las circunstancias que justificaron la constitución de las UTEs; y segundo, si a pesar de estar objetivamente justificada su constitución se llegaron a cometer las supuestas prácticas colusorias.

Esto nos obliga al análisis de los argumentos incriminatorios que incorpora la resolución y a su filtro desde la perspectiva del derecho sancionador desplegado por la Administración. Anticipamos que nos encontramos más ante afirmaciones categóricas del acuerdo sancionador, que ante motivadas razones por la que se constata la innecesaria constitución de las UTEs.

1.- En primer lugar, dice la resolución impugnada que durante estos 15 años, a través de la constitución de las UTEs, han conseguido eliminar cualquier atisbo de competencia a la hora de concurrir a las licitaciones

públicas ofertadas. Destaca que han obtenido el 74% de las adjudicaciones de esta forma. Sin embargo, esta premisa es incongruente con el reconocimiento que hace la propia resolución cuando dijo que eran las únicas empresas del sector que se dedicaban a este mercado ya « [q]ue se trata de un mercado altamente especializado, fundamentalmente por la dificultad y responsabilidad que entrañan la construcción de este tipo de infraestructuras ferroviarias. Por ello, las empresas que entran a operar en el mismo requieren de una solvencia técnica, económica y profesional elevada [...]». Este razonamiento hubiera necesitado un desarrollo más elaborado, puesto que no explica como en un sector tan restringido, con unas especificidades técnicas y profesionales tan definidas, se podía afectar a otras posibles competidores, cuando de hecho solo había cuatro empresas que pudieran cubrir las demandas. Si, por el contrario, se refería a que a través de esta alianza lo que se provocó fue una alteración de las licitaciones constriñendo al oferente, CIF o ADIF, a unas condiciones o precios al margen de la libre competencia, alguna precisión sobre estas posibles consecuencias deberían haberse precisado, máxime cuando por parte del órgano de contratación no se expresó tacha o queja alguna en este sentido.

2.- Reconoce la resolución impugnada que la creación de una UTE no constituye *per se* un acuerdo anticompetitivo, por cuanto es una figura asociativa legalmente admitida y además habitual en el sector empresarial en nuestro país. La valoración de su afectación a la competencia debe realizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se produce. Recuerda la resolución de 20 de enero de 2003 (expediente NUM001 , Terapias Respiratorias Domiciliarias) que « [s]ólo cuando las empresas concertadas carecieran de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual, podría establecerse que no hay afectación de la competencia.[...]». Solamente cabrá apreciar el beneficio y la necesidad de asociarse a través de una UTE para determinados contratos, y la inexistencia de una conculcación de las normas de competencia cuando no sea posible que las empresas puedan concurrir a los mismos de manera individual ante su falta de capacidad. Solo en estos supuestos puede acogerse la posibilidad de constituirse puntualmente en UTE.

Para justificar la ilicitud de la UTE, dice el acuerdo sancionador que las empresas tenían capacidad suficiente para competir entre ellas presentando ofertas individuales. Dijo que cada una de las cuatro tenía responsabilidad técnica para todo, capacidad para fabricar los aparatos de vía por sí mismas y para ello bastaba con observar el volumen de negocios de las empresas en el mercado afectado durante el periodo investigado. También descarta que concurrieran motivos de insolvencia tecnológica que hubiesen hecho necesario acudir sistemáticamente en UTE a los contratos.

Estos argumentos no son de lectura única y no despejan toda duda sobre la ilicitud de las UTEs. En primer lugar, la sola referencia a la suficiencia económica no significa que la solvencia técnica de cada una de las empresas fuera bastante para afrontar la complejidad de cada uno de los contratos.

En segundo lugar, GIF/ADIF eligió desde el principio una tecnología mixta para la construcción de las infraestructuras para vías de alta velocidad (tecnología alemana en la parte del cambio y tecnología francesa en la parte del cruzamiento), cuyas patentes eran propiedad de empresas extranjeras (la alemana VAE-BWG y la francesa COGIFER). Ninguna de las empresas tenía las licencias de las patentes para poder acometer, por sí sola, ninguno de los contratos. Es evidente que el concurso en solitario de cada empresa hacía imposible la ejecución de los contratos, puesto que no disponía de las licencias y por lo tanto de la tecnología para desarrollarlos. Por lo tanto, no está justificada la categórica afirmación que hace la resolución de que « [p]odían haber acudido por separado [...]», al menos no explica como por esta vía de licitación hubieran podido tan siquiera no ya cumplir con los compromisos sino acceder a licitación.

3.- También dijo la CNMC que podían haberse suscrito contratos bilaterales, argumento que, además de no desarrollarse más allá de la mera afirmación, desvirtúa la anterior afirmación de la concurrencia en solitario y no desmerece la opción de la UTE.

4.- Consideró más razonable la Administración, desde un punto de vista competitivo, que las empresas hubiesen solicitado las licencias que no disponían a los efectos de posicionarse en el mercado con respecto al resto de competidores, ya que la obtención de ambas licencias les hubiese otorgado una posición ventajosa, y en cambio prefirieron mantener el sistema de reparto igualitario a través de la UTE. Lo que presume el acuerdo sancionador son varios escenarios tan hipotéticos como no confirmados, empezando por el hecho de que las demás licenciatarias estaban dispuestas a conceder nuevas licencias, o que no existía ninguna restricción legal o contractual para que esa posibilidad tuviera lugar. Desconocemos estos extremos puesto que nada dice la resolución. No sabemos si las empresas implicadas estaban dispuestas a compartir las licencias o estaban autorizadas para ello.

Tampoco está de más tener presente que el despliegue del ejercicio de la potestad sancionadora no puede llegar al extremo de interferir hasta el punto de marcar opciones de mercado carácter empresarial o para decidir



lo que le resulta más o menos conveniente, o más ventajoso o propicio desde la óptica de la Administración. Su función es apreciar si la escogida vulnera las normas de competencia, sobre todo cuando para aventurar sobre las otras opciones no se incorpora otras razones que no sea una apodíctica afirmación huérfana de otros argumentos.

5.- Para corroborar el carácter colusorio de las UTEs destaca que a partir del 2014 ADIF vetó esta forma de licitación y las empresas concurren por separado.

Tan cierto es este dato como el que a partir de ese año el mercado había cambiado, puesto que ya se disponía de tecnología española y las empresas accedieron a las licencias que antes estaban repartidas. Este cambio muy probablemente explica que, desde ese momento, el concurrir a través de una UTE no respondiera a ninguna necesidad objetiva, pero al mismo tiempo revela que anteriormente si estaba justificada su constitución.

6.- Por último, el acuerdo descarta que las conductas quedaran exentas por el artículo 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, se limita a afirmar que se hubiera alcanzado el mismo grado de desarrollo de la AV. Sin embargo, como ya hemos apuntado, al principio ni las licencias ni las condiciones técnicas para su desarrollo constaban en todas las empresas participes de la UTE, lo que deja a la afirmación de la CNMC dentro del terreno de lo hipotético o imaginable, incompatible con el despliegue de la potestad que revisamos.

SEXTO.- En definitiva, la resolución sancionadora se sustenta en la incriminación de las empresas que concurren a las licitaciones a través de UTEs, cuando las circunstancias, particularidades, competidores implicados, necesidades tecnológicas, o el reparto de las licencias para el desarrollo de las infraestructuras, sí constituyen una explicación objetiva razonable de la necesidad de esta forma conjunta de participación empresarial.

Partiendo de la justificada necesidad de las UTEs, debió hacer un mayor esfuerzo la CNMC para explicar porqué la información que se intercambiaba en este contexto excedía de la imprescindible en esa colaboración contractual; cómo se llevó a cabo la alteración de los precios de los contratos, circunstancia que no fue ni detectada ni denunciada por la oferente CIF o ADIF; o cómo restringió un mercado del que ya reconoció la resolución sancionadora que estaba limitado a un puñado de empresas, las únicas que reunían las condiciones económicas y tecnológicas para afrontarlo.

En consecuencia y partiendo de la legalidad y necesidad de la constitución de la UTE, el resto de los argumentos de la resolución sancionadora carecen de la relevancia probatoria para demostrar las prácticas anticompetitivas que se imputan.

SÉPTIMO.- Con lo hasta aquí dicho podemos dar por concluido el presente recurso, en la medida que conlleva su íntegra estimación, lo que hace innecesario que entremos en el análisis del resto de los argumentos invocados en el escrito de demanda. La estimación de las pretensiones de la actora implica, tratándose de un acto administrativo sancionador de carácter general, su anulación parcial solo en la parte que afecta a JEZ, con la devolución de los gastos ocasionados a la actora para obtener la suspensión de la ejecutividad de la multa impugnada.

OCTAVO.- La estimación del recurso conlleva la imposición de costas a la Administración de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **JEZ Sistemas Ferroviarios, S.L.** contra la resolución de 30 de junio de 2016, S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, y anulamos parcialmente el acuerdo sancionador en cuanto a la sanción que le fue impuesta a la actora; condenando a la Administración al pago de los gastos ocasionados por la suspensión de la sanción; y a las costas causadas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se **notificará** en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días debiendo acreditarse en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.