



Roj: **SAN 402/2022 - ECLI:ES:AN:2022:402**

Id Cendoj: **28079230062022100053**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/01/2022**

Nº de Recurso: **441/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000441 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05237/2016

Demandante: DURO FELGUERA RAIL, S.A.U. (DF RAIL)

Procurador: DÑA. CECILIA DIAZ-CANEJA RODRIGUEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ADIF

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o :

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 veintiocho de enero de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 441/16 promovido por la Procuradora Dña. Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, en nombre y en representación de la mercantil **DURO FELGUERA RAIL, S.A.U. (DF RAIL)**, contra la resolución dictada en fecha 30 de junio de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente sancionador NUM000 , Infraestructuras Ferroviarias, por la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 1.476.614 euros por la realización de conductas colusorias prohibidas en el artículo 1 de la LDC. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como parte codemandada ha comparecido la Entidad Pública Empresarial ADIF, representada por la Procuradora D^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que:

"(i) Acuerde la anulación de la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 30 de junio de 2016, recaída en el expediente nº NUM000 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS en lo relativo a la multa impuesta a mi representado.

(ii) Subsidiariamente, acuerde la anulación de esta resolución en relación con la cuantía de la multa impuesta a mi mandante, ordenando la retroacción de las actuaciones a fin de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dicte otra resolución por la que se fije una nueva cuantía de la multa impuesta a DF RAIL que tome en debida consideración los factores de atenuación de la responsabilidad referidos en este escrito de demanda.

Todo ello, con expresa condena en costas de la Administración demandada".

SEGUNDO . El Abogado del Estado y la defensa de la entidad codemandada contestaron a la demanda mediante sendos escritos en los que suplicaban se dicte sentencia que confirme la resolución impugnada en todos sus extremos.

TERCERO . Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones. Y una vez aportados quedaron los autos pendientes para votación y fallo cuando por turno le correspondiera y, finalmente, se fijó para ello la audiencia del día 27 de octubre de 2021, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillan Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . La representación procesal de la mercantil DURO FELGUERA RAIL, S.A.U. (DF RAIL) impugna en este proceso la resolución dictada con fecha 30 de junio 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente sancionador NUM000 , INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS. Resolución que le impuso una sanción de multa por importe de 1.476.614 euros por la realización de conductas colusorias prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE.

Concretamente, la parte dispositiva de la resolución sancionadora impugnada dispone:

"PRIMERO. Declarar la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y en el 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 al menos desde el 1 de julio de 1999 y hasta al menos el 7 de octubre de 2014.

SEGUNDO. De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de dicha infracción a las siguientes empresas y personas físicas:

(...)

4. DURO FELGUERA RAIL, S.A.U. y solidariamente DURO FELGUERA, S.A. por su participación en las conductas desde 29 de junio de 2007 hasta el 7 de octubre de 2014.

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

(..)

4. DURO FELGUERA RAIL, S.A.U.: 1.476.614 euros.

(...)".

Tal como se recoge en la resolución impugnada DURO FELGUERA RAIL, S.A.U. *"es una sociedad mercantil con domicilio social en Mieres (Principado de Asturias) que se dedica a la fabricación y suministro de material para vías de tren. DF RAIL tiene como accionista al 100% a DURO FELGUERA, S.A. Como consecuencia del acuerdo alcanzado con los trabajadores de FELGUERA, que incluía prejubilaciones, recolocaciones y bajas*



incentivadas, DF RAIL ha absorbido la actividad de la empresa FELGUERA relacionada con la fabricación de equipos ferroviarios".

Por la trascendencia que luego veremos, esta Sala considera oportuno destacar el mercado de producto afectado por este expediente sancionador. Y en este sentido, la resolución impugnada refiere que afecta a "los contratos convocados por el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF) primero y el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) después para el aprovisionamiento de determinado material ferroviario (desvíos ferroviarios y otros elementos complementarios) para el funcionamiento de la red ferroviaria". Sigue diciendo la CNMC sobre este aspecto que: " La fabricación y venta de material ferroviario, en particular cruces y desvíos de vías para el sector ferroviario, ya fue analizado por el extinto Servicio de Defensa de la Competencia en los expedientes de control de concentraciones económicas N-272 VOSSLOH-COGIFER y N-273 VOESTALPINE-VAE. En estos expedientes se señaló la existencia de un mercado de fabricación y venta de cruces y desvíos ferroviarios como mercado de producto diferente del mercado de vías y del mercado de los equipos de señalización ferroviarios. En particular, por sus funcionalidades y especificidades técnicas, los desvíos ferroviarios no tienen una sustituibilidad significativa, ni desde el punto de vista de la demanda ni de la oferta, con otros elementos de la infraestructura o superestructura ferroviaria. Respecto a otros elementos complementarios, como los aparatos de dilatación, puede existir una sustituibilidad por el lado de la oferta significativa en relación con la fabricación y comercialización de los desvíos ferroviarios. Por ello, a los efectos del presente expediente, la Dirección de Competencia ha considerado que la fabricación y comercialización de los desvíos conforma un mercado de producto relevante diferenciado, 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, si bien se considera que esta última cuestión que se deja abierta no afecta significativamente a las conclusiones del análisis".

La CNMC describe luego la red ferroviaria al decir que: "La red ferroviaria en España está caracterizada por la existencia de dos tipos de redes: la red convencional y de alta velocidad (al margen de las redes metropolitanas y suburbanas, y algunas redes locales pertenecientes a empresas mineras o de transporte local de viajeros).

La red más extensa es la que se conoce como red convencional. Esta red cubre la mayoría de las ciudades españolas y mantiene el ancho de vía conocido como ancho ibérico (1.688 mm). En esta red se ha integrado recientemente la red que se conoce como de vía estrecha (FEVE), con un ancho de vía inferior (1.000 mm).

La red de alta velocidad se ha desarrollado a partir de la línea de alta velocidad Madrid-Sevilla, que se inauguró en el año 1992, y que representa en la actualidad más del 20% del total de la red convencional. Esta red ha adoptado el estándar internacional de ancho de vía (1.435 mm) y sigue creciendo en la actualidad con la aprobación de nuevos proyectos, fundamentalmente en la zona norte de España.

Como parte del plan de liberalización europeo del sistema ferroviario, la Directiva Europea 91/440/CEE introdujo el principio de separación de las entidades gestoras del desarrollo y mantenimiento de la infraestructura, y aquellas entidades especializadas en la prestación de servicios de transporte.

En España, con la entrada en vigor de la Ley del Sector Ferroviario, RENFE se segregó en dos entidades públicas. Por un lado, RENFE-Operadora, como empresa de transporte, y por otro lado ADIF, que sustituyó a GIF, entidad pública que había sido creada el 30 de diciembre de 1996.

Posteriormente, en el año 2013, ADIF se dividió en dos tipos de actividades diferenciadas: ADIF Red Convencional y ADIF Alta Velocidad.

En la construcción de los tramos de vías de ferrocarril, se distinguen tradicionalmente dos partes:

INFRAESTRUCTURA: Se refiere a la plataforma sobre la que van apoyados los carriles y todos los elementos complementarios, como muros de contención y sostenimiento, drenajes, saneamientos, túneles, puentes, etc.

SUPERESTRUCTURA: Comprende la vía propiamente dicha y el conjunto de aparatos de vía e instalaciones necesarias para que los trenes puedan circular con garantías de eficacia y seguridad".

Y, en relación con los desvíos ferroviarios, la CNMC destaca que: " Los desvíos ferroviarios son aparatos de vía que permiten el desdoblamiento de las vías mediante unas piezas llamadas agujas. Entre los elementos que componen un desvío ferroviario se encuentran el cambio, los carriles de unión y los cruzamientos, elementos que a su vez contienen otros componentes. Por ejemplo, en el caso del cambio se encuentran diversos elementos como el cerrojo, la aguja, la contraguja, la placa resbaladera, etc.

Además de estos aparatos de vía, existe una larga serie de elementos de protección y complementarios, entre los que se encuentran los aparatos de dilatación, que son necesarios para asegurar el buen funcionamiento del sistema.

El diseño y fabricación de los desvíos ferroviarios ha sido realizado en función de la velocidad de circulación. De tal manera que se puede hacer una clasificación entre desvíos convencionales, aptos para velocidades máximas de hasta 200 km/h, y desvíos de alta velocidad, aptos para velocidades máximas de hasta 350 km/h.

En el caso de los desvíos de alta velocidad, se ha producido una evolución tecnológica que ha permitido a su vez una evolución de los desvíos. De tal manera que 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 anteriormente, los únicos que han sido fabricados a partir de una tecnología íntegramente concebida por las empresas españolas del sector son los desvíos AV4, mientras que en el resto de los casos la mayor parte de la tecnología utilizada en la fabricación de los componentes que forman los desvíos era de origen alemán (BWG Butzbacher Weichenbau GmbH), o francés (COGIFER).

La evolución señalada de los desvíos ferroviarios de alta velocidad no ha implicado que los desvíos convencionales hayan desaparecido de las licitaciones de ADIF, sino que han convivido los dos tipos de desvíos. Los convencionales no sólo están presentes en líneas convencionales, sino también en concursos de líneas de alta velocidad convocados por ADIF, como por ejemplo en la línea de alta velocidad a Levante, donde se licitaron desvíos convencionales para el nuevo acceso ferroviario de esa línea en el año 2010. "

La CNMC limita el ámbito geográfico al territorio español. Y refiere una serie de consideraciones sobre la estructura del mercado que destacamos porque tienen, como luego veremos, una clara proyección en la calificación de las conductas. En este sentido, la resolución destaca como particularidad de dicha estructura que, desde el lado de la oferta de desvíos ferroviarios y otros elementos complementarios como los aparatos de dilatación, se caracteriza por la existencia de un grupo reducido de empresas que los fabrican y comercializan en España, aludiendo en concreto a la entidad aquí recurrente, FELGUERA (actualmente DF RAIL), así como a JEZ, AMURRIO y TALLERES ALEGRÍA, quienes desde hace años fabricaban los denominados desvíos convencionales. En cuanto a los desvíos de alta velocidad AV1, AV2 y AV3, la resolución sancionadora pone de manifiesto que las empresas AMURRIO, ALEGRÍA y JEZ los han fabricado utilizando fundamentalmente tecnología alemana y francesa, mientras que FELGUERA desarrolló un prototipo de desvío de alta velocidad que presentó a ADIF en 2008, y que esta no llegó a homologar. También destaca la CNMC que, en el caso del desvío AV4, la tecnología es íntegramente española, desarrollada por las cuatro empresas citadas -AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA-.

Y desde el lado de la demanda, esta se reduciría en España a pocas entidades dedicadas a la construcción y administración de infraestructuras ferroviarias, fundamentalmente ADIF, por lo que el volumen de demanda depende, dice la CNMC, de decisiones políticas acerca de los planes de construcción y renovación de las infraestructuras ferroviarias.

En particular, refiere la resolución que, a través de expedientes de licitación, ADIF ha contratado este tipo de material ferroviario con las citadas cuatro empresas, optando por separar la contratación del suministro de desvíos ferroviarios de modo que no los incluye en los contratos de obras o mantenimiento en cuyo ámbito se deben utilizar. Ello explicaría que ADIF convoque periódicamente licitaciones para el aprovisionamiento de dichos estos desvíos.

Y en ese mercado de producto es donde la CNMC ha entendido que las empresas Amurrio Ferrocarril y Equipos, S.A., Duro Felguera Rail, S.A.U. (sucesora de Felguera Melt, S.A.), Jez Sistemas Ferroviarios, S.L. y Talleres Alegría, S.A., han adoptado acuerdos prohibidos en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE consistentes en el reparto de mercado, en la fijación de precios y otras condiciones comerciales, así como en el intercambio de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios en los procedimientos de contratación convocados por GIF/ADIF. Acuerdos anticompetitivos que se han calificado como infracción única y continuada tipificada como muy grave en el artículo 62.4.a) de la LDC. Y ello porque según refiere la CNMC "este conjunto de prácticas anticompetitivas ha respondido a una estrategia global que ha tenido un mismo objeto y efecto restrictivo, distorsionar la competencia efectiva en el mercado de desvíos ferroviarios y elementos complementarios en España". En este sentido, la CNMC considera que "las empresas AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA, FELGUERA y DF RAIL, optaron sin justificación y de manera recurrente por presentar ofertas conjuntas en forma de UTE en las licitaciones de GIF/ADIF relacionadas con los desvíos ferroviarios y elementos complementarios, y en los pocos casos en los que ofertaron de forma individual, llegaron a acuerdos sobre la forma de ofertar y el reparto de los trabajos a realizar, con el objetivo evidente de no competir en las licitaciones, repartos que incluso en varios casos se realizaron antes de las licitaciones. Estos acuerdos y prácticas concertadas habrían tenido lugar, según consta en la Propuesta de Resolución, desde el 1 de julio de 1999 hasta al menos la realización de las inspecciones en las sedes de estas empresas el 7 de octubre de 2014, si bien la incorporación de FELGUERA y DF RAIL a estos acuerdos anticompetitivos se produce con posterioridad



a los realizados inicialmente por AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA. En este sentido, la incorporación de FELGUERA y su sucesora DF RAIL a los acuerdos y prácticas concertadas se produce por lo menos a partir del 29 de junio de 2007, en el caso de los desvíos convencionales, y a partir de 2011 en el caso de los desvíos de alta velocidad. Según la Dirección de Competencia, las conductas colusorias han tenido como consecuencia que los precios ofertados en los expedientes de licitación convocados por GIF/ADIF hayan sido más altos de los que hubiesen existido de haber habido competencia, dañando en consecuencia el interés público. Prueba de ello es que, desde enero de 2005 hasta octubre de 2014, tres de las cuatro bajas superiores al 1% se producen precisamente cuando ADIF promueve una mayor competencia al comunicar a las empresas que no quiere más ofertas conjuntas".

En el caso examinado, se imputa también responsabilidad a los directivos de dichas empresas y a quienes se les sanciona en aplicación de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la LDC por su participación directa en el diseño e implementación de los acuerdos o prácticas concertadas entre las citadas empresas.

SEGUNDO. La CNMC en la resolución recurrida efectúa un relato sobre los hechos que, a su juicio, permiten acreditar que las cuatro empresas sancionadas actuaron de forma conjunta presentando ofertas conjuntas en forma de UTE para no competir entre sí en las licitaciones convocadas por GIF/ADIF relacionadas con la contratación de las infraestructuras ferroviarias. La CNMC distingue en este sentido tres grupos: los contratos adjudicados por GIF desde 1999 hasta 2004; los contratos adjudicados por ADIF desde 2005 hasta 2009; y los contratos adjudicados por ADIF desde 2010 hasta octubre de 2014.

1. En relación con los contratos adjudicados por GIF desde 1999 hasta 2004, la CNMC realiza las siguientes consideraciones.

Hasta la creación de ADIF en enero de 2005, era GIF quien convocaba y adjudicaba los expedientes de contratación de desvíos ferroviarios convencionales y de alta velocidad y demás aparatos de vía. Se licitaron veinte expedientes de contratación de los cuales la UTE AJA (formada por AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) resultó adjudicataria de trece, siendo así que los restantes siete expedientes de contratación que no fueron adjudicados a dicha UTE fueron declarados desiertos (dos licitaciones) o correspondieron a la empresa ALEGRÍA (cinco licitaciones) al tratarse de expedientes referidos a aparatos de dilatación.

La resolución describe el origen y la constitución de la UTE AJA indicando que representantes de las empresas AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA, junto con responsables de GIF/AVE y TIFSA (Tecnología e Investigación Ferroviaria, S.A.), se reunieron el 26 de mayo de 1999 y en dicha reunión fue GIF quien propuso formar una UTE a las empresas AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA. Posteriormente, representantes de las tres empresas se reunieron en Madrid el 1 de julio de 1999 y adoptaron la decisión de constituir una UTE (folio 532 del expediente administrativo). Es también destacable, en el proceso de formación de la voluntad de concurrir en UTE a las licitaciones convocadas por GIF, lo acordado en la reunión mantenida por las tres empresas el 26 de octubre de 1999 en la cual, al final del acta, se dice que "Se encuentra en proceso de formación la UTE que con el nombre de AJA vamos a constituir con Amurrio y Jez para el suministro de desvíos de alta velocidad...".

Una vez adoptada la decisión de crear una UTE, firmaron el acuerdo de constitución el 17 de marzo de 2000, concurriendo bajo esta estructura organizativa en el concurso convocado por GIF referido al Contrato de Suministro y Transporte de Desvíos Ferroviarios de Alta Velocidad para la línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa, Tramo: Zaragoza-Lleida (Puente de Ebro-Lleida), expediente licitado el 4 de febrero de 2000. Acordando con fecha 15 de febrero de 2001 una fórmula similar para concurrir al expediente de la línea Segovia-Medina del Campo, Tramo Olmedo-Medina del Campo; y extendiendo finalmente la concurrencia como UTE en los expedientes que fue convocando posteriormente GIF y más tarde, y bajo una fórmula similar, ADIF.

Precisamente, la CNMC apoya la comisión de la infracción destacando que en ese período las tres empresas optaron por no competir entre ellas y se presentaron en forma de UTE a todos los expedientes de contratación de desvíos ferroviarios convocados por procedimiento abierto o por procedimiento negociado sin publicidad cuya licitación previa había quedado desierta. Y describe además los contactos acreditados que en este período hubo entre las tres empresas.

2. En relación con los contratos adjudicados por ADIF desde enero de 2005 hasta diciembre de 2009, la CNMC señala que ADIF licitó quince expedientes de contratación de desvíos ferroviarios y otros aparatos complementarios, y la UTE AJA resultó adjudicataria de nueve de ellos, mientras que los seis restantes fueron adjudicados a la empresa ALEGRÍA (cuatro licitaciones) y a dos UTEs alternativas formadas por las mismas empresas imputadas AMURRIO, FELGUERA, JEZ y ALEGRÍA en septiembre de 2007 y AMURRIO y ALEGRÍA en septiembre de 2008.

En relación a este período la resolución impugnada detalla también los encuentros, reuniones e intercambios de información que precedieron a las adjudicaciones, así como la posición de FELGUERA -posteriormente



absorbida por DF RAIL- quien se habría presentado inicialmente como competidora en 2005 y que concurrió en UTE con las otras tres empresas por primera vez en la licitación de 29 de junio de 2007.

3. En relación con los contratos adjudicados por ADIF desde enero de 2010 hasta el 31 de octubre de 2014, la CNMC señala que son diecisiete expedientes de contratación que fueron adjudicados en ocho ocasiones a la UTE formada por las cuatro empresas, en otras cinco a la UTE AJA, y los restantes cuatro contratos correspondieron a las empresas AMURRIO (tres licitaciones) y JEZ (una licitación).

La resolución impugnada en relación con este periodo destaca la intervención *"cada vez más importante de FELGUERA en los acuerdos para formar UTE entre las cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA)"*.

También se refiere a las tensiones producidas entre las empresas que formaban la UTE AJA; al hecho de que las mismas *"... eran conscientes de que no estaban actuando correctamente"*, con referencia a los correos que evidenciarían esa percepción; y, especialmente, pone de manifiesto el cambio de actitud de ADIF que optaría desde entonces por las ofertas individuales hasta el punto de que, a partir de 2014, *"... comunica a las cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRIA y FELGUERA) que tienen que dejar de presentar ofertas en UTE"*, lo que habría propiciado una nueva estrategia entre las empresas que se recoge también en la resolución sancionadora.

Por ello, la CNMC concluye que las empresas AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA, FELGUERA y DF RAIL optaron *"... sin justificación y de manera recurrente por presentar ofertas conjuntas en forma de UTE en las licitaciones de GIF/ADIF relacionadas con los desvíos ferroviarios y elementos complementarios, y en los pocos casos en los que ofertaron de forma individual, llegaron a acuerdos sobre la forma de ofertar y el reparto de los trabajos a realizar, con el objetivo evidente de no competir en las licitaciones, repartos que incluso en varios casos se realizaron antes de las licitaciones"*.

TERCERO. La mercantil recurrente solicita la nulidad de la resolución sancionadora y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

Básicamente apoya su defensa señalando que no fue anticompetitiva la intención de las empresas sancionadas de presentar ofertas conjuntas en forma de UTE a las licitaciones convocadas por GIF/ADIF relacionadas con los desvíos ferroviarios así como con otras infraestructuras ferroviarias. Y justifica esa forma de actuación de las cuatro empresas en forma de UTE aludiendo a la complejidad del mercado, así como a la complejidad de las exigencias tecnológicas y de producción que se requerían ya que, en realidad, se trataba de un proyecto único como era el de dotar a España de una red de Alta Velocidad y de cómo lograr, como resultado final, una tecnología propia de alta calidad y competitiva y no dependiente de empresas extranjeras.

En esta misma línea sostiene que, la concurrencia en UTE a tales licitaciones se justificaba por la carencia de capacidad tecnológica de cualquiera de las empresas afectadas consideradas individualmente. Afirma que los recursos tecnológicos necesarios habían sido licenciados, con intervención directa de la Administración ferroviaria, a favor de la UTE de manera que DF RAIL no podía disponer para sí y de modo individual de una tecnología porque había sido licenciada a favor del consorcio con carácter de exclusiva y con una expresa prohibición de sublicencia. Posteriormente (a partir del año 2010), la tecnología requerida en las licitaciones de los nuevos desvíos (el denominado AV 4) implicaba la disponibilidad de recursos tecnológicos de los que solo tenía alguna patente, no pudiendo disponer del resto que eran necesarias, por lo que se vio obligada -siguiendo las instrucciones de ADIF- a concurrir también en UTE con los titulares de esas otras patentes.

De igual manera, señala que la UTE constituida y en la que participó DF RAIL se justificó en el hecho de que individualmente considerada, y al igual que el resto de las empresas afectadas, no disponía de la capacidad económica que venía exigida por los pliegos en cada una de las licitaciones.

La recurrente apoya sus afirmaciones relativas a su falta de capacidad productiva, su capacidad tecnológica y su capacidad económica en las conclusiones recogidas en los informes periciales aportados en este proceso como prueba: (i) varios informes emitidos en relación a los contratos de suministro y transporte de desvíos ferroviarios respecto de distintos tramos de la construcción de la red ferroviaria emitido por el Catedrático del Área de Ingeniería e Infraestructuras de los Transportes de la Universidad de A Coruña, D. Florentino ; (ii) informe económico emitido por la consultora Global Economics titulado *"Análisis de la participación de Duro Felguera en los concursos de ADIF de licitación de material ferroviario en infraestructuras convencionales"*.

De todo ello, la recurrente concluye que la UTE así constituida no puede calificarse como anticompetitiva ya que fue la única forma posible que permitió la fabricación y suministro de los desvíos ferroviarios y otras infraestructuras demandados por GIF/ADIF. De tal manera que, a su juicio, la concurrencia en UTE era el único modo de poder atender a la demanda del producto lo que, además, ha permitido obtener una tecnología propia en España y un importantísimo abaratamiento de costes.



De forma subsidiaria, discrepa de los criterios que la CNMC ha tenido en cuenta para cuantificar la sanción que entiende es desproporcionada.

CUARTO. Centrado el objeto de debate debemos analizar si efectivamente las empresas sancionadas adoptaron acuerdos anticompetitivos consistentes en el reparto del mercado, en la fijación de precios y otras condiciones comerciales, así como en el intercambio de información comercial sensible en relación con las licitaciones convocadas por GIF/ADIF en relación con la contratación de los desvíos ferroviarios y otras infraestructuras. O, si, por el contrario, esa actuación conjunta de las cuatro empresas sancionadas en virtud de acuerdos adoptados en el seno de la UTE constituida puede estar justificada dadas las peculiaridades productivas y económicas del mercado de producto afectado en que las empresas sancionadas actuaban.

Lo cual nos lleva a analizar si, en este caso concreto, la constitución de la UTE, así como la actuación en UTE de las empresas incoadas, era válida y conforme a las reglas de la competencia. Es esta una cuestión esencial dada la importancia que en la operativa de participación en las licitaciones ha tenido la utilización de la Unión Temporal de Empresas, lo que aparece destacado en la resolución misma al advertir que la mayoría de las adjudicaciones se hizo bajo esta forma de participación.

Así, la CNMC, refiere que *"El principal modus operandi de las empresas para llevar a cabo las conductas descritas, al menos, esos 15 años, ha consistido, como ya se ha seindicado, en asociarse con carácter permanente a través de la creación de una UTE para concurrir de manera conjunta a la práctica totalidad de los contratos que se han convocado y adjudicado en el mercado de referencia por parte de GIF y ADIF. Con ello, han conseguido eliminar cualquier atisbo de competencia a la hora de concurrir a las licitaciones públicas ofertadas por las entidades de gestión de infraestructuras y que es, la principal fuente de negocio de estas empresas en este mercado. De los 50 contratos adjudicados por GIF/ADIF en el periodo investigado (1999 a 2014), 37 (el 74%) de ellos han sido adjudicados a la UTE"*, negando que pudiera haber una justificación objetiva económico-financiera, tecnológica o de falta de capacidad para atender las exigencias de las licitaciones convocadas que pudiera hacer necesario que las empresas tuvieran que concurrir de manera conjunta a las mismas.

Por el contrario, la mercantil recurrente DF RAIL sostiene que resultaba indispensable la concurrencia en UTE para poder participar en las licitaciones de desvíos ferroviarios y otras infraestructuras convocadas por GIF/ADIF, y afirma que no hay restricción de la competencia en la constitución de la UTE ni en la actuación a través de la UTE para la concurrencia a las licitaciones cuando, como aquí dice que ocurre, las empresas integrantes de la UTE *"carecieran de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual"*.

En el análisis de esta cuestión que es esencial en el resultado final de este recurso, esta Sala considera oportuno destacar cual era la tecnología que se exigía en la construcción de los desvíos ferroviarios en la línea de alta velocidad en los años iniciales que se han sancionado. Y no cabe duda pues así resulta del expediente administrativo que, dado el estado de la técnica ferroviaria en nuestro país en esas fechas, así como las necesidades de producción que suponía tal proyecto constructivo, fue el propio GIF quien promovió una colaboración entre los fabricantes españoles dado que cualquiera de ellos, aisladamente considerado, no tenía la necesaria capacidad productiva y carecía de la capacidad tecnológica necesaria para poder afrontar tal proyecto. En este sentido consta en los folios 530 y 531 del expediente administrativo que, en 1999, GIF decidió que los tres únicos fabricantes de desvíos ferroviarios existentes en España en ese momento -TALLERES ALEGRÍA, JEZ y AMURRIO- debían fabricar conjuntamente en España los desvíos para las nuevas líneas de alta velocidad Madrid-Lleida y Madrid-Barcelona utilizando para ello las dos únicas tecnologías existentes en ese momento, la alemana y la francesa, pues los fabricantes españoles no tenían tecnología propia. También se pone de relieve en la propia resolución impugnada que esa exigencia se repetiría posteriormente, pues ADIF impuso en 2010 a los fabricantes *"... la constitución de una UTE, esta vez entre cuatro empresas, al requerir para la fabricación del AV4 -denominado "Desvío ADIF de Alta Velocidad" en el Documento de Cesión que obra en los folios 1883 y 1884- la participación también de DURO FELGUERA junto a los tres fabricantes que habían participado en el desarrollo y fabricación del AV1"*. Lo que estaría corroborado por las notas de una reunión entre TALLERES ALEGRÍA, JEZ y AMURRIO celebrada el 1 de marzo de 2011 y que obra al folio 722 del expediente, en el que se habría planteado la integración de DURO FELGUERA impuesta por ADIF - *"ADIF quiere una UTE a 4 empresas al 25%"*.

Con esos datos, la recurrente insiste en que la constitución de la UTE entre los fabricantes de desvíos ferroviarios era indispensable para suministrar al GIF/ADIF en las cantidades y plazos que requería puesto que ningún fabricante español disponía de la tecnología necesaria para fabricar los desvíos de alta velocidad exigidos, ni contaba con la capacidad de producción necesaria para suministrar las cantidades requeridas en los plazos que imponía. Y, a su juicio, esta circunstancia habría sido suficientemente acreditada, sin que la prueba aportada al efecto hubiera sido rebatida en la resolución impugnada.



QUINTO . El análisis de esta cuestión exige partir del hecho de que las UTEs no suponen en sí mismas una restricción de la competencia y pueden, por el contrario, contribuir a asegurar está, especialmente en los procesos de licitaciones en los que, de no acudir a dicha forma de colaboración, algunas empresas no podrían participar en los mismos.

Así lo reconoce la misma CNMC al afirmar que la utilización de UTE o de AIE para participar en procedimientos de licitación puede tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de PYMES que pongan en común recursos complementarios.

Las UTEs se rigen por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, cuyo artículo 2 revela ya la preocupación del legislador por la incidencia que la actividad de estas formas organizativas puede tener en materia fiscal y de defensa de la competencia, por lo que previene que tanto las UTEs como las Agrupaciones de Empresas deben estar sometidas a vigilancia permanente por parte de las autoridades de ambos ámbitos: *"Las actividades y repercusiones económicas de las Agrupaciones de Empresas y Uniones Temporales de Empresas serán objeto de especial vigilancia por el Ministerio de Hacienda, para constatar si su actividad se ha dedicado exclusivamente al cumplimiento del objeto para el que fueran constituidas. El cumplimiento de esta función se realizará por la Inspección Financiera Tributaria, sin perjuicio, y con independencia de la aplicación por los Organismos o Tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia"*.

La 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, es ejemplo también de dicha prevención frente a la posible utilización de la UTE para encubrir prácticas anticompetitivas, y así establece en su artículo 69.2 que *"Cuando 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 concurren agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas. Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos"*.

De acuerdo con esta caracterización, en la Sentencia de 30 de julio de 2018, recurso núm. 566/016, ya decíamos que la UTE implica un sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, sin que esta colaboración tenga personalidad jurídica. También en la de 15 de octubre de 2012, F.J. 5º, advertíamos que *" la creación de UTEs en sí mismas no constituyen un acuerdo anticompetitivo y los acuerdos para su formación deben analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se producen"*.

Para examinar las posibles restricciones a la competencia generadas por la concurrencia bajo el sistema de colaboración que suponen las UTEs debemos partir de lo establecido en el párrafo 237 de la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 14 de enero de 2011), según el cual, *"Por lo general no es probable que 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 (...)"*.

Y la explicación que incorpora la propia Comunicación es particularmente esclarecedora al añadir en este mismo apartado que *"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"*.

Apunta de este modo, como criterio determinante para enjuiciar el alcance anticompetitivo de la UTE, el de su necesidad objetiva o la indispensabilidad de esta forma organizativa de modo que, si la intervención de varias empresas bajo una UTE es necesaria, objetivamente, para que puedan participar en una licitación -por exigirlo así razones económicas, geográficas, técnicas o de otra índole-, se entiende que los acuerdos que puedan adoptar encaminados a tomar parte en la misma no resultan anticompetitivos, y ello por el hecho de que las empresas no son competidoras entre sí, pues no podrían concurrir de manera individual.

Acerca de la aplicación y de la incidencia que sobre la participación de UTEs en procedimientos de licitación tiene la Comunicación sobre acuerdos de cooperación horizontal se ha pronunciado el Tribunal Supremo en



sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso núm. 1363/2020, que recopila y sistematiza la doctrina del Tribunal de Justicia sobre esta materia. Razona dicha sentencia, en cuanto a la referida Comunicación, que "... es oportuno reiterar aquí lo señalado por esta Sala en la ya citada sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), seguida luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices. Como señalábamos en aquellas ocasiones, las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales. Así lo destacan las STJUE de 14 de junio de 2011, Pfleiderer (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 21; en un sentido similar también la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión (C-520/09 P, Rec. p. I-8901 apartado 88), conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta. Ahora bien, tales directrices, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia. Podemos, por tanto, referir que el artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que hemos transcrito con anterioridad (antiguo artículo 81.3 TCE) debe interpretarse en el sentido de que contiene una excepción a lo establecido en los dos apartados anteriores; y sobre el significado y alcance de tal excepción existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial del TJUE de la que hicimos reseña en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, FF.JJ. 8º y 9º) a la que antes nos hemos referido. Siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Justicia, en esa sentencia citada de 17 de septiembre de 2018 señalábamos (F.J. 8º) que, a efectos de determinar la adecuación o disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exime de la prohibición establecida en el artículo 101.1, es necesario que se cumplan acumulativamente los cuatro requisitos anotados, a saber: 1º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate".

Además, el Tribunal Supremo aborda la cuestión de a quien corresponde justificar la concurrencia de los requisitos que autorizan la aplicación del artículo 81.3 -101.3 del Tratado-, y se remite en esto a la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P). En dicha sentencia el Tribunal de Justicia hace las consideraciones siguientes:

"78. ; La Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia aplicó erróneamente la jurisprudencia relativa al reparto de la carga de la prueba y al grado de prueba exigido en el marco del artículo 81 CE, apartado 3. Censura el apartado 242 de la sentencia recurrida, así como los apartados 269 y 303 de dicha sentencia, que remiten a la jurisprudencia, a los criterios y a los principios aplicables al control de las concentraciones. Ahora bien, a su juicio, no existe ninguna analogía entre el examen de los efectos contrarios a la competencia de una concentración y el de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 3.

79. A diferencia de los asuntos sobre concentraciones en los que, según la Comisión, las partes notificantes no soportan ninguna carga de la prueba particular, es reiterada jurisprudencia que, en el contexto de la referida disposición, corresponde a las empresas interesadas presentar a la Comisión pruebas que demuestren que el acuerdo cumple los requisitos establecidos por dicha disposición. La Comisión invoca, para fundamentar su demostración, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión (56/64 y 58/64, Rec. p. 429), así como de 17 de septiembre de 1985, Ford-Werke y Ford of Europe/Comisión (25/84 y 26/84, Rec. p. 2725). (...)

82. Es necesario señalar, por un lado, que, en los apartados 233 a 236 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia recordó la jurisprudencia, los principios y los criterios que rigen la carga de la prueba y el grado de prueba exigido en lo que respecta a la petición de exención con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3. Puso de manifiesto, acertadamente, que corresponde a quien invoca dicha disposición demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren los requisitos exigidos para obtener una exención (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 45).

83. Por tanto, la carga de la prueba incumbe a la empresa que solicita que se le aplique la exención con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3. Sin embargo, los elementos de hecho que invoca dicha empresa pueden obligar a la otra parte a dar una explicación o una justificación sin la cual es posible concluir que se ha satisfecho la carga de la prueba (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 279)".

El Tribunal Supremo transcribe además el siguiente párrafo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de enero de 2004 (asunto T-67/01): "Compete a la empresa solicitante aportar todos los elementos acreditativos necesarios para demostrar la justificación económica de una exención y demostrar que satisface



cada uno de los cuatro requisitos exigidos por el artículo 81 CE , apartado 3, que tienen carácter cumulativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, antes citada, apartados 52 y 61, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1992, Publishers Association/Comisión, T-66/89 , Rec. p. II-1995, apartado 69). Asimismo, corresponde a esta empresa demostrar que las restricciones causadas a la competencia cumplen los objetivos que persigue el artículo 81 CE , apartado 3, y que estos últimos no pueden alcanzarse sin dichas restricciones (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, Compagnie générale maritime y otros/Comisión, T-86/95 , Rec. p. II-1011, apartado 381)".

Y recuerda, en esa misma línea, que la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal señala en su apartado 48 que cuando en un caso concreto se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia a efectos del artículo 101.1 del Tratado, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3, añadiendo la misma Comunicación, con cita del artículo 2 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (hoy artículos 101 y 102 del TFUE), que « (...) la carga de la prueba de los dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es».

También en igual sentido reitera la cita de la antes mencionada sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 que, en su párrafo 92, declara que para que un acuerdo pueda quedar exento con arreglo al artículo 81.3 TCE (hoy 101.3 del TFUE) es necesario que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, contribución que no puede identificarse con todas las ventajas que las empresas que participan en dicho acuerdo obtienen del acuerdo en relación con su actividad "... sino con ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia Consten y Grundig/Comisión, antes citada, pp. 502 y 503)".

Finalmente, el Tribunal Supremo identifica la cuestión sobre la cual debía pronunciarse con el objeto de la formación de jurisprudencia, que sería la de "... determinar en qué supuestos cabe considerar que un acuerdo de asociación entre competidores, para participar en un concurso público, constituye una práctica restrictiva de la competencia por el objeto o por sus efectos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en consonancia con lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , y acerca de delimitar cuáles son los factores de naturaleza económica o jurídica que debe tomar en consideración la autoridad de competencia". A lo que añade que "También tiene por objeto precisar el alcance del artículo 1.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , a los efectos de delimitar cuáles son los presupuestos y requisitos exigibles para aplicar la excepción contenida en dicho precepto legal, en relación con los acuerdos de cooperación horizontal, entre empresas competidoras, formalizados a través de la constitución de una Unión Temporal de Empresas creada ad hoc para participar en licitaciones públicas. Más concretamente, en los términos que refiere el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 de octubre de 2020, la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en interpretar los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE , en consonancia con lo establecido en las Directrices Horizontales de la Comisión Europea, a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la excepción contenida en los citados preceptos en relación con acuerdos de cooperación horizontal y, más concretamente, en relación con la creación de UTEs para participar en licitaciones de concursos públicos".

No obstante, y atendidos los términos en que se planteaba la controversia que analiza el Tribunal Supremo, concluye lo siguiente: "Ahora bien, es obligado señalar que en el presente recurso de casación -igual que en el proceso de instancia- no ha existido en realidad controversia sobre la interpretación que debe darse a los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.3 TFUE , ni sobre la jurisprudencia que los interpreta y aplica. Más bien al contrario, la sentencia recurrida en casación hace diversas referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo en relación con tales preceptos, sin que los recurrentes en casación hayan manifestado discrepancias con las nociones y categorías jurídicas a que se refiere la sentencia. Donde las recurrentes discrepan de la sentencia recurrida es en la valoración que en ella se hace de los datos y elementos de prueba disponibles, y, en definitiva, en la delimitación de las circunstancias fácticas concurrentes en el caso concreto que se examina..."

Por ello, y en cuanto a la formación de doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, declara que "Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala considera que, puesto que no existen cuestiones jurídicas a dilucidar; y dado que las



cuestiones de hecho quedan excluidas del recurso de casación (artículo 87 bis.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), no siendo revisable en casación la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, no resulta necesario modificar, completar ni matizar la jurisprudencia que hemos dejado reseñada en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia".

Todo lo cual evidencia, en definitiva, la necesidad de realizar un análisis en cada supuesto que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes, no solo de las empresas que participan en la licitación, sino de las condiciones de esta en la medida en que puedan determinar la necesidad objetiva o indispensabilidad de concurrir en una UTE.

SEXTO. Vista la anterior doctrina jurisprudencial, debemos ahora analizar si fue válida la intervención de la empresa ahora recurrente en forma de UTE, junto con las otras tres empresas también sancionadas, en las licitaciones de GIF/ADIF y para ello debemos determinar si existía una necesidad objetiva de concurrir bajo este sistema de colaboración entre empresas, tal y como las conceptúa el artículo 7. Uno de la Ley 18/1982, de 26 de mayo. Y, además, si esa necesidad ha sido justificada suficientemente por la parte actora sobre la cual pesa la carga de hacerlo.

En primer lugar, ha de decirse que resulta indiscutible a la vista de la documentación que integra el expediente administrativo que fueron GIF, primero, y después ADIF, quienes propiciaron la presentación conjunta de las empresas sancionadas a las licitaciones convocadas relacionadas con los desvíos ferroviarios. Así resulta, respecto de GIF, de la reunión documentada al folio 530 del expediente, celebrada el 26 de mayo de 1999, y en la que el representante de AMURRIO transcribe que *"nos proponen formar una UTE entre las tres empresas y adjudicarnos inicialmente estos prototipos..."*.

También al folio 1878 se recogen anotaciones manuscritas tomadas por el representante de la entidad AMURRIO en una reunión que tuvo lugar el 1 de junio de 1999 en Viena, y que probarían que el GIF comunicó a los fabricantes la necesidad de llegar a un acuerdo para la fabricación de los desvíos de alta velocidad para las líneas Madrid-Lleida y Madrid-Barcelona. El contenido de dichas anotaciones es muy expresivo de las instrucciones recibidas, en especial en cuanto al cumplimiento del plazo, para el que habrían de llegar las empresas a un acuerdo al que se les conminaba expresamente, reflejando de manera literal que *"... La reunión de mañana es para tomar compromiso entre todos en este sentido o en el otro. En menos de un año hay que suministrar todos los desvíos del primer tramo. [...] Tiene que haber garantía de suministro (plazo y precio) ..."*.

La prueba de que después ADIF impuso también la constitución de una UTE, incorporando en este caso a la cuarta empresa, DURO FELGUERA, para la fabricación del AV4, se encuentra en las anotaciones relativas a una reunión entre TALLERES ALEGRÍA, JEZ y AMURRIO el 1 de marzo de 2011, obrante al folio 722 del expediente, y en las que se indicaba que *"ADIF quiere una UTE a 4 empresas al 25%"*.

Particular relevancia debe atribuirse al hecho de que DURO FELGUERA había de aportar elementos requeridos por ADIF de los que las demás empresas carecían, evidenciando con ello la necesidad objetiva de participación en UTE. En los folios 485 a 490 del expediente administrativo se deduce el compromiso de constitución de UTE suscrito en 2012 entre los cuatro fabricantes en el que se indicaba que para participar en los próximos concursos de desvíos ferroviarios para líneas de alta velocidad del tipo AV4 *"es necesario combinar las diferentes tecnologías de las cuales son propietarias las distintas empresas firmantes"*.

Por lo demás, la resolución misma no cuestiona el hecho de que la utilización de las UTEs fuera promovida por GIF/ADIF, pero tampoco hace consideración alguna acerca de que ello pudiera resultar irrelevante para la calificación de las conductas.

En opinión de esta Sala, que sea la entidad pública la que inste al acuerdo entre licitadores, o les requiera, incluso, como sucedió aquí, a que concurren específicamente en una UTE, si bien no enerva la eventual ilicitud de todos los acuerdos a que puedan llegar las empresas que participan bajo este sistema de colaboración, sí constituye una circunstancia a valorar en cuanto a la prueba de la necesidad objetiva de la UTE que, sin duda, ha de tenerse en cuenta. Además, los informes periciales aportados por la recurrente inciden en esa necesidad objetiva o indispensabilidad de concurrir conjuntamente.

En los informes periciales emitidos por D. Florentino, Catedrático del Área de Ingeniería e Infraestructuras de los Transportes de la Universidad de A Coruña, señala que los desvíos ferroviarios son productos con exigencias técnicas muy rigurosas por razones de seguridad y de confort en el viajero lo cual exige a los fabricantes una cualificación especial. En la fase de ratificación el citado perito explicó que había razones técnicas que justificaban que DF RAIL hubiera concurrido en UTE a las licitaciones de desvíos de alta velocidad. En este sentido señala que se exigían tres soluciones técnicas de manera conjunta, que eran las siguientes: (i) la optimización del cambio; (ii) el cruzamiento del corazón de punta móvil con punta encastrada; y (iii) los rodillos bajo la punta del corazón. Y respecto de estos condicionantes esenciales para la presentación



de una oferta al cliente ADIF, DF RAIL disponía únicamente de la patente necesaria para los rodillos bajo la punta del corazón careciendo de la tecnología propia necesaria para fabricar por sí misma el resto de los elementos técnicos exigidos a la fecha de las distintas licitaciones. Sigue diciendo que cuando ADIF exige una optimización del cambio y que, además, que dicha optimización venga avalada por experiencia en Alta Velocidad, la única experiencia que hay en el mundo es la del FAKOP y esta tecnología está patentada por BWG y Duro Felguera no tiene acceso a dicha tecnología. Y, por lo que se refiere al cruzamiento del corazón de punta móvil con punta encastrada, destaca el perito que, de nuevo, DF RAIL, no disponía de acceso a esta tecnología como requerían los Pliegos técnicos. Se trata en este caso de una tecnología francesa cuya patente pertenece a COGIFER. Y Duro Felguera no tenía, en el momento en que se produjeron estas licitaciones, acceso a esa tecnología. Insiste el perito en resaltar que DF RAIL únicamente disponía de la tecnología referida a los rodillos bajo la punta del corazón. Y, por ello, el perito concluye que la falta de capacidad técnica de DF RAIL le impedía participar de forma individual en las licitaciones convocadas por ADIF para los desvíos ferroviarios de alta velocidad.

Asimismo, la entidad DF RAIL ha aportado un informe emitido por la consultora Global Economics que analiza la capacidad económica y productiva que tenía dicha empresa para poder presentarse a las licitaciones de forma individual en los desvíos convencionales a las que, en algunas ocasiones, también se presentó en forma de UTE. Y en dicho informe se concluye que Duro Felguera no disponía de la capacidad productiva suficiente para abordar en solitario los cuatro proyectos de fabricación y provisión de aparatos de vía convencional licitados por ADIF entre 2007 y 2013 en los que Duro Felguera se presentó en consorcio con otras empresas en el seno de una UTE. En dicho informe pericial se destaca que la empresa recurrente no tenía capacidad productiva para poder acudir de forma individual a algunas de las licitaciones ya que contaba con limitaciones en sus instalaciones que restringían su capacidad para presentarse a las licitaciones de forma independiente de la UTE, pero el perito destaca que cuando no existía esa limitación en su capacidad de producción acudía a las licitaciones de forma individual. En esta línea refiere el perito que *"La fabricación y montaje de aparatos ferroviarios es un proceso que requiere una gran cantidad de espacio, por lo que la capacidad productiva de las empresas está limitada principalmente por el tamaño de sus talleres"*.

La CNMC indica que las empresas podían haber mantenido acuerdos, en su caso, bilaterales y de forma puntual en las licitaciones en las que fuera posible la participación individual de las empresas. Ha de decirse, sin embargo, que tal aseveración se basa solo en la particular apreciación de la Comisión, y carece de cualquier otro apoyo probatorio que permita suponer que podía mantenerse la viabilidad de la contratación por este sistema de alianzas bilaterales no obstante la premura de los plazos exigidos por el licitador. Teniendo en cuenta, insistimos, que la constitución de una UTE fue una exigencia de GIF, quien obtuvo las licencias de tecnología a favor de la propia UTE.

SÉPTIMO . Si la existencia de necesidades objetivas en el acuerdo de cooperación horizontal, que supone la concurrencia bajo un UTE, tiene un sólido sustento probatorio en cuanto acabamos de exponer, es importante destacar también otra cuestión de indudable relevancia para la decisión del asunto, cual es que la propia CNMC reconoce la posible validez de la UTE en relación con determinadas licitaciones, pero no en todas. Es decir, admitiría la necesidad objetiva de los acuerdos adoptados entre las empresas sancionadas, pero solo en algunos de los contratos adjudicados.

La resolución lo refleja así en diversos pasajes, como cuando manifiesta, en el fundamento de derecho cuarto, apartado 4.1.b), que *"De los 50 contratos adjudicados por GIF/ADIF en el periodo investigado (1999 a 2014), 37 (el 74%) de ellos han sido adjudicados a la UTE, sin que en la mayoría de ellos exista una justificación objetiva económico-financiera, tecnológica o de falta de capacidad para atender en plazo las demandas de GIF/ADIF, que permita considerar la necesidad de haber concurrido de manera conjunta a la licitación..."* admitiendo de este modo que en algunos estaría justificada la concurrencia en UTE. O al advertir, en el apartado 4.1.c del mismo fundamento, que *"...tanto la propia actuación de las empresas como sus volúmenes de negocio en el mercado afectado evidencian que no era necesario acudir en UTE a gran parte de los contratos licitados por GIF/ADIF"*, por lo que reconoce también aquí que en una parte de los contratos la UTE sería admisible.

Sin embargo, al razonar acerca de la comisión de una infracción consistente en acuerdos de reparto de mercado, acuerdos de fijación de precios y en el intercambio de información comercial sensible, que es la que finalmente atribuye a las incoadas, afirma con carácter general (fundamento de derecho cuarto, apartado 4.1.a) que *"las empresas han utilizado injustificadamente un medio como es la UTE con la intención de repartirse de manera ilícita y sostenida en el tiempo el mercado de suministro de desvíos ferroviarios, que ha implicado además un acuerdo de precios de licitación entre las partes y un intercambio de información estratégica entre las empresas. Son muchas las evidencias que acreditan la existencia de las conductas llevadas a cabo por las empresas. Así, en lo que se refiere al reparto del mercado, ya desde el 1999, fecha en la que se crea la UTE con el conocimiento de GIF, las partes toman 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".

Con esta calificación la CNMC prescinde de la posible validez de la utilización de la UTE en algunos de los contratos, pese a admitirla en la propia resolución, para afirmar que la concurrencia de modo conjunto obedecía, en todos los contratos por los que licitaron las empresas sancionadas, a la "decisión de eliminar la competencia".

Podría haber discriminado los casos en que existía una justificación objetiva de la concurrencia en UTE -que, insistimos, admite-, de aquellos otros en los que la participación conjunta tendría un alcance anticompetitivo, y calificar la infracción partiendo de esa distinción. Sin embargo, la calificación de las conductas, y con ello la determinación de la sanción, se hace bajo la premisa de que, en todos los casos -la resolución alude a "... todos los concursos licitados por GIF/ADIF", la intención perseguida por las empresas concertadas era eliminar la competencia, lo que resulta abiertamente contradictorio con el planteamiento de la misma resolución al admitir la licitud de algunas de las participaciones conjuntas. E incompatible con los hechos acreditados, que pondrían de manifiesto la indispensabilidad de la concurrencia conjunta en los términos que hemos expuesto.

En definitiva, la estimación del recurso resulta obligada porque la prueba obrante en el expediente administrativo y la aportada por la parte actora, en particular los informes periciales, permitirían, en una valoración conjunta, considerar acreditada la necesidad objetiva -derivada de razones tecnológicas, económicas y de capacidad productiva- de concurrir conjuntamente a las licitaciones, prueba que no habría sido desvirtuada de contrario.

Y porque la resolución califica la infracción sobre la base de la ilicitud de la concurrencia en UTE de las empresas incoadas en todas las licitaciones en que intervinieron, atribuyéndoles el propósito, también en todas ellas, de eliminar la competencia, lo que no se aviene, ni con los hechos probados, ni con los hechos admitidos en la resolución misma.

La estimación del presente recurso por el motivo expuesto hace innecesario el análisis del resto de las cuestiones planteadas por la recurrente en su escrito de demanda.

OCTAVO. La estimación del recurso conlleva que se impongan a la Administración demandada las costas procesales en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº 441/16 promovido por la Procuradora Dña. Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, en nombre y en representación de la mercantil **DURO FELGUERA RAIL, S.A.U. (DF RAIL)**, contra la resolución dictada en fecha 30 de junio de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente sancionador NUM000, Infraestructuras Ferroviarias, que le impuso una sanción de multa por importe de 1.476.614 euros. Y, en consecuencia, se anula dicha resolución por ser contraria al ordenamiento jurídico en lo que afecta a la mercantil ahora recurrente.

Se imponen a la Administración demandada las costas procesales ocasionadas en este proceso.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.