



Roj: **SAN 345/2022 - ECLI:ES:AN:2022:345**

Id Cendoj: **28079230062022100040**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/01/2022**

Nº de Recurso: **428/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000428 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05151/2016

Demandante: D. Ceferino

Procurador: D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ADIF

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

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 veintiocho de enero de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 428/16 promovido por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de **D. Ceferino**, contra la resolución de 30 de junio de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 10.450 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

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 dictase sentencia por la que "... tenga por formalizada en tiempo y forma DEMANDA en el recurso contencioso-administrativo de referencia, interpuesto por AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A. contra la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 30 de junio de 2016 en el Expediente NUM000 , Infraestructuras Ferroviarias, y, previos los trámites oportunos, dicte sentencia por la que estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta representación, declarando la nulidad o anulación de la Resolución recurrida, y la sanción impuesta en ella a Ceferino o, en todo caso, la reduzca sensiblemente".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito en el que suplicó se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 20 de octubre de 2021, en que tuvo lugar. Prolongándose la deliberación.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 30 de junio 2016 por el Consejo de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"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:

5.- D. Ceferino , por su participación en las conductas como representante de Amurrio desde febrero de 2008.

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

5.- D. Ceferino 10.450 euros

(...)".

Como antecedentes de dicha resolución pueden destacarse los siguientes:

1) Tras las actuaciones que refleja el expediente administrativo, propiciadas por el escrito presentado ante la CNMC por ADIF con fecha 29 de mayo de 2014, la Dirección de Competencia acordó el 29 de julio siguiente el inicio de una información reservada al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En el marco de dicha información realizó, con fechas 7 y 8 de octubre de 2014, inspecciones en las sedes de las empresas AMURRIO, DF RAIL, JEZ y ALEGRÍA.

2) Solicitada a ADIF, y aportada por esta, información sobre los expedientes de contratación de desvíos ferroviarios convocados por dicha entidad desde el año 2005, con fecha 2 de diciembre de 2014, y 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 LDC y en el artículo 101 del TFUE.

3) Incorporada al expediente información diversa que fue requerida a las incoadas, el 7 de septiembre de 2015 se dictó Pliego de Concreción de Hechos que se notificó a las partes a fin de que presentaran las alegaciones correspondientes. Y cerrada la fase de instrucción por acuerdo de 23 de noviembre de 2015, el 1 de diciembre siguiente el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento, que fue asimismo notificada a las partes, formulando alegaciones DURO FELGUERA RAIL, S.A.U. y DURO FELGUERA, S.A.; D. Nicanor; D. Obdulio y Don Pascual; AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.; D. Prudencio y Don Ceferino; JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L.; TALLERES ALEGRIA, S.A.; D. Sergio y D. Silvio; D. Tomás; y D. Valentín.

4) El 18 de enero de 2016 se elevó la Propuesta al Consejo, acordándose la remisión de información a la Comisión Europea conforme a lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16



de diciembre de 2002; y 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 total de cada una de ellas en 2015.

5) Aportada la referida información, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló en su reunión de 30 de junio de 2016 la resolución contra la que se dirige el recurso contencioso administrativo que dio origen al presente proceso.

SEGUNDO.- La resolución impugnada, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A. (AMURRIO) como una sociedad mercantil constituida en diciembre de 1994 y domiciliada en Amurrio (Álava) que desarrolla su actividad en el sector del diseño, creación, elaboración e instalación de aparatos de vía, así como a la fabricación de equipos para diversos sectores industriales. En cuanto a la distribución de su accionariado, alude a la existencia de dos accionistas al 50% que controlan conjuntamente la compañía: VOSSLOH COGIFER, S.A (Francia) y TALLERES DE AMURRIO, S.A. Además, señala que AMURRIO tiene una participación del 100% en la empresa MONTAJES FERROVIARIOS LLANERAS, S.L., y del 50% en BURBIOLA, S.A.

También destaca que la Dirección de Competencia amplió la incoación del procedimiento a dos personas físicas en su condición de representantes legales de la empresa o de integrantes de sus órganos directivos, y ello a los efectos de la aplicación de la sanción prevista en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio: Don Prudencio , Director General y representante legal de la empresa; y Don Ceferino , Presidente y también representante legal.

Particular relevancia tiene la delimitación del mercado de producto respecto del cual la resolución hace una serie de consideraciones previas relacionadas con la evolución del transporte ferroviario en España y, en particular, con la aparición de la alta velocidad que determinó que ADIF se dividiera en 2013 en dos tipos de actividades diferenciadas: ADIF Red Convencional y ADIF Alta Velocidad.

A partir de ello, la CNMC expone de manera sintética qué son los desvíos ferroviarios y los elementos complementarios necesarios para el buen funcionamiento del sistema.

En cuanto ahora interesa, explica que el diseño y fabricación de los desvíos ferroviarios ha sido realizado en función de la velocidad de circulación, lo que llevaría a diferenciar entre los desvíos convencionales, aptos para velocidades máximas de hasta 200 km/h, y los desvíos de alta velocidad, aptos para velocidades máximas de hasta 350 km/h.

Por tener, como veremos después, particular importancia para analizar la legalidad de la conducta de la empresa recurrente, reproducimos las consideraciones que contiene la resolución respecto de los desvíos de alta velocidad:

"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 ao 1992, al desvío AV2 de la línea Madrid-Lleida-Barcelona-Frontera francesa del ao 2000, al desvío AV3 en el ao 2006 en esta misma línea, y finalmente al desvío AV4 a partir del ao 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 CNMC limita el ámbito geográfico al territorio español. Y hace a continuación una serie de consideraciones sobre la estructura del mercado que también han de tener una clara proyección en la calificación de las conductas.

En efecto, 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, AMURRIO, así como a JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA (actualmente DF RAIL), quienes desde hace años fabricaban los denominados desvíos convencionales.

En cuanto a los desvíos de alta velocidad AV1, AV2 y AV3, 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 advierte que, en el caso del desvío AV4, la tecnología es íntegramente española, desarrollada por las cuatro empresas citadas -AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA-.



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.

TERCERO.- A continuación, la resolución recurrida incorpora un prolijo relato de hechos probados siguiendo la estructura expuesta en la propuesta de resolución, donde la Dirección de Competencia distingue tres grupos en la contratación de componentes: 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.

1- En cuanto a los primeros -contratos adjudicados por GIF, entidad que hasta la creación de ADIF en enero de 2005 convocaba y adjudicaba los expedientes de contratación de desvíos ferroviarios convencionales y de alta velocidad y demás aparatos de vía desde 1999 hasta 2004-, se licitaron veinte expedientes de contratación de los cuales la UTE AJA (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.

Hemos de referirnos a la Unión Temporal de Empresas citada por ser elemento determinante para enjuiciar la ilicitud de las conductas de las incoadas.

Así, la resolución describe la gestación de la UTE al relatar 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, tal y como se refleja al folio 532 del expediente. 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..."*.

De acuerdo con ello, y 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 de que fue convocando posteriormente GIF y más tarde, y bajo una fórmula similar, ADIF.

Destaca la CNMC 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, adoptando la UTE en cada caso el nombre de AJA. Y describe además los contactos acreditados en este período entre las tres empresas.

2- Respecto de los contratos adjudicados por ADIF desde enero de 2005 hasta diciembre de 2009, licitó quince expedientes de contratación de desvíos ferroviarios y otros aparatos complementarios, y la Unión Temporal de Empresas 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.

También con relación a este período detalla la resolución los encuentros, reuniones e intercambios de información que precedieron a las adjudicaciones, y que estarían documentados en el expediente, 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- Finalmente, y en cuanto a los contratos adjudicados por ADIF desde enero de 2010 hasta el 31 de octubre de 2014, se trata de 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).

Como hechos destacables de este período alude la resolución a 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, ALEGRA y FELGUERA) que tienen que dejar de presentar ofertas en UTE"*, lo que habría propiciado una nueva estrategia entre las empresas que también describe.

CUARTO.- Sobre la base que proporcionan los hechos probados relacionados en la resolución, la CNMC acoge finalmente la propuesta presentada por la Dirección de Competencia en el sentido de declarar *"... la existencia de una infracción única y continuada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, consistente en acuerdos o prácticas concertadas entre 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., para el reparto, 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 propuesta alcanza a la declaración de responsabilidad de los directivos de dichas empresas que cita y a quienes sanciona en aplicación de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la LDC y en el artículo 10.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por razón de su participación directa en el diseño e implementación de los acuerdos o prácticas concertadas entre las citadas empresas.

Por otra parte, supone que las prácticas anticompetitivas, que se habrían prolongado cuando menos desde el 1 de julio de 1999 hasta el 7 de octubre de 2014, responderían a una estrategia global dirigida a distorsionar la competencia efectiva en el mercado de desvíos ferroviarios y elementos complementarios en España, considerando 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"*.

Y advierte que las conductas que se atribuyen a las incoadas produjeron un incremento de los precios de adjudicación de las licitaciones respecto de los que se habrían conseguido de operar en libre competencia, con el consiguiente perjuicio para el interés público.

QUINTO.- En su demanda, el recurrente denuncia, en síntesis, la infracción por la resolución impugnada del art. 63.2 de la Ley 15/2007, al sancionarle sin concurrir los requisitos establecidos en el mismo y en todo caso, infringe el artículo 130.1 LRJAC al sancionarle sin concurrir culpa.

Expone que no es representante legal de Amurrio, pues solo ostenta el cargo de Presidente del Consejo de Administración de Amurrio y conforme a lo dispuesto en el artículo 233 TRLSC no puede ser considerado representante legal pues no era administrador único ni solidario ni consejero delegado de la sociedad.

Tampoco integra ninguno de los órganos directivos intervinientes en el acuerdo o decisión.

En segundo lugar, denuncia que la resolución recurrida infringe, a su juicio, el art. 130.1 de la LRJPAC al sancionarle sin concurrir el elemento de la culpabilidad excluido por el papel determinante del GIF/ADIF en los hechos sancionador.

Expone que las pruebas en las que se sustenta la resolución recurrida son inválidas dada la infracción por la Orden de investigación de los artículos 27 de la Ley 15/2007 y 13.3 del Reglamento y la nulidad del consentimiento otorgado por AMURRIO Y JEZ para la realización de la Inspección, infringiéndose el art. 18.2 CE.

Denuncia también que los hechos sancionados no vulneran los arts 1 de la LEY 15/2007 y 101 TFUE y, finalmente, la vulneración del art. 131 de la LRJPAC dada la desproporción de la sanción impuesta por los motivos que expone.



SEXTO.- En la sentencia dictada el 26 de enero de 2022 en el recurso 429/16 interpuesto por AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS hemos analizado la válida constitución y actuación en UTE de las empresas incoadas, cuestión esencial dada la importancia que en la operativa de participación en las licitaciones ha tenido la utilización de la Unión Temporal de Empresas.

En dicha sentencia, tras analizar la prueba obrante en el expediente administrativo y la aportada por AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, en particular el informe pericial, valorada en conjunto, hemos entendido acreditada la necesidad objetiva -derivada de razones tecnológicas y de capacidad productiva- de concurrir conjuntamente a las licitaciones.

De este modo se desmonta el fundamento de la resolución sancionadora que 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, como allí explicamos, con los hechos probados ni con los hechos admitidos en la propia resolución.

La estimación del recurso de AMURRIO EQUIPOS, conduce lógicamente a la estimación del presente interpuesto por D. Ceferino, contra la misma resolución que le sanciona al amparo del art. 63.2 de la Ley 15/2007 como directivo de la citada empresa.

SÉPTIMO.- Las costas de esta instancia habrán de ser satisfechas por la Administración demandada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de **D. Ceferino**, contra la resolución de 30 de junio de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 10.450 euros.

2.- Anular la referida resolución en cuanto a la sanción impuesta al recurrente, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de las costas a la Administración demandada.

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.