



Roj: **SAN 488/2022 - ECLI:ES:AN:2022:488**

Id Cendoj: **28079230062022100063**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **01/02/2022**

Nº de Recurso: **431/2016**

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: 0000431 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05160/2016

Demandante: D. Ezequiel

Procurador: D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLEN

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 uno de febrero de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 431/16 promovido por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y en representación de **D. Ezequiel**, 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 S/0519/14, Infraestructuras Ferroviarias, por la que se le impuso una sanción de multa por importe de 6.650 euros por la participación directa en 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 *"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 Ezequiel o, en todo caso, la reduzca sensiblemente"*.

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 20 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 D. Ezequiel 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 S/0519/14, INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS. Resolución que le impuso una sanción de multa por importe de 6.650 euros por su participación como Director General y representante legal de la empresa AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A. en 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:

1. AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A. por su participación en las conductas desde el 1 de julio de 1999 hasta el 7 de octubre de 2014. (...)

6. Ezequiel , por su participación en las conductas como representante de AMURRIO desde enero de 2008.

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

1. AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.: 1.235.507 euros.

(...)

6. Ezequiel : 6.650 euros

.

(...)".

En este caso, la CNMC ha sancionado a la mercantil, AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A., por haber realizado conductas colusorias prohibidas en el artículo 1 de la LDC, así como a D. Ezequiel al entender que, como Director General y representante legal de la mercantil AMURRIO, había participado de forma directa en el diseño e implementación de los acuerdos o prácticas concertadas adoptados entre varias empresas, AMURRIO, TALLERES ALEGRIA, JEZ y DF RAIL. Y la sanción impuesta, en este caso, a la referida persona física se ha apoyado en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Concretamente, en este aspecto, la CNMC justifica la imputación a las personas físicas indicando la existencia de *"una participación directa de varios representantes legales y personas que integran los órganos directivos de las empresas AMURRIO, JEZ, ALEGRIA y FELGUERA o DF RAIL, en el diseño e implementación de los acuerdos o prácticas concertadas entre estas empresas para el reparto, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, así como el intercambio*

de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios y otros elementos complementarios en los procedimientos de contratación convocados por ADIF".

SEGUNDO. 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".

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 contraaguja, 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 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 TALLERES ALEGRIA, JEZ, AMURRIO 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, 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"*.

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"*.

Y, en ese contexto, la CNMC ha imputado también responsabilidad a D. Ezequiel como representante de la mercantil AMURRIO y se le ha sancionado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la LDC.

TERCERO. En el escrito de demanda presentado por el recurrente, D. Ezequiel, se solicita la nulidad de la resolución sancionadora y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

Indica que no se le puede sancionar porque a su juicio (i) no concurren las circunstancias exigidas en el artículo 63.2 de la LDC toda vez que no tiene la consideración de representante legal de la mercantil AMURRIO también sancionada ni tampoco integra los órganos directivos que han intervenido en los acuerdos que la CNMC ha entendido colusorios; y (ii) la mercantil AMURRIO no ha realizado conductas colusorias que puedan sancionarse pues, a su juicio, la participación en las licitaciones convocadas por GIF/ADIF en forma de UTE con las otras tres empresas también sancionadas tenía una justificación tecnológica, económica y productiva que exigía la actuación conjunta de las empresas que formaron las UTEs.

CUARTO. Centrado el objeto de debate es esencial en este caso destacar que esta misma Sección en la sentencia dictada en el recurso contencioso administrativo nº 429/2016 ha estimado el recurso interpuesto



por la mercantil AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A. porque hemos concluido la válida constitución y actuación en UTE de las empresas sancionadas, 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 calificaba 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.

Y, la estimación del recurso interpuesto por la empresa AMURRIO con la consiguiente nulidad de la sanción impuesta porque no se ha apreciado por esta Sala que la empresa, junto con otras tres empresas, haya adoptado acuerdos colusorios prohibidos en el artículo 1 de la LDC, conduce lógicamente a la estimación del presente interpuesto por D. Ezequiel contra la misma resolución que le había sancionado al amparo del artículo 63.2 de la Ley 15/2007 como representante de la citada empresa, AMURRIO.

QUINTO. La estimación del presente 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 **431/2016** interpuesto por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén que actúa en nombre y en representación de D. Ezequiel, 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 S/0519/14, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 6.650 euros. Y, en consecuencia, se anula dicha resolución por ser contraria al ordenamiento jurídico en lo que afecta al 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.