

RESOLUCIÓN
(Expte. S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS)**SALA DE COMPETENCIA****PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep María Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 30 de junio de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado esta Resolución en el expediente S/0519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, incoado por la Dirección de Competencia contra varias empresas y directivos o representantes legales de las mismas, por supuesta infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en acuerdos o prácticas concertadas 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 el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF) y posteriormente por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF).

I.- ANTECEDENTES

1. Con fecha 29 de mayo de 2014, se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito de ADIF, en el que solicitaba informe acerca de los procedimientos de contratación realizados hasta el momento por ADIF, tanto para el aprovisionamiento de desvíos ferroviarios, como de instalación y mantenimiento de sistemas de señalización.

Entre otras cuestiones, ADIF quería saber si los procedimientos utilizados habían incluido algún tipo de práctica contraria a la competencia.

2. Con fecha 21 de junio de 2014, la Dirección de Promoción de Competencia de la CNMC remitió a la Dirección de Competencia copia de la documentación aportada por ADIF, por si esta última estimaba oportuno realizar alguna actuación al respecto (folios 1 a 15).

Junto con el escrito de ADIF, la Dirección de Promoción también remitió a la Dirección de Competencia la contestación que la Dirección de Promoción había remitido a ADIF con fecha 13 de junio de 2014 (folios 16 a 19).

3. A la vista de la información remitida por ADIF, con fecha 29 de julio de 2014, la Dirección de Competencia acordó el inicio de una información reservada, bajo la referencia S/DC/0519/14, conforme a lo previsto en el artículo 49.2 de la LDC, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que pudieran justificar la incoación de expediente sancionador (folio 20).
4. Con fecha 3 de octubre de 2014, tuvo entrada en la CNMC un escrito de ADIF con información complementaria sobre los últimos expedientes de contratación convocados hasta esa fecha por ADIF, cuyo objeto es el suministro de desvíos ferroviarios (folios 21 a 30).
5. En el marco de esta información reservada, la Dirección de Competencia realizó, con fechas 7 y 8 de octubre de 2014, inspecciones en las sedes de las empresas AMURRIO, DF RAIL, JEZ y ALEGRÍA (folios 31 a 133).
6. Con fecha 6 de noviembre de 2014, la Dirección de Competencia realizó una solicitud de información a ADIF, para que esta entidad aportara datos sobre los expedientes de contratación de desvíos ferroviarios convocados por ADIF desde el año 2005 (folios 134 a 136). Las respuestas a esta solicitud de información tuvieron entrada en la CNMC el 7 de noviembre de 2014 y el 12 de diciembre de 2014 (folios 139 a 150 y 212 a 220 respectivamente).
7. Con fecha 2 de diciembre de 2014, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, el Director de Competencia acordó la incoación de expediente sancionador contra las empresas AMURRIO, DF RAIL, FELGUERA, DURO FELGUERA, JEZ y ALEGRÍA, por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE. En el mismo acuerdo se decidió incorporar al expediente una serie de folios recabados en formato papel en las inspecciones llevadas a cabo los días 7 y 8 de octubre de 2014 (folios 151 a 153).
8. Los días 17, 19 y 22 de diciembre de 2014, tuvieron entrada en la CNMC escritos de los representantes de las empresas ALEGRÍA, AMURRIO, JEZ, DURO FELGUERA y DF RAIL, en los que solicitaban la confidencialidad de parte de la documentación en formato papel recabada en las inspecciones

llevadas a cabo los días 7 y 8 de octubre (folios 258 a 268, 280 a 283, 566 a 609, 616 a 635).

Una vez resueltas las solicitudes de confidencialidad anteriormente señaladas, la Dirección de Competencia incorporó al expediente parte de la documentación en formato papel recabada en las inspecciones llevadas a cabo los días 7 y 8 de octubre (folios 284 a 550, 650 a 737).

- 9.** Con fecha 23 de enero de 2015, tuvo entrada en la CNMC un escrito de ADIF en el que remitió información sobre los expedientes de contratación de desvíos ferroviarios y aparatos de dilatación adjudicados con fecha anterior al año 2005, así como una nota resumen sobre las incidencias que se produjeron en la ejecución del expediente correspondiente al tramo de alta velocidad Barcelona-Figueras (folios 740 a 752). Esta información fue completada por ADIF con fecha 29 de enero de 2015 (folios 753 a 755).
- 10.** Con fecha 18 de febrero de 2015, la Dirección de Competencia notificó a las empresas ALEGRÍA (folio 762), AMURRIO (folios 777 a 778), JEZ (folios 835 a 836), DF RAIL y DURO FELGUERA (folios 793 a 794), el acuerdo de incorporación de determinada documentación recabada en formato electrónico en las inspecciones llevadas a cabo los días 7 y 8 de octubre de 2014 en las sedes de las empresas ALEGRÍA, AMURRIO, JEZ y DF RAIL. En el mismo escrito se señalaba que las empresas disponían de un plazo de 10 días para solicitar la confidencialidad de la documentación que estimaran conveniente.
- 11.** En relación a las notificaciones anteriormente señaladas, las empresas ALEGRÍA con fecha 2 de marzo de 2015 (folios 849 a 850) y DF RAIL con fecha 5 de marzo de 2015 (folios 1009 a 1011), solicitaron la confidencialidad de algunos documentos recabados en formato electrónico.

Una vez resueltas las solicitudes de confidencialidad anteriormente señaladas, la Dirección de Competencia incorporó al expediente parte de la documentación en formato electrónico recabada en las inspecciones llevadas a cabo los días 7 y 8 de octubre (folios 853 a 1001, 1042 a 1508, 1510 a 1691, 1693 a 1811).
- 12.** Con fecha 8 de abril de 2015, la Dirección de Competencia realizó una solicitud de información a ADIF, para que esta entidad aportara algunas informaciones complementarias sobre expedientes de contratación de desvíos ferroviarios convocados por ADIF (folios 1816 a 1818). La contestación a esta solicitud de información tuvo entrada en la CNMC el 10 de abril de 2015 (folios 1821 a 1838).
- 13.** Con fechas 27 de mayo de 2015 y 9 de julio de 2015, tuvieron entrada en la CNMC escritos de alegaciones del representante de AMURRIO (folios 1843 a 1862) y del representante de DF RAIL (folios 1904 a 2220).
- 14.** Con fecha 5 de agosto de 2015 (folios 2223 a 2227), de conformidad con el artículo 29 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC) y a los efectos de poder aplicar lo

establecido en el artículo 63.2 de la LDC, el Director de Competencia acordó la ampliación de la incoación del expediente sancionador de referencia contra los siguientes directivos y representantes legales de las empresas incoadas: Don Jon de Lapatza Benito y Don Jesús María de Lapatza Urbiola (AMURRIO), Don Urtza Errazti Olartekoetxea y Don Juan Carlos Sánchez Jorín (JEZ), Don Alfredo Alegría Díaz y Don Ricardo García Mesa (ALEGRÍA), Don Julio Fernández García, Don Fernando López González y Don Luis Javier Ardura González (DF RAIL).

15. Con fecha 7 de septiembre de 2015, fue acordado el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue debidamente notificado a las partes a los efectos de que pudieran presentar las alegaciones que estimasen oportunas (folios 2370 a 2395).
16. Con fecha 23 de noviembre de 2015, el instructor acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento (folios 3167 a 3168).
17. Con fecha 1 de diciembre de 2015, el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento, que fue debidamente notificada a las partes (folios 3201 a 3308).
18. Han presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución, DURO FELGUERA RAIL, S.A.U. y DURO FELGUERA, S.A. (folios 3540 a 3566); Don Julio Fernández García, Don Fernando López González y Don Luis Javier Ardura González (3570 a 3581); AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A. (folios 3585 a 3618); Don Jon De Lapatza Benito y Don Jesús María De Lapatza Urbiola (folios 3675 a 3721); JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L. (folios 3791 a 3837); TALLERES ALEGRIA, S.A. (folios 3839 a 3929); Don Alfredo Alegría Díaz y Don Ricardo García Mesa (folios 4295 a 4299); Don Juan Carlos Sánchez Jorín (folios 4300 a 4311); Don Urtza Errazti Olartekoetxea (folios 4322 a 4330).
19. La propuesta de Resolución del Procedimiento fue elevada al Consejo con fecha 8 de enero de 2016.
20. Con fecha 18 de febrero de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 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 101 y 102 del TFUE. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con fecha de efectos el día 19 de febrero de 2016, hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003.

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 21 de marzo de 2016, con fecha de efectos el mismo día (folio 4468).
21. El 7 de abril de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó (folios 4497 a 4499) requerir a las empresas incoadas información sobre el

volumen de negocios total de cada una de ellas en 2015. Asimismo, en función de lo establecido en el artículo 37.1.a) de la LDC acordó la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar el presente procedimiento, surtiendo efectos la misma a partir del 12 de abril de 2016 y hasta que se aportara la información requerida o transcurriera el plazo para su aportación. Plazo que fue ampliado en 5 días hábiles.

Las respuestas de las incoadas tuvieron entrada entre el 18 y el 29 de abril y, por Acuerdo de 29 de abril de 2016 y con efectos el mismo día, se levantó la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente, lo que se notificó a las partes (folio 4561). La nueva fecha de caducidad del expediente se determinó en el 19 de julio de 2016.

22. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión de 30 de junio de 2016.

23. Son interesados en este expediente:

- AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.
- Don JON DE LAPATZA BENITO
- Don JESÚS MARÍA DE LAPATZA URBIOLA
- JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L.
- Don URTZA ERRAZTI OLARTEKOETXEA
- Don JUAN CARLOS SÁNCHEZ JORÍN
- TALLERES ALEGRÍA, S.A.
- Don ALFREDO ALEGRÍA DÍAZ
- Don RICARDO GARCÍA MESA
- FELGUERA MELT, S.A.
- DURO FELGUERA RAIL S.A.U.
- Don JULIO FERNÁNDEZ GARCÍA
- Don FERNANDO LÓPEZ GONZÁLEZ
- Don LUIS JAVIER ARDURA GONZÁLEZ
- DURO FELGUERA S.A.

II. LAS PARTES

Son partes en este expediente sancionador, tal y como consta en los apartados (20) a (29) del PCH, las siguientes empresas y directivos o representantes legales de las mismas:

1. AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A. (AMURRIO)

AMURRIO es 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; también se dedica a la fabricación de equipos para diversos sectores industriales. AMURRIO tiene dos accionistas al 50% que controlan conjuntamente la compañía: VOSSLOH COGIFER, S.A (Francia) y TALLERES DE AMURRIO, S.A. AMURRIO tiene una participación del 100% en la empresa MONTAJES FERROVIARIOS LLANERAS, S.L. y del 50% en BURBIOLA, S.A.

La Dirección de Competencia, a los efectos de poder aplicar la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC, amplió la incoación del procedimiento a los siguientes representantes legales y personas que integran los órganos directivos de la empresa AMURRIO:

- Don JON DE LAPATZA BENITO: Director General y representante legal de la empresa.
- Don JESÚS MARÍA DE LAPATZA URBIOLA: Presidente y representante legal de la empresa.

2. JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L. (JEZ)

JEZ es una sociedad mercantil con domicilio social en Llodio (Álava) cuya actividad está dirigida al diseño, producción y venta de material fijo de vía. JEZ tiene dos accionistas al 50%, que controlan conjuntamente la compañía: TALLERES Y FUNDICIONES JEZ, S.A. y VOESTALPINE VAE GMBH (Austria). JEZ tiene una participación del 100% en la empresa MATERIEL FERROVIAIRE D'ARBERATS (Francia) y del 50% en BURBIOLA, S.A.

La Dirección de Competencia, a los efectos de poder aplicar la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC, amplió la incoación del procedimiento a los siguientes representantes legales y personas que integran los órganos directivos de la empresa JEZ:

- Don URTZA ERRAZTI OLARTEKOETXEA: Director General, Director Comercial y representante legal de la empresa.
- Don JUAN CARLOS SÁNCHEZ JORÍN: Director Técnico y representante legal de la empresa.

3. TALLERES ALEGRÍA, S.A. (ALEGRÍA)

ALEGRÍA es una sociedad mercantil constituida en 1973 y con domicilio social en el Concejo de Carreño (Principado de Asturias) cuya actividad es el diseño, fabricación y asistencia técnica de material fijo de vía. ALEGRÍA tiene una

participación del 100% en la empresa FERROVIAS ASTUR, S.A., otra del 100% en RAILFORJA ASTURIANA, S.A., una del 95% en BRT ALEGRÍA INDUSTRIA FERROVIARIA LTDA (Brasil), y otra del 50% en GANPATI-RV-TALLERES ALEGRÍA (India).

La Dirección de Competencia, a los efectos de poder aplicar la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC, amplió la incoación del procedimiento a los siguientes representantes legales y personas que integran los órganos directivos de la empresa ALEGRÍA:

- Don ALFREDO ALEGRÍA DÍAZ: Vicepresidente, Director General y representante legal de la empresa.
- Don RICARDO GARCÍA MESA: Director Técnico y representante legal de la empresa.

4. FELGUERA MELT, S.A. (FELGUERA)

FELGUERA era una empresa que operaba en el sector de fabricación y suministro de material para vías de tren, que tras llegar a un acuerdo con los trabajadores sobre el plan de cierre de la empresa, se extinguió legalmente en junio de 2014. De acuerdo con lo manifestado por el representante de las empresas DURO FELGUERA y DF RAIL en escrito de fecha 23 de diciembre de 2014 (folios 636 a 637), tras la extinción de FELGUERA los activos afectos a la rama de actividad de fabricación de equipos ferroviarios han sido transferidos a DF RAIL.

5. DURO FELGUERA RAIL S.A.U. (DF RAIL)

DF RAIL 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.

La Dirección de Competencia, a los efectos de poder aplicar la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC, ha ampliado la incoación a los siguientes representantes legales y personas que integran los órganos directivos de la empresa DF RAIL:

- Don JULIO FERNÁNDEZ GARCÍA: Director Gerente y representante legal de la empresa.
- Don FERNANDO LÓPEZ GONZÁLEZ: Administrador Único y representante legal de la empresa.
- Don LUIS JAVIER ARDURA GONZÁLEZ: Director Técnico y representante legal de la empresa.

6. DURO FELGUERA S.A. (DURO FELGUERA)

DURO FELGUERA, empresa matriz del Grupo Felguera, que cuenta con 63 empresas y que está presente en los sectores energético, industrial, prestación de servicios especializados para la industria y la fabricación de bienes de equipo, está domiciliada en Gijón (Principado de Asturias) y se constituyó como sociedad anónima en 1900, si bien hasta el 25 de junio de 1991, su denominación social era Sociedad Metalúrgica Duro-Felguera, S.A. Con posterioridad pasó a denominarse Grupo Duro Felguera, S.A., hasta el 26 de abril de 2001, en que adoptó su actual denominación.

DURO FELGUERA es accionista al 100% de la empresa DF RAIL, y fue accionista al 100% de la empresa FELGUERA hasta su extinción.

III. EL MERCADO AFECTADO

La Dirección de Competencia describe el mercado afectado en el presente expediente en los apartados (30) a (57) del PCH. Las conductas se desarrollan en relación con 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.

III.1. Mercado de Producto

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.

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 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.

III.2. Mercado geográfico

En los expedientes de control de concentraciones económicas señalados anteriormente, que fueron analizados por el extinto Servicio de Defensa de la Competencia, se estableció que si bien los productos y servicios objeto de contratación pública están abiertos en las mismas condiciones a todas las empresas comunitarias, existían muy pocos supuestos de expedientes de contratación públicos a los que acudan empresas establecidas en otros Estados Miembros, por lo que la Comisión Europea estableció en varias decisiones que determinados mercados objeto de contratación pública, como servicios de gestión del agua, residuos y mantenimiento de la infraestructura ferroviaria, tienen todavía un ámbito nacional.

De acuerdo con la Dirección de Competencia, en el expediente objeto de análisis se refleja este aspecto. En todos los expedientes de licitación convocados por ADIF, el principal demandante en España para el suministro de desvíos ferroviarios y aparatos de dilatación, sólo se han presentado ofertas de las cuatro empresas

españolas presentes en el mercado. En la mayoría de las licitaciones las ofertas se han presentado a través de Uniones Temporales de Empresas (UTE).

A estos efectos, hay que tener en cuenta que, en cada país, los gestores de las redes ferroviarias suelen establecer requisitos técnicos específicos y diferenciados de los de otros países para los distintos elementos de la red ferroviaria, incluidos los desvíos ferroviarios y los aparatos de dilatación.

Adicionalmente, por motivos de seguridad, los distintos elementos que se pueden incorporar a la red ferroviaria deben estar certificados y homologados por ADIF con carácter previo a la convocatoria de las licitaciones.

Estos procedimientos de certificación u homologación suelen ser bastante largos y costosos, lo que lleva a la compartimentación de la estructura competitiva en los distintos mercados nacionales dentro de la Unión Europea.

Por ello, a los efectos del presente expediente, la Dirección de Competencia considera que el ámbito geográfico relevante del mercado de fabricación y comercialización de desvíos ferroviarios y otros elementos complementarios abarca España.

III.3. Estructura del Mercado

La oferta en España 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: AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA (actualmente DF RAIL), desde hace muchos años fabrican los denominados desvíos convencionales. En el caso de desvíos de alta velocidad AV1, AV2 y AV3, las empresas AMURRIO, ALEGRÍA y JEZ los han fabricado utilizando fundamentalmente tecnología alemana y francesa, como se ha expuesto anteriormente. FELGUERA desarrolló un prototipo de desvío de alta velocidad que presentó a ADIF en 2008, pero ADIF no lo llegó a homologar (folio 1908). En el caso del desvío AV4, la tecnología es íntegramente española, desarrollada por las cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA).

Desde el lado de la demanda, en España ésta se concentra en escasas entidades que se dedican a la construcción y administración de infraestructuras ferroviarias, fundamentalmente ADIF, por lo que el volumen de demanda depende de decisiones adoptadas en el ámbito político respecto a los planes de construcción y renovación de las infraestructuras ferroviarias. A través de expedientes de licitación, ADIF ha venido contratando este tipo de material ferroviario con las cuatro empresas anteriormente mencionadas.

Respecto a las contrataciones realizadas por ADIF, hay que señalar que esta entidad ha optado por separar la contratación del suministro de desvíos ferroviarios, en lugar de incluir estos materiales en los contratos de obras o mantenimiento en cuyo ámbito se deben utilizar, razón por la que ADIF convoca periódicamente licitaciones para el aprovisionamiento de estos desvíos ferroviarios.

Con carácter general, ADIF adquiere este tipo de productos mediante el empleo de procedimientos abiertos. Los pliegos de prescripciones técnicas definen, sin hacer referencia a marcas o modelos, el volumen de los desvíos ferroviarios a suministrar y los plazos de entrega o puesta a disposición de ADIF.

IV. HECHOS PROBADOS

A continuación se muestra un resumen de los hechos que la Dirección de Competencia considera acreditados y expone en el PCH (apartados 58 a 289) y en la Propuesta de Resolución elaborados por la Dirección de Competencia a lo largo de la instrucción del expediente. En todo caso, el resto de hechos acreditados constan en los citados documentos incluidos en el expediente (folios 2318 a 2362 del PCH y 4341 a 4385 de la PR).

La Dirección de Competencia presenta los hechos probados en la contratación de infraestructuras ferroviarias en tres grupos: 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. CONTRATOS ADJUDICADOS POR EL GESTOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (DESPUÉS ADIF)

De la información aportada por ADIF sobre estos expedientes de contratación (folios 741 a 750 y 754 a 755), así como de la información recabada en las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia los días 7 y 8 de octubre de 2014 en las sedes de las empresas AMURRIO, DF RAIL, JEZ y ALEGRÍA se deducen los hechos acreditados que se recogen a continuación, en relación con los contratos adjudicados antes de la creación de ADIF.

Estos expedientes fueron adjudicados por el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (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.

Tal y como se muestra en el cuadro que aparece al final del presente epígrafe, entre 1999 y 2004, GIF licitó veinte expedientes de contratación de desvíos ferroviarios y otros aparatos complementarios (17 abiertos y tres negociados) con un importe total de adjudicación de 194.542.938,23 €. La UTE AJA resultó adjudicataria de trece de los veinte expedientes de contratación convocados por GIF durante dicho periodo (70 %), con un importe total de 183.924.827,66 euros. Los restantes siete expedientes de contratación que no fueron adjudicados a la UTE AJA fueron declarados desiertos (dos licitaciones) o correspondieron a la empresa ALEGRÍA (cinco licitaciones) al tratarse de expedientes referidos a aparatos de dilatación.

Este resultado fue precedido, contemporáneo y paralelo a las actuaciones de las empresas integradas en la UTE AJA que se explican a continuación, consistentes en la celebración de distintos encuentros y reuniones, así como el intercambio de información a través de otros métodos.

Así, en una reunión de fecha 26 de mayo de 1999 a la que asistieron representantes de las empresas AMURRIO (AAA), JEZ (BBB) y ALEGRÍA (Ricardo García Mesa), junto con responsables de GIF/AVE¹ (CCC y DDD), y TIFSA² (EEE), que se denominó “Reunión para desvíos Alta Velocidad Madrid-Bna” (folios 530 a 531), se trataron temas relacionados con los desvíos de alta velocidad.

Entre los comentarios de la reunión aparecen algunos referidos a que GIF propuso formar una UTE a las empresas AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA, a las que se adjudicarían tres prototipos de un determinado tipo de desvío, o bien sacar el concurso con el pliego de condiciones de GIF. También se hacen referencias a las consecuencias de la elección de cada opción.

Posteriormente, representantes de las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA)³ se reunieron en Madrid el 1 de julio de 1999 (folio 532), y decidieron constituir una UTE. Las empresas recomendaron no incluir acuerdos extraños en las escrituras de la UTE, así como hacer un acuerdo previo en el que cada empresa se ocuparía de obtener las licencias necesarias para posteriormente dar las sublicencias a cada una de las otras empresas. También se estableció en esta reunión que *“el 100% del contrato va a la UTE, una parte tiene que tener el reparto del 60/40 y otra parte que decidamos sería fuera de ese reparto...”*.

La intención de presentarse a los expedientes de contratación en UTE, también aparece en el Acta de ALEGRÍA sobre la reunión de fecha 26 de octubre de 1999 (folios 1613 a 1614, versión no confidencial folios 1663 a 1664), en donde al final del Acta se dice *“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. Para el gobierno de esta sociedad se constituirá un comité de dirección integrado por personas de las tres empresas y el cargo de gerente se desempeñará de forma rotativa y por periodos de un año, por sorteo ha recaído en Ricardo⁴ el ejercicio del cargo en el primer año”*.

Una vez acordada la creación de la UTE, las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) redactaron primero un borrador (folios 1502 a 1503) y luego un acuerdo de UTE de fecha 17 de marzo de 2000 (folios 1504 a 1505), para tomar parte mediante esta estructura organizativa en el concurso convocado por GIF referido al Contrato de Suministro y Transporte de Desvíos Ferroviarios de Alta Velocidad

¹ Alta Velocidad Española.

² Tecnología e Investigación Ferroviaria, S.A. se extinguió el 1 de septiembre de 2010, fecha en la que las Juntas Generales de Ingeniería y Economía del Transporte, S.A. (INECO) y de Tecnología e Investigación Ferroviaria, S.A. (TIFSA) aprobaron por unanimidad la fusión de ambas empresas, mediante absorción de la segunda por la primera. Los accionistas actuales de INECO son el Ministerio de Fomento a través de ENAIRE, ADIF y RENFE OPERADORA.

³ AMURRIO: Jon de Lapatza, Josu de Lapatza, AAA. JEZ: Urtza Errazti, BBB. ALEGRÍA: FFF, Ricardo García Mesa.

⁴ Se refiere a Ricardo García Mesa, directivo de ALEGRÍA.

para la línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa. Tramo: Zaragoza-Lleida (Puente de Ebro-Lleida). Este expediente se licitó el 4 de febrero de 2000 y la fecha límite de presentación de ofertas fue el 27 de marzo de 2000 (folio 755).

A un acuerdo similar llegaron las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) el 15 de febrero de 2001, en el expediente de la línea Segovia-Medina del Campo, Tramo Olmedo-Medina del Campo (folios 1506 a 1507).

Una vez que las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) acordaron presentarse en forma de UTE a estos expedientes, extendieron el acuerdo a los expedientes de contratación que posteriormente se fueron convocando por GIF en un principio y ADIF posteriormente, como se refleja en una adenda de 11 de septiembre de 2002 (folio 992), en la que las tres empresas acordaron ampliar el acuerdo de constitución de UTE, que según esta adenda tenían vigente desde el 17 de septiembre de 1999, a diversos tramos que se iban a convocar por GIF en los próximos años, dentro del plan de infraestructuras previsto por el Ministerio de Fomento, plan en el que se establecía la construcción de 7.000 km de líneas de alta velocidad hasta el año 2007.

En los expedientes convocados por GIF en este periodo (folios 741 a 750), las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) 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, al que se le añadía normalmente el nombre del tramo de vía a ejecutar o el tipo de desvío considerado (UTE AJA MADRID-LLEIDA, UTE AJA BASE DE CALATAYUD, UTE AJA DESVÍOS CONVENCIONALES, etc.).

El resto de expedientes de este periodo se refieren a aparatos de dilatación, así como a un procedimiento negociado sin publicidad para el suministro de aparatos de vía (desvíos de alta velocidad, desvíos convencionales y aparatos de dilatación) para el mantenimiento del tramo Madrid-Lleida, expedientes a los que únicamente licitó ALEGRÍA.

En este periodo, las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) llegaban a diferentes acuerdos sobre las ofertas a presentar a cada uno de los expedientes de contratación, precios a negociar y repartos de los desvíos a suministrar. En las UTE que constituían para los diferentes expedientes el porcentaje de participación de cada una de las tres empresas era el mismo, si bien como se refleja en los hechos, la ejecución de los trabajos que hacía cada empresa no se ajustaba a la proporción de un tercio, sino que se realizaba según los acuerdos que se aprobaban entre los representantes de las empresas.

La presentación de ofertas por parte de las empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) en forma de UTE se produce en expedientes de contratación de desvíos ferroviarios con importes muy variados, que están comprendidos entre poco más de 1 millón de euros y más de 52 millones de euros.

Los contactos entre las empresas a destacar en este periodo son los siguientes:

En la reunión celebrada en Madrid el 31 de agosto de 2000, a la que asistieron representantes de las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA)⁵, se discutieron asuntos relacionados con los próximos concursos. En las anotaciones sobre esta reunión aparecen frases como: “A los desvíos convencionales se presenta la UTE en conjunto”, o “La posición de VAE-BWG es ir separados para evitar que el GIF piense que el “contubernio” es total”, y “La posición COGIFER es de ir en conjunto y no romper la unidad de precios”, en el caso de juntas de dilatación (folio 525).

En la reunión celebrada en la sede de ALEGRÍA el 21 de septiembre de 2000, a la que asistieron representantes de las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA)⁶ (folios 517 a 524) se establecieron los repartos entre las empresas en relación a los desvíos convencionales y aparatos de dilatación, así como los precios de estos componentes para el tramo Madrid-Lleida. En las anotaciones sobre esta reunión, también aparece FELGUERA como subcontratista.

En anotaciones realizadas en relación a la reunión en Madrid de 31 de agosto de 2000 y a la reunión en la sede de ALEGRÍA de 21 de septiembre de 2000 a las que anteriormente se ha hecho referencia, aparecen comentarios sobre los próximos concursos como “a) No presentarse al concurso de aparatos de AV y avisar al GIF con tiempo de que no se va a hacer...” (folio 525), así como “a) Desvíos A.V. No nos presentamos y enviamos carta adjunta a la Dirección de Construcción” (folio 517).

A la vista de lo comentado en los dos párrafos precedentes, se deduce que las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) no estaban de acuerdo con los plazos establecidos en los pliegos y forzaron la aprobación de nuevos expedientes, esta vez mediante un procedimiento negociado sin publicidad con GIF.

En ficheros de AMURRIO de 29 de septiembre de 2000, se establecen los repartos y precios de los desvíos correspondientes a “Puente del Ebro-Lérida” (folios 985 a 986), perteneciente a este tramo. En estos repartos aparecen los tipos de aparatos asignados a cada empresa y la facturación total, de la que a AMURRIO le corresponde el 46,7% y al resto (JEZ y ALEGRÍA) el 53,3%, que no coincide con el tercio de participación teórica que corresponde a cada empresa en la UTE.

En fichero de AMURRIO de 26 de febrero de 2001 (folios 987 a 988) aparecen repartos de cantidades y precios del tramo Madrid-Lleida, en donde se señala que multiplicando las cantidades de los desvíos por los precios establecidos el resultado sería que a AMURRIO le correspondería un 40% y al resto (JEZ y ALEGRÍA) un 60%, y se hace la siguiente afirmación “En base a esos datos, y teniendo en cuenta el acuerdo 40-60%, la propuesta sería...”, que no coincide con el tercio de participación teórica que corresponde a cada empresa en la UTE.

⁵ AMURRIO: Josu de Lapatza, Jon de Lapatza, AAA. JEZ: BBB. ALEGRÍA: FFF, Ricardo García Mesa.

⁶ AMURRIO: Josu de Lapatza, Jon de Lapatza, AAA. JEZ: BBB. ALEGRÍA: FFF, Ricardo García Mesa.

Con fecha 3 de septiembre de 2003, BBB (JEZ) reenvió a GGG (AMURRIO), un correo electrónico de HHH (ALEGRÍA) (folio 860), al que se adjunta entre otros documentos, cartas de compromiso de las empresas AMURRIO, JEZ y ALEGRIA, para constituir UTE en las licitaciones de desvíos de alta velocidad (folios 861 a 862) y desvíos convencionales (folios 865 a 866) para el tramo Córdoba-Bobadilla, con una participación de un tercio por parte de cada empresa.

En el mismo correo de fecha 3 de septiembre, también aparece una carta de compromiso de las empresas AMURRIO, JEZ y ALEGRIA, para constituir una UTE en la licitación del Tramo Alameda de la Sagra-Mocejón-Toledo, con una participación de un tercio por parte de cada empresa (folios 863 a 864). Los repartos y ejecuciones de trabajos entre las tres empresas (AMURRIO 36,7%, JEZ 31,6% y ALEGRIA 31,6%) correspondientes a este tramo, aparecen en ficheros de AMURRIO (folios 994 a 995) con porcentajes de reparto entre las empresas que no coinciden con los que aparecen en la oferta de UTE.

A continuación se muestra un cuadro resumen de las adjudicaciones en este periodo:

EXPEDIENTES ADJUDICADOS POR GIF/ADIF HASTA EL 2005					
Expediente	Procedimiento	Fecha adjudicación	Importe adjudicación	Baja (%)	Adjudicatario
SD 002/99	Abierto	30/06/2000	17.180.420,90	0,32%	UTE AJA
STRANS 014/00	Abierto	3/11/2000	9.362.302,59	5,39%	UTE AJA
STRANS 017/00	Abierto	26/01/2001	52.898.352,95	0%	UTE AJA
STRANS 025/00	Abierto	23/03/2001	1.201.852,96	4,11%	UTE AJA
STRANS 026/00	Abierto	20/04/2001	-	-	desierto ⁷
STRANS 027/00	Abierto	20/04/2001	-	-	desierto ⁸
STRANS 008/01	Negociado	15/06/2001	6.510.394,12	0,02%	UTE AJA
STRANS 009/01	Negociado	15/06/2001	8.328.947,22	0,01%	UTE AJA
3.5/5500.0708/1	Abierto	14/12/2001	3.062.374,60	0,95%	ALEGRÍA
3.5/5500.0733/9	Abierto	14/12/2001	3.272.916,38	0,50%	UTE AJA
3.5/5500.0731/3	Abierto	04/11/2002	40.231.276,05	5,84%	UTE AJA
3.5/5500.0705/7	Abierto	13/06/2003	843.023,56	0%	ALEGRÍA
3.5/5500.0706/5	Abierto	13/06/2003	1.182.965,06	0%	ALEGRÍA
3.5/5500.0728/9	Abierto	13/06/2003	9.385.027,63	0,04%	UTE AJA
3.5/5500.0729/7	Abierto	13/06/2003	3.555.729,95	0,49%	UTE AJA

⁷ Plazo de ejecución superior al previsto en los pliegos de contratación.

⁸ Plazo de ejecución superior al previsto en los pliegos de contratación.

3.5/5500.0707/3	Abierto	17/10/2003	1.219.402,52	0%	ALEGRÍA
3.5/5500.0730/5	Abierto	17/10/2003	23.497.459,35	0%	UTE AJA
3.5/5500.0732/1	Abierto	17/10/2003	1.298.983,13	0,24%	UTE AJA
3.5/5500.0709/9	Abierto	17/10/2003	7.201.164,43	0,02%	UTE AJA
3.5/5500.0702/4	Negociado	23/06/2004	4.310.344,83	0%	ALEGRÍA

Fuente: Elaboración propia a partir datos aportados por ADIF

2. CONTRATOS ADJUDICADOS POR ADIF DESDE ENERO DE 2005 HASTA DICIEMBRE DE 2009

ADIF ha facilitado información sobre estos expedientes (folios 213 a 220 y 751 a 752), que junto con la información recabada en las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia los días 7 y 8 de octubre de 2014 en las sedes de las empresas AMURRIO, DF RAIL, JEZ y ALEGRÍA, permiten deducir los siguientes hechos acreditados que se recogen a continuación, en relación con los contratos adjudicados desde la creación de ADIF en enero de 2005 hasta diciembre de 2009.

Durante dicho periodo de cinco años, y según se muestra en el cuadro que aparece al final del presente epígrafe, ADIF licitó quince expedientes de contratación de desvíos ferroviarios y otros aparatos complementarios (catorce abiertos y uno negociado) con un importe total de adjudicación de 228.547.013,36 euros. La UTE AJA fue adjudicataria de nueve de estos quince expedientes de contratación (67 %), correspondientes a 182.426.264,52 euros. Los seis expedientes restantes fueron adjudicados a la empresa ALEGRÍA (cuatro licitaciones) o 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).

El resultado de las citadas adjudicaciones fue precedido, contemporáneo y paralelo a las actuaciones de las empresas integradas en la UTE AJA que se explican a continuación, consistentes en la celebración de distintos encuentros y reuniones, así como el intercambio de información a través de otros métodos. Las empresas AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA, en el caso de desvíos de alta velocidad (folios 1056 a 1057), y estas tres empresas más FELGUERA para los desvíos convencionales (folios 549 a 550), llevaban resúmenes anuales de los repartos entre las empresas para el suministro de varios aparatos de vía. En algunos casos se puede observar que hacen una distinción entre las cuotas teóricas y las cuotas reales realizadas por cada una de las empresas (folios 549 a 550). De esta manera, las empresas no competían a la hora de licitar, se presentaban a los expedientes de contratación con un porcentaje idéntico para cada una de las empresas que formaban la UTE correspondiente, y luego ajustaban el suministro de cada una de las empresas según las necesidades y acuerdos a los que llegaban, unas veces los acuerdos eran a tres (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) y otras veces a cuatro (incluyendo a FELGUERA).

Los repartos se hacían no sólo después de las adjudicaciones, sino que en algunos casos se hacían incluso antes de la fecha límite de presentación de ofertas. Así, por ejemplo, en un correo electrónico de fecha 3 de mayo de 2006, que AAA (AMURRIO) envía a JEZ (BBB) y ALEGRÍA (sin identificar: ofitec@talegria.com), aparece el orden del día de una reunión en San Vicente de la Barquera, en el que entre otros temas a tratar aparecen comentarios como *“reparto de los aparatos sin adjudicar en función del estado de las cuotas”* o *“materiales para almacén de futuros concursos”* (folio 867).

También estas tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) establecen acuerdos sobre precios de futuros concursos. Concretamente, el 22 de enero de 2008, AAA (AMURRIO) envió un correo electrónico a ALEGRÍA (sin identificar: ofitec@talegria.com) y JEZ (Juan Carlos Sánchez), en donde propone una conferencia a tres para *“consensuar estrategia de cara a la reunión próximo lunes con Adif”*. Entre los puntos del orden del día propuesto, figura el punto 2: *“PROPUESTA DE PRECIOS DE CARA A NUEVOS CONCURSOS (será necesario consensuarlos antes entre nos)”* (folio 1044).

Juan Carlos Sánchez (JEZ) contestó a este correo electrónico diciendo que *“debemos realizar la conferencia a las 9 de mañana a la mañana, dado que nos han solicitado precios de referencia para los concursos que van a sacar ahora de Madrid-Levante (AV y convencionales)”*, propuesta con la que AAA (AMURRIO) está de acuerdo (folios 1045 a 1046).

Una vez realizada la conferencia, Juan Carlos Sánchez envió el 23 de enero de 2008 un correo electrónico a ALEGRÍA (sin identificar: talegria@talegria.com) y a AMURRIO (AAA, Jon de Lapatz), al que adjunta la propuesta de precios de desvíos convencionales que había sido comentada en la conferencia a tres, para que las otras dos empresas den el “OK” (folio 1047). Posteriormente, ese mismo día, Juan Carlos Sánchez envió un correo electrónico a JJJ (ADIF), con la propuesta de precios consensuada por las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) (folio 1048). Hay que señalar que los concursos a los que se hace referencia en estos correos fueron licitados el 27 de junio de 2008 (tanto el de desvíos convencionales como el de alta velocidad).

Un hecho relevante dentro de este periodo es que AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA, empiezan a manifestar su preocupación por la presencia de FELGUERA como competidora en el mercado. En período anterior a 2005, FELGUERA ya se había presentado como competidora de la UTE formada por estas tres empresas en un expediente de desvíos convencionales del tramo Lleida-Martorell del año 2001, en el que aunque FELGUERA no resultó adjudicataria, sí que participó en algunos repartos como subcontratista. También en el periodo anterior aparece FELGUERA como subcontratista en repartos del año 2003 de agujas y contraguas, así como en el tramo Segovia-Valladolid licitado ese mismo año.

Esta aparición de FELGUERA se completa en el periodo actual con un expediente de fecha de licitación 29 de junio de 2007 para el suministro de aparatos de vía para líneas convencionales (folio 216), donde las tres empresas (AMURRIO, JEZ y

ALEGRÍA) incorporaron a FELGUERA en la UTE, con lo que fueron las cuatro empresas las que presentaron una oferta conjunta en ese expediente, así como en un resumen sobre el estado de los repartos de desvíos convencionales del año 2005 (folios 549 a 550).

Sobre la incorporación de FELGUERA a la UTE, en una reunión de fecha 4 de febrero de 2008 a la que asistieron representantes de las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA)⁹, se trató este asunto. La reunión se realizó para preparar otra reunión con JJJ (ADIF), en la que, entre otras cosas, las tres empresas estaban interesadas en tratar el asunto de “Amenaza de entrada de Felguera?” (folio 684, versión no confidencial folio 711).

En esta misma reunión, las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) comentaron diversas acciones conjuntas que pretendían plantear a JJJ (ADIF), en relación a los tramos “Madrid-Valencia I y II BCN-Figueras”. Entre los comentarios que aparecen están los siguientes: “*Intención de fabricar sin contrato?*”, “*Evitar que saquen el concurso antes de la reunión del día 22 de febrero*”, así como otros comentarios en relación a la propuesta a ADIF sobre las entregas de los equipos y los precios (folios 684 a 685, versión no confidencial folios 711 a 712), comentarios de los que se deduce que las tres empresas negociaban las condiciones de los contratos antes incluso de la convocatoria de licitación.

En anotaciones sobre una reunión celebrada el día 15 de abril de 2008 en un restaurante entre representantes de las empresas AMURRIO (AAA), JEZ (Juan Carlos Sánchez) y ALEGRÍA (Ricardo García Mesa), JJJ (ADIF) y KKK (INECO-TIFSA), aparecen comentarios sobre el orden de entrega de los desvíos para el tramo Madrid-Albacete que JJJ (ADIF) tiene que dar a las empresas, sobre que el precio de salida se fijará en función de la salida del precio de las traviesas, así como sobre la propuesta de precios para el concurso de aparatos de dilatación, donde “*se propone una subida del 10%*”. También aparece un comentario en relación a dejar desierto algún concurso. Concretamente se dice “[...] [JJJ (ADIF)] *nos dice que falta que hagamos el ejercicio de dejar algún concurso desierto*” (folio 365, versión no confidencial folio 470).

Todos estos comentarios reflejan la seguridad con la que negociaban las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) con ADIF en los expedientes de contratación, conscientes de que sin ninguna duda, estas empresas iban a resultar adjudicatarias en cada uno de los expedientes de contratación que se convocaban. En algunas ocasiones, esta seguridad les llevaba a ni siquiera estar presentes en la apertura pública de ofertas de los expedientes, lo que provocaba un gran malestar en ADIF.

En este sentido, JJJ (ADIF), envió el 15 de septiembre de 2008 un correo electrónico a AMURRIO (AAA), JEZ (Juan Carlos Sánchez) y ALEGRÍA (Ricardo

⁹ AMURRIO: Jon de Lapatza, Josu de Lapatza, AAA. JEZ: Urtza Errazti, Juan Carlos Sánchez, BBB. ALEGRÍA: Ricardo García Mesa.

García Mesa), en el que dice textualmente “...en el futuro espero ver en TODAS las aperturas de los concursos públicos a los que os presentáis al menos a un representante de la UTE AJA velando por la correcta realización del proceso y así evitaremos la sensación de “dejadez” o de “conocimiento del resultado final” que habéis transmitido esta mañana con vuestra ausencia.....” (folio 877).

Ese mismo día, AAA (AMURRIO) contestó mediante un correo electrónico en el que se disculpa por la no participación en el proceso (folio 878).

El asunto de la incorporación de FELGUERA vuelve a señalarse en unas anotaciones de JEZ de fecha 1 de julio de 2009 sobre la situación de la alta velocidad en España (folio 691, versión no confidencial folio 718), donde se dice que “La UTE AJA desaparecerá y el ADIF promueve un grupo formado por los 4 fabricantes españoles. El detonante de esta nueva situación ha sido la negociación del 9º lote (M-L.II)¹⁰”.

En una reunión de la UTE AJA (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) de fecha 1 de diciembre de 2009 en la que se trató el asunto del nuevo desvío español de alta velocidad (folio 693, versión no confidencial folio 720), se habla sobre la “manera de actuar con nuestro nuevo socio FM” (FELGUERA). Entre otras cosas, aparecen comentarios sobre lo que pretenden ofrecer las tres empresas a FELGUERA, como “¿Ofrecer un 10% de fabricación a FM?”, “De momento no ofrecer cuotas a FM”, “Participación mínima de FM.....”.

Por otro lado, en este periodo, como en el periodo anterior, en los expedientes de contratación de aparatos de dilatación sólo se presentó como licitador ALEGRÍA.

En todos los expedientes de desvíos ferroviarios, AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA licitaron conjuntamente mediante una única oferta en forma de UTE, salvo en dos expedientes. Un expediente de suministro de desvíos ferroviarios para zonas de acopio de aparatos de vía establecidas para línea convencional fase I, cuya fecha de licitación fue el 29 de junio de 2007 (folio 216), en el que por primera vez FELGUERA se presentó en UTE con las otras tres empresas, y otro expediente en el que la UTE se formó exclusivamente con las empresas AMURRIO y ALEGRÍA a partes iguales: desvíos ferroviarios convencionales NAF AV Levante fase II, con fecha de licitación 27 de junio de 2008 (folio 217), si bien en los repartos derivados de la implementación del mismo también participó JEZ como subcontratista.

En el caso de las UTE que se formaron por las empresas AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA, se sigue señalando una participación de un tercio para cada una de las empresas, pero como se refleja en los hechos la ejecución de los trabajos que hacía cada empresa no se ajustaba a la proporción de un tercio, sino que se realizaba según los acuerdos que se aprobaban entre los representantes de las empresas.

¹⁰ Se refiere al tramo Madrid-Levante fase II.

Al igual que en el periodo anterior, la presentación de ofertas por parte de las empresas en forma de UTE se produce en expedientes de contratación de desvíos ferroviarios de ADIF con importes muy variados, que están comprendidos entre 798.270,99 euros y 82.990.757 euros.

Otros contactos entre las empresas a destacar en este periodo son los siguientes:

En relación con el tramo Barcelona-Figueras, con fecha 16 de junio de 2009, JJJ (ADIF) envió un correo electrónico a AMURRIO (AAA), JEZ (Juan Carlos Sánchez) y ALEGRÍA (Ricardo García Mesa), además de a KKK (INECO-TIFSA), al que adjunta la actualización de la tabla de aparatos del tramo Girona-Figueras 3H. El 17 de junio de 2009, AAA (AMURRIO) envió un correo a JEZ (Juan Carlos Sánchez), ALEGRÍA (Ricardo García Mesa) y FELGUERA (LLL), al que adjunta el correo de JJJ (ADIF). En el correo AAA (AMURRIO) dice: *“Dada la urgencia que tiene este tema creo conveniente un reparto cuanto antes”* y pide propuestas de las posibilidades de cada empresa (folios 1108 a 1110).

Un caso especial es el que aparece en los correos electrónicos intercambiados entre las empresas AMURRIO (AAA), JEZ (Juan Carlos Sánchez) y ALEGRÍA (sin identificar: talegria@talegria.com) (folios 1272 a 1278), donde se llegaron a hacer los repartos entre las empresas dependiendo del número agraciado con el primer premio en el sorteo de la lotería nacional. A JEZ le correspondía la conversión de ancho de vía P-250 y a ALEGRÍA y AMURRIO los desvíos 318 y 760, de tal manera que si el número del primer premio de la lotería nacional era par, a ALEGRÍA le correspondería el desvío 760 y a AMURRIO el 318, mientras que si salía impar el reparto sería el contrario.

Constan igualmente, repartos para la línea Línea Madrid-C. La Mancha-C. Valenciana-R- Murcia Fase I, que aparecen en varios documentos (folios 981 a 984, 1074 a 1075), donde incluso se establecen los repartos de desvíos de alta velocidad por tipo de aparato (folio 983), en volumen (AMURRIO 26, JEZ 18, ALEGRÍA 20) y en valor (AMURRIO 16.050.920, JEZ 11.102.139, ALEGRÍA 12.952.262). Los repartos se realizaron fundamentalmente entre las empresas AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA, pero también aparece en algún reparto la empresa FELGUERA, como subcontratista (folio 983), en donde se fija un reparto de desvíos convencionales entre las cuatro empresas (AMURRIO 28,70%, JEZ 30,58%, ALEGRÍA 28,47%, FELGUERA 11,42%).

Con fecha 25 de enero de 2008, AAA (AMURRIO) envió un correo electrónico a ALEGRÍA (Ricardo García Mesa) y JEZ (Juan Carlos Sánchez), al que adjunta un correo con la opinión de Jon de Lapatza (AMURRIO) sobre una reunión a celebrar el 28 de enero de 2008 entre “UTE AJA y ADIF”. Jon de Lapatza (AMURRIO) expresa varias opiniones sobre los futuros pedidos de “Madrid Valencia II” (folios 868 a 869); es decir, antes de que ADIF haya licitado los expedientes correspondientes a esta línea (27 de junio de 2008). Ese mismo día, Juan Carlos Sánchez (JEZ) envió un correo electrónico a JJJ (ADIF) en el que dice *“Te adjunto la propuesta de precios de la UTE AJA para los aparatos de vía AV de Madrid*

Levante fase II", detallándose a continuación los importes de cada uno de los aparatos y el importe total de la propuesta que ascendía a 2.291.893€ (folios 870 a 871).

Respecto a la licitación de estos desvíos ferroviarios de alta velocidad correspondientes a Madrid Levante Fase II, Juan Carlos Sánchez (JEZ) envió el 5 de febrero de 2008 un correo electrónico a ALEGRÍA (sin identificar: talegria@talegria.com, JEZ (Urtza Errazti) y AMURRIO (AAA y Jon de Lapatza), en el que les dice que ADIF les ha convocado a una reunión para tratar el tema del concurso Madrid-Levante II (folio 1051), y con fecha 31 de marzo de 2008, también Juan Carlos Sánchez (JEZ) envió otro correo electrónico a ALEGRÍA (Ricardo García Mesa) y AMURRIO (AAA), en el que se convoca una conferencia a tres para tratar, entre otros asuntos, los precios de futuros concursos de Madrid-Levante II (folio 1052).

Hay que tener en cuenta que los desvíos ferroviarios de alta velocidad correspondientes a Madrid-Levante II se licitaron el 27 de junio de 2008, y su publicación en el BOE fue el 9 de julio de 2008. Es decir, las empresas negociaban entre ellas y con ADIF con anterioridad a la fecha de licitación.

Con fecha 24 de junio de 2008, representantes de las empresas AMURRIO (Josu de Lapatza, Jon de Lapatza y AAA), JEZ (Urtza Errazti y Juan Carlos Sánchez) y ALEGRÍA (Ricardo García Mesa y FFF) se reunieron en la Avenida Ciudad de Barcelona de Madrid, para tratar asuntos relacionados con lo que en las anotaciones recabadas en la inspección realizada en la sede de la empresa JEZ se titula como "Alta Velocidad UTE-AJA Madrid-Levante II" (folio 686, versión no confidencial folio 713).

En estas anotaciones aparecen comentarios como "*Reunión previa con [MMM] y [AAA]*" (ADIF), "*la contratación se publicará en Julio*", "*Se le solicita el borrador de los pliegos y nos lo enviará*", "*Plazo mediados 2010. Solicitan que los últimos desvíos entren en marzo 2010*", que demuestran no sólo que las empresas tenían conocimiento de las condiciones de la licitación antes de la fecha de licitación (27 de junio de 2008) y de la publicación en el BOE de los expedientes (9 de julio de 2008), sino que incluso negociaban con ADIF las condiciones de la ejecución de los mismos, sabedoras que iban a ser con toda seguridad las adjudicatarias mediante la presentación de una oferta conjunta en forma de UTE. Posteriormente se llevaban a cabo los repartos entre las empresas.

Sobre este asunto, el 25 de junio de 2008, Juan Carlos Sanchez (JEZ) envió un correo electrónico a AMURRIO (AAA) y ALEGRÍA (Ricardo García Mesa), mediante el cual convoca una reunión de la UTE AJA a celebrar en San Vicente de la Barquera el día 26 de junio de 2008. Entre los temas a tratar figura el de "Reparto de desvíos para Madrid-Levante II" (folio 1073). En esa reunión representantes de las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) acordaron los repartos correspondientes (folio 364, versión no confidencial folio 469) según el tipo de desvío y en volumen (AMURRIO 50, JEZ 37, ALEGRÍA 36).

Con fecha 2 de septiembre de 2008, representantes de las empresas AMURRIO y ALEGRÍA acuerdan constituir una UTE para el suministro de los desvíos convencionales de esta línea (folios 1619 a 1620).

Además, el 12 de septiembre de 2008 se celebró una multiconferencia para preparar una reunión en San Vicente de la Barquera el día 17 de ese mes, en la que se iban a tratar diversos temas, entre los que figuran: *“Planificación 9º lote Madrid-Levante. Reparto desvíos convencionales. Precios de desvíos (3 hilos)”* (folio 363, versión no confidencial folio 468).

En anotaciones recabadas sobre esta reunión a la que asisten representantes de las empresas AMURRIO (AAA, NNN), JEZ (Juan Carlos Sánchez y PPP), y ALEGRÍA (Ricardo García Mesa y QQQ) (folio 687, versión no confidencial folio 714), figuran entre otros asuntos la programación de Madrid-Levante II. Pero lo más significativo de esta reunión es el asunto del reparto de desvíos convencionales en este tramo, del que se dice *“25% para cada uno (JAJA¹¹?)”* Es decir, en esta reunión se discute sobre la participación de FELGUERA en los repartos de los desvíos convencionales.

Respecto a este expediente de desvíos convencionales hay una novedad en la licitación, ya que sólo se presentan en UTE dos empresas, AMURRIO y ALEGRÍA, aunque como se ha señalado anteriormente las empresas JEZ, AMURRIO y ALEGRÍA se reunieron para hacer un posible reparto entre las empresas, e incluso plantearon la posibilidad de que FELGUERA participe en el reparto, además de incluir en ese posible reparto a JEZ.

Así consta en el Acta de ALEGRÍA sobre una reunión con ADIF celebrada el 5 de septiembre de 2008 para tratar precios y plazos de los nuevos concursos. Entre otras cosas, en el Acta se dice que *“Para convencionales, y ante la negativa del ADIF de llegar a nuestras propuestas económicas, Jez se retiró del concurso y presentaremos oferta únicamente Amurrio y nosotros en UTE, aunque se hará el tradicional reparto de obra contando con Jez”* (folio 1621, versión no confidencial folio 1665).

El 19 de noviembre de 2008, AAA (AMURRIO) envió un correo electrónico a ALEGRÍA (sin identificar: talegria@talegria.com) y JEZ (Juan Carlos Sánchez), en el que informa sobre la reunión prevista con JJJ (ADIF) el 28 de noviembre de 2008 siguiente, *“para hablar de precios futuros concursos fundamentalmente de CAN TUNIS (Tres hilos)”* (folio 1080). El 25 de noviembre de 2008 AAA (AMURRIO), en un correo electrónico enviado a ALEGRÍA (sin identificar: talegria@talegria.com) y JEZ (Juan Carlos Sánchez), propuso una conferencia entre las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) para ponerse de acuerdo sobre lo que van a decir en la reunión con ADIF (folio 1081).

El 10 de diciembre de 2008, Juan Carlos Sánchez (JEZ) envió un correo electrónico a ALEGRÍA (sin identificar: talegria@talegria.com) y AMURRIO (AAA),

¹¹ JAJA: JEZ, AMURRIO, FELGUERA, ALEGRÍA.

al que adjunta una propuesta de precios unitarios del expediente de Bases de Montaje que asciende a la cantidad de 1.414.589€ (folios 1088 a 1089). Por su parte, Ricardo García Mesa (ALEGRÍA) envió el 15 de diciembre de 2008 un correo electrónico a AMURRIO (Jon de Lapatza) y JEZ (Juan Carlos Sánchez) con su propuesta de precios de los dos expedientes (folios 1090 a 1092).

Con fecha 17 de diciembre de 2008, Jon Lapatza (AMURRIO) envió un correo electrónico a ADIF (MMM, JJJ y KKK) al que adjunta una propuesta de precios unitarios de los dos expedientes (folios 1094 a 1097). En el caso del expediente de las Bases de Montaje, el presupuesto asciende a 2.556.247,41€, mientras que en el de ramal de mercancías puerto de Barcelona asciende a 1.704.683,06€.

El 19 de diciembre de 2008, JJJ (ADIF) envió un correo electrónico a ALEGRÍA (Ricardo García Mesa), JEZ (Juan Carlos Sánchez) y AMURRIO (Jon de Lapatza, AAA), convocándoles a una reunión para el 14 de enero de 2009, para comentar los precios facilitados por las tres empresas de cara a estos dos expedientes (folio 1093).

El 9 de enero de 2009, en un correo electrónico interno de JEZ, Juan Carlos Sánchez envió a Urtza Errazti, la tabla de precios propuesta a ADIF, a discutir el día 14 de enero de 2009 en Madrid, señalando que el día 13 de enero de 2009 iba a haber una conferencia entre las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) para poner en común la postura de las mismas de cara a estos expedientes (folio 1094).

Con fecha 20 de enero de 2009, las tres empresas, AMURRIO (Jon de Lapatza, Josu de Lapatza, AAA), JEZ (Juan Carlos Sánchez) y ALEGRÍA (Ricardo García Mesa), intercambiaron correos en relación a propuestas de precios para el año 2009, año en el que se licitaron estos dos expedientes (folios 1098 a 1101).

Además de negociar los precios de los desvíos entre las empresas y entre éstas con ADIF antes de la licitación de los expedientes, la certeza que tenían AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA, de ser las adjudicatarias de los expedientes era tal, que ni siquiera se presentaron a la apertura de ofertas del primero de los dos expedientes licitados (Bases de Montaje nuevas líneas Alta Velocidad), como queda reflejado en el correo electrónico de 19 de junio de 2009 que JJJ (ADIF) les envía a AMURRIO (AAA), JEZ (Juan Carlos Sánchez) y ALEGRÍA (Ricardo García Mesa), en el que da muestras de su enfado por no cumplir con las formas. Concretamente dice *“Parece ser que no termináis de entender las instrucciones de trabajo emitidas desde Adif y por supuesto veo que 13 millones de euros no son lo suficientemente importantes como para mandar a una persona de la UTE a la apertura de esta mañana tal y como ya se ha comentado en repetidas ocasiones. Este comportamiento es inadmisibles y espero sea la última vez”*, al que responde con disculpas AAA (AMURRIO) como gerente de la UTE (folios 881 a 884).

Con fecha 10 de octubre de 2009, las empresas AMURRIO (Jon de Lapatza), JEZ (Urtza Errazti) y ALEGRÍA (Ricardo García Mesa), elaboraron un escrito de compromiso de constitución de UTE para presentar una oferta conjunta para el expediente RAMAL DE MERCANCÍAS Y CAN TUNIS, con una participación de un

tercio para cada empresa (folios 1623 a 1624). En esta oferta no está presente FELGUERA, a pesar de que como se ha comentado en el párrafo anterior, participó en las reuniones para el reparto de los equipos.

Finalmente, en un correo electrónico de fecha 15 de abril de 2010 que RRR (ADIF) envió a las empresas JEZ (SSS), AMURRIO (TTT), ALEGRÍA (sin identificar: talegria@talegria.com y FELGUERA (LLL), al que adjunta unos ficheros con el reparto que corresponde a cada fabricante en el suministro de los desvíos para la cabecera norte de Chamartín, se puede ver que en los repartos también participa FELGUERA. Concretamente se reparte de la manera siguiente: AMURRIO 6 desvíos, JEZ 9, ALEGRÍA 5, FELGUERA 6. Además, en el correo se dice que el reparto se ha realizado una vez alcanzado un acuerdo en una reunión previa celebrada entre los representantes de las cuatro empresas y ADIF (folios 1113 a 1119). Es decir, FELGUERA participaba en el reparto de equipos sin haber formado parte de la UTE que licitó a este expediente.

A continuación se muestra un cuadro resumen de las adjudicaciones en este periodo:

EXPEDIENTES ADJUDICADOS POR GIF/ADIF DESDE ENERO 2005 A DICIEMBRE 2009					
Expediente	Procedimiento	Fecha adjudicación	Importe adjudicación	Baja	Adjudicatario
3.6/5500.0106/6	Abierto	26/05/2006	4.295.741,15	0,10%	ALEGRÍA
3.7/3700.0617/8	Abierto	25/05/2007	5.854.096,65	0,10%	ALEGRÍA
3.7/3700.0609/5	Abierto	25/05/2007	25.272.669,31	0,20%	UTE AJA
3.7/3700.0619/4	Negociado	30/05/2007	798.270,99	0%	UTE AJA
3.7/3700.0608/7	Abierto	06/06/2007	5.119.891,11	0,10%	UTE AJA
3.7/3700.0627/7	Abierto	29/06/2007	40.776.805,43	0,20%	UTE AJA
3.7/3700.0610/3	Abierto	29/06/2007	6.886.076,79	0,10%	UTE AJA
3.7/3700.06S1/7	Abierto	23/07/2007	5.935.289,54	0,10%	ALEGRÍA
3.7/3700.0707/7	Abierto	28/09/2007	11.539.445,51	0,10%	UTE ¹²
3.7/3700.0630/1	Abierto	08/10/2007	3.839.752,95	0,10%	UTE AJA
3.8/3700.0638/2	Abierto	26/09/2008	7.543.478,24	0%	UTE ¹³
3.8/3700.0632/5	Abierto	26/09/2008	82.990.757	0%	UTE AJA
3.8/3700.0653/1	Abierto	31/10/2008	10.952.697,75	0%	ALEGRÍA
3.9/3700.0241/3	Abierto	24/07/2009	11.761.579	0%	UTE AJA
3.9/3700.0254/6	Abierto	15/12/2009	4.980.461,94	0%	UTE AJA

¹² AMURRIO, FELGUERA, JEZ Y ALEGRÍA.

¹³ AMURRIO Y ALEGRÍA.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por ADIF

3. CONTRATOS ADJUDICADOS POR ADIF DESDE ENERO DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2014

ADIF facilitó información sobre estos expedientes (folios 140 a 150), que junto con la información recabada en las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia los días 7 y 8 de octubre de 2014 en las sedes de las empresas AMURRIO, DF RAIL, JEZ y ALEGRÍA, permiten acreditar los siguientes hechos que se recogen a continuación, en relación con los contratos adjudicados por ADIF desde enero de 2010 hasta octubre de 2014.

Durante este periodo de casi cinco años, y tal y como se expone en el cuadro que aparece al final del presente epígrafe, ADIF licitó 17 expedientes de contratación de desvíos ferroviarios y otros aparatos complementarios (quince abiertos y dos negociados), con un importe total de adjudicación de 246.711.145,99 millones de euros, siendo adjudicataria de los mismos la UTE (4) en ocho ocasiones (201.377.401,27 millones de euros), mientras que la UTE AJA ganó la licitación en otras cinco ocasiones (30.697.713,48 millones de euros). Los cuatro contratos restantes correspondieron a las empresas AMURRIO (tres licitaciones) y JEZ (una licitación).

Al igual que en los periodos anteriores, los importes de los expedientes de desvíos ferroviarios de ADIF en los que AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA se presentaron en forma de UTE son muy variados, y están comprendidos entre 1.268.592 y 77.285.122 euros.

También como en los otros dos periodos analizados, el resultado de las licitaciones fue precedido, contemporáneo y paralelo a las actuaciones de las empresas imputadas que se exponen a continuación, consistentes en la celebración de distintos encuentros y reuniones, así como el intercambio de información a través de otros medios.

Aunque posteriormente se les unió FELGUERA, al principio de este periodo fueron las empresas AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA las que continuaron formando UTE para participar en los expedientes de contratación que convocó ADIF, poniéndose en contacto representantes de las tres empresas para presentar las ofertas correspondientes y para determinar los plazos de ejecución de los trabajos (folios 915 y 1154 a 1160).

Pero una de las novedades de este periodo es la participación cada vez más importante de FELGUERA en los acuerdos para formar UTE entre las cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA). Esta incorporación creó algunas tensiones entre las tres empresas que tradicionalmente habían formado las UTE (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA), sobre todo en lo que se refiere a la parte que deben trasladar a FELGUERA en los diferentes expedientes. Sobre esta cuestión existen varios hechos que se detallan a continuación.

Con fecha 27 de octubre de 2010 se produce una reunión entre las empresas que forman la UTE AJA (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA), en la que entre otras cosas se trata el tema de los repartos de los desvíos convencionales. Entre las cuestiones acordadas figura lo que le corresponde a FELGUERA (identificada como FM). En esta reunión se dicen frases como “a FM se le da 25% el otro 75% a partes iguales”. “Ricardo especifica lo que se le da a FM” (folio 694, versión no confidencial folio 721), en alusión a Ricardo García Mesa (ALEGRÍA).

En otra reunión de las empresas de la UTE AJA: AMURRIO (Jon de Lapatza, Josu de Lapatza, AAA), JEZ (Juan Carlos Sánchez, Urtza Errazti), ALEGRÍA (Alfredo Alegría, Ricardo García Mesa, UUU) celebrada el 1 de marzo de 2011, también se discute sobre cómo integrar a FELGUERA en la UTE (folio 695, versión no confidencial folio 722). También se señala que ADIF promueve la extensión de la UTE a cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA), ya que aparecen expresiones como “ADIF desea una UTE a 4 empresas al 25%”. También se establecen diversas medidas a aplicar relacionadas con la política de la UTE, entre las que figuran:

- “No ir a la contra de ADIF.
- Mantener el acuerdo entre las tres empresas (“sindicadas”).
- Ir a los concursos en UTE de 4.
- Ser lo más difusos posibles en la documentación. Para no dar demasiada ventaja a FM.
- Reducir a FM como mero montador.....”

También en esta reunión se comentan cuestiones en materia de precios, para lo que se dice que “*existe un cuadro de precios preparado por Talleres Alegría*” (folio 695, versión no confidencial folio 722), así como el planteamiento que las tres empresas tienen que proponer a FELGUERA en relación a su porcentaje de participación (folio 696, versión no confidencial folio 723).

En otra reunión celebrada en San Vicente de la Barquera el 11 de marzo de 2011 entre AMURRIO (Jon de Lapatza, AAA), JEZ (Juan Carlos Sánchez), ALEGRÍA (Ricardo García Mesa, UUU) y FELGUERA (LLL, Javier Ardura) se tratan temas sobre precios y reglas de juego a la hora de concurrir a los concursos. También se trata el tema de la participación de FELGUERA, estableciendo que las tres empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA) se repartirían un 30% cada una, mientras que a FELGUERA le correspondería un 10%, y que en cualquier caso “*El máximo de Felguera Melt estaría en llegar al 20%*”, “*a partir de 100 millones la cuota de F Melt pasará al 15%*” (folio 362, versión no confidencial folio 467). El mismo reparto de 30% para cada una de las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) y 10% para FELGUERA, aparece en las anotaciones sobre la reunión del Consejo de ALEGRÍA de fecha 6 de junio de 2011 (folio 327, versión no confidencial folio 432).

A pesar de los repartos señalados anteriormente, las UTE formadas por las cuatro empresas establecían una participación del 25%, pero esto era una mera formalidad para presentar la oferta y seguir los deseos de ADIF, realizando el reparto real posteriormente según las necesidades y acuerdos a los que llegaban

las empresas, como por ejemplo se observa en las anotaciones de fecha 19 de junio de 2014, donde se dice que Extremadura corresponde a AMURRIO, Asturias a ALEGRÍA, y el siguiente a JEZ (folio 502), o en el correo de fecha 3 de diciembre de 2013, enviado por NNN (AMURRIO) a FELGUERA (LLL), JEZ (PPP) y ALEGRÍA (sin identificar, dirigido a Talleres Alegría, S.A.), donde se adjuntan varios pedidos realizados por ADIF que regularizan los importes de pedidos anteriores, y los repartos correspondientes entre las empresas (folios 375 a 379, versión no confidencial folios 480 a 484), donde se asignan a AMURRIO dos desvíos de 1.550€ cada uno, uno a FELGUERA DE 44.726,53€, y dos a JEZ de 44.726,53€ cada uno, así como en tablas de reparto y de ejecuciones de trabajos elaboradas por JEZ donde aparece un resumen arrastrado de repartos de aparatos de vía de alta velocidad con la siguiente distribución: AMURRIO: 40,01%, JEZ 30,01%, ALEGRÍA 29,98% (folio 1243).

En uno de los puntos denominado Desvío Nacional AV (Alta Velocidad) del Acta de la Reunión del Consejo de Administración de ALEGRÍA de fecha 3 de octubre de 2011, se recoge el acuerdo al que llegaron las cuatro empresas con ADIF en relación a los precios de los nuevos desvíos de alta velocidad. Entre otras cosas se dice que *“A partir de ahora tendrán que salir nuevos concursos para éstos desvíos y formaremos la nueva UTE con Amurrio, Jez y Felguera”* (folio 1636, versión no confidencial folio 1673), que muestra claramente la intención de no competir en las futuras licitaciones.

En anotaciones realizadas por JEZ sobre una reunión entre AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA que se celebró el 12 de junio de 2012, se recoge el tema de la participación de FELGUERA. La opinión de ALEGRÍA es *“TAL es partidario de 1/3 a cada empresa de la AJA. La duda está en FM. Si los pide habrá que verlos”*. También se propone concursar como UTE en los desvíos del tipo AV4, pero teniendo en cuenta el inconveniente de que puede entrar FELGUERA, por lo que cada empresa hace su propuesta. Así, por ejemplo, ALEGRÍA propone presentarse sola en el primer concurso, AMURRIO propone para el primer concurso 35% para AMURRIO y 27,5% para cada una de las empresas ALEGRÍA y JEZ. Finalmente, AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA proponen que *“para el siguiente concurso se iría a partes iguales y FM [FELGUERA] al 15%”* (folios 704 a 705, versión no confidencial folios 731 a 732).

Similares anotaciones sobre la reunión del 12 de junio de 2012 de las tres empresas que forman la UTE AJA (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA)¹⁴, son realizadas por AMURRIO (folios 507 a 508) y por ALEGRÍA (folios 325 a 326 y folio 345, versión no confidencial folios 430 a 431 y folio 450), donde incluso se especifican claramente los porcentajes a repartir entre las empresas para el primer concurso que se convoque (FELGUERA 10%, AMURRIO 35%, JEZ 27,5%, ALEGRÍA 27,5%), así como para los siguientes (FELGUERA 15%, AMURRIO 28,33%, JEZ 28,33%, ALEGRÍA 28,33%). Estos repartos no coinciden con los porcentajes de

¹⁴ AMURRIO: AAA, Josu de Lapatza, Jon de Lapatza. JEZ: Urtza Errazti, Juan Carlos Sánchez. ALEGRÍA: Ricardo García Mesa, Alfredo Alegría.

participación de cada empresa en las ofertas de las UTE de cada uno de los expedientes (25%). Como se puede comprobar, existe un acuerdo “oficial” entre las cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA), que incluye un 25% de participación en la UTE para cada una de ellas (folios 380 a 385, versión no confidencial folios 485 a 490), que es el que aparece en los listados facilitados por ADIF, y otro “real” que es el que se refleja mediante anotaciones a mano sobre el acuerdo “oficial”. Al reparto real se le denomina “Acuerdo aparte entre las partes de AJA”, dentro del Acuerdo de Constitución de UTE para participar en los distintos concursos de desvíos ferroviarios tipo AV4, reparto que coincide con el señalado anteriormente donde se le otorga a FELGUERA un 10% en el primer concurso y un 15% en los siguientes (folios 341 a 346, versión no confidencial folios 446 a 451).

Otro ejemplo similar sobre repartos de futuros trabajos aparece en los correos electrónicos de fecha 1 de marzo de 2013 que ALEGRÍA (sin identificar: talegria@talegria.com) envió primero a las otras tres empresas: AMURRIO (AAA, VVV), JEZ (Juan Carlos Sánchez) y FELGUERA (LLL, Javier Ardura, Julio Fernández) y después a ADIF (WWW y otra persona no identificada, xxx@adif.es), en el que se establecen las propuestas de reparto de desvíos para futuros proyectos, especificando el tipo de aparato que corresponderá fabricar a cada empresa (folios 288, 366 a 368, y 389, versión no confidencial folios 393, 471 a 473 y 494).

Las tensiones por la entrada de FELGUERA se vuelven a mostrar en una reunión de las cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA), denominada Reunión UTE Fabrides, celebrada el 10 de diciembre de 2012 en San Vicente de la Barquera, donde FELGUERA comenta que quiere hacer unos equipos por su cuenta y riesgo. A lo que las otras tres empresas contestan diciendo que *“no debe afectar al reparto del resto de fabricantes. Cada palo aguanta su vela”* (folio 706, versión no confidencial folio 733).

En anotaciones sobre una reunión celebrada el 6 de agosto de 2013 por las tres empresas que formaban la UTE AJA: AMURRIO (Jon de Lapatza, AAA), JEZ (Juan Carlos Sánchez, PPP) y ALEGRÍA (Alfredo Alegría, HHH, Ricardo García Mesa, UUU), estas tres empresas acuerdan que la participación de FELGUERA en la UTE FABRIDES deberá ser del 15%, fijándose los repartos de la siguiente manera: *“28,33/28,33/28,34 y 15”* (folio 509).

Otros repartos en los que aparecen las diferencias entre lo teórico y lo real, se pueden observar en varias tablas (folios 386 a 388, versión no confidencial folios 491 a 493), en donde el resumen de los diferentes datos aporta el siguiente reparto: AMURRIO 40%, JEZ 30%, ALEGRÍA 30%. En algunos casos, los repartos se llegaron a realizar por sorteo. En este sentido, en un reparto de diez semiaparatos de dilatación se sorteó a quién se le asignaban dos y a quién tres, con el siguiente resultado: AMURRIO 3, JEZ 2, ALEGRÍA 2, FELGUERA 3 (folio 292 a 293, versión no confidencial folios 397 a 398).

Durante este periodo se producen tensiones entre las empresas que forman la UTE AJA (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) y ADIF. Así, en una reunión de estas empresas

con ADIF, celebrada el 6 de mayo de 2011 sobre precios de desvíos, ADIF trasladó a las empresas la necesidad de tener precios de licitación para “sacar concursos ya”, pero las empresas no están contentas con el escenario que se les plantea porque “estas cifras de ADIF no dan”, por lo que Ricardo García Mesa (ALEGRÍA) hace una propuesta que parece que gusta a DDD, en referencia a DDD de ADIF (folio 701, versión no confidencial folio 728). Es decir, los precios de los desvíos se acordaban entre ADIF y las empresas antes de que se convocaran los expedientes de licitación.

Como ocurría en periodos anteriores, algunos repartos se hacían antes de la presentación de ofertas. Así, por ejemplo, en anotaciones sobre una reunión celebrada el 31 de mayo de 2012, se dice que “*Todo lo que se acuerde en la reunión FABRIDES se presentará previamente a ADIF antes del concurso*”, “*se propone firma de acuerdo a 4 para los concursos de AV.*” (folio 702, versión no confidencial folio 729). Otro ejemplo similar aparece en anotaciones sobre una reunión de fecha 12 de junio de 2012, a la que asisten AMURRIO (Jon de Lapatza, Josu de Lapatza, AAA), JEZ (Urtza Errazti, Juan Carlos Sánchez) y ALEGRÍA (Ricardo García Mesa, Alfredo Alegría) en la que se habla de una reunión con ADIF para aclarar “*qué ofertamos. Antes del concurso*” (folio 703, versión no confidencial folio 730). En estas anotaciones también se recogen tensiones entre las empresas, con comentarios como “*si ahora los porcentajes son los propuestos por Amurrio para este concurso, para la siguiente, JEZ y Alegría van por libre*”.

Las empresas que participaban en las UTE eran conscientes de que no estaban actuando correctamente. Así, por ejemplo, en un correo que LLL (FELGUERA) envió a AMURRIO (TTT), JEZ (XXX) y ALEGRÍA (sin identificar: talegría@talegría.com), se detallan las correcciones que se debían hacer en los precios y repartos de los trabajos a realizar por cada empresa, finalizando el correo con el siguiente comentario “[XXX]¹⁵ me dice y tiene razón que nos deshagamos todos de estos “email”” (folio 290, versión no confidencial folio 395).

En una reunión de las cuatro empresas que componían la UTE FABRIDES (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA), celebrada el 15 de enero de 2014, se debaten varios puntos sobre el corredor mediterráneo, entre los que figura un punto 3 sobre la forma de reparto equilibrado, y donde se dice que “Si no se convence a ADIF para unos precios con un mismo margen se buscaría una ponderación interna de la UTE”. El punto 4 se titula “Responsabilidad técnica de los 4 fabricantes de la UTE para todo” (folio 666, versión no confidencial folio 682).

En este periodo se produce un hecho muy destacable. En dos expedientes licitados el 25 de abril de 2014, TRAMO LA ROBLA-POLA DE LENA y TRAMO TALAYUELA-CÁCERES las cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA) se presentaron por separado mediante ofertas individuales, aunque en los dos casos ALEGRÍA fue excluido por no reunir los criterios de solvencia. El adjudicatario en los dos expedientes fue AMURRIO (folio 146).

¹⁵ XXX (JEZ).

Este cambio en la presentación de ofertas por parte de las cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA), es consecuencia del cambio de actitud de ADIF sobre las ofertas en UTE de las empresas. En este sentido, ya en el Consejo de Administración de ALEGRÍA de fecha 1 de octubre de 2012, se trató este asunto, con comentarios como “antes UTE. Ahora quieren que sean ofertas individuales”, en relación a lo que quería ADIF respecto a los contratos de repuestos (folio 321, versión no confidencial folio 426), reflejándose en el Acta de este Consejo de Administración que ADIF quería que se presentaran ofertas individuales en competencia, con precios de 2006 (folio 1658, versión no confidencial folio 1690). También en este Acta se dice que a pesar de que el adjudicatario de un contrato de aparatos de dilatación es ALEGRÍA, por los acuerdos existentes entre las empresas, hay que ceder parte de los trabajos a realizar a AMURRIO y JEZ (folio 1657, versión no confidencial folio 1689). Es decir, aunque como se ha comentado en relación a los periodos enero 2005-diciembre 2009 y anterior a 2005, sólo se presentaba ALEGRÍA a los expedientes en los que sólo se licitaban aparatos de dilatación, posteriormente las tres empresas (AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA) se repartían la ejecución de los trabajos.

Pero es a partir del año 2014, cuando de una manera más clara ADIF comunica a las cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA) que tienen que dejar de presentar ofertas en UTE. En este sentido, en anotaciones de fecha 25 de marzo de 2014 sobre una reunión entre ADIF y las cuatro empresas que formaban la UTE FABRIDES, se dice que YYY (ADIF) no quiere más concursos en UTE de los fabricantes y que tampoco quiere tener un proveedor exclusivo (folio 662, versión no confidencial folio 678).

A pesar del intento de ADIF porque hubiera más competencia entre las empresas, AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA mantienen sus acuerdos de reparto. En este sentido, en los dos expedientes citados anteriormente, TRAMO LA ROBLA-POLA DE LENA y TRAMO TALAYUELA-CÁCERES, las empresas se reúnen previamente para ofertar por separado y acuerdan la baja que tiene que presentar cada una de las empresas sobre el precio de licitación, como se demuestra en varios documentos recabados en las inspecciones llevadas a cabo los días 7 y 8 de octubre de 2014 en las sedes de las empresas AMURRIO, DF RAIL, JEZ y ALEGRÍA.

Concretamente, en las anotaciones de una reunión de la UTE FABRIDES, celebrada por representantes de las cuatro empresas: AMURRIO (Jon de Lapatza), JEZ (Juan Carlos Sánchez), ALEGRÍA (Ricardo García Mesa) y FELGUERA (Julio Fernández) el 20 de junio de 2014 en San Vicente de la Barquera (folios 659 a 660 y 355, versión no confidencial folios 675 a 676 y 460), sobre la postura a adoptar por las empresas en la licitación de estos 2 expedientes, se dice lo siguiente: “CONCURSAR POR SEPARADO Y LUEGO REPARTIR”. A continuación se hacen varias propuestas de la baja que sobre el precio de licitación debe hacer cada empresa, y finalmente se adopta la propuesta definitiva, bajas que coinciden exactamente con las que ADIF reflejó en el listado que envió a la CNMC respecto a las ofertas presentadas por las empresas admitidas a licitación, AMURRIO,

FELGUERA y JEZ (folio 146). ALEGRÍA también presentó ofertas a estos dos expedientes pero fue excluida antes de la apertura de su oferta económica.

La Dirección de Competencia solicitó información a ADIF sobre la causa de esta exclusión. En su respuesta, ADIF aportó documentación en la que aparece como única causa de la exclusión, la presentación de un justificante de existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales que no cubría el 75% del presupuesto de licitación del contrato, tal y como se requería en el Pliego de Condiciones de los dos expedientes de licitación (folios 1821 a 1838). Es decir, no había ningún requisito técnico o económico de importancia que impidiera a ALEGRÍA afrontar por sí sola los suministros de desvíos solicitados, simplemente no presentó el seguro con el importe requerido.

En los dos expedientes que se convocaron con posterioridad, LÍNEA DE ALTA VELOCIDAD ANTEQUERA-GRANADA FASE 1, y TRAMO MONFORTE DEL CID-MURCIA (folio 147), las cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA) volvieron a presentarse en forma de UTE, acordando previamente la baja que iban a presentar sobre el precio de licitación, como se muestra en las anotaciones sobre una reunión en Santillana del Mar celebrada por representantes de las cuatro empresas¹⁶ el 6 de agosto de 2014, en donde entre otras cosas acordaron ir en UTE para los concursos de AV (alta velocidad) de agosto con una bajada del 1,5% (folios 302 y 356, versión no confidencial folios 407 y 461), que coincide con la información proporcionada por ADIF a la CNMC en relación con estos concursos (folio 147). También en esta reunión se trata del asunto de los trámites legales necesarios como consecuencia de la extinción de FELGUERA.

En relación con las obras para el Corredor norte-noroeste de alta velocidad el último tramo, LA ROBLA-POLA DE LENA, se produjo otra novedad bastante destacable. AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA, presentaron cada una de ellas una oferta individual, aunque como ya se ha explicado anteriormente, ALEGRÍA fue excluido por no presentar un seguro de indemnización de riesgos profesionales que cubriera el 75% del presupuesto de licitación, exclusión que no se refiere a motivos económicos o técnicos de importancia que no cumpliera ALEGRÍA y que impidieran a esta empresa poder presentar una oferta individual. El adjudicatario de este expediente fue AMURRIO.

Como ya se señaló anteriormente, las cuatro empresas se reunieron previamente a la presentación de ofertas del tramo LA ROBLA-POLA DE LENA, perteneciente a este corredor, acordaron las bajas que tenía que presentar cada una, y acordaron también que posteriormente llevarían a cabo el reparto de trabajos (folios 659 a 660 y 355, versión no confidencial folios 675 a 676 y 460).

A continuación se muestra un cuadro resumen de las adjudicaciones en este periodo:

¹⁶ AMURRIO: Josu de Lapatza, Jon de Lapatza, AAA. JEZ: Juan Carlos Sánchez. ALEGRÍA: Ricardo García Mesa, Alfredo Alegría. FELGUERA: LLL, Julio Fernández.

EXPEDIENTES ADJUDICADOS POR GIF/ADIF DESDE ENERO 2010 A OCTUBRE 2014					
Expediente	Procedimiento	Fecha adjudicación	Importe adjudicación	Baja	Adjudicatario
3.9/3700.0361/9	Abierto	10/06/2010	1.655.598,65	0,02%	UTE AJA
3.0/3700.0190/1	Abierto	25/06/2010	5.655.374,55	0,0019%	UTE AJA
6.0/4103.0024/0	Negociado	09/09/2010	77.285.122,13	0%	UTE (4) ¹⁷
3.1/3700.1019/0	Abierto	24/06/2011	14.138.247,19	0,00003%	UTE AJA
3.1/3700.1009/0	Abierto	28/06/2011	1.831.360,61	0,0001%	UTE AJA
3.1/3700.1008/0	Abierto	27/07/2011	7.417.132,48	0,00003%	UTE AJA
6.11/28510.1016	Negociado	18/08/2011	272.000	0%	JEZ
6.11/28510.1081	Abierto	22/11/2011	93.750	6,25%	AMURRIO
3.11/20505.1091	Abierto	16/02/2012	1.268.592,52	0%	UTE (4)
3.12/20505.0007	Abierto	27/07/2012	27.239.087,85	0%	UTE (4)
6.13/28510.0072	Abierto	28/03/2014	46.280.001,74	0%	UTE (4)
3.13/20505.0047	Abierto	25/04/2014	12.717.523,86	0,00002%	UTE (4)
3.13/20505.0076	Abierto	28/04/2014	4.698.104,95	0,00003%	UTE (4)
3.14/20810.0031	Abierto	26/09/2014	7.203.044,56	0,30%	AMURRIO
3.14/20810.0032	Abierto	26/09/2014	7.067.236,68	1,33%	AMURRIO
3.14/20810.0064	Abierto	26/09/2014	16.834.297,85	1,48%	UTE (4)
3.14/20810.0080	Abierto	31/10/2014	15.054.670,37	1,5%	UTE (4)

Fuente: Elaboración propia a partir datos aportados por ADIF

4. CUADRO RESUMEN ADJUDICACIONES Y BAJAS

A continuación se muestra un cuadro resumen en el que consta el número de adjudicaciones durante todo el periodo investigado, las empresas adjudicatarias y los porcentajes de bajas en los procedimientos de contratación.

EXPEDIENTES ADJUDICADOS POR GIF/ADIF DESDE 2000 HASTA 2014

¹⁷ AMURRIO, FELGUERA, JEZ Y ALEGRÍA.

Total contratos adjudicados	Adjudicados a la UTE	Adjudicados a empresas infractoras sin UTE	Sin baja (0%)	Bajas próximas a 0%	Otras bajas menores de 1%	Bajas mayores de 1%
50	37	13	17	6	37	7

Fuente: Elaboración propia a partir de datos aportados por ADIF

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

El Consejo en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las prácticas investigadas constituyen una infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, consistente en acuerdos y prácticas concertadas para el reparto, fijación de precios u otras condiciones comerciales y el intercambio de información comercial sensible, en relación con el suministro de desvíos ferroviarios y elementos complementarios en los procedimientos de contratación convocados por GIF/ADIF, desde julio de 1999 y hasta octubre de 2014, siendo responsables las empresas AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A., DURO FELGUERA RAIL, S.A.U. (continuada de la empresa extinguida FELGUERA MELT) y DURO FELGUERA, S.A. (responsable solidaria de Duro Felguera Rail), JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L. y TALLERES ALEGRÍA, S.A., así como algunos representantes y directivos de éstas.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, se trata en el presente expediente de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 16/1989 y de la LDC¹⁸, y ambas leyes prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, y en su letra c), el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Como se ha señalado en ocasiones anteriores, resultaría indiferente aplicar uno u otro precepto legal debiendo optarse por una de las dos leyes si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, deberá ser aquella que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable.

Sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de las citadas Leyes sea idéntica, de acuerdo con los precedentes de la extinta CNC y de la CNMC, también en este caso el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989. Esta aplicación más favorable de la Ley 15/2007 ha sido reconocida en anteriores ocasiones por el Consejo de la CNC¹⁹ y de la CNMC²⁰ y confirmado por la Audiencia Nacional²¹ y el Tribunal Supremo²². Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la implantación del programa de clemencia para cárteles y de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas.

En atención a ello, la Ley 15/2007 es, con carácter general, la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

¹⁸ A excepción de FELGUERA cuya participación se produce a partir de junio de 2007.

¹⁹ Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009, Expte. S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal; de 21 de enero de 2010, Expte. S/0085/08, Fabricantes de Gel; de 12 de abril de 2010, Expte. S/0059/08 ANAGRUAL; de 17 de mayo de 2010, Expte. S/0106/08 Almacenes de Hierro; de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, Vinos Finos de Jerez; de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08, Transitarios; de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, Peluquería Profesional; de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, Bombas de Fluidos; de 26 de octubre de 2011, Expte. S/0192/09 Asfaltos; de 10 de noviembre de 2011, Expte. S/024/10 Navieras Ceuta-2; de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10, NAVIERAS BALEARES y de 15 de octubre de 2012, Expte. S/0318/10, Exportación de sobres.

²⁰ Resoluciones de la CNMC de 12 de junio de 2014 (Expte. S/0444/12 Gea), de 22 de septiembre de 2014 (Expte. S/0428/12 Palés), de 4 de diciembre de 2014 (Expte. S/0453/12 Rodamientos Ferroviarios), de 15 de enero de 2015 (Expte. S/0473/13 Postes de Hormigón), de 5 de marzo de 2015 (Expte. S/0489/13 Concesionarios Opel), y de 23 de julio de 2015 (Expte. S/0482/13 Fabricantes de Automóviles).

²¹ Entre otras, Sentencias de la Audiencia Nacional de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011) y de 15 de abril de 2014 (recurso 572/2010), en relación con el Expte. S/0120/08 Transitarios..

²² Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 9 de febrero de 2015 en relación con el Expte. S/0091/08 Vinos Finos de Jerez.

En lo que se refiere a los directivos para los que la Dirección de Competencia atribuye participación directa en las decisiones de las empresas, aquellos que habrían participado con anterioridad al 1 de septiembre de 2007, esto es, Jon de Lapatza Benito y Jesús María de Lapatza Urbiola (AMURRIO), Urtza Errazti Olartekoetxea (JEZ) y Ricardo García Mesa (ALEGRÍA), a los efectos del cálculo de la sanción, la norma aplicable es la que se determina en el Fundamento de Derecho Sexto de esta resolución al analizar la duración y posible prescripción de su conducta. Por su parte, en el caso de los directivos Julio Fernández García, Fernando López González y Luis Javier Ardura González (FELGUERA), Juan Carlos Sánchez Jorín (JEZ) y Alfredo Alegría Díaz (ALEGRÍA), dado que su participación es posterior a la entrada en vigor de la LDC de 2007, es esta Ley la que debe ser aplicada para la adopción, en su caso, de las multas previstas en el artículo 63.2 de la citada norma.

Finalmente, esta Sala se muestra favorable a la aplicación también del artículo 101 del TFUE. Como indica la Dirección de Competencia, de acuerdo con las “Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado”²³ [ahora 101 y 102 del TFUE], las conductas investigadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario por verse afectadas actividades transfronterizas, por su incidencia en las condiciones de competencia en la fabricación y suministro de desvíos a ADIF y por los volúmenes anuales de contratación afectados.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Una vez instruido el procedimiento sancionador, la Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que se declare 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.

Asimismo, la citada Dirección ha propuesto que se imponga a los directivos Jon de Lapatza Benito y Jesús María de Lapatza Urbiola (de Amurrio Ferrocarril y Equipos, S.A.), Urtza Errazti Olartekoetxea y Juan Carlos Sánchez Jorín (de Jez Sistemas Ferroviarios, S.L.), Alfredo Alegría Díaz y Ricardo García Mesa (de Talleres Alegría, S.A.), Julio Fernández García, Fernando López González y Luis Javier Ardura González (Duro Felguera Rail, S.A.U.) la sanción prevista 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 su participación directa en el diseño e implementación de los acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas mencionadas anteriormente.

²³ Diario Oficial C 101 de 27 de abril de 2004.

Según la Dirección de Competencia, 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, 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 todo ello, la Dirección de Competencia considera que la conducta prohibida supone una infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1. Sobre la existencia de una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en el reparto del mercado, el acuerdo de precios y el intercambio de información comercial sensible

a) Las partes se han repartido el mercado, han acordado precios y se han intercambiado información comercial sensible, durante 15 años.

Como ya se ha señalado con anterioridad, la oferta en España 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, y que son AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA (actualmente DF RAIL).

Desde el lado de la demanda, en España ésta se concentra en escasas entidades que se dedican a la construcción y administración de infraestructuras ferroviarias, fundamentalmente ADIF, por lo que el volumen de demanda depende de decisiones adoptadas en el ámbito político respecto a los planes de construcción y renovación de las infraestructuras ferroviarias. A través de expedientes de licitación, ADIF ha venido contratando este tipo de material ferroviario con las 4 empresas anteriormente mencionadas.

Con carácter general, ADIF adquiere este tipo de productos mediante el empleo de procedimientos abiertos a través de concursos públicos, con la excepción de algún procedimiento negociado sin publicidad. Durante el periodo analizado en la presente investigación las entidades GIF y ADIF licitaron un total de 52 contratos, de los que 46 fueron licitados en procedimiento abierto y seis mediante procedimiento negociado.

Este es un mercado altamente especializado, fundamentalmente por la dificultad y responsabilidad que entrañan la construcción de este tipo de infraestructuras ferroviarias. Por ello, las empresas que entran a operar en el mismo requieren de una solvencia técnica, económica y profesional elevada, para poder acometer precisamente este tipo de construcciones, cuyo coste, además, suele ser elevado a la vista de los precios de los contratos licitados por ADIF en los últimos años. En este sentido, desde un punto de vista racional, resulta altamente improbable que una empresa sin capacidad suficiente para afrontar este tipo de contratos pueda establecerse en un mercado tan especializado como el de las infraestructuras ferroviarias, por lo que la capacidad financiera y técnica de las empresas resulta un factor determinante para operar en el mismo.

Las empresas objeto de investigación en este expediente son empresas con un elevado volumen de negocio, lo que evidencia esta capacidad para operar de manera individual en el mercado.

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

Este tipo de prácticas son contrarias al artículo 1.1 de la LDC que establece que *“se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

- a) *La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*

- b) *La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.”*

Igualmente son contrarias al artículo 101.1 del TFUE que, en términos parecidos, indica que “*Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior...*”.

Cabe precisar al respecto, que estos acuerdos y prácticas concertadas se han producido entre los principales competidores en la fabricación y comercialización de desvíos ferroviarios y elementos complementarios en España, que han representado cerca de la totalidad de la oferta de este mercado en el periodo considerado, y que han afectado a casi todos los expedientes de licitación de GIF/ADIF de desvíos ferroviarios y elementos complementarios convocados entre los años 2000 y 2014.

Los acuerdos y las prácticas concertadas de AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA, FELGUERA y DF RAIL que se han acreditado en el presente expediente habrían tenido el objeto y el efecto de distorsionar la competencia en el mercado de desvíos ferroviarios y elementos complementarios en España en el periodo investigado, y en la mayoría de los casos habrían llevado a la eliminación de la competencia en las licitaciones convocadas por las entidades de gestión de infraestructuras ferroviarias.

Los contactos entre las empresas han sido constantes a lo largo de los quince años de conducta acreditados, ya sea a través de reuniones presenciales o mediante el intercambio de correos electrónicos entre ellos, en los que se trataban cuestiones relativas a la constitución y funcionamiento de la UTE²⁴, al reparto entre ellos de los contratos licitados por GIF/ADIF²⁵ o los precios a proponer en las licitaciones con carácter previo a la convocatoria pública de éstas²⁶.

Como veremos a continuación, las empresas han utilizado injustificadamente un medio como es la UTE con la intención de repartirse de manera ilícita y sostenida

²⁴ Véanse, por ejemplo, los folios 62, 1623 a 1624, 1510 a 15559.

²⁵ Véanse, por ejemplo, los folios 517 a 524, 985 a 986, 854 a 855, 994 a 995, 1272 a 1278, 984, 1074 a 1075.

²⁶ Véanse, por ejemplo, los folios 985 a 986, 987 a 988, 1044, 365, 870 a 871, 1621.

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.

Tal era el grado de coordinación entre las partes y la inexistencia de competencia en el mercado, que el propio representante de ADIF les tuvo que llamar la atención en varias ocasiones ante la despreocupación que las empresas mostraban en los procedimientos de contratación, toda vez que, sabedores de que el contrato ya estaba previamente adjudicado, no se presentaban a las aperturas de los sobres llevadas a cabo por la entidad adjudicadora: *“...en el futuro espero ver en TODAS las aperturas de los concursos públicos a los que os presentáis al menos a un representante de la UTE AJA velando por la correcta realización del proceso y así evitaremos la sensación de “dejadez” o de “conocimiento del resultado final” que habéis transmitido esta mañana con vuestra ausencia.....”* (folio 877), les advierte el representante de ADIF en un correo electrónico de fecha 15 de septiembre de 2008.

Se ha acreditado además, cómo las partes trataban en ocasiones de simular de cara al sector la existencia de competencia en el mercado, para lo que éstas, con la conformidad de ADIF, adoptaban posturas tendentes a confundir al mercado. Prueba de ello, lo encontramos en este comentario: *“[...] [JJJ] (ADIF) nos dice que falta que hagamos el ejercicio de dejar algún concurso desierto”* (folio 365, versión no confidencial folio 470).

Igualmente, consta acreditado que en los escasos supuestos en los que se habrían presentado como empresas individualmente consideradas, a instancia de ADIF, esta concurrencia competitiva era en algunos casos meramente de carácter formal, por cuanto las empresas pactaban previamente las condiciones de participación en la licitación y el reparto entre ellas de la ejecución del contrato.

A modo de ejemplo, en las anotaciones de una reunión de la UTE FABRIDES, celebrada por representantes de las cuatro empresas el 20 de junio de 2014 en San Vicente de la Barquera (folios 659 a 660 y 355, versión no confidencial folios 675 a 676 y 460), sobre la postura a adoptar por las empresas en la licitación de 2 expedientes²⁷, se dice lo siguiente: **“CONCURSAR POR SEPARADO Y LUEGO REPARTIR”**.

²⁷ Tramo la Robla-Pola de Lena y tramo Talayuela-Cáceres.

Es decir, las empresas simulaban competir para la adjudicación de los contratos cuando en realidad se había acordado previamente repartirse los mismos (folio 1657, versión no confidencial folio 1689).

En un principio, la UTE estuvo formada por las empresas AMURRIO, JEZ y ALEGRIA, y consta como en ese periodo FELGUERA participó en algunas licitaciones de manera individual y en competencia frente a la UTE, hecho que motivó, como se ha acreditado, la preocupación del resto de las empresas, hasta que finalmente decidieron captarla para que se integrara definitivamente en la UTE, lo que les permitió eliminar un competidor directo en el mercado y toda competencia en el mismo.

En definitiva, el reparto del mercado entre las empresas es indiscutible a la luz de los hechos puestos de manifiesto en la presente resolución y las pruebas que sustentan tales hechos.

Otras de las particularidades derivadas del uso abusivo de la UTE por parte de las empresas, son los contactos continuos entre las partes para acordar los precios a los que debían presentarse a las licitaciones e intercambiar otro tipo de información comercial, que en un entorno de normal competencia no se hubiesen producido y en cambio se han materializado y prolongado durante el periodo en que ha durado la conducta.

En este sentido, los procedimientos de contratación pública en España se rigen, entre otros, por los principios de concurrencia, confidencialidad e igualdad de trato a todos los licitadores, y ésta es una circunstancia que se traduce necesariamente en la necesidad de establecer un procedimiento formalista de obligado cumplimiento por las partes.

Estos principios exigen, entre otros aspectos, que las proposiciones presentadas por las partes deban ser secretas, arbitrándose los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública. Precisamente para garantizar este secreto, las normas de contratación disponen que estas proposiciones se deban presentar en “sobre cerrado”, que no podrá abrirse hasta el acto público previsto al efecto.

Por tanto, el hecho de que las partes hayan pactado previamente los precios de licitación y cualesquiera otras condiciones necesarias para concurrir a los concursos ofertados por las entidades de gestión de infraestructuras, supone una quiebra de la lógica que debe imperar en este tipo de procedimientos, en el que los aspectos tales como el precio son variables esenciales, no única, para competir con el resto, por lo que el mantenimiento de su carácter secreto hasta la apertura pública de las ofertas se torna en un aspecto absolutamente transcendental para las empresas. Lo contrario, como ha sucedido, forma parte de la estrategia llevada a cabo por las empresas del sector orientada a desvirtuar la competencia hasta el punto de eliminarla durante 15 años.

En definitiva, todas estas actuaciones encajan en las categorías de conductas previstas en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

b) La constitución de la UTE como medio para repartirse el mercado, acordar precios e intercambiarse información

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 señalado, 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, como ya hemos señalado, 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, 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 (folios 140 a 150, 213 a 220, 741 a 750, 751 a 752, 754 a 755).

Esta concertación entre las empresas les ha permitido actuar de facto como una unidad económica frente GIF/ADIF en todo el periodo investigado (1999 a 2014), para poder acordar conjuntamente el reparto del mercado y los precios a los que se debía acudir a los contratos, que en un entorno de normalidad competitiva corresponde adoptar a cada empresa de forma individual y al margen de sus competidores.

No aprecia esta Sala, por tanto, la existencia de una justificación objetiva suficiente para que AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA (con la incorporación posterior de FELGUERA y DF RAIL) hayan participado sistemáticamente como una unidad económica en los contratos licitados por GIF y ADIF, especialmente cuando esto llevaba en la mayoría de los casos a una eliminación sostenida en el tiempo de la competencia en la oferta de desvíos ferroviarios y elementos complementarios y provocaba además un desincentivo para que otras empresas pudieran entrar en el mercado a competir, si tenemos en cuenta que las empresas existentes en ese periodo se repartían el mismo entre ellas y en el único supuesto en el que se encontraron con una empresa ajena al acuerdo con pretensiones de competir con la UTE (FELGUERA), las empresas acordaron adoptar medidas para reducir la participación de ésta en el mercado (folio 695, versión no confidencial folio 722) hasta que finalmente ésta fue captada por el resto de empresas para integrarse a la UTE y eliminar así toda amenaza existente.

La constitución de la UTE por parte de las empresas no parece obedecer a una lógica empresarial y económica coherente, por cuanto no se atisba una necesidad objetiva de las empresas de asociarse por la falta de capacidad para participar de manera individual en la mayoría de las licitaciones como confirma, además, el hecho de que FELGUERA acudiera de forma autónoma a tales licitaciones en un

primer periodo, y ello, añadido a las propias conductas de las partes reseñadas, refuerza la idea de que nos encontramos ante la utilización de un medio -acuerdo asociativo- con el fin de repartirse el mercado, lo que conlleva además acuerdos de precios y una constante compartición de información sensible entre las empresas competidoras.

Como ya ha señalado esta Sala en anteriores resoluciones (Expte. S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN, Resolución de 15 de enero de 2015), la utilización de estructuras asociativas como vehículo para la realización de prácticas anticompetitivas -cuestión advertida por las propias normas que regulan la actividad de las UTE²⁸- ha sido objeto de tratamiento por las distintas autoridades de vigilancia de la competencia, que han analizado esta figura y han establecido los criterios que hay que observar para determinar si la constitución de una UTE puede ser considerado un medio para conseguir fines anticompetitivos.

A partir de la consideración de que la creación de una UTE no constituye *per se* un acuerdo anticompetitivo, como bien señala la entidad TALLERES ALEGRIA, por cuanto es una figura asociativa legalmente admitida y además habitual en el sector empresarial en nuestro país, la valoración de su afectación a la competencia debe realizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se produce.

Mediante la Resolución de 20 de enero de 2003 (Expte. r 504/01, Terapias Respiratorias Domiciliarias)²⁹, el Tribunal de Defensa de la Competencia dejó establecido que, en la valoración del acuerdo asociativo como medio para llevar a cabo conductas anticompetitivas, deben tomarse en consideración los criterios de capacidad y autonomía de las empresas, por cuanto *“sólo cuando las empresas concertadas carecieran de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual, podría establecerse que no hay afectación de la competencia.”*

En similares términos se pronuncia la Comisión Europea en su Comunicación relativa a las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01), cuando en su apartado 237 se refiere a este tipo de acuerdos asociativos a los efectos de considerarlos contrarios a las normas de competencia.

“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

²⁸ El artículo 2 de la Ley 8/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional, establece que este tipo de acuerdos deben ser objeto de una especial vigilancia para evitar prácticas restrictivas de la competencia.

²⁹ En el mismo sentido la Resolución de la CNC S/0014/07 Gestión de Residuos Sanitarios.

permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente. Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1”.

Conviene subrayar que la Comisión Europea considera que, en estos supuestos, la irrelevante posición individual de las empresas en el mercado y, por tanto, su incapacidad para participar en el proyecto a no ser que se presenten de manera conjunta, excluiría la posibilidad de considerar la existencia de una relación de carácter horizontal entre ellas, por cuanto no serían competidores potenciales en la ejecución del proyecto.

En el ámbito judicial, no son pocas las Sentencias que han abordado los supuestos de acuerdos entre empresas para repartirse el mercado a través de estructuras asociativas.

Las Sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de febrero 2008 (recurso nº 519/2006) y de 27 de junio de 2008 (recurso nº 501/2006)³⁰ han señalado lo siguiente:

“Pues bien, la prestación del servicio en el sector privado coordinado mediante la UTE, supone la falta de competencia entre las empresas integradas en ella, con el correspondiente reparto del mercado. El artículo 11 de los estatutos de la UTE determina la falta de competitividad ya que ninguna de las empresas integradas en la misma, pueden desarrollar de manera separada la actividad que constituye el objeto social de la UTE. Tal planteamiento supone la coordinación en la prestación del servicio sanitario afectando al sector privado”.

Por su parte, la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 17 de mayo de 2016 (recurso 481/2013), analiza un supuesto similar de creación de un ente asociativo meramente formal que permite a las empresas repartirse el mercado a través de una actuación coordinada entre ellos, y declara la actuación ilícita, confirmando la sanción a las empresas.

En el mismo sentido que las anteriores sentencias se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de diciembre de 2006, que resuelve desestimar el recurso de casación interpuesto por Viajes Iberia, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2004 que resolvía el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución anterior. Entiende la Sala que desde el momento en que las empresas constituyeron una agrupación de interés económico (AIE) y pactaron la ejecución conjunta del programa, el proceso de contratación había quedado desvirtuado y la licitación convertida en mera ficción:

³⁰ En el mismo sentido se pronuncia la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2016 (recurso 481/2013).

considera que las empresas debieron competir entre sí para conseguir autónomamente el concurso en su conjunto o alguno de los lotes.

Para llegar a esa conclusión el Tribunal analiza, en primer lugar, la posibilidad de que las imputadas pudieran participar individualmente en la licitación, la cual confirma: *“las empresas sancionadas pudieron acudir de manera separada en reiteradas campañas sin ningún obstáculo de carácter formal, por lo que en ningún caso las exigencias del concurso les impedían concurrir con pleno derecho al mismo a título individual”*. Y puntualiza que las sancionadas lo fueron en cuanto que infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la LDC en relación con los acuerdos de colaboración que adoptaron para su ejecución conjunta con independencia del resultado del concurso: *“una colaboración entre empresas competidoras consistente en un entramado de acuerdos destinado a convertir un concurso público para obtener una concesión en un procedimiento ficticio e irrelevante”*.

A continuación procede a examinar los acuerdos a que llegaron las empresas sancionadas concluyendo que el concurso constituía una ficción al ser sustituido por los acuerdos privados acordados en el seno de la AIE:

“Estas concurren a título individual -no de forma conjunta- y acordaron que, fuera cual fuera el resultado del concurso, se ejecutaría en la manera concertada entre ellas a través de Mundosocial, A.I.E., asociación de interés empresarial creada años antes por las agencias de viaje que concurrían a tal objeto. De esta forma, resultaba indiferente el resultado del concurso en cuanto a la parte a ejecutar por cada una de las empresas; esto es, el concurso devenía una formalidad ficticia sustituida por el acuerdo entre las empresas concurrentes en el marco de una agrupación de empresas constituida por ellas: la competencia en el concurso público quedaba sustituida por el acuerdo privado en el seno de una agrupación empresarial privada. Pero no sólo esto, sino que a lo anterior es preciso añadir que la misma agrupación empresarial Mundosocial celebraba simultáneamente acuerdos con otras empresas de la competencia en los que por un lado se les cedía la ejecución de aspectos parciales del programa y, por otro, dichas empresas se comprometían a no concurrir al concurso. Y es preciso recordar que entre estas empresas se encontraban algunas de tanto peso como las sancionadas”. Añade que ello demuestra que “se concluían acuerdos destinados a evitar la posible concurrencia al mismo por parte de otras competidoras”.

En definitiva, y a modo de conclusión, solamente cabrá apreciar el beneficio y la necesidad de asociarse a través de una UTE para determinados contratos, y la inexistencia de una conculcación de las normas de competencia, cuando no sea posible que las empresas puedan concurrir a los mismos de manera individual ante su falta de capacidad. Solo en estos supuestos puede acogerse la posibilidad de constituirse puntualmente en UTE. Sin embargo, no es eso lo que sucede en relación con las empresas constitutivas de la UTE objeto del presente expediente, tal como veremos a continuación.

c) La capacidad de las empresas hacía innecesario acudir en UTE a la práctica totalidad de los contratos licitados por GIF/ADIF durante 15 años

Los datos que obran en el expediente arrojan la conclusión de que las empresas tenían capacidad individual suficiente para concurrir a las licitaciones o, al menos, a gran parte de ellas, sin la necesidad de asociarse con otras empresas.

En efecto, como se deduce de las informaciones recogidas en los Hechos Acreditados, cada una de las cuatro empresas (AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA) han tenido capacidad suficiente para competir entre ellas presentando ofertas individuales, teniendo en cuenta que cada una de las cuatro empresas tenía responsabilidad técnica para todo (folio 666, versión no confidencial folio 682) y capacidad para fabricar los aparatos de vía por sí mismas.

En este sentido, el hecho de que las empresas se hayan presentado de manera individual a algunos de los contratos –tanto de vías convencionales como de alta velocidad³¹- e incluso hayan sido adjudicatarios de los mismos -con independencia de que posteriormente haya un reparto de las tareas-, implica que las empresas debían tener la solvencia económica, técnica y profesional suficiente y exigida por la administración para poder licitar de manera individual a los contratos y, en su caso, ser adjudicatarios de los mismos.

Basta con observar el volumen de negocios de las empresas en el mercado afectado durante el periodo investigado, que nos ofrece una referencia aproximada de su participación en los contratos licitados, para confirmar el potencial de las mismas.

VOLUMEN DE NEGOCIO MERCADO DESVÍOS FERROVIARIOS				
AÑO	TALLERES ALEGRÍA	AMURRIO	JEZ SISTEMAS	DURO FELGUERA
1999	6.350.385	1.918.075		
2000	10.107.789	5.583.226		
2001	16.978.399	15.228.460		
2002	35.288.593	23.238.855		
2003	25.747.475	16.766.946		
2004	25.760.793	15.154.256		
2005	15.442.618	9.196.962		
2006	17.816.599	5.563.292	6.872.558	
2007	27.284.558	9.507.303	7.103.732	11.361.971

³¹ Véanse folios 143, 144, 146, 214, 216, 218, 744, 745, 746, 747 y 748.

2008	37.636.200	17.682.260	19.448.105	10.677.228
2009	45.182.142	28.790.714	20.340.072	13.691.509
2010	33.301.618	23.752.920	21.504.204	19.921.130
2011	[...]	[...]	[...]	[...]
2012	[...]	[...]	[...]	[...]
2013	[...]	[...]	[...]	[...]
2014	[...]	[...]	[...]	[...]

FUENTE: Elaboración propia con datos comunicados por las empresas.

El cuadro anterior, que recoge el volumen de negocios de las empresas incoadas en el mercado afectado, ofrece una visión realista de la capacidad de las empresas y si lo ponemos en relación con el precio de adjudicación de gran parte de los contratos adjudicados, se puede concluir sin mayor dificultad que todas las empresas podrían haber participado, al menos, en gran parte de las licitaciones concurriendo de manera individual o, en su caso, subcontratando partes de la adjudicación. Las empresas, sin embargo, han optado por acudir a las licitaciones conjuntamente y repartirse porcentajes de los contratos licitados.

El importe aproximado de los contratos adjudicados por GIF/ADIF a la UTE en todos estos años (un total de 37) ha sido el siguiente (folios 149 a 150, 220 y 749 y 755):

- 6 contratos por un precio de hasta 2 millones de euros
- 5 contratos por un precio entre 2 y 5 millones de euros
- 10 contratos por un precio entre 5 y 10 millones de euros
- 4 contratos por un precio entre 10 y 15 millones de euros
- 3 contratos por un precio entre 15 y 20 millones de euros
- 9 contratos por un precio superior a los 20 millones de euros

Es decir, observamos que los volúmenes de negocio de las empresas del mercado afectado alcanzan y superan con creces en algunos años los 20 millones de euros, y sin embargo el 75% de los contratos adjudicados a la UTE han tenido un precio inferior a los 20 millones de euros y más de la mitad se han adjudicado por un precio inferior a los 10 millones de euros. Por otro lado, 11 de los contratos adjudicados han tenido un precio por debajo de los 5 millones, una cifra muy inferior al volumen general de negocios de las empresas en el sector en los años investigados, y ni que decir tiene, la total falta de justificación por concurrir en UTE a los 6 contratos con precio inferior a los 2 millones de euros.

En este sentido, resulta interesante observar como FELGUERA, la empresa con menor volumen de negocio de las 4, se presentó en competencia de la UTE a un contrato por importe de 3.272.926 (folio 745) y luego participó en otros en condición

de subcontratista, motivo por el cual fue posteriormente captada por el resto de las empresas para integrarse a la UTE.

En definitiva, 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 y que, además, había mercado suficiente para todas las empresas que participaban en el mismo, ya fueran como adjudicatarios directos o subcontratistas.

A la inexistencia de razones de insolvencia económica, tampoco cabe apreciar motivos de insolvencia tecnológica que hubiese hecho necesario acudir sistemáticamente en UTE a los contratos.

Las empresas han alegado que el hecho de que GIF/ADIF eligiera una tecnología mixta para la construcción de las infraestructuras para vías de alta velocidad (tecnología alemana en la parte del cambio y tecnología francesa en la parte del cruzamiento), cuyas patentes eran propiedad de empresas extranjeras (la alemana VAE-BWG y la francesa COGIFER), hizo inviable la obtención por las empresas de ambas licencias, motivo por el cual se decidió constituir la UTE y otorgar a ésta las mismas. De otra forma, señalan las empresas, habría sido imposible acudir al mercado individualmente, por cuanto algunas empresas poseían una de las licencias pero no las dos.

Sin embargo, las partes disponían de alternativas a la UTE para acudir a los contratos, en tanto en cuanto tenían acceso a una de las licencias (TALLERES ALEGRIA y JEZ tenían acceso a la tecnología alemana y AMURRIO tenía acceso a la tecnología francesa)³², por lo que pudieron haber establecido puntualmente otro tipo de alianzas bilaterales. En todo caso, teniendo en cuenta el largo periodo de tiempo que las empresas han estado concurriendo en UTE, hubiese sido razonable, desde un punto de vista competitivo, que las empresas hubiesen solicitado las licencias que no disponían a los efectos de posicionarse en el mercado con respecto al resto de competidores, ya que la obtención de ambas licencias les hubiese otorgado una posición ventajosa y en cambio prefirieron mantener el sistema de reparto igualitario a través de la UTE.

Incluso consta en el expediente, cómo para el suministro de juntas de dilatación una de las empresas extranjeras titulares de la tecnología patentada instó en el año 2000 a las empresas españolas a presentarse por separado para evitar que GIF pensara que “*el contubernio*” era total, lo que denota claramente que no era imprescindible acudir de forma habitual en UTE a los concursos.

“la posición de VAE-BWG es ir separados para evitar que el GIF piense que el contubernio es total” (folio 525).

Igualmente, consta acreditado como la empresa francesa, titular de la otra tecnología necesaria, es partidaria de que las empresas acudan en conjunto, por

³² Página 6 escrito de alegaciones de FELGUERA (folio 3545).

razón vinculada al precio, lo que confirma igualmente que cabía la posibilidad de ir por separado.

“la posición de COGIFER es de ir en conjunto y no romper la unidad de precios” (folio 525).

En cualquier caso, esta eventual falta de capacidad tecnológica alegada no justificaría la presentación generalizada en los expedientes licitados por ADIF de ofertas conjuntas en forma de UTE, ya que cuando ADIF comunicó en el año 2014 a las cuatro empresas (JEZ, AMURRIO, ALEGRÍA y FELGUERA) que no quería más ofertas en UTE en los siguientes expedientes de licitación, estas empresas no tuvieron ningún problema para presentar ofertas individuales. Incluso, ya en octubre de 2012, ADIF les comunica que quiere ofertas individuales para los contratos de repuestos.

En relación con la tecnología para el llamado desvío de alta velocidad enteramente español (AV4), es cierto que ADIF fomentó la colaboración entre las empresas, pero el que colaboraran para su desarrollo no implica que posteriormente tuvieran que presentar ofertas conjuntas en forma de UTE en todos los expedientes para la provisión de este tipo de desvíos, ya que cada una de las cuatro empresas tenía responsabilidad técnica para acometer todas las partes del contrato.

Esta colaboración tecnológica no ampara la eliminación total de competencia entre estas empresas y se puede obtener a través de vías menos gravosas para la competencia, como los acuerdos de licencia mutua en el momento de desarrollo de cada una de las tecnologías, para una posterior explotación por separado.

En este sentido, respecto a los desvíos AV4, dado que contienen tecnologías de JEZ, AMURRIO, ALEGRÍA y FELGUERA, difícilmente pueden pretender estas empresas justificar que les era imposible llegar a un acuerdo de licencia mutua de las tecnologías incluidas en los desvíos AV4, fijando unos precios de licencia mutua en el momento de desarrollo inicial de la tecnología, antes de la convocatoria de las licitaciones, que les permitiera recuperar las inversiones realizadas conforme se fueran comercializando los desvíos por cualquiera de los cuatro operadores.

Por otra parte, hay que señalar que en el caso de los desvíos convencionales no existía ninguna exigencia tecnológica que obligara a JEZ a presentar ofertas conjuntas con AMURRIO, ALEGRÍA y FELGUERA, y sin embargo también se presentaban en forma de UTE. Ello es un argumento adicional que permite considerar la falta de voluntad de las partes para competir de manera individual en el mercado.

Igualmente, en relación con la complejidad y la ejecución de los trabajos en espacios cortos de tiempo, tampoco parece que éste haya sido un motivo para descartar de forma generalizada la presentación de ofertas individuales. Como se ha señalado anteriormente, entre otros elementos, hay que recordar que, por ejemplo, en los años 2012 y 2013, ADIF sólo licitó un expediente cada año. Sin embargo, en cada expediente las cuatro empresas presentaron una oferta conjunta en UTE.

En definitiva, a juicio de esta Sala, a la luz de las características de los contratos y de la propia actuación de las empresas no se puede admitir de forma generalizada que hayan existido razones económico-financieras, tecnológicas, o de falta de capacidad para atender en plazo a las demandas de GIF/ADIF, por lo que el uso continuado de la UTE no ha quedado justificado en el presente procedimiento.

d) Las conductas no quedan exentas por el artículo 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE

Algunas de las empresas han alegado a lo largo del expediente que el suministro conjunto de desvíos ferroviarios ha contribuido a promover el desarrollo técnico y económico al haber permitido el desarrollo de una tecnología española puntera y única, así como la puesta en funcionamiento de una red ferroviaria de alta velocidad de una gran dimensión en un periodo de tiempo récord. Igualmente, señalan que esta actuación conjunta también ha beneficiado de manera clara a los usuarios del transporte ferroviario a los que se les ha permitido tener una red de transporte por este medio de alta velocidad y convencional que de otra manera no hubieran tenido. Finalmente, inciden en que estos acuerdos también han contribuido a generar eficiencias financieras, en la medida en que la ausencia de un sistema de licencias cruzadas ha permitido prestar un servicio sin generar ningún coste derivado del pago del precio de las licencias.

El apartado tercero del artículo 1 de la LDC establece que el apartado 1 del citado artículo no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

En términos análogos se regula la excepción en el artículo 101.3 del TFUE.

La exención legal prevista en el artículo 1.3 no requiere desde la entrada en vigor de la LDC en 2007 una decisión previa de las autoridades de competencia, que sí era necesaria bajo la legislación anterior, esto es la Ley 16/1989, vigente en el momento en que dio comienzo la conducta infractora examinada en el presente expediente y durante buena parte de su desarrollo temporal. De acuerdo con esta regulación las empresas debían haberse dirigido, en aquel momento temporal, al antiguo Servicio de Defensa de la Competencia al objeto de obtener una autorización singular. Sin embargo, no consta en el presente expediente

sancionador que en ningún momento previo a la promulgación de la LDC de 2007 las empresas investigadas presentaran solicitud de autorización singular ante el mencionado Servicio y es sólo ahora, una vez iniciada la investigación, cuando se alega la concurrencia de los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 1 de la LDC. No obstante, como se examinará a continuación, con respecto al momento actual tampoco constan en el expediente elementos que permitan a esta Sala valorar la concurrencia de las circunstancias que según el artículo 1.3 deben estar presentes para su aplicación, fuera de que entiende que las imputadas no han aportado una justificación detallada que permita valorar el cumplimiento de estos tres citados criterios acumulativos.

En desarrollo de la norma comunitaria fueron aprobadas las Directrices relativas a la aplicación el apartado 3 del artículo 81 del Tratado [actualmente Artículo 101 del TFUE] (2004/C 101/08), que son un claro referente a la hora de aplicar este tipo de exenciones en el ámbito del derecho de la competencia, tanto a nivel comunitario como en el ámbito nacional.

Las citadas Directrices, en su apartado 34 prevén que la aplicación de la excepción contemplada en el apartado 3 se supedita a cuatro condiciones acumulativas:

- a) Los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;
- b) Debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;
- c) Las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos;
- d) El acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

El apartado 42 de las Directrices señala que, según jurisprudencia reiterada³³, las cuatro condiciones son acumulativas, esto es, para que la excepción sea aplicable deben cumplirse todas y cada una. Si no es así, señala el apartado, la aplicación de la excepción debe descartarse.

Pues bien, una primera conclusión que cabe destacar del análisis de las conductas aquí realizado es que los acuerdos y las prácticas concertadas llevadas a cabo por las empresas incoadas no cumplirían de entrada los apartados c) y d) del apartado 34 de las Directrices, toda vez que no han sido indispensables para alcanzar los objetivos y además el acuerdo ha permitido que las empresas hayan eliminado la competencia en el mercado de continua referencia en esta resolución.

Como ya se ha señalado reiteradamente a lo largo de la resolución, no ha quedado justificada la utilización de la UTE para acudir a la práctica totalidad de los contratos licitados por GIF/ADIF durante los 15 años que ha durado la conducta,

³³ A modo de ejemplo, cita las siguientes: Asunto T-185/00 y otros, Métropole télévision SA (M6), Rec. 2002 II-3805, apartado 86; el asunto T-17/93, MATRA, Rec. 1994, p. II-595, apartado 85; y los asuntos acumulados 43/82 y 63/82, VBVB y VBBB, Rec. 1984, p. 19, apartado 61.

por lo que las empresas podrían haber concurrido de manera individual a gran parte de los contratos, siendo ésta una alternativa razonable y demostrada a los acuerdos restrictivos que hubiesen generado las mismas eficiencias que las partes alegan.

En este sentido, en relación con las posibles eficiencias tecnológicas que se podrían derivar de los acuerdos, los hechos evidencian que las empresas se presentaron de forma individual a algunas licitaciones de 2014 que incluían desvíos polivalentes de alta velocidad, lo que implica una licencia mutua implícita de las tecnologías incluidas en estos desvíos, y ello evidencia que la formación de una UTE no era imprescindible para el desarrollo de los desvíos polivalentes de alta velocidad o para la fabricación de estos desvíos por cada una de las empresas.

En todo caso, respecto a los desvíos AV4, dado que contienen tecnologías de JEZ, AMURRIO, ALEGRÍA y FELGUERA, ya hemos anticipado que difícilmente pueden pretender estas empresas justificar que les era imposible llegar a un acuerdo de licencia mutua de las tecnologías incluidas en los desvíos AV4 que les permitieran recuperar las inversiones realizadas conforme se iban comercializando los desvíos por cualquiera de los cuatro operadores.

Pero es que además, el acuerdo entre las empresas ha eliminado por completo la competencia en el mercado de desvíos ferroviarios durante los años que ha durado la conducta, si tenemos en cuenta, como ya se ha señalado, que han participado todas las empresas del sector, que ha afectado a la práctica totalidad de los contratos licitados y que el objetivo ha sido el reparto de los contratos entre las empresas con el consiguiente acuerdo de los precios que éstas proponían a GIF/ADIF y que ha supuesto que los gestores de infraestructuras hayan tenido que pagar un precio superior al que se hubiese pagado en un entorno de normal competencia. El poder de mercado que ejercían las empresas era tal que en ocasiones lo han utilizado como presión para negociar la posibilidad de dejar desiertos los concursos o no ajustarse a los condicionantes de los mismos, instrumento que aplicaron en algunas ocasiones (dos concursos en 2001).

Por tanto, es cierto que la construcción de las infraestructuras ferroviarias en estos últimos años, en particular lo que se refiere a las vías de alta velocidad, ha podido ocasionar un beneficio a la sociedad en general, por cuanto se facilita los traslados en condiciones mejoradas. Sin embargo todas estas mejoras también se hubiesen experimentado en mayor medida si las empresas hubiesen participado en el mercado en competencia, por cuanto la calidad y los plazos de entrega de los suministros habrían sido los mismos, y en cambio el precio que la administración ha tenido que pagar por ellos habría sido inferior.

No cabe, por tanto, apreciar la aplicación del artículo 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE a las conductas objeto de la presente resolución.

e) Conclusión

En atención a todo lo anterior, cabe concluir que las conductas llevadas a cabo por las empresas AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA ha supuesto una infracción única y continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en el reparto del mercado a través de la constitución sistemática de una UTE para concurrir y adjudicarse los contratos licitados por GIF/ADIF en los últimos 15 años, sin que haya existido una justificación objetiva desde el punto de vista económico, profesional o técnico que permita concluir la necesidad de acudir en esas condiciones a todos los contratos. Esta conducta, además, ha conllevado que las partes hayan acordado previamente los precios de las licitaciones y se hayan intercambiado información estratégica, situaciones que en un entorno de normal competencia no se hubieran producido entre empresas que compiten en el mismo mercado.

Todo ello, implica calificar la infracción como muy grave, tal como prevé el artículo 62.4.a) de la LDC.

4.2.- Duración de la conducta. Infracción única y continuada

Los acuerdos y prácticas concertadas analizados en este expediente han tenido una continuidad ininterrumpida durante al menos 15 años. Así, se tiene constancia de que las conductas se habrían iniciado el 1 de julio de 1999 en el caso de AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA, y desde el 29 de junio de 2007 en el caso de DF RAIL (como sucesora de FELGUERA), y habrían finalizado el 7 de octubre de 2014, fecha de la inspección realizada por la Dirección de Competencia en la sede de las empresas investigadas.

Según consta acreditado en el expediente, representantes de AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA se reunieron en Madrid el día 1 de julio de 1999 (folio 532) y decidieron formar una UTE para participar en las licitaciones convocadas por GIF. A partir de esa fecha y hasta el 2014 casi todos los contratos licitados por GIF/ADIF fueron adjudicados a la UTE o a las empresas individualmente previo acuerdo del reparto de los mismos, habiéndose acreditado prácticamente cada año la existencia de contratos adjudicados de esta forma (folios 149 a 150, 220 y 749). Igualmente, los contactos entre las empresas para acordar los precios de las licitaciones, repartirse los contratos o intercambiar otro tipo información han sido continuos durante los años que se ha acreditado la infracción, ya sea a través del intercambio de correos electrónicos o en reuniones presenciales entre las empresas.

Nos encontramos, por tanto, ante una infracción única y continuada que se ha llevado a cabo durante un periodo de tiempo de, al menos, 15 años, constituida por varias conductas conectadas, como son el reparto de mercado, el acuerdo de precios y el intercambio de información sensible.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, apartado 41, indica que: *“Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE, puede resultar no solo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento*

continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Participazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)”.

En el mismo sentido, la Audiencia Nacional, en su sentencia de 5 de febrero de 2013, en alusión a la Sentencia de la misma Sala de fecha 6 de noviembre de 2009, e igualmente a la jurisprudencia comunitaria³⁴, ha señalado que para calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada es necesario examinar si los diversos comportamientos presentan un vínculo de complementariedad, es decir, que *"contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. Para ello será necesario examinar el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata"*. En este sentido, aspectos tales como la unidad de objetivos comunes entre las conductas, la identidad de sujetos, los métodos empleados o la coincidencia temporal, son elementos que deben considerarse a la hora de valorar la existencia de una infracción única y continuada.

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2014 (recurso nº 172/2013) recuerda también la doctrina del Tribunal General al respecto:

“1º Así, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC-Treuhand AG, apartados 240 y 241, señala que no puede identificarse de forma genérica el concepto “objetivo único”, que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por ello, debe siempre verificarse el grado de complementariedad de los distintos comportamientos que integran la infracción única.

³⁴ Sentencia de 27 de junio de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea (Coats Holdings Ltd/Comision), Asunto T-439/07.

A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada).

2º La sentencia de 17 de mayo de 2013 Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto, con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello, es que el “dies a quo” del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta”.

El examen de las conductas a la luz de la jurisprudencia citada permite concluir que nos encontramos ante la existencia de una infracción única y continuada, al poder identificarse diversos elementos de unidad de actuación y finalidad.

En el presente expediente resulta evidente la correlación entre los sujetos intervinientes en las conductas investigadas, ya que todas las empresas imputadas han participado en las conductas. Las empresas eran coincidentes, y la naturaleza y contenido de los contactos perseguían la misma finalidad, esto es, fijar una estrategia común para repartirse el mercado de desvíos ferroviarios y elementos complementarios en España. Existe, además, una clara coincidencia de los periodos de participación de las empresas, a excepción de FELGUERA que se incorpora con posterioridad, cuestión que deberá tenerse en cuenta a la hora de individualizar las sanciones de las empresas.

Por último, cabe añadir que todas las empresas identificadas como responsables por la Dirección de Competencia participan en el mismo mercado afectado y, por tanto, tienen claros intereses comunes.

En definitiva, concurren los elementos necesarios para considerar que nos encontramos ante una infracción única y continuada que se habría llevado a cabo al menos desde el 1 de julio de 1999 y, al menos, hasta el 7 de octubre de 2014.

4.3.- Efectos de las conductas en el mercado

Como ha señalado ya en anteriores ocasiones el Consejo de la CNMC y previamente el de la extinta CNC, en la valoración de conductas del artículo 1 de la LDC no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que éstas son restrictivas por su objeto³⁵.

Este criterio es acorde con la propia jurisprudencia al respecto, si tenemos en cuenta que, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que³⁶:

“procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011 [TJCE 2011, 399], KME Germany y otros/Comisión, C-272/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 65, y KME Germany y otros/Comisión, [TJCE 2011, 400] C-389/10 P, Rec. p. I-0000, apartado 75).

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia”.

³⁵Véanse, Expte. S/0120/10, Transitarios, Expte S/428/12 Palés, Expte. S/0422/12 Contratos de permanencia.

³⁶Sentencia de 13 diciembre 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda).. Asunto C-226/11 (Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros).

Igualmente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de diciembre de 2007, ha afirmado en sentido análogo que:

"En cuanto a las alegaciones de la actora de que su comportamiento no tuvo efectos negativos en el mercado puesto que ni tuvo reflejo en los precios ni en el reparto del mercado ni, finalmente, en que las empresas sancionadas mantuviesen, mejorasen o incrementasen su poder de mercado, basta señalar dos cosas. En primer lugar que la sanción de las conductas comprendidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no requiere que se hayan producido tales efectos, sino tan sólo que puedan producirlos, lo que evitaría ya tener que examinar dichos argumentos".

En atención a lo anterior, el resultado del análisis de los efectos provocados por las conductas en el mercado en nada debe alterar la calificación jurídica que esta Sala debe realizar en relación con las mismas, por cuanto nos encontramos ante conductas entre empresas competidoras que, por su propia naturaleza, entran dentro de la categoría de infracciones por objeto.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala considera que las conductas descritas anteriormente han ocasionado claros efectos negativos en el mercado de desvíos ferroviarios y elementos complementarios.

Nos encontramos ante un mercado en el que los proyectos de construcción de alta velocidad son muy complejos, con muchos más elementos que los desvíos ferroviarios, y en el que los condicionantes políticos en los calendarios de tramitación de los proyectos, así como los trámites formales que obliga a cumplir la normativa de contratación, limitan mucho el margen de actuación de ADIF.

Así, una vez puesta en marcha la construcción de una línea de alta velocidad, ADIF tiene muy poco margen para modificar o retrasar su demanda de desvíos ferroviarios, por los costes económicos y políticos que supondría el retraso en la puesta en funcionamiento de la línea.

Todo ello en un contexto en el que las complejidades tecnológicas de los desvíos ferroviarios (que afectan de lleno a la seguridad ferroviaria) y los costosos (en tiempo y dinero) procedimientos de homologación de ADIF, limitan significativamente la aparición de nuevos entrantes en el mercado, siendo un buen ejemplo de ello los problemas que tuvo FELGUERA para conseguir la homologación de su tecnología de desvíos de alta velocidad.

Todas estas circunstancias han llevado a que AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA, FELGUERA y DF RAIL, que representan la práctica totalidad del mercado, hayan ostentado un poder de negociación muy significativo a la hora de ofertar en las licitaciones de ADIF. Prueba de ello, es que, como se ha mencionado *supra*, en ocasiones han utilizado como presión para negociar la posibilidad de dejar

desiertos los concursos o no ajustarse a los condicionantes de los mismos, instrumento que aplicaron en algunas ocasiones (dos concursos en 2001)³⁷.

Este poder de negociación conjunto de las empresas frente a ADIF también se refleja en las negociaciones que desarrollan antes de la convocatoria de los procedimientos de licitación, tanto en relación con los presupuestos como los calendarios de las licitaciones. Asimismo, esto lleva a que en algunos casos, ni siquiera el importe máximo de licitación (que debe ajustarse a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio) sea un condicionante, pues se acuerda eludirlo a través de la figura de los precios contradictorios en el expediente “ANCHO MIXTO PARA LAS OBRAS DE IMPLANTACIÓN DEL ANCHO ESTÁNDAR EN EL CORREDOR MEDITERRÁNEO”.

En este entorno en que las empresas han ostentado un claro poder de mercado, los acuerdos entre ellas han tenido el efecto real de eliminar de forma casi total la competencia en todas las licitaciones de GIF/ADIF para la adquisición de desvíos ferroviarios y elementos complementarios en el periodo 1999-2014, y ello se ha traducido en que las licitaciones, que tuvieron un presupuesto total (sin IVA) de más de 672,1 millones de euros y un importe total de adjudicación (sin IVA) de más de 652,6 millones de euros, se adjudicaran con una baja media únicamente del 2,9% del precio de licitación.

La siguiente tabla recoge de forma resumida las estadísticas relativas a las bajas que han resultado de los procedimientos de contratación, desglosándolas por períodos de tiempo:

EXPEDIENTES ADJUDICADOS POR GIF/ADIF							
Periodos	Adjudica- dos	Oferta única	Sin baja (0%)	Bajas próximas a 0%	Otras bajas menores de 1%	Bajas mayores de 1%	Baja más elevada
Anterior a 2005	18	17	6	0	15	3	5,84%
De 01/01/2005 a 31/12/2009	15	15	6	0	15	0	0,20%
De 01/01/2010 a 31/10/2014	17	13	5	6	7	4 (3 en 2014)	6,25%
Total	50	45	17	6	37	7	

FUENTE: Elaborado por la DC a partir de datos aportados por ADIF (párrafo 289 del PCH)

³⁷ Folio 744

No ha sido posible realizar una comparativa entre el precio de licitación y adjudicación en contratos anteriores a los analizados en este expediente, por cuanto no se dispone de datos sobre ellos, teniendo en cuenta además que estas conductas se han prolongado a lo largo de 15 años.

Sin embargo, con los datos que se han podido recabar en este expediente y que se reflejan en el cuadro anterior, se puede observar que 43 de los 50 contratos adjudicados por GIF/ADIF en el periodo investigado tuvieron bajas inferiores al 1% con respecto al precio de licitación, e incluso en 23 de ellos no hubo baja o fue tan reducida que en la práctica puede considerarse que no existió. En el resto de contratos, únicamente en un total de 7 la baja fue superior al 1%, y precisamente tres de esas ocasiones se produjeron cuando ADIF promovió una mayor competencia al comunicar a las empresas que no quería más ofertas conjuntas, siendo éste un dato comparativo a tener en cuenta.

Es altamente improbable que en un entorno competitivo se hubiese producido un número tan elevado de contratos sin ofertas a la baja, teniendo en cuenta además que el precio es una de las variables que las partes utilizan para diferenciarse del resto de concursantes y que además es secreto hasta la apertura pública de las ofertas. Igualmente, en el caso de la existencia de bajas resulta evidente que nos encontramos ante importes que son muy inferiores a los que razonablemente debería reflejar un entorno de competencia.

Así, las conductas colusorias acreditadas en el presente expediente han tenido como consecuencia que los precios de los contratos adjudicados por GIF/ADIF hayan sido más altos de los que hubiesen acaecido en un entorno competitivo, dañando en consecuencia el interés público, y doblemente por cuanto se traduce en un mayor gasto de dinero público que en un marco de normal competencia no se hubiese producido. Agravado todo ello además durante el contexto de restricción presupuestaria provocado por la crisis económica, como indica la Dirección de Competencia (párrafo 292 del PCH).

Adicionalmente, no pueden descartarse otros efectos derivados de un proceso de determinación de precios ilícito e ineficiente. Estas ineficiencias y distorsiones se trasladan a otras áreas geográficas y a otros sectores con relaciones horizontales o verticales. Y claramente, el impacto sobre la competencia será aún más negativo, desde un punto de vista dinámico, en el caso de que operadores ineficientes aumenten su cuota de mercado en detrimento de empresas más eficientes.

Finalmente, cabe añadir que este tipo de conductas se han producido en un mercado cuyas barreras de entrada son evidentes, si tenemos en cuenta las complejidades tecnológicas de los desvíos ferroviarios (que afectan de lleno a la seguridad ferroviaria) y los costosos (en tiempo y dinero) procedimientos de homologación de ADIF, que limitan significativamente la aparición de nuevos entrantes en el mercado. Por ello, la concertación y reparto del mercado de todas las empresas intervinientes en el mercado de desvíos ferroviarios han tenido el potencial efecto, en este contexto oligopolista con barreras de entrada, de desincentivar la entrada de nuevos operadores en el mismo. Un claro ejemplo de

las dificultades para competir y del poder ejercido por los operadores en el mismo, lo encontramos en FELGUERA, cuyas intenciones de competir con el resto fueron anuladas al ser captada para integrarse en la UTE.

4.4.- Responsabilidad de las empresas

a) Sobre la responsabilidad de las empresas: aplicación del principio de continuidad económica y responsabilidad solidaria de la sociedad matriz

La responsabilidad de las empresas AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA y FELGUERA (posteriormente DF RAIL) resulta, a juicio de esta Sala, acreditada a tenor de las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente aquí resuelto, por lo que esta Sala se muestra conforme con la imputación realizada por la Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución.

Como ya se ha señalado, la infracción se habría llevado a cabo desde el 1 de julio de 1999 en el caso de AMURRIO, JEZ, ALEGRÍA, y desde el 29 de junio de 2007 en el caso de DF RAIL (como sucesora de FELGUERA), y hasta el 7 de octubre de 2014, fecha de la inspección realizada por la Dirección de Competencia en la sede de las empresas investigadas.

Según consta acreditado en el expediente, representantes de AMURRIO, JEZ y ALEGRÍA se reunieron en Madrid el día 1 de julio de 1999 (folio 532) y decidieron formar una UTE para participar en las licitaciones convocadas por GIF. A partir de esa fecha y hasta el 2014 casi todos los contratos licitados por GIF/ADIF fueron adjudicados a la UTE, que en un primer periodo fue conformado por esas tres empresas, incorporándose FELGUERA a partir de junio de 2007.

Consta igualmente acreditado, que en algunas de las escasas licitaciones a las que las empresas concurren en competencia, se trataba de simular esta concurrencia competitiva, por cuanto las empresas pactaban previamente las condiciones de participación en la licitación y el reparto entre ellas de la ejecución del contrato (folios 659 a 660 y 355, versión no confidencial folios 675 a 676 y 460). Es decir, simulaban frente a la administración y otros terceros competir para la adjudicación de los contratos cuando en realidad se había acordado previamente repartirse los mismos (folio 1657, versión no confidencial folio 1689).

Los contactos entre las empresas responsables han sido constantes a lo largo de los quince años de conducta acreditados, ya sea a través de reuniones presenciales o mediante el intercambio de correos electrónicos entre ellos, en los que se trataban cuestiones relativas a la constitución y funcionamiento de la UTE, al reparto entre ellos de los contratos licitados por GIF/ADIF o los precios a proponer en las licitaciones con carácter previo a la convocatoria pública de éstas. En algunos de estos correos, incluso, se aprecia el malestar de ADIF por las escasas cautelas y precauciones que muestran las empresas a la hora de concurrir concertadamente a las licitaciones.

En relación con la asunción de responsabilidad de DF RAIL respecto de la conducta atribuida a FELGUERA, ésta se justifica en el principio de continuidad económica derivada de la adquisición de la primera de los activos afectos a la rama de actividad de FELGUERA tras su extinción (folios 636 a 637).

Reiterada jurisprudencia comunitaria admite que se pueda exceptuar el principio de la responsabilidad personal en aplicación del criterio de la continuidad económica, en virtud del cual una infracción de las normas sobre la competencia puede ser imputada al sucesor económico de la persona jurídica que la haya cometido, con el fin de que el efecto útil de dichas normas no se vea comprometido a causa de los cambios efectuados en las estructuras societarias de las empresas³⁸. En el mismo sentido, la Audiencia Nacional ha declarado que cuando no exista persona jurídica a la que se pueda atribuir la responsabilidad por la infracción en la que han estado involucrados los activos transferidos porque la antigua propietaria haya dejado de existir legalmente, los principios de efectividad y eficacia de los artículos 101 y 102 del TFUE conllevan la aplicación del principio de continuidad económica y se traslada la responsabilidad por la infracción a la empresa sucesora³⁹.

Esta doctrina ha sido confirmada recientemente por el Tribunal Supremo (Sentencia de 16 de diciembre de 2015, rec. 1973/2014) al disponer lo siguiente: *“(...) el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas. La modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependerá de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente por el mero hecho de que haya habido una reorganización, un cambio de nominación o la adquisición de la empresa por otra, esto es, por un cambio de titularidad. Otra cosa conduciría, como aduce con razón el Abogado del Estado, a la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad mercantil procediendo a cualquiera de las citadas modificaciones.”*

Igualmente, y en contra de lo que señalan DURO FELGUERA y DF RAIL en su escrito de alegaciones en el que consideran que no cabe atribuir responsabilidad solidaria entre ambas empresas, como ya se ha señalado en esta resolución la empresa DURO FELGUERA, S.A. ostenta la posición de sociedad matriz al 100% de la entidad DF RAIL, por lo que en aplicación del artículo 61.2 de la LDC y de la jurisprudencia sobre la presunción de una influencia decisiva derivada del

³⁸ Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69; de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P; de 20 de marzo de 2002, HFB y otros/Comisión, T-9/99, apartados 105 y 106 y de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06 y conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto ETI y otros, puntos 71 y siguientes.

³⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2013 (recurso 48/2012) en el ámbito del Expte. S/0251/10 Envases Hortofrutícolas.

acreditado control en el capital social de la matriz con respecto a su filial⁴⁰, cabe atribuirle responsabilidad solidaria con respecto a la de su empresa filial.

b) Existencia de culpa en la comisión de la infracción e inaplicación del principio de confianza legítima

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

De conformidad con la jurisprudencia recaída en derecho administrativo sancionador⁴¹, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la administración en el artículo 130.1 de la LRJPA, establece que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismo aun a título de simple negligencia”*, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Pues bien, esta Sala considera que ha quedado acreditado que las empresas responsables de la infracción aquí sancionada conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas llevadas a cabo.

El reparto del mercado ha sido la tónica habitual de los últimos 15 años por parte de las empresas responsables, y prueba del conocimiento por parte de las empresas de un comportamiento ilícito lo encontramos en las propios correos que se enviaban entre ellas y entre ellas con ADIF, en los que se pone de manifiesto la necesidad de ocultar ante terceros la existencia de un entramado destinado a repartirse el mercado de suministro de desvíos ferroviarios.

El siguiente correo electrónico demuestra tal consideración: “[...][JJJ (ADIF)] nos dice que falta que hagamos el ejercicio de dejar algún concurso desierto” (folio 365, versión no confidencial folio 470); igualmente el correo que ADIF envía a las empresas manifestando su descontento por no haber acudido a la apertura de sobres y que denota la concertación existente entre las empresas y ADIF: *“...en el futuro espero ver en TODAS las aperturas de los concursos públicos a los que os presentais al menos a un representante de la UTE AJA velando por la correcta realización del proceso y así evitaremos la sensación de “dejadez” o de*

⁴⁰ Véase, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de septiembre de 2011 (C-521/09 P) y Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de febrero de 2013 (recurso 48/2012 VERIPACK EMBALAJES).

⁴¹ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004.

“conocimiento del resultado final” que habéis transmitido esta mañana con vuestra ausencia.....” (folio 877).

Incluso consta en el expediente, cómo para el suministro de juntas de dilatación una de las empresas extranjeras titulares de la tecnología patentada instó en el año 2000 a las empresas españolas a presentarse por separado para evitar que GIF pensara que *“el contubernio”* era total.

“la posición de VAE-BWG es ir separados para evitar que el GIF piense que el contubernio es total” (folio 525).

Igualmente, consta acreditado como la empresa francesa, titular de la otra tecnología necesaria, es partidaria de que las empresas acudan en conjunto, por razón vinculada al precio.

“la posición de COGIFER es de ir en conjunto y no romper la unidad de precios” (folio 525).

En determinados supuestos las propias empresas simulan frente a GIF/ADIF la concurrencia en competencia. Es decir, simulaban frente a la administración y otros terceros competir para la adjudicación de los contratos cuando en realidad se había acordado previamente repartirse los mismos (folio 1657, versión no confidencial folio 1689).

Las empresas eran conscientes de que su forma de actuar vulneraba la normativa vigente y que debían tomarse medidas para mantener el secretismo sobre tales hechos y eliminar evidencias sobre los mismos, como así queda demostrado en los comentarios de las propias empresas, del tipo *“hay que tener en cuenta que la documentación es confidencial, por lo que tiene que ser exclusivamente de uso privado”* (folios 1701 a 1708), o *“Una me dice y tiene razón que nos deshagamos de estos emails”,* o *“está dispuesto a ir en UTE, pero no por separado y luego repartir el trabajo (como se hizo en Pajares y Extremadura). Tienen miedo a problemas legales”* (folios 302 a 304, versión no confidencial folios 407 a 409).

A ello, cabe añadir que las propias normas sobre el funcionamiento de las UTE⁴² advierten sobre la incidencia negativa en la competencia del uso abusivo de este tipo de entidades, por lo que las partes no podían desconocer la posibilidad de que su actuación fuera restrictiva de la competencia.

Lo anterior, unido a que las conductas se han prolongado por un periodo, al menos, de 15 años, denota que las partes debieron conocer la ilicitud de las mismas y los efectos que estaban produciendo en el mercado en el que operan.

Así las cosas, tampoco es posible apreciar, tal como alegan JEZ y ALEGRIA, el principio de confianza legítima como eximente de su responsabilidad y culpabilidad en las conductas.

⁴² El artículo 2 de la Ley 8/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional, establece que este tipo de acuerdos deben ser objeto de una especial vigilancia para evitar prácticas restrictivas de la competencia.

La Autoridad de Competencia ya ha tenido ocasión de declarar en resoluciones anteriores⁴³ que, de acuerdo con la jurisprudencia, el principio de confianza legítima debe ser interpretado restrictivamente y siempre en el ámbito de la legalidad, por cuanto, como ha señalado nuestro Alto Tribunal⁴⁴, debe prevalecer el principio de legalidad frente a un comportamiento manifiestamente contrario a la propia legalidad, aun cuando la conducta de la Administración pueda haber sido equívoca.

Por otro lado, el Alto Tribunal ha señalado que *“el principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa”*, y ello, como hemos señalado no se ha producido en las conductas aquí analizadas.

En el presente procedimiento, ha quedado probado que las partes han llevado a cabo una serie de conductas contrarias a las normas de competencia y eran conscientes de que su actuación no era la correcta, tal como ha quedado acreditado, y este es un hecho que confirma la existencia de una culpa sobre la que no caben eximentes. Las partes conocían perfectamente que el uso recurrente de la UTE era una actuación ilícita, tal como hemos puesto de manifiesto anteriormente, por lo que no pueden alegar que fueron empujados por la administración y que actuaban con pleno desconocimiento o en la confianza de licitud. Como ya hemos señalado, las propias normas que regulan el funcionamiento de las UTE advierten sobre el uso abusivo de este tipo de entidades y la necesidad de su vigilancia para evitar prácticas restrictivas de la competencia, y las partes debían ser conocedoras de tales advertencias por lo que no se puede alegar desconocimiento al respecto de que las conductas no podían ocasionar problemas de competencia.

En este caso, además, no cabe ampararse en la confianza que las partes han podido depositar en GIF/ADIF, ya que, por un lado, tales entidades han sido partícipes en cierto grado de las conductas contrarias a la competencia a través si quiera de la permisividad con las empresas que han mostrado a lo largo de gran parte del periodo que ha durado la conducta, siendo conscientes además, tanto la administración como las empresas de que la actuación no era correcta a raíz de los mails que aparecen en los hechos acreditados a los que ya se ha hecho referencia. No cabe, por tanto, ampararse en la confianza en una administración que en cierto modo es parte del sistema creado para repartirse el mercado, aun cuando su actuación hubiera sido a modo de simple permisividad. Por otro lado, en un determinado momento ADIF exige a las empresas a no continuar con la conducta al instarles a no presentarse en UTE, lo que confirma que en ese periodo ADIF no

⁴³ S/0120/08 Transitarios, S/0167/09 Productores de uva y mosto de Jerez.

⁴⁴ Sentencia de 20 de diciembre de 2006, recurso de Viajes Iberia en el caso Agencias de viaje (RTDC de 25 de octubre de 2000, Expediente 476/99).

ampara la conducta y además no da signos externos de que esa participación sea correcta. Es más, las empresas simulan frente a la administración presentarse a los concursos en competencia, previo reparto de los contratos entre ellas.

No cabe apreciar, por tanto, la existencia de confianza legítima como eximente de la culpabilidad de las empresas en las conductas aquí sancionadas sino considerar que, cuanto menos, la responsabilidad de las mismas lo es a título de negligencia grave en la medida en que ha quedado acreditado que eran conscientes de que sus conductas eran contrarias a la normativa sobre competencia.

Por su parte, GIF/ADIF es una entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y su régimen se sujeta al ordenamiento jurídico público y, en defecto de éste, al ordenamiento privado que le sea de aplicación. En lo que se refiere al régimen de contratación, ADIF se sujeta a las normas públicas de contratación del Estado, tal como indica el Estatuto de la entidad pública empresarial⁴⁵, por lo que cuando actúa como órgano de contratación en las licitaciones que convoca, lo hace en su condición de administración pública y sometida al ordenamiento jurídico administrativo.

La consideración anterior excluye que GIF/ADIF en su actuación en las conductas investigadas en este expediente pueda ser considerado un operador económico al que le pueda ser aplicada las normas de competencia, tal como ha confirmado el Tribunal Supremo⁴⁶. GIF y posteriormente ADIF han actuado como órgano de contratación y no como entidad privada.

En este sentido, si bien las entidades de administración de infraestructuras ferroviarias han tenido cierto grado de protagonismo en las conductas objeto de esta resolución y ello sea reprobable desde el punto de vista de la competencia, no es posible atribuirle la condición de operador económico responsable en este expediente, sin perjuicio de que haya podido incurrir en la infracción de otras normas que le puedan ser de aplicación y sobre las que esta Autoridad de Competencia no tiene facultad de aplicación.

4.5.- Participación en las conductas de los representantes legales o personas que integran los órganos de dirección en las empresas declaradas responsables

A los efectos de aplicar la sanción prevista en los artículos 10.3 de la Ley 16/1989 y 63.2 de la LDC, en línea con la Dirección de Competencia, se considera sobre la base de los hechos acreditados, que ha habido una participación directa de varios representantes legales y personas que integran los órganos directivos de las

⁴⁵ Real Decreto 2395/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias.

⁴⁶ Véase al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de noviembre de 2008, Fundamento de Derecho Tercero (recurso 5837/2005).

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. Sin perjuicio del análisis de los requisitos legales necesarios para imponer la sanción prevista en los artículos citados, que se realizará en todo caso en apartados posteriores de esta Resolución, la participación individual de cada persona en las conductas es la que se enumera a continuación.

1) *AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.*

La participación de los representantes o personal directivo de la empresa queda acreditada en los siguientes folios:

a) *D. Jon de Lapatza Benito*

- Reuniones sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 1 de julio de 1999 (folio 532); 31 de agosto de 2000 (folio 525); 21 de septiembre de 2000 (folio 517 a 524); 4 de febrero de 2008 (folio 684, versión no confidencial folio 711); 24 de junio de 2008 (folio 686, versión no confidencial 713); 1 de marzo de 2011 (folio 695, versión no confidencial folio 722); 11 de marzo de 2011 (folio 327, versión no confidencial folio 432); 24 de marzo de 2011 (folio 361, versión no confidencial folio 466); 2 de mayo de 2012 (folios 323 a 324, versión no confidencial folios 428 a 429); 12 de junio de 2012 (folios 507 a 508); 6 de agosto de 2013 (folio 509); 11 de septiembre de 2013 (folio 503); 20 de junio de 2014 (folios 659 a 660 y 355, versión no confidencial folios 675 a 676 y 460); 6 de agosto de 2014 (folios 302 y 356, versión no confidencial folios 407 y 461).
- Correos electrónicos sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 9 de enero de 2003 (folios 854 a 855); 23 de enero de 2008 (folio 1047); 25 de enero de 2008 (folios 868 a 869); 5 de febrero de 2008 (folio 1051); 13 de mayo de 2008 (folios 1058 a 1060); 9 de junio de 2008 (folios 1067 a 1072); 2 y 9 de diciembre de 2008 (folios 1082 a 1083 y 1084 a 1087); 15 de diciembre de 2008 (folios 1090 a 1092); 17 de diciembre de 2008 (folios 1094 a 1097); 19 de diciembre de 2008 (folio 1093); 20 de enero de 2009 (folios 1098 a 1101); 11 y 15 de septiembre de 2009 (folios 885 a 900); 5 de julio de 2010 (folio 1120 a 1121); 13 de octubre y 29 de noviembre de 2010 (folios 1131, 1134 a 1135); 13 y 19 de abril de 2011 (folios 915, 1155 a 1156); 9 y 10 de mayo de 2012 (folios 1171 a 1174); 12 de junio de 2012 (folios 1693 a 1700); 20 de junio de 2013 (folios 1244 a 1245); 22 y 27 de enero de 2014 (folios 1255 a 1260); 29 de abril de 2014 (folio 1296 a 1298); 11 de julio de 2014 (folios 1611 a 1612, 1779 a 1789); 31 de julio de 2014 (folio 285, versión no confidencial folio 390).

- Otros: escrito de compromiso de constitución de UTE de 10 de octubre de 2009 (folio 1623 a 1624); y escrito de 20 de mayo de 2010 de compromiso de presentación en UTE (folio 1627 a 1628).

b) D. Jesús María de Lapatza Urbiola

- Reuniones sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 1 de julio de 1999 (folio 532); fecha indeterminada (folio 527 a 528); 31 de agosto de 2000 (folio 525); 21 de septiembre de 2000 (folio 517 a 524); 4 de febrero de 2008 (folio 684, versión no confidencial folio 711); 24 de junio de 2008 (folio 686, versión no confidencial folio 713); 1 de marzo de 2011 (folio 695, versión no confidencial folio 722); 2 de mayo de 2012 (folios 323 a 324, versión no confidencial folios 428 a 429); 12 de junio de 2012 (folios 507 a 508); 12 de junio de 2012 (folios 703, versión no confidencial folio 730); 28 de febrero de 2013 (folios 299, versión no confidencial folio 404, y folios 664 a 665, versión no confidencial folios 680 a 681); 11 de septiembre de 2013 (folio 503); 6 de agosto de 2014 (folios 302 y 356, versión no confidencial folios 407 y 461).
- Correos electrónicos sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 20 de enero de 2009 (folios 1089 a 1101); 22 y 27 de enero de 2014 (folios 1253 a 1254 y 1255 a 1260); 11 de julio de 2014 (folios 1611 a 1612, 1779 a 1789).

2) *JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L.*

La participación de los representantes o personal directivo de la empresa queda acreditada en los siguientes folios:

a) D. Urtza Errazti Olartekoetxea

- Reuniones sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 1 de julio de 1999 (folio 532); 4 de febrero de 2008 (folio 684, versión no confidencial folio 711); 24 de junio de 2008 (folio 686, versión no confidencial folio 713); 1 de marzo de 2011 (folio 695, versión no confidencial folio 722); 24 de marzo de 2011 (folio 361, versión no confidencial folio 466); 2 de mayo de 2012 (folios 323 a 324, versión no confidencial folios 428 a 429); 12 de junio de 2012 (folios 507 a 508 y 325 a 326 y folio 345, versión no confidencial folios 430 a 431 y folio 450); 11 de septiembre de 2013 (folio 503).
- Correos electrónicos sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 5 de febrero de 2008 (folio 1051); 9 de enero de 2009 (folio 1094); 9 y 10 de mayo de 2012 (folios 1171 a 1174); 11 de julio de 2014 (folios 1611 a 1612 y 1779 a 1789); 21 de julio de 2014 (folios 1321 a 1463).
- Otros: Escrito de 10 de octubre de 2009 de compromiso de constitución de UTE (folios 1623 a 1624); documento de 20 de mayo de 2010 de compromiso de presentación en UTE (folios 1627 a 1628).

b) Juan Carlos Sánchez Jorín

- Reuniones sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 4 de febrero de 2008 (folio 684, versión no confidencial folio 711); 15 de abril de 2008 (folio 365, versión no confidencial folio 470); 24 de junio de 2008 (folio 686, versión no confidencial folio 713); 17 de septiembre de 2008 (folio 363, versión no confidencial folio 468); 1 de marzo de 2011 (folio 695, versión no confidencial folio 722); 11 de marzo de 2011 (folio 362, versión no confidencial folio 467); 24 de marzo de 2011 (folio 361, versión no confidencial folio 466); 12 de junio de 2012 (folios 507 a 508 y 325 a 326 y folio 345, versión no confidencial folios 430 a 431 y folio 450); 6 de agosto de 2013 (folio 509); 2 de mayo de 2012 (folios 323 a 324, versión no confidencial folios 428 a 429); 12 de junio de 2012 (folio 703, versión no confidencial folio 730); 28 de febrero de 2013 (folios 299, versión no confidencial folio 404, y folios 664 a 665, versión no confidencial folios 680 a 681); 11 de septiembre de 2013 (folio 503); 20 de junio de 2014 (folios 659 a 660 y 355, versión no confidencial folios 675 a 676 y 460); 6 de agosto de 2014 (folios 302 y 356, versión no confidencial folios 407 y 461).
- Correos electrónicos sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 22 de enero de 2008 (folio 1044 a 1046); 23 de enero de 2008 (folio 1047); 15 de septiembre de 2008 (folio 877); 16 de junio de 2009 (folios 1108 a 1110); 25 de enero de 2008 (folios 868 a 869 y folios 870 a 871); 5 de febrero de 2008 (folio 1051); 31 de marzo de 2008 (folio 1052); 11 de abril de 2008 (folios 1053 a 1055); 29 de mayo de 2008 (folios 1063 a 1064); 9 de junio de 2008 (folios 873 a 874); 11 y el 12 de junio de 2008 (folios 1067 a 1072); 25 de junio de 2008 (folio 364, versión no confidencial folio 469); 13 de mayo de 2008 (folios 1058 a 1060); 11 de septiembre de 2008 (folios 1078 a 1079); 12 de septiembre de 2008 (folio 876); 19 de noviembre de 2008 (folio 1080); 25 de noviembre de 2008 (folio 1081); 2 de diciembre de 2008 (folios 1082 a 1083); 9 de diciembre de 2008 (folios 1084 a 1087); 10 de diciembre de 2008 (folios 1088 a 1089); 15 de diciembre de 2008 (1090 a 1092); 19 de diciembre de 2008 (folio 1093); 9 de enero de 2009 (folio 1094); 20 de enero de 2009 (folios 1098 a 1101); 17 de junio de 2009 (folios 1108 a 1110); 19 de junio de 2009 (folios 881 a 884); 11 y 15 de septiembre de 2009 (folios 885 a 900); 9 de diciembre de 2009 (folios 904 a 906); 8 de marzo de 2010 (folios 1111 a 1112); 30 de junio de 2010 (folios 907 a 909); 6 y 7 de octubre de 2010 (folios 1126 a 1130); 13 de octubre y 29 de noviembre de 2010 (folio 1131); 1 de diciembre de 2010 (folios 1140 a 1144); 18 de enero de 2011 (folios 1145 a 1148); 13 y el 19 de abril de 2011 (folios 915, 1155 a 1156); 9 de mayo y 10 de mayo de 2012 (folios 1171 a 1174); 18 de junio de 2012 (folios 1211 a 1212); 9 de julio de 2012 (folios 1214 a 1218); 1 de marzo de 2013 (folios 288, 366 a 368, y 389, versión no confidencial folios 393, 471 a 473 y 494); 20 de junio de 2013 (folios 1244 a 1245); 16 de julio de 2013 (folios 546 a 548); 17 de enero de 2014 (folios 1251 a 1252); 22 y el

27 de enero de 2014 (folios 1253 a 1254); 3 de febrero de 2014 (folios 1725 a 1739, 1270 a 1271); 13 de marzo de 2014 (folios 1272 a 1278); 29 de abril de 2014 (folios 1296 a 1298); 5 de mayo de 2014 (folios 1296 a 1298); 7 de mayo de 2014 (folios 1299 a 1300); 2 y el 9 de junio de 2014 (folios 1770 a 1778); 18 de julio de 2014 (folios 1790 a 1794); 21 de julio de 2014 (folios 1321 a 1463 y 1464).

3) TALLERES ALEGRÍA, S.A.

La participación de los representantes o personal directivo de la empresa queda acreditada en los siguientes folios:

a) D. Alfredo Alegría Díaz

- Reuniones sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 1 de marzo de 2011 (folio 695, versión no confidencial folio 722); 2 de mayo de 2012 (folios 323 a 324, versión no confidencial folios 428 a 429); 12 de junio de 2012 (folios 507 a 508); 6 de agosto de 2013 (folio 509); 2 de mayo de 2012 (folios 323 a 324, versión no confidencial folios 428 a 429); 12 de junio de 2012 (folio 703, versión no confidencial folio 730); 11 de septiembre de 2013 (folio 503); 6 de agosto de 2014 (folios 302 y 356, versión no confidencial folios 407 y 461); 28 de febrero de 2013 (folios 299, versión no confidencial folio 404, y folios 664 a 665, versión no confidencial folios 680 a 681).

b) D. Ricardo García Mesa

- Reuniones sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 26 de mayo de 1999 (folios 530 a 531); 1 de julio de 1999 (folio 532); 26 de octubre de 1999 (folios 1613 a 1614, versión no confidencial folios 1663 a 1664); reunión de fecha indeterminada (folios 527 a 528); 31 de agosto de 2000 (folio 525); 21 de septiembre de 2000 (folios 517 a 524); 4 de febrero de 2008 (folio 684, versión no confidencial folio 711); 15 de abril de 2008 (folio 365, versión no confidencial folio 470); 24 de junio de 2008 (folio 686, versión no confidencial folio 713); 26 de junio de 2008 (folio 364, versión no confidencial folio 469); 17 de septiembre de 2008 (folio 687, versión no confidencial folio 714); 27 de octubre de 2010 (folio 694, versión no confidencial folio 721); 1 de marzo de 2011 (folio 695, versión no confidencial folio 722); 11 de marzo de 2011 (folio 362, versión no confidencial folio 467); 24 de marzo de 2011 (folio 361, versión no confidencial folio 466); 2 de mayo de 2012 (folios 323 a 324, versión no confidencial folios 428 a 429); 12 de junio de 2012 (folios 507 a 508 y 325 a 326 y folio 345, versión no confidencial folios 430 a 431 y folio 450); 28 de febrero de 2013 (folios folio 299, versión no confidencial folio 404, y folios 664 a 665, versión no confidencial folios 680 a 681); 6 de agosto de 2013 (folio 509); 11 de septiembre de 2013 (folio 503); 20 de junio de 2014 (folios 659 a 660 y 355, versión no confidencial folios 675 a 676 y

- 460); 6 de agosto de 2014 (folios 302 y 356, versión no confidencial folios 407 y 461).
- Correos electrónicos sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 15 de septiembre de 2008 (folio 877); 16 de junio de 2009 (folios 1108 a 1110); 25 de enero de 2008 (folios 868 a 869); 31 de marzo de 2008 (folio 1052); 11 y el 12 de junio de 2008 (folios 1067 a 1072); 25 de junio de 2008 (folio 1073); 15 de diciembre de 2008 (folios 1090 a 1092); 19 de diciembre de 2008 (folio 1093); 20 de enero de 2009 (folios 1098 a 1101); 19 de junio de 2009 (folios 881 a 884); 11 y 15 de septiembre de 2009 (folios 885 a 900); 9 de diciembre de 2009 (folios 901 a 903); 2 de marzo de 2010 (folios 1111 a 1112); 30 de junio de 2010 (folios 907 a 910); 5 de julio de 2010 (folios 1120 a 1121); 15 y 16 de julio de 2010 (folios 510 a 516); 18 de enero de 2011 (folio 1145 a 1148); 20 de junio de 2013 (folios 1244 a 1245); 16 de julio de 2013 (folios 546 a 548); 11 de julio de 2014 (folios 1611 a 1612, 1779 a 1789).
 - Otros: escrito de 10 de octubre de 2009 de compromiso de constitución UTE (folios 1623 a 1624).

4) *DURO FELGUERA RAIL, S.A.U.*

La participación de los representantes o personal directivo de la empresa queda acreditada en los siguientes folios:

a) *D. Julio Fernández García*

- Reuniones sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 28 de febrero de 2013 (folios 299, versión no confidencial folio 404, y folios 664 a 665, versión no confidencial folios 680 a 681); 11 de septiembre de 2013 (folio 503); 20 de junio de 2014 (folios 659 a 660 y 355, versión no confidencial folios 675 a 676 y 460); 6 de agosto de 2014 (folios 302 y 356, versión no confidencial folios 407 y 461).
- Correos electrónicos sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 1 de marzo de 2013 (folios 288, 366 a 368, y 389, versión no confidencial folios 393, 471 a 473 y 494); 16 de julio de 2013 (folios 546 a 548); 22 y el 27 de enero de 2014 (folios 1253 a 1254); 20 de febrero de 2014 (folio 1740); 29 de abril de 2014 (folios 1296 a 1298); 2 y el 9 de junio de 2014 (folios 1770 a 1778), 11 de julio de 2014 (folios 1611 a 1612, 1779 a 1789).

b) *D. Fernando López González*

Reunión de 11 de septiembre de 2013 (folio 503) y correos electrónicos de 10 de septiembre de 2013 (folio 1712 y 1713), de 11 de julio de 2014 (folios 1611 a 1612, 1779 a 1789).

c) D. Luis Javier Ardura González

- Reuniones sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 11 de marzo de 2011 (folio 362, versión no confidencial folio 467); 24 de marzo de 2011 (folio 361, versión no confidencial folio 466); 28 de febrero de 2013 (folios 299, versión no confidencial folio 404, y folios 664 a 665, versión no confidencial folios 680 a 681).
- Correos electrónicos sobre reparto de mercado y/o acuerdo de precios: 1 de marzo de 2013 (folios 288, 366 a 368, y 389, versión no confidencial folios 393, 471 a 473 y 494); 20 de junio de 2013 (folios 1244 a 1245); 22 y el 27 de enero de 2014 (folios 1253 a 1254); 29 de abril de 2014 (folios 1296 a 1298); 2 y el 9 de junio de 2014 (folios 1770 a 1778).

QUINTO. OTRAS ALEGACIONES Y CUESTIONES SOLICITADAS EN LA FASE DE RESOLUCIÓN

5.1. Sobre la invalidez de las inspecciones llevadas a cabo por la Dirección de Competencia

Las empresas han solicitado que se declare la nulidad de la inspección practicada por la Dirección de Competencia en las sedes de JEZ y AMURRIO, al no haberse autorizado la misma judicialmente y haber omitido este hecho los inspectores al tiempo de prestar los representantes de las empresas citadas el consentimiento para realizar las inspecciones. En consecuencia, señalan las partes que la nulidad de las inspecciones invalidaría las pruebas obtenidas en las mismas y en ausencia de dichas pruebas no se podría acreditar la participación de éstas en las conductas objeto de este expediente.

Adicionalmente, AMURRIO señala que la Orden de Inspección de 25 de septiembre de 2014, en la que se basó la Dirección de Competencia para llevar a cabo la inspección en la sede de la citada empresa *“carece de la necesaria especificación de su objeto y finalidad al referirse muy genéricamente a posibles prácticas anticompetitivas en el sector de la fabricación, suministro, montaje y mantenimiento de material ferroviario”*.

Por todo ello, señalan las partes que las pruebas obtenidas en las inspecciones de ambas empresas no pueden ser tenidas en cuenta en la presente resolución.

a) Sobre la invalidez de las pruebas obtenidas en la inspección por la ausencia de autorización judicial

En relación con la primera cuestión planteada por las partes relativa a la nulidad de la resolución, cabe precisar, en primer lugar, que esta Sala no comparte la consideración realizada por las partes sobre la irregularidad de las inspecciones

llevadas a cabo por la Dirección de Competencia en las sedes de las empresas JEZ y AMURRIO.

Como es bien sabido, y ya ha sido tratado por nuestros tribunales, las facultades inspectoras de la actual Dirección de Competencia (antigua Dirección de Investigación) se encontraban reguladas en la LDC, que en su artículo 40 señalaba que el ejercicio de las facultades de inspección “*requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial*”. Tras la promulgación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, el anterior precepto fue derogado y sustituido por el artículo 27 del nuevo cuerpo legal, de idéntico contenido.

Es decir, la Ley prevé dos mecanismos habilitantes distintos –consentimiento o autorización judicial- para llevar a cabo la inspección siendo la relación entre ambos de carácter subsidiario, en tanto que la autorización judicial únicamente es requerida cuando el afectado no preste su consentimiento a la inspección. Esta misma interpretación es la que realiza el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 15 de junio de 2015 (recurso 1407/2014), al manifestar que:

“Es claro a la vista del precepto transcrito que la correspondiente autorización judicial sólo se precisa para el caso de que el afectado no preste el consentimiento expreso”.

En el caso de las inspecciones llevadas a cabo en las empresas AMURRIO y JEZ, consta en las Actas de inspección realizadas con fecha 7 de octubre de 2014⁴⁷, como la Dirección de Competencia informó a las empresas del objeto de la inspección y de los derechos que les asistían y les trasladó a los representantes de las mismas la Orden de Investigación a la que se refiere el artículo 13.3 del RLDC.

El hecho de obtener el consentimiento informado y expreso por parte de las empresas implica la habilitación legal suficiente contenida en la Ley para llevar a cabo las actuaciones de inspección necesarias dentro del ámbito descrito en la Orden de Inspección, por lo que no hubiese hecho falta recabar la autorización judicial para ello, que como hemos dicho, opera como habilitación subsidiaria, en defecto de la primera.

Las partes alegan nulidad de la inspección por vicio del consentimiento prestado en aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 2015 (recurso 1407/2014). Sin embargo, aquí se produce un hecho diferencial relevante que, a juicio de esta Sala, impide una aplicación mimética de la Sentencia al caso, y es que los Autos de denegación de Autorización fueron anulados por sendas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 2 de febrero de 2015 (recurso de apelación 888/2014) en el caso de JEZ, y de 17 de abril de 2015 (recurso de apelación 917/2014) en el caso de AMURRIO, revocando ambas sentencias la denegación de autorización judicial y autorizando la entrada en las sedes de las empresas citadas.

⁴⁷ AMURRIO (folios 36 a 46) y JEZ (folios 85 a 95).

La consecuencia jurídica de la revocación de las autorizaciones es que ésta produce efectos “*ex tunc*” por lo que se deben retrotraer los efectos al momento en que se produce el Auto revocado, que desaparece del ordenamiento jurídico en virtud de su nulidad. Esto en la práctica implica que se produce una completa sustitución del Auto revocado por la autorización de entrada en las sedes de las empresas prevista en las Sentencias del TSJ del País Vasco citadas y con efectos retroactivos a fecha 3 de octubre de 2014 (fecha del Auto de denegación).

En consecuencia, y tras las Sentencias del TSJ País Vasco y sus efectos, el consentimiento prestado en su día por los representantes de las empresas AMURRIO y JEZ resultaría habilitación suficiente para llevar a cabo las inspecciones practicadas con fecha 7 de octubre de 2014. Es más, posteriormente el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco autoriza la citada inspección en ambas sedes, por lo que considerar nula la inspección supondría restar la eficacia a las Sentencias que sí establecían la autorización frente a unos Autos denegatorios cuyos efectos han sido invalidados.

Esta Sala considera que en este caso, y ante la nulidad de los autos denegatorios, debe prevalecer el interés general en la resolución de este expediente y en las sanciones a las empresas que han cometido las infracciones, frente al interés particular de las empresas basado en la falta de conocimiento de unos autos que han sido declarados nulos.

Finalmente, esta Sala igualmente quiere resaltar que el hecho de restarle la validez a la Orden de Investigación con el posterior consentimiento del interesado, en detrimento de la necesidad de informar sobre la existencia de un auto judicial al respecto, supone potenciar la pérdida de eficacia y finalidad de toda inspección. Así, toda inspección se basa fundamentalmente en criterios de oportunidad, celeridad y sorpresa frente a la empresa investigada en la realización de la entrada, por lo que tener que esperar a que un tribunal superior resuelva sobre la autorización de entrada denegada, le resta eficacia a tal actuación, al igual que la exigencia de tener que informar de un hecho –auto de denegación de entrada- que indudablemente desembocará en la negativa de los representantes de las empresas a permitir la entrada en la sede de las mismas, cuando por otros medios se hubiese prestado el consentimiento.

En todo caso, esta Sala considera que una eventual nulidad de la inspección llevada a cabo en las empresas JEZ y AMURRIO podría invalidar las pruebas allí obtenidas, pero en ningún caso afectaría al resto de pruebas y elementos de juicio sobre las que se sustenta la acreditación de las conductas analizadas en este expediente. Este principio de conservación del resto de elementos que no quedan afectados por la nulidad de un acto dentro del procedimiento ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de fecha 15 de junio de 2015 (recurso 1407/2014), en la que señala lo siguiente:

“Situados, pues, en la indicada posición procesal del Tribunal de instancia, tenemos que valorar la trascendencia de la irregularidad procedimental apreciada.”

Es claro que la documentación obtenida a raíz de la inspección practicada en la sede de la empresa actora no puede ser tomada en consideración por haber sido obtenida con infracción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Pero, de este dato no se desprende necesariamente la íntegra estimación del recurso contencioso-administrativo y consiguiente anulación de la multa impuesta, pues aun prescindiendo de los elementos probatorios recabados mediante esa concreta inspección, queda por determinar si los demás elementos de prueba obtenidos por otras fuentes distintas, y tomados en consideración por la CNC en su resolución final, pueden servir por sí mismos para sostener válida y eficazmente la sanción impuesta acusación formulada contra la recurrente”.

Como bien indica el Tribunal Supremo, la irregularidad de una inspección llevada a cabo en el marco de un procedimiento no debe invalidar el resto de pruebas y elementos de juicio sobre los que esta Sala debe adoptar su decisión final. Y ello, teniendo en cuenta que, en este tipo de procedimientos de concertación de empresas las pruebas se obtienen de una diversidad de fuentes que agrupadas y puestas en común, ponen de manifiesto las evidencias sobre la existencia de una infracción de las normas de competencia.

En este expediente en concreto, las pruebas sobre las que se sustenta la infracción de las empresas provienen, por un lado, de la información recabada de ADIF relativa a los contratos licitados durante los años que ha durado la infracción, en los que se puede apreciar el hecho de mayor relevancia en este expediente, que es la utilización sin justificación de la UTE para acudir a la práctica totalidad de los contratos licitados por las entidad de gestión de infraestructuras, y por otro lado, de las pruebas obtenidas por las empresas que acreditan los contactos permanentes entre ellas y la concertación pormenorizada sobre la organización de los acuerdos y el reparto de los contratos y de los lotes adjudicados

Por tanto, los elementos probatorios obtenidos fuera de las inspecciones llevadas a cabo en las empresas AMURRIO y JEZ serían suficientes para acreditar la participación de todas las empresas en las conductas infractoras.

En este sentido la participación de ambas empresas queda acreditada igualmente en los hechos relevantes cuyas evidencias tienen su origen en la información recabada de ADIF y en las inspecciones de las empresas ALEGRIA y FELGUERA⁴⁸.

⁴⁸ Véanse al respecto, los siguientes párrafos del Pliego de Concreción de Hechos (folios 2318 a 2362): 66, 81, 85, 87, 95, 107, 124, 139, 140,141, 143, 144, 160, 164, 168, 180, 181, 183, 184, 185, 186, 191, 194, 195, 196, 198, 199, 202, 203, 204, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 215, 219, 221, 223, 224, 225, 227, 230, 234, 238, 242, 243, 244, 245, 246, 251, 253, 254, 257, 262, 263, 266, 267, 268, 271, 272, 273, 287. Todos ellos contienen datos y hechos que son suficientes para acreditar la conducta.

b) Sobre la invalidez de las pruebas obtenidas en la inspección por irregularidades en la Orden de Investigación

Finalmente, en relación con las segunda causa alegada por AMURRIO relativa a las irregularidades contenidas en la Orden de Inspección de fecha 25 de septiembre de 2014, por contener un objeto demasiado genérico, esta Sala considera, siguiendo la jurisprudencia en la materia, que en la Orden de Investigación debe señalarse lo más claramente posible qué indicios pretenden comprobarse y sobre qué elementos versa la inspección, si bien no resulta obligatorio delimitar de modo preciso elementos tales como el mercado relevante o los sujetos que puedan verse implicados en las prácticas investigadas.

En concreto, la Orden de Investigación aquí analizada hacía referencia de forma precisa al objeto de la inspección:

"Verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas por el artículo 1 de la LCD y por el artículo 101 del TFUE, consistentes, en general, en acuerdos o prácticas concertadas para la fijación de precios u otras condiciones comerciales y el reparto de mercado o el intercambio de información comercial sensible, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir a la distorsión de la competencia en los mercados relacionados con el sector de fabricación, suministro, montaje y mantenimiento de material ferroviario..."

La facultad inspectora es un instrumento jurídico puesto a disposición de esta Comisión para facilitar la investigación sobre la existencia de una posible infracción de las normas de competencia. Como es lógico, cuando se lleva a cabo una inspección la Dirección de Competencia no puede tener la certeza de la existencia de una infracción delimitada en todos sus posibles aspectos. Es precisamente por esta razón que se le dota de estos instrumentos para poder conocer con la mayor precisión posible la existencia de unos hechos que le permitan iniciar un procedimiento formal por las infracciones de las normas de competencia e identificar a los responsables de tales conductas. Pero no resulta imprescindible, desde el punto de vista habilitante para llevar a cabo la inspección, que el órgano inspector deba conocer de antemano los posibles participantes de las conductas, ni resulta necesario que la Orden concrete pormenorizadamente los hechos concretos y el detalle de los mercados investigados, ya que ello limitaría las facultades de investigación de la CNMC.

Es ilustrativa en este aspecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013, en la que se señala lo siguiente:

"Afirma, en efecto, el tribunal [la Audiencia Nacional] que "tampoco existe precepto vulnerado por dictar la orden de investigación y solicitar autorización judicial antes de iniciar la incoación del expediente, y esta conducta encuentra cobertura en el artículo 13 del Real Decreto 261/2008". Anteriormente (en el fundamento jurídico segundo de la sentencia) la misma Sala ya había

afirmado que "tanto el acuerdo de incoación como la orden de investigación se basan en 'indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LEC relativas a la fijación de precios así como otras condiciones comerciales o de servicio, de forma directa o indirecta, podrían haber comenzado en el año 2003 y continuar en vigor afectando al sector de las actividades transitarias por carretera. Existe por ello delimitación de hechos que van a ser investigados, si bien los mismos no se concretan con detalle, ello no es objeto de una orden de investigación ni de un acuerdo de incoación, porque, precisamente, las actuaciones de investigación que se sigan en el expediente tienden a fijar los hechos; pero lo que resulta evidente, es que existe una delimitación del objeto de la investigación" (subrayado propio).

En el mismo sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de junio de 2015 (Recurso de Casación núm. 2012/2013), el Alto Tribunal confirma la posición de esta Sala al respecto, al señalar lo siguiente:

"Se alega a continuación que las inspecciones en los domicilios de las empresas, tenían un objetivo concreto, recabar suficiente información que permitiese constatar la existencia de la infracción de la que se tenía noticia a través de la denuncia presentada. Se analiza por la actora la orden de investigación de la CNC, cuya redacción, a juicio de esta Sala reúne los elementos necesarios para determinar el objeto de las inspecciones acordadas. La propia actora reconoce (pág. 39 del escrito de demanda) que "estaríamos de acuerdo en afirmar que no es posible pretender que la orden de investigación de 9 de octubre de 2009 dijese literalmente que se estaba investigando un posible acuerdo colusorio en relación con la licitación pública de provista ya que las facultades de inspección de los funcionarios de la CNC y la propia inspección en si podrían haberse visto limitadas ". La parte considera que " la conducta investigada que justifica la inspección sorpresa, es algo más concreto y específico que todo aquello que potencialmente cabría bajo el paraguas de la redacción de la orden."

Esta Sala considera que la referencia a los mercados de contratación suministro y ejecución de obras es suficientemente expresiva de los elementos de hecho objeto de la investigación, no siendo exigible, por las mismas razones que la parte actora expresamente reconoce, la indicación de los detalles alusivos a las licitaciones de carretera.

(...)

En cuanto a la alegación de que los documentos fueron encontrados casualmente, la Sala ha comprobado que se inició una investigación por un concreto hecho, pero a medida que la misma progresaba se fueron descubriendo otros hechos íntimamente relacionados y conexos que proporcionaron a las autoridades de defensa de la competencia la prueba de que el acuerdo para acudir a las licitaciones de carreteras, pactar las bajas, ofrecer una baja más alta de la prevista y repartirse el importe así ilícitamente obtenido afectaba a distintas licitaciones en todo el territorio del Estado. No es

en absoluto este supuesto el examinado por el TJUE en el asunto AEB parcialmente reproducido por la demandante, ni existe coincidencia fáctica con los otros supuestos citados en los que se utilizó por la Comisión europea documentación obtenida en un procedimiento para abrir otro, o para formular cargos en otro, dado que en este caso se trata de un único procedimiento y de una única infracción.

No son relevantes a los efectos examinados las diferencias que la actora pone de relieve: ni que el convocante fuera un órgano distinto, ni las provincias diferentes, ni que las empresas participantes en ocasiones eran otras, y el periodo temporal dilatado, porque eran en todo caso licitaciones públicas, el ingreso ilícitamente obtenido lo era a cargo de fondos públicos, el sistema organizado por las empresas válido y similar en todos los casos.

Por último y en cuanto a lo que la actora denomina "el alcance subjetivo de las conductas investigadas" los folios hallados en PADECASA pueden ser utilizados como prueba de la conducta de PADECASA y desde luego como prueba respecto a todas aquellas empresas relacionadas con la misma, no siendo exigible, como resulta de la tesis actora que "los inspectores solo pueden investigar las actuaciones de la entidad investigada". (el subrayado es nuestro)

En atención a todo ello, esta Sala considera que las Órdenes de Investigación dictadas en el marco de la información reservada previa a la apertura de este expediente, indican de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la inspección, observando por tanto lo indicado en el artículo 13.3 del RDC.

Como en el caso examinado por el TS en la sentencia transcrita, en el presente expediente los hechos investigados se encuentran directamente relacionados con licitaciones públicas, el ingreso ilícitamente obtenido fue con cargo de fondos públicos y el sistema organizado por las empresas válido y similar en todos los casos con el añadido (a diferencia del caso analizado en la sentencia del Alto Tribunal) de que el convocante en la presente investigación fue siempre la misma entidad administrativa (o su directa antecesora).

En todo caso, cabe poner de manifiesto que, como se detalla en las actas de inspección contenidas en el expediente, éstas fueron firmadas por los representantes de las empresas⁴⁹. Asimismo, queda de manifiesto que los miembros del equipo inspector se identificaron al acceder a las sedes de las empresas y el consentimiento expreso a dicha inspección fue dado por los representantes de éstas con conocimiento pleno del contenido de la Orden de Investigación e informado del objeto y desarrollo de la inspección, así como de los correspondientes preceptos legales sobre los que se fundamenta dicha Orden. Igualmente, los representantes de las empresas fueron informados de todas las

⁴⁹ AMURRIO (folios 36 a 46), FELGUERA (folios 64 a 74), JEZ (folios 85 a 95), ALEGRIA (folios 118 a 128).

actuaciones realizadas durante el transcurso de la inspección, por lo que en ningún momento se produjo un menoscabo en su derecho de defensa.

5.2. Sobre la vulneración del derecho de defensa por denegación de prueba

JEZ solicita la nulidad de este expediente por considerar que la inadmisión de la prueba propuesta por JEZ a la Dirección de Competencia consistente en requerir a ADIF para que se pronunciara acerca de si *“incluso la colaboración de las empresas había hecho imposible el cumplimiento de los plazos iniciales del contrato”*, no está justificada y por ello la empresa considera que ha sido vulnerado su derecho y defensa y ello deviene en un vicio de nulidad.

Para dar respuesta a esta alegación, procede acudir a varios preceptos del ordenamiento jurídico aplicables al procedimiento del que trae causa la presente resolución.

Así, en el marco del régimen del procedimiento administrativo general, el artículo 80 de la Ley 30/92, señala que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho, si bien el instructor del procedimiento podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

Por otro lado, el artículo 137.4 de la Ley 30/92, relativo a la presunción de inocencia de los presuntos responsables en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, señala que:

“4. Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades.

Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable”.

Finalmente, ya en el ámbito específico del procedimiento sancionador previsto en las normas de competencia, procede acudir al RDC, cuyo artículo 32 otorga a los interesados el derecho a presentar alegaciones y proponer la práctica de prueba que consideren oportunas, pero también la potestad a la Dirección de Competencia de resolver sobre la admisibilidad o no de la práctica de las pruebas propuestas.

“2. Los interesados podrán, en cualquier momento de la instrucción del procedimiento sancionador aducir las alegaciones y proponer la práctica de las pruebas que consideren relevantes para la defensa de sus intereses. La Dirección de Investigación deberá resolver sobre la práctica de la prueba de forma motivada. Contra la denegación de práctica de prueba no cabrá recurso alguno”.

En este mismo sentido, el artículo 34.1 del Reglamento establece que *"la propuesta de resolución, que incluirá las alegaciones aducidas por los interesados a lo largo de la instrucción y las pruebas propuestas por éstos, indicando si se practicaron o no, será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes."*

De la interpretación conjunta y literal de los preceptos transcritos, se extrae sin mayor complejidad que el órgano instructor únicamente viene obligado a admitir y a llevar a cabo la práctica de aquellas pruebas que considere que van a ser necesarias para esclarecer y arrojar luz a los hechos investigados, pero en ningún caso viene obligado a admitir aquellas pruebas que no van a ser imprescindibles para la determinación de los hechos y de las responsabilidades en el procedimiento.

En este sentido, el TC en su sentencia de 9 de noviembre de 1987 (RJ 1987/7974), señala que de los propios términos del artículo *"resulta que sólo habrá de practicarse cuando sea preciso esclarecerlos (se refiere a los hechos), no cuando queden suficientemente acreditados por el resultado de lo actuado, porque lo contrario implicaría una actividad meramente reiterativa y por tanto inútil y contraria al principio de economía procesal por dilatoria"*.

En el mismo sentido, el TS señala que *"Del propio tenor literal del artículo (se refiere al artículo 80) se desprende la supeditación del período probatorio, como es obvio y palmario, a la existencia de puntos de duda que haya que esclarecer, siendo lógico que sea la Administración quien valore si tales dudas o lagunas concurren y si es precisa la prueba para disiparla. En los términos en que se plantea la cuestión por el actor es menester rechazar el alegato, pues lo que viene a pedir es que se reconozca la obligatoriedad del trámite de prueba, con independencia del grado de conocimiento que se tenga sobre el acaecimiento que se enjuicia. Otra cosa es si en el presente caso la prueba resultante de lo actuado es suficiente para dar por acreditado el hecho merecedor de sanción, lo que en todo caso debe ser analizado como primordial cuestión de fondo"*.

En consecuencia, la administración podrá rechazar aquellas pruebas que considere irrelevantes para la resolución del procedimiento, con el único requisito de que justifique la decisión de inadmisibilidad de éstas, requisito que, a tenor de los criterios jurisprudenciales⁵⁰, se ha cumplido por la Dirección de Competencia en la propuesta de resolución.

En atención a lo anterior, esta Sala considera suficientemente justificada por la Dirección de Competencia la denegación de las pruebas propuestas por las partes en el procedimiento, por ser innecesarias, irrelevantes o no aportar un valor añadido al resto de pruebas contenidas en el expediente de referencia y ello, se ajusta a las potestades conferidas al órgano sancionador en la normativa antes citada.

⁵⁰ Véanse, las STS de 12 de diciembre de 1990, RJ 1990/9918 y STS 12 de enero de 1998, RJ 1998/819.

En todo caso, esta Sala considera que la admisión de la prueba propuesta de parte no alteraría el resultado final del presente procedimiento ya que, a tenor de todo lo actuado, ha quedado suficientemente probada la existencia de las infracciones aquí sancionadas, así como la responsabilidad de las empresas en las mismas.

5.3. Sobre la solicitud de prueba y la celebración de vista

Las partes han aportado, a través de sus escritos de alegaciones, nuevos elementos de prueba en la fase de resolución de este procedimiento.

El artículo 51.1 de la LDC dispone que el Consejo de la CNMC podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Competencia en la fase de instrucción, así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio en la toma de decisión.

Esta Sala considera pertinente incorporar al expediente todos los documentos nuevos aportados por las partes junto con sus escritos de alegaciones a la propuesta de resolución, si bien dichos documentos no aportan valor añadido respecto a la información que ya obraba en el expediente y en función de la cual se han considerado acreditados los hechos objeto de investigación y la imputación realizada respecto de las entidades incoadas, por lo que carecen de virtualidad para modificar la valoración realizada por la Dirección de Competencia y que esta Sala comparte en los términos indicados en el Fundamento Cuarto.

Por otro lado, DURO FELGUERA y AMURRIO solicitan la celebración de vista oral en aplicación del artículo 51.3 de la LDC.

Al respecto, cabe señalar que la vista viene prevista en el artículo 51.3 de la LDC se configura como una potestad discrecional del Consejo, que la puede acordar *“cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente”* (art. 19.1 RDC).

Esta Sala, teniendo en cuenta que es potestad suya acordar la celebración de vista cuando lo considere adecuado para el examen y el enjuiciamiento del objeto del expediente, ha decidido no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarlo necesario para la valoración del asunto, sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión a la parte, según ha señalado de forma reiterada la Audiencia Nacional.

5.4. Sobre la solicitud de confidencialidad

Esta Sala declara la confidencialidad de la siguiente documentación aportada por las partes en la fase de resolución de procedimiento, por contener información amparada por el secreto comercial e industrial y por el derecho a la intimidad de las personas.

- a) Gráfico contenido es los escritos de alegaciones de AMURRIO, Don Jon de Lapatza y Don Jesús María de Lapatza que muestra la carga de trabajo de

la empresa durante los años que ha durado la conducta (página 8 del escrito de alegaciones de AMURRIO, folio 3592; página 9 del escrito de alegaciones de Don Jon de Lapatza y Don Jesús María de Lapatza, folio 3683), y de dos documentos adjuntos a ambos escritos de alegaciones, identificado como prueba documental 1 que realiza una serie de cálculos para sustentar el gráfico citado (folios 3666 a 3671 para el escrito de AMURRIO y folios 3782 a 3787 para el escrito de alegaciones de Don Jon de Lapatza y Don Jesús María de Lapatza).

- b) Modelo de declaración de la renta correspondiente al ejercicio 2014 presentado por Don Juan Carlos Sánchez Jorín (folios 4316 a 4318).

Igualmente, procede declarar la confidencialidad de los datos del volumen de negocio afectado de las empresas a partir del año 2010 (incluido) presentados a lo largo del procedimiento, no así la de los años anteriores por tener una antigüedad superior a 5 años⁵¹.

Finalmente, esta Sala considera que no procede declarar la confidencialidad de los datos relativos al volumen total de negocios correspondiente al año 2015 presentado por las empresas a requerimiento de esta Sala, por cuanto la citada información es accesible al público a través del registro mercantil y no tiene el carácter de información amparada por el secreto empresarial.

5.5.- Sobre la solicitud de protección de datos personales en la resolución sancionadora

Don Juan Carlos Sánchez Jorín ha solicitado que no sean publicados sus datos personales en la resolución sancionadora, toda vez que considera que no se dan los requisitos legales para la publicidad de los mismos, en particular el consentimiento previo del interesado.

En atención a ello, cabe señalar que la habilitación legal de la CNMC para publicar los datos personales de las personas naturales incoadas en una eventual resolución sancionadora viene prevista tanto en la Ley de Defensa de la Competencia de 2007 (art. 27.4), como la previa Ley de Defensa de la Competencia de 1989 (art. 46), así como en la Ley 3/2013, de creación de la CNMC (art. 37.1), que establecen la correspondiente publicidad de las resoluciones sancionadoras. La LDC de 2007, posterior por tanto a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), precisa que *“las resoluciones se harán públicas por medios informáticos y telemáticos una vez notificadas a los interesados, tras resolver, en su caso, sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, salvo en lo que se refiere*

⁵¹ Véase el apartado 23 de la Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado (2005/C 325/07).

al nombre de los infractores". El mismo tenor literal acoge la Ley 3/2013, de creación de la CNMC (LCCNMC). Dado que la LOPD ampara datos de personas físicas, la excepción que establece la normativa de competencia se prevé precisamente para que los datos personales de los infractores personas físicas se publiquen sin previa disociación. El artículo 69 de la LDC en el marco del régimen sancionador, reitera la publicidad de las sanciones impuestas en aplicación de la LDC *"su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida."*

Tampoco esta previsión de la publicidad de las resoluciones sancionadoras, incluyendo la identidad de la persona física infractora, es exclusiva del Derecho de la competencia. En el ámbito del mercado de valores se prevé que *"[e]n la publicación de las sanciones, tanto en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores como en el Boletín Oficial del Estado se incluirá información sobre el tipo y la naturaleza de la infracción y la identidad de la persona física o jurídica sobre la que recaiga la sanción"* (artículo 275.3 TRLMV). No obstante, la normativa de mercado de valores prevé asimismo la posibilidad de que la CNMV acuerde demorar la publicación, publicar de manera anónima la sanción impuesta o no publicar en modo alguno, cuando concurren una serie de circunstancias, entre otras, que la publicación de datos de carácter personal se considere desproporcionada o que pueda causar un daño desproporcionado a las entidades o personas físicas implicadas, en la medida en que se pueda determinar el daño (artículo 275.4 y 5 TRLMV).

El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de señalar, en el marco de solicitudes de suspensión de la publicación de las sanciones, que *"el interés público representado por hacer llegar a los consumidores el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia, en aras del beneficio del mercado, es prevalente al daño que pueda ocasionarse a la empresa con su publicación"* (SSTS de 9 de diciembre de 2002 y 6 de marzo de 2006, entre otras). Aunque la publicidad como elemento de protección del consumidor puede no concurrir en igual medida cuando lo que está en cuestión es exclusivamente la publicación de la identidad de las personas físicas sancionadas ex artículo 63.2 de la LDC la regulación expresa de la publicación de las sanciones, que establece la LDC y la LCCNMC, también para los casos de infractores personas físicas, persigue la máxima eficacia de la política de competencia a través de su efecto de disuasión.

En atención a lo señalado, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 37.1 de la LCCNMC (que recoge lo preceptuado por el previgente artículo 27.4 de la LDC), esta Sala considera que, frente a lo solicitado, no puede establecerse una excepción a la debida publicación de las resoluciones sancionadoras que pongan fin a los procedimientos, incluyendo el nombre de los infractores.

SEXTO.- SANCIÓN A LOS REPRESENTANTES LEGALES O PERSONAS QUE INTEGRAN LOS ÓRGANOS DIRECTIVOS DE LAS EMPRESAS

a) Criterios generales y normativa aplicable

Antes de entrar en el análisis de la concurrencia de los requisitos legales para sancionar a las personas físicas participantes en las conductas imputables a la empresa, cabe precisar que, sin perjuicio de lo que se ha dicho en el Fundamento Segundo de la presente resolución, y a tenor de la concreta participación de cada directivo reflejada en el apartado 4.5, únicamente cabe imputar participación continuada a todos los directivos imputados a partir del año 2008, toda vez que se aprecia una interrupción (hasta 2000 en unos casos y 2003 en otros) en los elementos iniciales de prueba sobre la concreta participación de tales directivos en la conducta superior al plazo de prescripción de la infracción (4 años). Por lo tanto, la duración de la conducta de cada uno de ellos discurre entre febrero de 2008 y el 7 de octubre de 2014.

En atención a lo anterior, la norma aplicable en este caso a los representantes legales o directivos debe ser la LDC de 2007, que en su artículo 63.2 señala lo siguiente:

“2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto”.

El citado artículo prevé un instrumento que la Ley pone al alcance de las Autoridades de Competencia -no olvidemos que en muchos de los países de nuestro entorno es práctica habitual este tipo de sanciones-, cuya función principal es introducir un efecto disuasorio adicional dirigido a aquellas personas que representan a las empresas en la actividad que éstas realizan. Son, por tanto, mecanismos que potencian el *ius puniendi* de las Autoridades Competentes.

La propia Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 citada, en su fundamento de derecho noveno, viene a declarar la necesidad y el beneficio que puede derivarse del uso de todos los instrumentos que la Ley pone al alcance de esta Comisión para ejercer un mayor grado de disuasión en los mercados a los efectos de evitar así, en mayor medida, este tipo de conductas restrictivas de la competencia, al señalar lo siguiente:

“No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.

Precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena -en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras -y sus directivos- no sólo "sufran" la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (RJ 2014, 487) , dictada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 (LCEur 2014, 2267), relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea".

Se desprende de las propias palabras del Alto Tribunal un llamamiento a hacer uso de este tipo de medidas contempladas en la Ley "pero no siempre adoptadas en la práctica", de cara a conseguir una mayor eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia.

Las partes interesadas han alegado que no nos es posible aplicar las sanciones previstas en los artículos precitados en el presente expediente por cuanto el artículo 101 del TFUE, de aplicación al caso, excluye tal posibilidad y ello inhabilita la facultad de sancionar a las personas físicas contemplada en las normas nacionales.

Sin embargo, esta Sala considera errónea tal interpretación, ya que la aplicación del artículo 101 del TFUE al presente caso no supone impedimento para que la norma nacional despliegue toda su eficacia a las conductas objeto de este expediente.

En este sentido, el Considerando octavo del Reglamento (CE) n° 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 [actuales artículos 101 y 102 del TFUE], señala que:

"Con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las normas de competencia comunitarias y el funcionamiento correcto de los mecanismos de cooperación contenidos en el presente Reglamento, es necesario imponer a las autoridades responsables de la competencia y a los tribunales de los Estados miembros la obligación de aplicar también los artículos 81 y 82 del Tratado cuando apliquen

la legislación nacional de competencia a acuerdos y prácticas susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros. También resulta necesario delimitar las relaciones entre las legislaciones nacionales y el Derecho comunitario de la competencia, de conformidad con la letra e) del apartado 2 del artículo 83 del Tratado, para establecer unas condiciones objetivas equiparables para los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas en el mercado interior. Para ello es necesario disponer que la aplicación de la legislación nacional a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas a que alude el apartado 1 del artículo 81 del Tratado, no puede conducir a su prohibición, a no ser que también estén prohibidos por el Derecho comunitario de competencia. Las nociones de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas constituyen conceptos autónomos de derecho comunitario de la competencia que aluden a formas de coordinación del comportamiento de las empresas en el mercado según la interpretación de los tribunales comunitarios. El presente Reglamento no debe ser obstáculo para que los Estados miembros adopten y apliquen en sus territorios legislaciones de competencia nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o impongan sanciones sobre conductas unilaterales de las empresas. Estas legislaciones nacionales más estrictas podrán incluir disposiciones que prohíban o impongan sanciones sobre comportamientos abusivos hacia empresas económicamente dependientes. El presente Reglamento tampoco se aplicará a las legislaciones nacionales que prevean la imposición de sanciones penales para las personas físicas, excepto en la medida en que esas sanciones sean el medio para ejecutar las normas de competencia aplicables a las empresas”.

Asimismo, el artículo 12 del citado Reglamento (CE) n° 1/2003 regula el intercambio de información, incluida la de carácter confidencial, entre autoridades nacionales de competencia de los estados miembros, con el objetivo de aplicar los artículos 101 y 102 del Tratado. En el seno de esta regulación el apartado 3 de dicho precepto prevé incluso la posibilidad de que dicha información intercambiada sea utilizada como medio de prueba para “imponer sanciones a las personas físicas” si se cumplen los requisitos que detalla el propio artículo.

Del tenor literal del párrafo transcrito y del citado precepto, se desprende que la intención del legislador comunitario es la de unificar, en la medida de lo posible, la aplicación de las normas de competencia en la Unión Europea, previendo mecanismos de armonización normativa. Sin embargo, también prevé la posibilidad de que los estados miembros hagan uso de las facultades que las normas nacionales les atribuyen para fortalecer su *ius ponendi* siempre que no se consigan resultados contrarios con respecto a las normas comunitarias. En este caso, el Reglamento citado no sólo permite que las legislaciones nacionales sean “más estrictas” a la hora de imponer multas por infracción de las normas de competencia sino que admite expresamente la posibilidad de sanciones a las personas físicas en el marco de la aplicación por las autoridades nacionales de los artículos 101 y 102, abriendo incluso la posibilidad de sanciones penales (incluidas penas privativas de la libertad, con determinados requisitos), a dichas personas físicas.

No cabe, por tanto, apreciar la exclusión normativa que pretenden las partes, cuando el Reglamento (CE) n° 1/2003 admite expresamente lo contrario.

En este contexto, la Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que sean multados los representantes y directivos de las empresas infractoras en los términos previstos en los preceptos antes citados, por lo que se hace necesario observar si la participación de las personas físicas identificadas por la Dirección de Competencia cumple los requisitos previstos en las normas de competencia citadas.

Así, habiendo quedado acreditada la responsabilidad de las empresas en las conductas aquí investigadas, a los efectos de poder imponer la sanción diferenciada prevista en el artículo 63.2 de la vigente LDC, es necesario acreditar igualmente la participación de las personas físicas incoadas en los acuerdos o decisiones contrarias a las normas de competencia, y además, se debe igualmente determinar que estas personas físicas tienen la condición de representantes legales de las empresas o integran los órganos de dirección de éstas, sin que concurra la circunstancia excluyente de responsabilidad de no asistencia a las reuniones o voto desfavorable al acuerdo infractor.

Analizamos a continuación la concurrencia de ambos requisitos en el presente procedimiento.

b) Sobre el papel de las personas físicas identificadas por la Dirección de Competencia en las conductas infractoras llevadas a cabo por las empresas

El artículo 63.2 de la LDC no exige una especial participación de las personas físicas en las conductas infractoras, toda vez que nos encontramos ante una sanción económica vinculada a la que corresponde a las empresas a las que representan y sobre las que ya se ha determinado previamente el grado de responsabilidad en las conductas infractoras.

En todo caso, no se sanciona a la persona física por el mero hecho de ostentar un cargo en la empresa responsable de la infracción, sino por el incumplimiento de sus obligaciones frente a la sociedad y en su calidad de garante del cumplimiento de la legalidad vigente por parte de la empresa a la que representa. Por tanto, la comisión de la infracción por parte de la empresa implica, cuanto menos, una dejación culpable de las obligaciones a las que se somete el leal representante cuando ostenta un cargo de responsabilidad en la empresa y ello, salvo prueba en contrario, merece igualmente el reproche previsto en la Ley.

La responsabilidad de los administradores y directores de las entidades sancionadas por infracciones administrativas ha sido extensamente tratada por jurisdicción contenciosa, que permite concluir tal responsabilidad derivada de conductas omisivas cuando corresponde a tales sujetos del deber de evitar la conducta infractora. Como doctrina general cabe recordar lo declarado en la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo) de

fecha 30 de junio de 2006 (rec. 443/2004): “*Ahora bien, tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y, especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente*”. (F.Jco Cuarto).

Asimismo, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-administrativo) en sentencia de 3 de febrero de 2014 (rec. 103/2013) precisa que “[e]s indudable que en el caso de un Director General, la simple titularidad del cargo, se traduce en una serie de atribuciones, justamente para ser utilizadas en orden a prevenir situaciones que impliquen vulneración del ordenamiento jurídico; el descuido en el ejercicio de esas facultades, que aboca a la rectora a la comisión de una infracción, implica un grado de negligencia o culpa suficiente para entender satisfecha, la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción.”

Ello, en todo caso, no obsta para cuantificar la participación individual de las personas físicas en el periodo en que se llevan a cabo las conductas, toda vez que, teniendo en cuenta la duración de las mismas, es frecuente la alternancia de las personas que ostentan la representación de las empresas, por lo que habrá de tenerse en cuenta los periodos de participación de cada persona física en el contexto temporal de la conducta a los efectos de individualizar la sanción.

En este caso, ha quedado acreditado en la presente resolución⁵² que las personas físicas identificadas por la Dirección de competencia han tenido un papel activo y esencial en la infracción cometida por sus representadas, en particular a partir del año 2008.

Se puede determinar sin mayor dificultad en los hechos acreditados cómo estas personas se han reunido, casi todas en multitud de ocasiones, se han intercambiado, casi todas con carácter permanentemente, correos electrónicos y han firmado diversos acuerdos en representación de las empresas, contactos que han resultado ser contrarios a las normas de competencia. En particular, se ha podido acreditar que estas personas habrían representado a las empresas en la formación y actividad de la UTE, ideando su finalidad, estructura y el reparto de los trabajos a realizar, e igualmente habrían representado a las empresas en las relaciones de éstas con GIF y posteriormente con ADIF, por lo que su participación en las conductas atribuidas a las empresas infractoras es indudable y además ha sido una circunstancia necesaria para que éstas hayan cometido las infracciones que aquí se sancionan.

Cabe añadir a lo anterior que casi todos los participantes han coincidido prácticamente durante el periodo que se les imputa, sin que se hayan producido alternancias significativas en la representación de las empresas para la comisión de la infracción, y esta estabilidad en la participación es un elemento adicional que

⁵² Véase al respecto, el apartado 4.5 de la presente resolución.

cabe poner de relieve en la presente resolución y que permite reforzar su papel crucial en las conductas y en la excesiva duración de las mismas, ya que esa estabilidad en los cargos ha permitido mantener las alianzas entre las empresas que han favorecido la continuidad en la comisión de las infracciones.

En atención a ello, esta Sala considera suficiente la participación de las personas físicas incoadas por la Dirección de Competencia en las conductas cuya infracción se atribuye a las personas jurídicas que aquéllas representan.

c) *Sobre la condición de representantes legales o directivos de las empresas infractoras*

El segundo requisito concurrencial que exige la norma es la necesidad de que las personas participantes en las conductas, lo hagan en su condición de representantes legales o directivos de las empresas.

En este caso, los cargos que han ostentado las personas jurídicas sobre las que se solicita la aplicación de la sanción prevista en los artículos precitados, son los siguientes:

a) *Representantes legales de AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.*

- JESÚS MARÍA DE LAPATZA URBIOLA: Presidente
- JON DE LAPATZA BENITO: Director General

b) *Representantes legales de JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L.*

- URTZA ERRAZTI OLARTEKOETXEA: Director General y Director Comercial.
- JUAN CARLOS SÁNCHEZ JORÍN: Director Técnico.

c) *Representantes legales de TALLERES ALEGRÍA, S.A.*

- ALFREDO ALEGRÍA DÍAZ: Vicepresidente y Director General.
- RICARDO GARCÍA MESA: Director Técnico.

d) *Representantes legales de DURO FELGUERA RAIL S.A.U.*

- JULIO FERNÁNDEZ GARCÍA: Director Gerente.
- FERNANDO LÓPEZ GONZÁLEZ: Administrador único y Representante Legal de la Empresa.
- LUIS JAVIER ARDURA GONZÁLEZ: Director Técnico.

Don Jon de Lapatza y Don Jesús María de Lapatza han alegado que no pueden ser sancionados en tanto en cuanto la LDC única y exclusivamente permite sancionar a “representantes legales” y, en determinadas condiciones, a integrantes de “órganos directivos”, y a su juicio la Dirección de Competencia no ha acrecido que ambas personas hayan desempeñado tales cargos durante el periodo en el que se ha producido la infracción. Y señalan, además, que sólo pueden considerarse “representantes legales” a efectos de la LDC aquellos cuya representación les haya sido conferida por mandato legal. En este caso, señalan ambas personas, que la representación legal de AMURRIO recae únicamente sobre su consejo de administración.

Sin embargo, cabe precisar que dado que cada tipología de persona jurídica tiene una específica regulación y denominación para sus órganos, colegiados o unipersonales, de administración y dirección, el concepto “órganos directivos” empleado por el art. 62.3 de la LDC permite abarcarlos a todos, si cumplen determinadas condiciones de autonomía y capacidad de decisión, que son comunes a todos estos órganos. La definición amplia de empresa a los efectos del Derecho de la Competencia y la necesidad de garantizar el efecto útil de las normas de competencia para proteger el orden público económico como bien jurídico tutelado, permite la sanción ex artículo 63.2 de la LDC a las personas físicas miembros de asociaciones, colegios profesionales, consejos reguladores, federaciones deportivas, fundaciones, etc., que hayan intervenido en el acuerdo o decisión vulnerador de la LDC en ejercicio de funciones de administración y/o representación de tales personas jurídicas. A tal efecto deberá atenderse a la realidad de la conducta desarrollada, con independencia de la existencia de nombramiento formal o no y de la terminología empleada por la persona jurídica para designar el cargo u ocupación de la persona física que realiza la conducta.

En este sentido, puede ser útil acudir al ámbito penal, cuyos principios deben ser observados en los procedimientos sancionadores administrativos, en el que se emplea un concepto extenso de administrador y directivo. Así lo establece el artículo 31 del Código Penal, relativo a la responsabilidad criminal del representante de una persona jurídica:

“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”

Asimismo, resulta relevante que el Tribunal Supremo (sentencia de 26 de enero de 2007) también prioriza la realidad económica y comercial frente a la registral:

“El concepto de administrador de derecho no presenta especiales problemas. Por tal ha de entenderse a quien tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo a las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria. Mayores problemas plantea la inteligencia de lo que

deba entenderse por administrador de hecho. Una concepción restringida incluiría en su entendimiento el concepto puramente mercantil del término, es decir, aquel que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil. Esta acepción supondría una subordinación del ordenamiento penal al mercantil sin base legal que lo permitiera y dejaría al margen del derecho penal situaciones fácticas del mundo comercial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento. Es por ello que la doctrina ha optado por una interpretación que permite integrar en su comprensión a las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y comercial frente a la realidad registral, de manera que puedan solventarse a través de esta concepción los supuestos de autoría mediata o de la inducción y cubrirse lagunas de punibilidad aprovechando las formalidades previstas en el ordenamiento para la administración de la sociedad (...)”.

A juicio de esta Sala, no cabe, por tanto, analizar la aplicación del artículo 63.2 de la LDC, sobre la base de una consideración formalista del concepto de representante legal y órgano directivo, sino en virtud del alcance real del cargo que ostenta la persona física en la empresa y de las actividades que ha realizado como representante de la misma, que nos ofrecerá el verdadero alcance de su autonomía y poder de decisión y representación dentro de la empresa.

Obviamente, este análisis deberá realizarse caso por caso, y en atención a la actuación que cada persona ha llevado a cabo en nombre de la empresa que ha resultado ser responsable, pero en los supuestos en los que legalmente el cargo conlleva ese grado de autonomía y responsabilidad dentro de la empresa, como pueden ser los administradores, consejeros delegados o directores generales, el esfuerzo probatorio por parte de la Autoridad de Competencia parece menos intenso.

En relación con este expediente, sin perjuicio de los cargos formales que han ostentado las personas físicas relacionadas a lo largo del periodo de duración de las conductas, que ya denotan poderes de dirección suficientes, es de destacar que su autonomía, facultades de decisión y control y poderes de representación de las empresas han quedado evidenciados a lo largo del expediente a través de su participación en las conductas y que estas actuaciones se han llevado a cabo de manera voluntaria y con plena libertad y autonomía por parte de estos representantes.

La instrucción ha acreditado que en todos los casos se trata de personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica correspondiente en cada caso y que ostentaban facultades de organización y control dentro de la misma. Todos ellos eran al tiempo relevante de la infracción,

administradores, directivos de las mercantiles y personas con poder de representación de las mismas, con capacidad para comprometer con su actuación a las personas jurídicas para las cuales prestaban servicios, y en todo caso con capacidad o aptitud para evitar las conductas llevadas a cabo por sus representadas.

En efecto, consta acreditado que se trata de personas que no ostentaban mandos intermedios, sino que impartían instrucciones, participando activamente en la gestión y dirección de las mercantiles a las que representaban. No consta en las evidencias recabadas, ni las partes han acreditado, que los representantes y directivos incoados no asistieran a las reuniones y contactos ilícitos o hubieran votado o manifestado en contra de los mismos o salvado su voto, en el sentido del artículo 63.2 II de la LDC. Al contrario, la instrucción llevada a cabo por la Dirección de Competencia ha permitido acreditar las actuaciones de diseño, impulso, coordinación y supervisión de la conducta infractora por parte de las personas naturales incoadas.

En atención a ello, concurre igualmente el requisito de la posición representativa de las empresas ostentada por las personas físicas que exigen las normas de competencia de aplicación al presente caso.

SÉPTIMO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

7.1.- Consideraciones previas a la determinación de la multa

En primer lugar, conviene insistir nuevamente en la ley aplicable a la determinación de la sanción en este caso. Como se ha explicado en el Fundamento de Derecho Segundo, en tanto que se trata de una conducta continuada, primero bajo la Ley 16/1989 y después bajo la Ley 15/2007 (LDC), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992 se ha de aplicar una de las dos normas, debiendo optarse, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable, por aquella que resulte más beneficiosa para el infractor. Aunque la conducta prohibida por el artículo 1 de ambas leyes es idéntica, la aplicación del régimen sancionador de la LDC resulta más favorable.

En cuanto a la valoración de la infracción, el artículo 62.4.a) de la LDC establece que será infracción calificada como muy grave “[e]l desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales”.

Por su parte, el apartado c) del artículo 63.1 señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de

negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Sobre la naturaleza del 10% (si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación) se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013)⁵³, sentencia que ha sido ya analizada en las últimas resoluciones de este Consejo. Según el Tribunal Supremo, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites “constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje” y continúa exponiendo que “se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.”
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al “volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, “lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción”. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme al artículo 64 de la LDC, antes citado.
- Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala que “las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores

⁵³ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores.

a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.” Asimismo, precisa que la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia no puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

7.2.- Criterios para la determinación de la sanción: valoración global de la conducta

Se trata de una infracción única y continuada, consistente en acuerdos y prácticas concertadas entre competidores con el objeto de repartirse el mercado, fijar precios y otras condiciones comerciales, además del intercambio de información sensible, todo ello en el marco de licitaciones públicas convocadas por GIF o ADIF (dependiendo del período) y mediante la creación de una UTE. Constituye por tanto una infracción muy grave (art. 62.4.a) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c).

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015:

<i>Empresas</i>	<i>Volumen de negocios total en 2015 (€)</i>
AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.	17.159.820
JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L.	14.944.015
TALLERES ALEGRÍA, S.A.	22.460.537
DURO FELGUERA RAIL, S.A.U.	22.717.143

Teniendo en consideración estas cifras aportadas por las empresas, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Desde una perspectiva global de la infracción, el mercado afectado por la conducta, tal y como ya se ha señalado, es el mercado de la fabricación y comercialización de desvíos ferroviarios, que por las características de la red ferroviaria española y su gestión, se comercializan a través de licitaciones públicas en su mayor parte convocadas por ADIF.

La duración de la conducta es considerable, 15 años, desde 1999 hasta 2014, cuando se iniciaron las inspecciones. Por otra parte, el alcance geográfico de la

conducta es de ámbito nacional.

El alcance de la conducta es especialmente significativo ya que, a lo largo del periodo en que se han desarrollado las conductas objeto de esta resolución, la totalidad del mercado de suministros de los productos considerados a GIF/ADIF fue afectado por la conducta de AMURRIO, ALEGRIA, JEZ Y FELGUERA o DF RAIL, por lo que el poder de mercado que han ejercido sobre la administración ha sido evidente, tal como ha quedado acreditado con anterioridad. Como también se ha señalado anteriormente, en el único caso en que una empresa intentó competir en el mercado de las licitaciones de GIF/ADIF, fue finalmente captada por el consorcio, eliminando así toda amenaza externa. Esta posición de las empresas en este mercado, unida al reparto del mismo que han acordado durante los años que ha durado la conducta, ha provocado una total ausencia de competencia en el suministro de los desvíos ferroviarios a GIF/ADIF, tanto convencionales como de alta velocidad, lo que ha incidido claramente en el mayor precio pagado por el suministro de estos elementos de la infraestructura ferroviaria, tal como se ha señalado en el apartado 4.3 de la presente resolución relativa a los efectos que han provocado las conductas.

En efecto, aunque se trata de una infracción por objeto, ha quedado acreditado que efectivamente ADIF pagó por los desvíos ferroviarios un precio muy superior al que hubiese resultado de una licitación pública con verdadera competencia. Con los datos que se han podido recabar en este expediente y que se reflejan en esta resolución, 43 de los 50 contratos adjudicados por GIF/ADIF en el periodo investigado tuvieron bajas inferiores al 1% con respecto al precio de licitación, e incluso en 23 de ellos no hubo baja o fue tan reducida que en la práctica puede considerarse que no existió. En el resto de contratos, solo en siete ocasiones la baja fue superior al 1%, y precisamente tres de esas ocasiones se produjeron cuando ADIF promovió una mayor competencia al comunicar a las empresas que no deseaba recibir más ofertas conjuntas. Estas cifras se encuentran muy por debajo de lo que es habitual en este tipo de procedimientos de contratación.

En este sentido, esta Sala considera que el encarecimiento del coste de las licitaciones públicas constituye un plus de gravedad de la infracción, dado el mayor coste que debe soportar la Administración y en última instancia los ciudadanos que abonan los servicios de transporte, bien directamente bien vía impuestos. Tal como ha tenido la oportunidad de señalar la anterior Autoridad de Competencia, *“Resultan inaceptables los argumentos esgrimidos por algunas empresas de que este tipo de colusión no afecta significativamente a los consumidores o de que en ausencia de ella el resultado hubiera sido el mismo. Pocas infracciones pueden dañar tanto y a una base tan amplia. Al suponer un mayor coste de la licitación y, con ello, un mayor cargo presupuestario, está afectando nada menos que a todos los contribuyentes.”* (RCNC de 19 de octubre de 2011, Expte. S/0226/10, Licitaciones de carreteras)⁵⁴.

⁵⁴ En el mismo sentido, Resolución de fecha 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/12, Rodamientos ferroviarios.

La Audiencia Nacional ha hecho suyo ese mismo reproche acentuado al señalar que *“Respecto a la proporcionalidad hemos de considerar la afectación significativa al interés público, la concertación que examinamos alteró los precios de las licitaciones a cargo de fondos públicos [...]. Por otra parte, la conducta eludió las normas administrativas que garantizan la transparencia en la contratación administrativa y el acierto en la selección de la oferta más ventajosa, y tendió directamente a impedir su aplicación”* (SAN de 16 de mayo de 2014, recurso núm. 643/2011).

Por otra parte, como ya se ha señalado a lo largo de la presente resolución, el mercado de desvíos ferroviarios puede considerarse de interés general, porque las infraestructuras ferroviarias son un factor que mejora la calidad de vida de un gran número de ciudadanos al hacer posibles o al menos facilitar sus desplazamientos. Los desvíos ferroviarios, que forman parte de lo que la Ley 38/2015 del sector ferroviario denomina “infraestructura ferroviaria”, constituyen elementos de gran importancia para el transporte y la seguridad de los viajeros, porque permiten el desdoblamiento de los carriles para poder encaminar los trenes en la dirección deseada.

En cuanto a la forma de organización de los acuerdos, las empresas implicadas se presentaban a las licitaciones en forma de UTE, para eliminar la competencia entre ellas y garantizar el reparto de los beneficios de la adjudicación. Se trata de una forma de organización altamente sofisticada y que elimina toda necesidad de seguimiento del cumplimiento de los acuerdos.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, organización de los acuerdos, etc.– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta. En consecuencia, este Consejo considera que el reproche sancionador en este expediente debe situarse con carácter general en el tramo medio-alto de la escala, en concreto en un tipo sancionador global del 6,5%, sin perjuicio de los ajustes que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa.

7.3.- Criterios para la determinación de la sanción: valoración individual de la conducta de las personas jurídicas

Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador conviene considerar principalmente la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción. Esta cifra corresponde a la facturación de los fabricantes por la comercialización de desvíos ferroviarios en España, y puede deducirse de los datos proporcionados por las empresas a requerimiento de la CNMC.

Los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art. 64, 1, a y d).

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa durante la infracción, así como la cuota de participación de cada empresa en el volumen de negocios total afectado por la infracción en este expediente:

<i>Empresa</i>	<i>Volumen de negocios en el mercado afectado (€)</i>	<i>Cuota de participación en la conducta (%)</i>
AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.	202.787.258	24,3%
JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L.	197.178.644	23,7%
TALLERES ALEGRÍA, S.A.	352.394.334	42,3%
DURO FELGUERA RAIL, S.A.U.	81.203.259	9,7%

Siendo ello así, se considera adecuado a la necesaria individualización de las sanciones ajustar el porcentaje de la sanción al alza en proporción a la mayor participación de cada empresa en la facturación global en el mercado afectado por la conducta.

7.4.- Sanción a imponer a las personas jurídicas

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras a las que se aplica la LDC la sanción que se muestra en la tabla siguiente:

<i>Empresa</i>	<i>Volumen de negocios total (VT, en €) en 2015</i>	<i>Tipo sancionador (%)</i>	<i>Multa (en €)</i>
AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.	17.159.820	7,7%	1.321.306
JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L.	14.944.015	7,7%	1.150.689

TALLERES ALEGRÍA, S.A.	22.460.537	8,5%	1.909.146
DURO FELGUERA RAIL, S.A.U.	22.717.143	7,0%	1.590.200

No ha sido necesario en el presente expediente realizar ningún ajuste de proporcionalidad, ya que las sanciones de todas las empresas se encuentran significativamente por debajo de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de las empresas y la dimensión de la infracción. Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que las entidades infractoras podrían haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes (beneficio ilícito potencial)⁵⁵. De acuerdo con las estimaciones realizadas, las sanciones impuestas están muy por debajo del límite de proporcionalidad, ya que el beneficio ilícito potencial estimado más probable es más de doce veces la multa que se propone imponer a las empresas infractoras, lo que implica que las sanciones no corren el riesgo de ser desproporcionadas.

7.5.- Criterios de determinación y sanción a imponer a las personas físicas declaradas responsables.

El artículo 63.2 de la LDC limita a un máximo de 60.000 euros la sanción a imponer a los representantes legales o personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión objeto de sanción.

Pese a la participación de las empresas en la infracción desde 1999 y a que se han recabado pruebas de la implicación de estos directivos desde entonces, la ausencia de pruebas durante algunos años ha llevado a esta Sala a considerar su participación en la conducta limitada al periodo que va desde 2008 hasta 2014.

Dado que, pese a la previsión tanto del artículo 10 de la Ley 16/1989 como del artículo 63.2 de la LDC, esta Sala de Competencia de la CNMC no ha tenido la oportunidad, hasta los expedientes más recientes, de pronunciarse sobre expedientes sancionadores de conductas respecto de las cuales la Dirección de Competencia propusiera la sanción a personas naturales, el deber general de ponderar los principios de proporcionalidad y disuasión que debe presidir cualquier actuación en esta materia se hace todavía más exigente.

Para la determinación de la sanción, primero han de tenerse en cuenta criterios objetivos, como la gravedad y demás rasgos característicos de la infracción, tal y como se han descrito en los apartados anteriores. Estos criterios pueden resumirse de forma sintética mediante la comparación entre el tipo sancionador impuesto a

⁵⁵ Estos supuestos muy prudentes se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como los *Ratios sectoriales de las sociedades no financieras* del Banco de España. Cuando no es posible tener datos específicos, los supuestos se basan en estimaciones de la literatura económica especializada.

sus empresas con el máximo tipo sancionador posible según el art. 63 de la LDC (10%).

Después, han de tenerse en cuenta criterios subjetivos, entre los que destacan la duración de la participación de cada directivo y el nivel jerárquico de su puesto dentro de la organización. Este segundo criterio de carácter subjetivo se ha traducido en la agrupación de los directivos en dos grupos, el de directivos de nivel 1, con mayor capacidad de decisión, y el grupo de directivos de nivel 2, con puestos directivos de algún modo subordinados a los de nivel 1.

Como se ha visto anteriormente, queda acreditada la participación en reuniones y el intercambio de correos electrónicos sobre reparto de mercado y/o acuerdos de precios por parte de D. Jon de Lapatza Benito como Director General de AMURRIO, D. Jesús María de Lapatza Urbiola como Presidente de AMURRIO, D. Urtza Errazti Olartekoetxea como Director General y Director Comercial de JEZ, D. Juan Carlos Sánchez Jorín como Director Técnico de JEZ, D. Alfredo Alegría Díaz como Vicepresidente y Director general de ALEGRÍA, D. Ricardo García Mesa como Director Técnico de ALEGRÍA, D. Julio Fernández García como Director Gerente de DF RAIL, D. Fernando López González como Administrador único y Representante Legal de DF RAIL y D. Luis Javier Ardura González como Director Técnico de DF RAIL.

Todos estos factores se resumen en la tabla siguiente:

Directivo	Tipo sancionador aplicado a sus empresas / Tipo sancionador máximo (%)	Duración de su participación en la infracción (meses)	Categoría profesional	Nivel de los directivos (1 o 2)
D. Jon de Lapatza Benito (AMURRIO)	7,7 / 10	82	Director General	2
D. Jesús M ^a de Lapatza Urbiola (AMURRIO)	7,7 / 10	82	Presidente	1
D. Urtza Errazti Olartekoetxea (JEZ)	7,7 / 10	82	Director General y Director Comercial	2
D. Juan Carlos Sánchez Jorín (JEZ)	7,7 / 10	82	Director Técnico	2
D. Alfredo Alegría Díaz (ALEGRÍA)	8,5 / 10	82	Vicepresidente y Director General	1
D. Ricardo García Mesa (ALEGRÍA)	8,5 / 10	82	Director Técnico	2
D. Julio Fernández García (DF RAIL)	7,0 / 10	82	Director Gerente	2

D. Fernando López González (DF RAIL)	7,0 / 10	14	Administrador Único y Representante Legal	1
D. Luis Javier Ardura González (DF RAIL)	7,0 / 10	82	Director Técnico	2

En atención a todo lo anterior, esta Sala de Competencia de la CNMC considera que corresponde imponer las siguientes multas a los directivos de las entidades imputadas:

a) Representantes legales de AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS

- D. Jon de Lapatza Benito: 7.000 euros
- D. Jesús M^a de Lapatza Urbiola: 11.000 euros

b) Representantes legales de JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS

- D. Urtza Errazti Olartekoetxea: 7.000 euros
- D. Juan Carlos Sánchez Jorín: 7.000 euros

c) Representes legales de TALLERES ALEGRÍA

- D. Alfredo Alegría Díaz: 12.000 euros
- D. Ricardo García Mesa: 8.000 euros

d) Representes legales de DURO FELGUERA RAIL

- D. Julio Fernández García: 6.000 euros
- D. Fernando López González: 5.000 euros
- D. Luis Javier Ardura González: 6.000 euros

7.6. Circunstancias atenuantes

Esta Sala considera, de igual manera que la Dirección de Competencia y algunas de las empresas, que en este caso, de conformidad con el artículo 64 de la LDC, cabe apreciar como circunstancia atenuante a la hora de determinar la sanción el hecho de que los acuerdos y las prácticas concertadas objeto de la presente resolución fueron en cualquier caso consentidos por ADIF ya que en su calidad de poder adjudicador de los contratos no rechazó la presentación sistemática de la UTE a los concursos que licitaba, y que en su mayoría, como hemos señalado, eran de carácter abierto.

Ello no afecta, como ya hemos señalado en la presente resolución, al grado de culpabilidad de las empresas en las conductas aquí sancionadas, pero sí es una circunstancia que debe ser tenida en cuenta a la hora de cuantificar la sanción de las mismas. Así, en la determinación del importe de la sanción, debe efectuarse una ponderación razonable de todos los elementos concurrentes, a fin de graduar dicho importe para adecuarlo en lo posible a las circunstancias concurrentes. Si bien como se ha analizado más arriba esta Sala entiende que no ha quedado excluido el elemento subjetivo de la infracción por la alegada confianza legítima, la actuación de la Administración debe ser tenida en cuenta para atenuar la responsabilidad de la infractora y disminuir el importe de la multa.

Las partes alegan la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de febrero de 2012 (recurso 595/2010), para defender que el importe final de la sanción debe ser rebajado en los porcentajes allí previstos. Sin embargo, esta Sala considera que en este caso el hecho diferencial con el asunto resuelto por la Audiencia Nacional, es que ADIF no obligó a las empresas a presentarse en UTE y a adoptar los acuerdos sancionables. Incluso, como ya se ha señalado a lo largo de esta resolución, impuso a las empresas la obligación de presentarse de manera individual.

Por ello, esta Sala considera que las sanciones previstas en el apartado anterior, en aplicación del artículo 64 de la LDC, deben ser rebajadas mediante una disminución de 0,5 de los tipos sancionadores a las empresas, y una disminución del 5% en las sanciones a personas físicas, de manera que los tipos sancionadores e importes de las sanciones para las empresas y para sus representantes legales o directivos de las mismas serían las siguientes:

a) Sanciones a las empresas:

<i>Empresa</i>	<i>Volumen de negocios total (VT, en €) en 2015</i>	<i>Tipo sancionador atenuado (%)</i>	<i>Multa (en €)</i>
AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.	17.159.820	7,2%	1.235.507
JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L.	14.944.015	7,2%	1.075.969
TALLERES ALEGRÍA, S.A.	22.460.537	8,0%	1.796.843
DURO FELGUERA RAIL, S.A.U.	22.717.143	6,5%	1.476.614

b) Sanciones a los directivos y representantes legales:

<i>Directivo</i>	<i>Multa (en €)</i>
D. Jon de Lapatza Benito (AMURRIO)	6.650
D. Jesús M ^a de Lapatza Urbiola (AMURRIO)	10.450
D. Urtza Errazti Olartekoetxea (JEZ)	6.650
D. Juan Carlos Sánchez Jorín (JEZ)	6.650
D. Alfredo Alegría Díaz (ALEGRÍA)	11.400
D. Ricardo García Mesa (ALEGRÍA)	7.600
D. Julio Fernández García (DF RAIL)	5.700
D. Fernando López González (DF RAIL)	4.750
D. Luis Javier Ardura González (DF RAIL)	5.700

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general de aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

HA RESUELTO

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 1 de julio de 1999 hasta el 7 de octubre de 2014.
- 2.- JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L., por su participación en las conductas desde 1 de julio de 1999 hasta el 7 de octubre de 2014.
- 3.- TALLERES ALEGRÍA, S.A., por su participación en las conductas desde 1 de julio de 1999 hasta el 7 de octubre de 2014.
- 4.- DURO FELGUERA RAIL, S.A.U. y solidariamente DURO FELGUERA, S.A., por su participación en las conductas desde el 29 de junio de 2007 hasta el 7 de octubre de 2014.
- 5.- Don JESÚS MARÍA DE LAPATZA URBIOLA, por su participación en las conductas como representante de AMURRIO, desde febrero de 2008.
- 6.- Don JON DE LAPATZA BENITO por su participación en las conductas como representante de AMURRIO, desde enero de 2008.
- 7.- Don URTZA ERRAZTI OLARTEKOETXEA, por su participación en las conductas como representante de JEZ SISTEMAS, desde febrero de 2008.
- 8.- Don JUAN CARLOS SÁNCHEZ JORRÍN, por su participación en las conductas como representante de JEZ SISTEMAS, desde enero de 2008.
- 9.- Don ALFREDO ALEGRÍA DÍAZ, por su participación en las conductas como representante de TALLERES ALEGRÍA, desde marzo de 2011.
- 10.- Don RICARDO GARCÍA MESA, por su participación en las conductas como representante de TALLERES ALEGRÍA, desde febrero de 2008.
- 11.- Don JULIO FERNÁNDEZ GARCÍA, por su participación en las conductas como representante de DF RAIL, desde febrero de 2013.
- 12.- Don Fernando López González, por su participación en las conductas como representante de DF RAIL, desde septiembre de 2013.
- 13.- Don LUIS JAVIER ARDURA GONZÁLEZ, por su participación en las conductas como representante de FELGUERA RAIL, desde marzo de 2011.

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

- 1.- AMURRIO FERROCARRIL Y EQUIPOS, S.A.: 1.235.507 euros
- 2.- JEZ SISTEMAS FERROVIARIOS, S.L.: 1.075.969 euros
- 3.- TALLERES ALEGRÍA, S.A.: 1.796.843 euros
- 4.- DURO FELGUERA RAIL, S.A.U.: 1.476.614 euros

- 5.- Don JESÚS MARÍA DE LAPATZA URBIOLA: 10.450 euros
- 6.- Don JON DE LAPATZA BENITO: 6.650 euros
- 7.- Don URTZA ERRAZTI OLARTEKOETXEA: 6.650 euros
- 8.- Don JUAN CARLOS SÁNCHEZ JORRÍN: 6.650 euros
- 9.- Don ALFREDO ALEGRÍA DÍAZ: 11.400 euros
- 10.- Don RICARDO GARCÍA MESA: 7.600 euros
- 11.- Don JULIO FERNÁNDEZ GARCÍA: 5.700 euros
- 12.- Don FERNANDO LÓPEZ GONZÁLEZ: 4.750 euros
- 13.- Don LUIS JAVIER ARDURA GONZÁLEZ: 5.700 euros

CUARTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

QUINTO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.