

RESOLUCIÓN Expte. S/0453/12, RODAMIENTOS FERROVIARIOS
SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 4 de diciembre de 2014

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el expediente sancionador S/0453/12, Rodamientos ferroviarios, iniciado por la Dirección de Investigación, con fecha 16 de mayo de 2013, contra SCHAEFFLER IBERIA, S.L., SKF ESPAÑOLA S.A., y NSK SPAIN, S.A., habiendo sido ampliada la incoación el 11 de diciembre de 2013 contra NSK Europe Ltd., SCHAEFFLER AG y AB SKF, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989), en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. De acuerdo con el artículo 65.1 de la LDC y el artículo 48 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero), NSK Ltd. presentó el 22 de agosto de 2011 en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) una solicitud abreviada de exención del pago de la multa o, subsidiariamente, de reducción del importe de la multa, en beneficio de la citada empresa y de todas sus filiales, en relación con determinadas prácticas en el sector de los rodamientos para automóviles, maquinaria industrial y otros usos, incluyendo los rodamientos para el mercado secundario. La solicitud fue abreviada debido a que se había presentado previamente solicitud de clemencia ante la Comisión Europea (la cual generó el Asunto AT. 39922 - Rodamientos,

resuelto por Decisión de la Comisión Europea de 19 de marzo de 2014, 2014/C 238/09)¹.

2. El 13 de noviembre de 2012 NSK Ltd. presentó una solicitud complementaria, en relación con determinadas prácticas relativas a rodamientos industriales, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del TFUE, consistentes, en general, en acuerdos cuyo objeto sería el reparto de mercado y la fijación de precios en el mercado de los rodamientos industriales, en particular, los rodamientos para vehículos ferroviarios en todo el territorio nacional. Tras comunicar la Comisión Europea que no se consideraba la Autoridad de competencia particularmente bien situada para conocer dichas prácticas en el mercado de rodamientos ferroviarios en el territorio español e informar el 1 de febrero de 2013 a NSK Ltd. que el expediente sancionador comunitario se incoaba en relación con el mercado de los rodamientos de automoción, NSK Ltd. completó el 18 de febrero de 2013 la solicitud abreviada de clemencia presentada a la Autoridad española de competencia respecto a las prácticas realizadas en el mercado de los rodamientos industriales, en particular, los rodamientos para vehículos ferroviarios en el territorio español. Dicha solicitud fue completada posteriormente en siete distintas fechas entre los meses de febrero a octubre de 2013 (folios 113 a 253, 256 a 261, 2328 a 2363 y 2428 a 2458).
3. **La Dirección de Investigación (DI) de la extinta CNC, conforme a lo previsto en el artículo 49.2 de la LDC, realizó una información reservada** con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador por conductas anticompetitivas.
4. **El 23 de abril de 2013 la DI concedió la exención condicional del pago de la multa a NSK Ltd. y a sus filiales** en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC, al aportar elementos de prueba que, a juicio de la DI, le permitían ordenar el desarrollo de inspecciones en relación con el cártel descrito en la citada solicitud de exención del pago de la multa.
5. De acuerdo con el artículo 40 de la LDC, el 24 y 25 de abril de 2013 la CNC realizó inspecciones simultáneas en las sedes de SCHAEFFLER IBERIA, S.L. (SCHAEFFLER), SKF ESPAÑOLA, S.A. (SKF) y KOYO IBERICA, S.L. (KOYO).
6. El 16 de mayo de 2013, sobre la base de la información reservada realizada, la DI observó indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC por lo que, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, **acordó la incoación del expediente sancionador S/0453/12 Rodamientos ferroviarios, contra SCHAEFFLER IBERIA, S.L., SKF ESPAÑOLA, y NSK SPAIN, S.A. (NSK)**, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE, consistentes en un acuerdo para la fijación de precios y el reparto de mercado en el mercado español de los rodamientos industriales para vehículos ferroviarios.
7. El 17 de mayo de 2013 se acordó la incorporación al expediente de la documentación en formato papel recabada en la inspección de SKF, concediéndole un plazo de diez días para solicitar la confidencialidad de

¹ En este caso se trataba de una infracción única y continuada del artículo 101 TFUE en el sector de los rodamientos para aplicaciones en la industria de automoción.

aquellos documentos que considerara oportunos, aportando las versiones censuradas de los mismos, acordando el 17 de junio de 2013 la DI aceptar la confidencialidad solicitada por la citada empresa el 4 de junio de 2013. Asimismo, se acordó la devolución de la documentación en formato papel recabada en la inspección de KOYO, al no considerarse relevante de acuerdo con el objeto de la investigación del expediente de referencia.

8. El 13 de junio de 2013 la DI requirió a SKF, NSK y SCHAEFFLER información relativa a su objeto social, estructura de propiedad y control, identificación de los principales cargos directivos, objeto social, datos sobre el mercado de los rodamientos industriales para vehículos ferroviarios, listado de los distribuidores autorizados por cada empresa en los últimos diez años, así como las licitaciones de RENFE OPERADORA (RENFE) a las que se hubieran presentado en el mismo período de diez años, con indicación de la oferta presentada y oferta adjudicada, en su caso. Igualmente, la DI requirió a RENFE información relativa al sistema de contratación para el suministro de rodamientos para vehículos ferroviarios, las empresas que solicitaron participar en las licitaciones indicadas y a las que RENFE invitó a presentar ofertas, requiriendo que aportase las ofertas presentadas e indicase la empresa o empresas que resultaron adjudicatarias y con qué ofertas, así como las fechas de las licitaciones anteriores a 2004.
9. El 25 de junio de 2013 y previa ampliación de plazo, tuvo entrada la contestación de NSK al requerimiento de información; el 1 de julio la contestación de SKF y de RENFE-Operadora y el 3 de julio la de SCHAEFFLER.
10. Con fecha 4 de julio de 2013 tuvo entrada en la CNC un escrito complementario a la contestación de RENFE-Operadora al requerimiento de información realizado por la DI.
11. Con fecha 8 de julio de 2013 se acordó la incorporación al expediente de referencia de la documentación en formato electrónico recabada en las inspecciones llevadas a cabo en las sedes de SCHAEFFLER y SKF, concediéndoles un plazo de diez días para solicitar, en su caso, la confidencialidad de aquellos documentos que consideraran oportunos, aportando las correspondientes versiones censuradas de los mismos.
12. El 23 de septiembre de 2013 se requirió a RENFE-Operadora los Pliegos de Condiciones Particulares que rigieron las licitaciones para el suministro de rodamientos para vehículos ferroviarios correspondientes a las convocatorias publicadas en el Boletín Oficial del Estado de 24 de junio de 2004, 3 de agosto de 2007 y 5 de agosto de 2011, contestando RENFE-Operadora el 26 de septiembre de 2013.
13. El 11 de octubre de 2013 la Dirección de Competencia (DC) de la CNMC requirió información a NSK EUROPE, LTD. -matriz de NSK-, SCHAEFFLER AG -matriz de SCHAEFFLER- y AKTIEBOLAGET SKF (AB SKF) -matriz del Grupo SKF-, sobre la estructura de propiedad y control de dichas empresas.
14. El 21 de octubre de 2013 la DC requirió a SKF, NSK y SCHAEFFLER información relativa a la licitación convocada por RENFE-Operadora en el año 2001. El 29 de octubre de 2013 se recibió la contestación de SCHAEFFLER al requerimiento de información realizado.

15. El 31 de octubre de 2013 se recibieron las contestaciones de NSK EUROPE y SKF al requerimiento de información realizado. El 4 de noviembre de 2013 se recibió la contestación de NSK al requerimiento de información realizado. El 8 de noviembre de 2013, previa concesión de ampliación de plazo, se recibió contestación de SCHAEFFLER AG al requerimiento de información, solicitando la DC a empresa su traducción al castellano, que fue aportada el 14 de noviembre de 2013. El 11 de noviembre de 2013 se recibió contestación por parte de AB SKF al requerimiento de información.
16. El 11 de diciembre de 2013, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 del RDC, **la DC acordó la ampliación del acuerdo de incoación del expediente de referencia a NSK Europe Ltd., SCHAEFFLER AG y AB SKF**, acuerdo que fue notificado ese mismo día a todas las entidades incoadas en este expediente sancionador.
17. El 12 de diciembre de 2013 la DC puso en conocimiento de NSK que se consideraba necesario para salvaguardar los derechos de defensa de los interesados levantar la confidencialidad de la solicitud de clemencia presentada por dicha empresa, así como de la documentación anexa a la misma, información que sería incorporada al expediente en la fecha de emisión del Pliego de Concreción de Hechos. Conforme a lo previsto en el artículo 42 de la LDC y artículo 20 del RDC, se le concedió a dicha empresa un plazo de cinco días para que, de forma motivada e individualizada, solicitara, en su caso, el carácter confidencial de aquellos datos y/o informaciones que considerase oportuno.
18. El 12 de diciembre de 2013 se requirió a RENFE-Operadora información en relación con las ofertas presentadas y la adjudicación resultante de la licitación para el suministro de rodamientos para vehículos ferroviarios de 2001, contestando RENFE-Operadora el 18 de diciembre de 2013.
19. El 13 de diciembre de 2013 se notificó a las empresas incoadas que tras la ampliación de la incoación contra las empresas NSK Europe Ltd., matriz de NSK Spain, S.A.; SCHAEFFLER AG, matriz de SCHAEFFLER IBERIA, S.L. y AKTIEBOLAGET SKF, matriz de SKF ESPAÑOLA, S.A., las citadas empresas podían acceder al expediente de referencia en las dependencias de la CNMC, donde se les proporcionaría copia en formato electrónico de todos los documentos que integran el mismo a excepción de aquella información que hubiera sido declarada confidencial para sus respectivas filiales por la DC.
20. El 19 de diciembre de 2013 tuvo entrada en la CNMC el escrito de NSK solicitando la confidencialidad de determinados datos contenidos en su solicitud de clemencia. El 17 de enero de 2014 la DC declaró la confidencialidad de los datos solicitados.
21. **De conformidad con el artículo 33.1 del RDC, el 7 de febrero de 2014 se formuló un Pliego de Concreción de Hechos (PCH)**, que fue notificado a las partes interesadas. Las partes presentaron sus alegaciones al PCH y dos de ellas, SKF y SHAEFFLER, solicitaron la práctica de prueba documental.
22. **Con fecha 14 de abril de 2014, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, se notificó a las partes interesadas la Propuesta de Resolución (PR) de la DC.** Las partes presentaron sus alegaciones a la PR y SHAEFFLER IBERIA, S.L., solicitó la práctica de prueba documental ante el Consejo de la CNMC y la

celebración de vista, mientras que SCHAEFFLER AG solicitó la celebración de vista ante el Consejo.

23. Con fecha de 29 de mayo de 2014, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50.5 de la LDC, se elevó al Consejo de la CNMC el expediente con el Informe Propuesta de la DC.
24. Con fecha 2 de octubre de 2014 el Consejo de la CNMC acordó la incorporación al expediente de la documental aportada por SCHAEFFLER, y denegó la solicitud de vista solicitada por ésta última y por SCHAEFFLER AG.
25. Con fecha 8 de octubre de 2014, el Consejo dictó Acuerdo por el que se informa a las partes de que con fecha 2 de octubre de 2014 se había remitido a la Comisión Europea la Propuesta de Resolución del expediente en los términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, por lo que, en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la Ley 15/2007, había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 3 de noviembre de 2014 el Consejo resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes.
26. El Consejo terminó de deliberar y falló el presente expediente en su reunión de 4 de diciembre de 2014.
27. Son partes interesadas: SCHAEFFLER IBERIA, S.L., SKF ESPAÑOLA S.A., NSK SPAIN, S.A., NSK Europe Ltd., SCHAEFFLER AG y AB SKF.

HECHOS PROBADOS

1. LAS PARTES

Las partes implicadas en el presente expediente, tal y como consta en el PCH de la DC son las siguientes:

1. NSK SPAIN, S.A.

NSK Spain, S.A, es una filial al 100% de NSK Europe Ltd., con sede en Barcelona. El objeto social de NSK es la importación, venta y distribución de rodamientos, componentes para automóviles y maquinaria de precisión. NSK vende en España y Portugal toda la gama de rodamientos, productos lineales y componentes para los mercados de automoción y sectores industriales fabricados por otras empresas del grupo directamente a fabricantes de primer equipo y también a través de sus distribuidores autorizados, ofreciendo servicios de asistencia técnica para todos sus clientes y distribuidores.

La presencia de NSK en el mercado del suministro de rodamientos industriales para el sector ferroviario es muy limitada, pues NSK no cumple con los requisitos de homologación necesarios para suministrar rodamientos en el sector ferroviario en Europa lo que le impide participar en las licitaciones de los fabricantes españoles como CAF, Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. o Talgo, limitándose a participar en el suministro a RENFE y posteriormente, a RENFE-Operadora.

2. NSK EUROPE LTD

NSK Europe Ltd. tiene una participación del 100% de las acciones de NSK desde enero de 2001. NSK Europe Ltd., con domicilio social en Reino Unido, desarrolla funciones administrativas y de ventas con respecto al negocio europeo de su matriz japonesa NSK Ltd.

NSK Europe Ltd. fabrica, a través de sus filiales, rodamientos para maquinaria industrial y de automoción, determinándose la política general y estratégica a nivel de grupo, que cubre la totalidad de la región en la que opera NSK Europe Ltd. En concreto, en el segmento de negocios de repuestos, los directores locales tienen potestad para determinar los precios de sus productos (fijar descuentos y márgenes) dentro del presupuesto acordado por su respectiva unidad de negocio.

3. SCHAEFFLER IBERIA, S.L. (SCHAEFFLER)

SCHAEFFLER IBERIA, S.L. fue constituida en 1960 como una sociedad anónima, bajo la denominación INA Rodamientos de Aguja, S.A.

En 2003 INA Rodamientos de Aguja, S.A. fue transformada en una sociedad de responsabilidad limitada, cambiando su denominación a INA Iberia, S.L. y en 2006 a la actual SCHAEFFLER IBERIA, S.L. (SCHAEFFLER).

SCHAEFFLER tiene su domicilio social en Barcelona, y tiene por objeto social la fabricación, comercialización y venta de toda clase de rodamientos y de otros elementos para la construcción de maquinaria, aparatos y vehículos, así como la importación y exportación de los mismos.

4. SCHAEFFLER AG.

SCHAEFFLER AG se constituyó el 13 de octubre de 2011 y hasta dicha fecha estaba organizada como una entidad de responsabilidad limitada alemana.

En enero de 2010, asumió el control sobre el Grupo Schaeffler a través de Schaeffler KG, que desde 2001 hasta 2010 controlaba las empresas pertenecientes al Grupo Schaeffler, incluida Schaeffler Iberia, S.L., que es la empresa del Grupo Schaeffler activa en territorio español.

5. SKF ESPAÑOLA, S.A. (SKF)

SKF ESPAÑOLA, S.A. se constituyó en 1970, como resultado de la fusión de las empresas Rodamientos a Bolas SKF, S.A., Empresa Nacional de Rodamientos, S.A., Fábrica de Rodamientos RSA, S.A. y Comercial Rodamientos RSA, S.A.

Desde el 22 de noviembre de 2004, SKF, es una filial propiedad directa al 100% de AB SKF, la matriz del Grupo SKF.

SKF, con domicilio social en Madrid, tiene por objeto la fabricación, venta, compra, importación y exportación de rodamientos, accesorios y demás componentes de los mismos y la prestación de todo tipo de servicios de asesoramiento técnico, estudio

de aplicaciones y mantenimiento integrado relativo a todo tipo de máquinas equipadas con tales piezas.

6. AKTIEBOLAGET SKF

AB SKF fue fundada en 1907 como compañía sueca fabricante de rodamientos de bolas y desde entonces AB SKF y sus filiales se han dedicado principalmente a la fabricación y comercialización de varios tipos de rodamientos de bolas y de rodillos, así como de componentes relacionados, siendo actualmente un proveedor mundial de productos, soluciones y servicios en las áreas de rodamientos, retenes, servicios y sistemas de lubricación y mecatrónica.

Entre 2001 y el 22 de noviembre de 2004, SKF fue una filial indirecta al 100% de AB SKF y desde el 22 de noviembre de 2004, es una filial propiedad directa al 100% de AB SKF, con sede en Suecia.

2. MARCO NORMATIVO

De acuerdo con la DC, el marco normativo aplicable comprende, por un lado, la normativa aplicable a los rodamientos como elemento que se integra en las máquinas industriales, en concreto, en los vehículos ferroviarios y, por otro, a la legislación que regula las entidades que solicitan este tipo de productos y los procedimientos de licitación para su suministro.

El mercado de rodamientos para el sector ferroviario tiene una serie de requisitos de homologación que deben cumplirse para poder suministrar rodamientos para el sector ferroviario en el ámbito europeo. Dichas normas de homologación (norma UNE-EN 12080 e IRIS), que especifican los parámetros de calidad de los rodamientos, necesarios para garantizar el funcionamiento de los trenes en las redes europeas, así como las condiciones para la aprobación de dichos productos, se aplican tanto a los rodamientos para locomotoras como para vagones. A este respecto, NSK no cuenta con la homologación requerida por dichas normas, a excepción de aquellos destinados a locomotoras Mitsubishi, mientras que otros proveedores, como SCHAEFFLER, SKF y TIMKEN, cuentan con dicha homologación, lo que les permite suministrar rodamientos para todo tipo de locomotoras.

En cuanto al mercado del transporte por ferrocarril en España, tradicionalmente ha sido un monopolio de la empresa pública Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE), creada en 1941, que agrupaba la actividad de administración de infraestructuras y la prestación de los servicios de transporte. La Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario (LSF) supuso el inicio del proceso de liberalización del transporte ferroviario de mercancías y viajeros en España, consolidando el modelo de separación vertical entre la gestión de la infraestructura y la explotación del servicio. La administración de las infraestructuras se encomienda en exclusiva a la entidad pública empresarial que ostenta las competencias de administración y construcción de las infraestructuras ferroviarias, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), salvo lo previsto para ADIF-Alta Velocidad.

Respecto a la prestación de servicios de transporte ferroviario, tanto de mercancías como de viajeros, la Disposición Adicional 3ª de la LSF creó RENFE-Operadora como

entidad pública empresarial de las previstas en el artículo 43.1.b) de la LOFAGE, adscrita al Ministerio de Fomento, integrándose también a partir del 1 de enero de 2013 la explotación del servicio en las vías estrechas tras la supresión de FEVE. El régimen jurídico indicado también se prevé en el Estatuto de la entidad, aprobado por Real Decreto 2396/2004, de 30 de diciembre (artículos 1, 4 y 5, respectivamente). Dentro del transporte de mercancías, RENFE-Operadora opera a través de sociedades, filiales al 100%: Contren (contenedores, cajas móviles y semirremolques), Irion (siderúrgico) y Multi (graneles sólidos y líquidos). Además, cuenta con el operador logístico integral Logirail y está presente en el mercado de mantenimiento y reparación de material rodante a través de su filial Integria.

En cuanto a los procedimientos de licitación convocados por RENFE y posteriormente por RENFE-Operadora, para la adquisición de rodamientos para vehículos ferroviarios, éstos se regían por la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones del Estado español, que fue derogada por la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (conocida también como Ley de Contratos en los Sectores Excluidos). La citada Ley 31/2007 incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades que operan en dichos sectores.

Por otro lado hay que indicar que también resulta de aplicación la Instrucción Administrativa IN-SGC-001/08, de 29 de abril de 2008, por la que se regulan los procedimientos de contratación de RENFE-Operadora para aquellos contratos cuyo importe sea superior a los 50.000 € e inferior a los umbrales fijados en el artículo 16 de la Ley 31/2007 y que fundamentalmente reproduce lo regulado en dicha Ley.

En cuanto a los procedimientos de adjudicación, la Ley 31/2007 establece en su artículo 58 que la entidad contratante podrá elegir entre el procedimiento abierto, el restringido o el negociado. En el procedimiento negociado, empleado por RENFE en las licitaciones para el suministro de rodamientos para vehículos ferroviarios, “el contrato será adjudicado al operador económico elegido por la entidad contratante, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios de los mismos”.

3. FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO

3.1. Mercado de producto

El mercado de producto del expediente de referencia es el de los rodamientos industriales para vehículos ferroviarios.

Como indica la DC en el PCH, un rodamiento es un elemento mecánico que reduce la fricción entre un eje y las piezas conectadas a éste por medio de rodadura, que le sirve

de apoyo y facilita su desplazamiento. La mayoría de los rodamientos constan de anillos con pistas (anillo interior y anillo exterior), elementos rodantes (pueden ser bolas o rodillos) y jaula, que separa los elementos rodantes a distancias iguales, los mantiene en su lugar entre la pista externa e interna y les permite rodar libremente.²

La Comisión Europea ha diferenciado asimismo entre el mercado de rodamientos industriales y el de automoción³, ya que el producto requiere diferentes soluciones y apoyo técnico en cada uno de ellos. Esta diferenciación tiene su réplica en la organización de las empresas, en las que en general existe una división industrial y otra de automoción. En líneas generales, la división de automoción se dedicaría a las aplicaciones para fabricantes de automóviles y la industrial, al resto de aplicaciones (maquinaria pesada, maquinaria de producción, etc.), en la que estaría incluido el ferroviario.

En el caso de los vehículos ferroviarios, los rodamientos empleados deben soportar unas condiciones especialmente severas. Así, en función del tipo de rodamiento y la pieza en la que ejerza su función, éstos deben tolerar la vibración, las cargas de impacto y temperaturas extremas, al tiempo que deben garantizar una alta fiabilidad de funcionamiento a lo largo de grandes distancias y con amplios intervalos entre mantenimientos. Por ello, el mantenimiento y las reparaciones del material rodante suponen una parte muy relevante de los costes ferroviarios. De acuerdo con los datos recogidos en el Plan estratégico para el impulso del transporte ferroviario de mercancías en España del año 2010 del Ministerio de Fomento, los gastos de mantenimiento podrían representar un 18% de los costes totales para un tren de mercancías.

3.2. Mercado geográfico

De acuerdo con la jurisprudencia nacional y comunitaria, con pronunciamientos previos de las autoridades de competencia nacionales y de acuerdo con la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03, DOUE de 9 de diciembre de 1997), el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de que se trata, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.

² Los rodamientos pueden clasificarse según sus elementos rotativos en rodamientos de bolas y rodamientos de rodillos (clasificación empleada por la Comisión Europea, Decisiones de la Comisión Europea de 18 de octubre de 2001, asunto COMP/M.2608-INA/FAG y de 23 de enero de 2003, asunto COMP/M.3011-Timken/Torrington). Los rodamientos de bolas están diseñados para aplicaciones que requieren alta velocidad de rodadura y cargas moderadas y los de rodillo están diseñados para aplicaciones que requieren gran resistencia de carga y menor velocidad de rodadura. La Comisión Europea, en relación a los rodamientos de rodillos, distingue cuatro tipos según la forma de sus elementos rodantes: rodamientos de rodillos cónicos, cilíndricos, esféricos y de aguja.

³ Decisión de la Comisión Europea de 19 de marzo de 2014, 2014/C 238/09. En este caso se trataba de una infracción única y continuada del artículo 101 TFUE en el sector de los rodamientos para aplicaciones en la industria de automoción. Entre las seis empresas infractoras están SCHAEFFLER AG y AB, SKF y NSK, habiéndose presentado solicitudes de clemencia por todas las indicadas. Los períodos de participación en la conducta son, en los tres casos, de abril 2004 a julio 2011.

En efecto, así lo ha indicado también reiterada jurisprudencia del TJUE que ha definido el mercado geográfico como *"la zona geográfica donde se comercializa el producto en cuestión y donde las condiciones de competencia son lo suficientemente homogéneas como para permitir la evaluación de la repercusión del poder económico de una determinada empresa"*.⁴

Como indica la DC en el PCH, en el caso español, la adquisición de rodamientos para vehículos ferroviarios se ha realizado por parte de RENFE y posteriormente por RENFE-Operadora para todo el mercado nacional a través de las filiales españolas de empresas de alcance multinacional, que desarrollan su actividad a escala supranacional.

Así pues, teniendo en cuenta las conductas analizadas en este expediente sancionador, el mercado afectado por la infracción se circunscribe a los rodamientos industriales para vehículos ferroviarios comercializados en todo el mercado español, afectando a las licitaciones ofertadas por RENFE y posteriormente por RENFE-Operadora.

Por tanto, las conductas investigadas se circunscriben al mercado español y es éste el mercado geográfico de referencia en este expediente sancionador.

Finalmente, respecto de la posible afectación del comercio intracomunitario, el alcance de estas conductas se ha extendido a todo el territorio nacional, dado que la entidad convocante era RENFE y posteriormente RENFE-Operadora, y son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario. Las prácticas objeto de investigación, a tenor de la naturaleza y características de las conductas analizadas así como del carácter multinacional de las empresas que participan en el cártel, constituyen una potencial desventaja competitiva para entrantes en el mercado, obstaculizando de este modo la interpenetración económica perseguida por el Tratado. El mercado intracomunitario, por tanto, también estaría afectado por las conductas objeto de este expediente, siendo de aplicación el artículo 101 del TFUE, como se detalla en el Fundamento de Derecho Segundo.

3.3. Estructura del mercado

Por el lado de la oferta está constituido por empresas multinacionales que desarrollan su actividad a escala supranacional, debido a los bajos costes del transporte de este tipo de mercancías, a estándares técnicos uniformes, a estrategias centralizadas de compra así como a la ausencia de barreras y el significativo comercio en el ámbito del Espacio Económico Europeo. No obstante, también se ha de señalar la existencia de una fuerte red de distribución local, especialmente significativa en España, teniendo en cuenta la singularidad de la red ferroviaria española, con tres anchos de vías distintos, que supone en la práctica cierta especificidad comparativa desde el punto de vista internacional que condiciona la entrada de grandes operadores logísticos internacionales que pudieran aspirar al suministro de estos productos.

La mayoría de las vías en España presentan un ancho de vía distinto al europeo, el denominado ancho de vía ibérico de 1.668 mm, presente en la red convencional

⁴ Entre otras, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, asunto Tetra Pak/Comisión, T-83/91, apartado 91, confirmada en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/94P.

española y por el que se realiza la mayor parte del transporte de mercancías por ferrocarril, que coexiste con el ancho de vía métrico de 1.000 mm, que se concentra fundamentalmente en el norte de España.

La Europa continental comparte la misma medida de ancho de vía, el denominado UIC de 1.435 mm, que en España exclusivamente se encuentra en las redes de alta velocidad y, por tanto, se destina casi exclusivamente para el transporte de pasajeros. De hecho, en España destaca que sólo un porcentaje muy reducido de las vías, el 15%, sea de ancho internacional.

La adquisición de vehículos no adaptados a la red española conllevaría modificaciones sustantivas en los vehículos aumentando de forma considerable su precio, lo que afecta también a las empresas suministradoras de rodamientos para vehículos ferroviarios.

A la hora de determinar el poder de mercado de los suministradores de rodamientos para vehículos ferroviarios debe tenerse en cuenta que la mayoría de los contratos se adjudican mediante licitación pública en España, pues el principal cliente ha sido RENFE y, posteriormente, RENFE-Operadora.

En España, el mercado de rodamientos ferroviarios presenta un alto grado de concentración, liderando el mercado SKF, con una cuota que supera el 40%, seguida por SCHAEFFLER, con una cuota que supera el 30%, controlando conjuntamente, por tanto, más de la mitad del mercado, siendo menor la participación de NSK y prácticamente residual la de otros competidores, como HARRY WALKER RODAMIENTOS, S.A.⁵ o TIMKEN.

A continuación se muestra la estimación de las cuotas de mercado de los principales proveedores de rodamientos industriales para vehículos ferroviarios en el mercado español en los últimos diez años, de acuerdo con la información obrante en este expediente:

Estimación de las cuotas de los principales fabricantes de rodamientos industriales para vehículos ferroviarios en España (%)											
<i>Empresa</i>	<i>2003</i>	<i>2004</i>	<i>2005</i>	<i>2006</i>	<i>2007</i>	<i>2008</i>	<i>2009</i>	<i>2010</i>	<i>2011</i>	<i>2012</i>	<i>2013</i>
<i>SKF</i>	40-50	40-50	40-50	40-50	40-50	40-50	40-50	40-50	40-50	40-50	40-50
<i>SCHAEFFLER</i>	30-40	30-40	30-40	30-40	30-40	30-40	30-40	30-40	30-40	30-40	30-40
<i>NSK</i>	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10
<i>TIMKEN</i>	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10
<i>Otros</i>	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10	0-10
<i>Total</i>	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100

Fuente: Tabla elaborada por la Dirección de Competencia, con la información aportada por las entidades incoadas en contestación a los requerimientos de información realizados.

Respecto a la demanda, de rodamientos de ferrocarril, como indica la DC en su PCH, proviene directamente de clientes fabricantes, que representan la mayor parte de la

⁵ Sociedad anónima constituida como tal en Madrid en 1981, de tamaño relativamente pequeño. Su principal actividad son los suministros industriales.

demanda, y de clientes para mantenimiento y reparaciones y de distribuidores autorizados.

Los principales clientes fabricantes (CAF, TALGO, Alstom, Vossloh, etc.) han variado sustancialmente sus estrategias durante los últimos años, siendo más estable la demanda proveniente de clientes para mantenimiento y reparaciones.

La adquisición de material rodante, especialmente locomotoras, constituye uno de los principales costes de las empresas ferroviarias y, además, la adquisición de material ferroviario precisa homologación. Este coste puede ser particularmente elevado para los nuevos entrantes que deben afrontarlo antes de operar en el mercado.

Como refleja el informe publicado por la CNC el 21 de mayo de 2013 “Informe sobre la competencia en el transporte de mercancías por ferrocarril en España”⁶, si bien la liberalización del transporte de mercancías por ferrocarril se inició a nivel europeo en 2001, con la aprobación del Primer Paquete Ferroviario, y en España se concretó en la aprobación de la Ley del Sector Ferroviario en 2003 y la apertura del mercado a la competencia a partir de 2005, el grado de penetración del mercado de los nuevos operadores en 2013 es aún escaso. De hecho, de acuerdo con información de la Comisión Europea, España es el país que presenta una menor penetración de nuevas empresas en el transporte ferroviario de mercancías en 2010 (8,1%), mientras que los entrantes suman cuotas del 20% en Francia, 24% en Italia, 25% en Alemania y 51% en Reino Unido.

Por ello, la demanda de rodamientos ferroviarios ha estado compuesta prácticamente en exclusiva por RENFE y posteriormente por RENFE-Operadora, entidad pública empresarial de servicios de transportes ferroviarios de viajeros y mercancías que depende del Ministerio de Fomento y que obtiene el suministro de rodamientos ferroviarios mediante licitaciones, siendo RENFE-Operadora el operador dominante⁷, pues es el único operador que se encuentra implantado en toda la Red Ferroviaria de Interés General (RFIG). De hecho, pese a que en la actualidad existen dieciséis empresas que disponen de licencia de empresa ferroviaria y once cuentan con certificado de seguridad, solo seis realizan actividad ferroviaria en la RFIG y una de las primeras está participada en un 20% por RENFE-Operadora. El posicionamiento de RENFE-Operadora se refuerza en el mercado al ser la única empresa que cuenta con presencia en todo el territorio nacional, ya que la actividad del resto de las empresas participantes se circunscribe a regiones concretas y líneas específicas, sin que hayan llegado a constituir una red de extensión nacional.

Así pues, RENFE-Operadora es la empresa en España que realiza la práctica totalidad del servicio ferroviario, tanto de viajeros como de mercancías y, por tanto, la principal demandante de suministro de rodamientos ferroviarios para el mantenimiento de la flota existente, con una cuota de mercado cercana al 85%.

En relación con la demanda de rodamientos, de acuerdo con la información aportada por algunas de las entidades incoadas en este expediente, basándose en las licitaciones de RENFE publicadas en el BOE y en estimaciones basadas en su

⁶ Disponible en la página web: <http://www.cnmc.es>

⁷ Tal y como ha confirmado la CNMC en el Informe relativo al Proyecto de Orden de la declaración sobre la red y al procedimiento de adjudicación de capacidad de infraestructura ferroviaria de 17 de diciembre de 2013 y estableció previamente la CNC en el IPN 30/09, el Informe de Posición (IP) en relación con el Real Decreto-ley 22/2012 y el Informe sobre la Competencia en el Transporte de Mercancías por Ferrocarril en España (todos disponibles en www.cnmc.es).

percepción de la demanda de los fabricantes españoles de ferrocarriles y la demanda de otras empresas operadoras de metros (como CAF, TALGO, Gec Alsthom, Metro de Madrid, TMB, etc.), el tamaño del mercado de los rodamientos industriales para vehículos ferroviarios en España sería el siguiente en los últimos diez años:

Estimación del tamaño total del mercado de los rodamientos industriales para vehículos ferroviarios en España		
Año	Valor (EUR)	Volumen (unidades)
2003	6.500.000	55.000
2004	7.000.000	56.000
2005	8.500.000	65.000
2006	9.600.000	70.000
2007	10.000.000	69.000
2008	13.000.000	88.000
2009	14.000.000	92.000
2010	13.750.000	87.000
2011	13.000.000	80.000
2012	12.700.000	75.000
2013	11.700.000	67.000

Fuente: Tabla elaborada por la Dirección de Competencia, con la información aportada por las entidades incoadas en contestación a los requerimientos de información.

Por otra parte, el ferrocarril es una de las infraestructuras donde se prevén inversiones públicas significativas en los próximos años, con el Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda (PITVI), presentado el 26 de septiembre de 2012, que prevé inversiones equivalentes a entre el 0,89% y el 0,94% del PIB español, en función de los escenarios de evolución macroeconómica en España hasta el año 2024, destinándose a las políticas de transporte aproximadamente el 90% de estos recursos.

4. CONDUCTAS REALIZADAS

Los hechos acreditados en este expediente se fundamentan en la información facilitada por NSK Ltd. en su solicitud de exención, la documentación recabada en las inspecciones simultáneas realizadas el 24 y 25 de abril de 2013 por la DI en las sedes de SCHAEFFLER IBERIA y SKF Española, incluyendo correos electrónicos internos de las mismas, así como en las contestaciones a los requerimientos de información realizadas a las empresas incoadas y a RENFE-Operadora.

Teniendo en cuenta la información que obra en el expediente y la descrita por la DC en los apartados (75) a (138) del PCH, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC considera acreditados los siguientes hechos:

4.1. Organización y funcionamiento del cártel

El cártel se organizó y desarrolló a través de reuniones y llamadas telefónicas de directivos de NSK, SKF y SCHAEFFLER, que se realizaron coincidiendo con el anuncio de cada licitación de RENFE, y posteriormente RENFE-Operadora, para la contratación del suministro de rodamientos ferroviarios en los años 2004, 2007 y 2011, dado que normalmente la duración de dichos contratos es de cuatro años. RENFE y posteriormente RENFE-Operadora publica en el Boletín Oficial del Estado las licitaciones unos meses antes de la expiración de los contratos relativos a la anterior licitación. Las condiciones para participar en la licitación están establecidas en el anuncio en el BOE, que incluye una descripción de los requisitos legales, técnicos y financieros para ser admitido en el Registro General de Proveedores de RENFE y posteriormente de RENFE-Operadora. El anuncio también incluye, generalmente, los plazos para solicitar participar en la licitación y presentar ofertas⁸.

Una vez anunciadas estas licitaciones por RENFE y posteriormente por RENFE-Operadora, directivos de las empresas incoadas contactaban, bien directamente en reuniones o telefónicamente, para acordar las ofertas a presentar y repartirse así las citadas licitaciones, manteniendo la asignación del abastecimiento de matrículas o referencias que históricamente habían sido suministradas a RENFE por cada una de dichas empresas (cada matrícula se corresponde con un tipo de rodamiento específico).

Con tal objeto, NSK, SKF y SCHAEFFLER establecían las referencias o matrículas que quedarían asignadas a cada empresa, determinando los precios que debían ofertar cada una de las empresas del cártel para cada suministro en su propuesta a RENFE en el marco de cada licitación, para garantizar que el resultado estuviera de acuerdo con la estrategia organizada por el cártel. Además, en todas aquellas ocasiones en las que la licitación convocada permitía la adjudicación por lotes o modelos a diversos adjudicatarios, se ajustaban las ofertas entre las empresas del cártel de manera que cada una resultara adjudicataria de los volúmenes que representasen de una manera aproximada el suministro asignado históricamente.

Para la licitación de 2004 las entidades participantes en el cártel utilizaron una plantilla con las especificaciones de la licitación de 2001, pues la primera reunión del cártel se celebró con anterioridad a la publicación de la licitación de 2004, por lo que las empresas del cártel no podían acordar los precios a ofertar y las matrículas a asignar sobre la base de las especificaciones de la nueva licitación, todavía no publicada. Para la licitación de 2007 se mantuvieron conversaciones telefónicas y no se utilizó ningún documento base, dado que no hubo acuerdo matrícula a matrícula, sino que se fijó un porcentaje de incremento de los precios a ofertar. Finalmente, en la licitación del año 2011 se utilizó como base el documento de la nueva licitación, que ya se había publicado en el momento de acordar las empresas del cártel los términos respecto de

⁸ BOE núm. 152 de 24 de junio de 2004, anuncio de Renfe por el que se comunica la licitación del expediente número 6.4/0104.0492/1-00000; BOE núm. 185 de 3 de agosto de 2007, anuncio de Renfe-Operadora por el que se comunica la licitación del expediente número EX/2007/03415/000.00 para el suministro de rodamientos específicos para vehículos ferroviarios y BOE núm. 187 de 5 de agosto de 2011, anuncio de Renfe-Operadora por el que se comunica la licitación del expediente número 2011-02314, para el suministro de rodamientos para vehículos ferroviarios.

la misma, fijándose las subidas de precio matrícula a matrícula, como se hiciera en la licitación de 2004.⁹

Los representantes de las empresas que asistían a las reuniones –respecto a las licitaciones de 2004 y 2011– o mantenían contactos telefónicos –respecto a la licitación de 2007– eran altos directivos de las mismas, con los conocimientos de los aspectos fundamentales de la estrategia corporativa y política comercial de sus empresas, así como con poderes suficientes para representarlas. Así, es especialmente significativo que durante el periodo de vigencia del cártel sus reuniones se mantuvieron al más alto nivel de representación y las personas se sustituían en las mismas conforme se producían cambios en dichos cargos directivos.

NSK normalmente vende sus productos a través de sus distribuidores autorizados y, por ello, en las licitaciones de 2004 y 2007 se presentó a través de su distribuidor PERMARIN y al declararse dicha empresa en concurso de acreedores en septiembre de 2011, en la licitación de 2011 NSK se presentó a través de su nuevo distribuidor, FEYC. SKF también cuenta con distribuidores que han suministrado rodamientos a clientes ferroviarios de forma relevante en los últimos diez años, como TELEBEARING, S.A., LINK SOLUCIONES INDUSTRIALES o RODABAU, S.L., pero tal y como ha señalado la propia SKF, las ventas de los distribuidores a clientes ferroviarios son marginales con relación al total de sus ventas y suelen limitarse a necesidades de servicio por parte del cliente, que no puede cubrir SKF directamente a través de su unidad de negocio específica para ese segmento de mercado. No obstante lo anterior, TELEBEARING, S.A. participó en la licitación del año 2007, consiguiendo en la misma el suministro a RENFE de varias matrículas para el contrato 2007-2011.

SCHAEFFLER, en cambio, se presenta a las licitaciones directamente y no a través de distribuidores, si bien bajo la marca FAG.

4.2. Acuerdos alcanzados para cada licitación

4.2.1. Licitación de 2004

Las primeras reuniones acreditadas entre NSK, SKF y SCHAEFFLER para ponerse de acuerdo sobre cómo responder a las licitaciones convocadas por RENFE datan de 2004 y tenían por objeto acordar el reparto del suministro de rodamientos mediante la asignación de matrículas entre las citadas empresas, ante la nueva licitación prevista para dicho año, una vez finalizado el suministro anterior de 2001, por un período de cuatro años. La intención de las citadas empresas al contactar en 2004 era mantener su status quo en relación con el mencionado suministro, siguiendo la anterior licitación de 2001.

Por ello, se reunieron de manera previa a la publicación del anuncio de la licitación de 2004, publicándose finalmente en el BOE de 24 de junio de 2004 el anuncio relativo a la licitación de RENFE 6.4/0104.492/1-00000, para el suministro de rodamientos industriales para vehículos ferroviarios. De conformidad con el citado anuncio, el plazo para remitir solicitudes para participar en esta licitación fue el 27 de julio de 2004 y la fecha estimada de envío de invitaciones a recibir ofertas el 29 de julio de 2004.

⁹ Folios 87 a 94, 116-117, 168 a 172, 2433 a 2458.

Organizada por NSK hubo una primera reunión en 2004 para acordar precios sobre la licitación de suministro de rodamientos a RENFE entre NSK, SKF y SCHAEFFLER en un restaurante de Madrid, con carácter previo a la publicación de dicha licitación. Por ello, las citadas empresas no tenían conocimiento exacto de las matrículas que iban a ser licitadas en el año 2004 por Renfe, motivo por el cual el acuerdo adoptado se realizó tomando como base las matrículas incluidas en la anterior licitación de RENFE de 2001¹⁰.

Como SKF tenía la mayor cuota de mercado, fue la citada empresa la que determinó en esta reunión el nivel de la subida de precios a aplicar y propuso las cuotas de suministro para cada empresa, según ventas históricas, acordándose mantener otra reunión para discutir la licitación en más detalle.

Durante la segunda reunión celebrada en Madrid en 2004, valoraron los precios a presentar respecto de las distintas matrículas de la licitación, tomando como base la anterior de 2001, y se repartieron éstas con objeto de mantener sus respectivas cuotas de suministro, fijando los precios que iban a ofertar cada una de las empresas participantes en el cártel con objeto de ganar la licitación respecto de dichas matrículas.

Constan en el expediente las notas manuscritas tomadas por NSK al respecto, realizadas en un documento que contenía las especificaciones de la licitación de RENFE de 2001. En él figuran las matrículas para las que se solicitaban ofertas, designación, referencia y el reparto acordado de dichas matrículas, indicando la cuota de mercado atribuida a cada empresa del cártel para cada tipo de rodamiento o matrícula, reflejando las cuotas históricas de dichas empresas¹¹.

En concreto, en la columna de la izquierda de dicho documento se anotaban los "precios actuales" para dichos modelos, por unidad, y en la columna de la derecha los "nuevos precios" acordados durante la reunión y que se corresponden a los precios mínimos a los que debían ofertar las empresas del cártel para que éstas resultaran adjudicatarias de las matrículas asignadas por el cártel. La anotación "contrato" hacía referencia a si la empresa a la que se adjudicaba la matrícula tenía ya contrato con RENFE, es decir, si dicha empresa estaba suministrando ese producto a RENFE. El objetivo era que cada empresa del cártel mantuviera su cuota de suministro con RENFE a los precios acordados por el cártel¹².

De la evaluación realizada por la DC sobre la información obrante en el expediente se observa que los denominados "precios actuales" coinciden en su mayoría con los vigentes en el momento en el que se realizaron las notas manuscritas (precios, en pesetas, de adjudicación de la licitación de 2001)¹³.

Para facilitar la comparación de los datos aportados por NSK en su solicitud de clemencia, así como la facilitada por SCHAEFFLER, SKF y la propia NSK en

¹⁰ Información aportada por NSK en su solicitud de exención del pago de multa (folios 116, 117 y 168 a 172).

¹¹ Información aportada por NSK en su solicitud de exención del pago de multa (folios 87 a 94)

¹² Anotaciones manuscritas e información aportada por NSK en su solicitud de exención (folios 87 a 94 y 2433 a 2458).

¹³ Respecto a la citada licitación de 2001 se requirió también a RENFE-Operadora los datos sobre las ofertas presentadas por las empresas participantes y la adjudicación finalmente resultante de la licitación de rodamientos correspondiente al expediente 6.1/0104.0125/3, de 15 de marzo de 2001, si bien RENFE-Operadora no ha aportado información al respecto pues señala no disponer de documentación anterior al año 2004 (folios 868 y 2724).

contestación a los requerimientos de información realizados¹⁴, con los resultados de la licitación del año 2001 se realizó por parte de la DC una tabla, incluida en la PR, donde consta lo siguiente:

En primer lugar, en las dos primeras columnas se han dispuesto las matrículas de los rodamientos para vehículos ferroviarios licitadas en el año 2001 en orden correlativo. Estas matrículas son las que constan en el documento con inscripciones manuscritas aportado por NSK en su solicitud de clemencia y que se tomó de referencia para la realización de los acuerdos por parte de las incoadas.

Posteriormente, bajo la denominación de “Licitación de 2001”, se ha relacionado, para cada matrícula, la oferta realizada por cada una de las tres empresas participantes en el cártel en el año 2001. La finalidad de estas columnas es comprobar los precios de mercado de los rodamientos antes de la licitación y valorar su coincidencia aproximada con las anotaciones manuscritas en relación con los precios previos al acuerdo.

A continuación se ha reflejado en la tabla la transcripción de las anotaciones manuscritas contenidas en el documento aportado por NSK en su solicitud de clemencia. Así, bajo la columna “precio actual”, aparece la transcripción de las anotaciones manuscritas obrantes en la parte derecha del documento presentado por NSK, con indicaciones de los precios previos al acuerdo. En la columna “anotaciones sobre el ganador”, aparece la transcripción de las anotaciones manuscritas obrantes en la parte central-derecha del documento aportado por NSK, que contiene los datos del nombre de la empresa acordada para que ganase la licitación. Finalmente en la columna “precios mínimos”, se relacionan para cada matrícula las anotaciones manuscritas obrantes en la parte izquierda del documento utilizado para la realización del acuerdo. Estas dos últimas columnas resumirían el acuerdo adoptado, es decir, la asignación por parte del cártel de la empresa que debería llevarse la licitación y el precio por encima del cual debían ofertar el resto de empresas participantes en el cártel.

Finalmente se disponen los resultados de la licitación de 2004, en el que se ha recogido la oferta presentada por cada empresa de acuerdo con la información aportada por RENFE-Operadora¹⁵, así como la empresa adjudicataria, cuya cantidad ofertada y finalmente ganadora ha sido señalada en negrita. Estos precios han sido referenciados en pesetas para facilitar la comparación de los datos.

Las matrículas en las que existen anotaciones relacionadas con el reparto y la fijación de precios pero que finalmente no fueron licitadas por RENFE en el año 2004 se han señalado indicando “no licitadas”.

Se adjunta a continuación la citada tabla elaborada por la DC, teniendo en cuenta la documentación facilitada por NSK en su solicitud de clemencia, así como la facilitada por RENFE-Operadora, SCHAEFFLER, SKF y NSK en contestación a los requerimientos de información realizados, con las matrículas objeto de reparto por las

¹⁴ Información aportada por NSK en su solicitud de exención del pago de multa (folios 87 a 94, 116, 117, 168 a 172 y 2428 a 2458) e información aportada por SCHAEFFLER (folios 2459 a 2473), SKF (folios 2536 a 2559) y NSK (folios 2561 a 2576), en contestación a los requerimientos de información realizados.

¹⁵ Información aportada por RENFE-Operadora (folios 1359 a 1773), en contestación al requerimiento de información realizado.

empresas participantes en el cártel respecto de la licitación de RENFE de 2004, tomando como base la licitación de 2001¹⁶:

¹⁶ Información aportada por NSK en su solicitud de exención del pago de multa (folios 87 a 94, 116, 117, 168 a 172 y 2428 a 2458) e información aportada por SCHAEFFLER (folios 2459 a 2473), SKF (folios 2536 a 2559), NSK (folios 2561 a 2576) y RENFE-Operadora (folios 1359 a 1773), en contestación a los requerimientos de información realizados.

Comparación de las licitaciones de RENFE de 2001 y 2004

	MATRÍCULA	LICITACIÓN DE 2001			ANOTACIONES MANUSCRITAS			RESULTADO DE LA LICITACIÓN DE 2004			
		PRECIO FAG (SCHAEFFLER)	PRECIO SKF	PRECIO NSK	ANOTACIÓN PRECIO ACTUAL	ANOTACIONES SOBRE EL GANADOR	ANOTACIÓN PRECIOS MÍNIMOS	OFERTA FAG (SCHAEFFLER)	OFERTA SKF	OFERTA HARRY WALKER (HW)	OFERTA NSK
1	6416130	-	-	-	sin anotación	sin anotación	sin anotación	no licitada	no licitada	no licitada	no licitada
2	6431210	14.150	14.790		14.150	Contrato 100% FAG	14.860	14.375,75	17.452,23		
3	6431216	12.600	12.875		12.620	Contrato 100% FAG, SKF también suministra	13.175	13.054,64			
4	6600176	-	50.250			TIMKEN 100%					
5	19003500	7.950	7.498		7.500	Contrato 100% SKF	11.250	8.307,65	7.793,52		12.029,71
6	19003511	8.975	8.820		8.800	Contrato SKF (85%)	9.300	no licitada	no licitada	no licitada	no licitada
7	19003535	10.568	10.085		10.084	No contrato SKF 60%	11.010	11.043,03	10.117,93	7.509	
8	19003539	35.500	27.950		27.980	Contrato SKF 100%	29.650	37.095,75	29.571,78	21.541,99	
9	19003590	20.220	21.325	20.485	20.200	No contrato FAG 60%	20.200	no licitada	no licitada	no licitada	no licitada
10	19033260	14.152	15.450	10.943	FAG 13.000 SKF 15.000	NSK?	12.200	13.844,97	18.189,31		11.568,81

	MATRÍCULA	LICITACIÓN DE 2001			ANOTACIONES MANUSCRITAS			RESULTADO DE LA LICITACIÓN DE 2004			
		PRECIO FAG (SCHAEFFLER)	PRECIO SKF	PRECIO NSK	ANOTACIÓN PRECIO ACTUAL	ANOTACIONES SOBRE EL GANADOR	ANOTACIÓN PRECIOS MÍNIMOS	OFERTA FAG (SCHAEFFLER)	OFERTA SKF	OFERTA HARRY WALKER (HW)	OFERTA NSK
11	19033335	23.185	24.000	22.227	22.700	2004 NSK contrato 100%	Sin anotación	22.794,88	24.751,58		23.343,95
12	19033340	21.605	21.650		21.650	SKF- FAG 100% (entre los dos)	22.400	no licitada	no licitada	no licitada	no licitada
13	19033377	40.883	39.790		39.790	SKF 60% FAG 40% (No contrato)	41.900		42.907,62		
14	19033405	35.000	35.735		35.000	SKF =/FAG= (No contrato)	36.900	36.322,06	35.972,65		
15	19033455	59.980	61.250		60.000	FAG - 105 pc/año	63.800	62.531,18	61.953,82		
16	19033568	209.785	211.145	200.415	204.000	NSK 100%	Sin anotación	no licitada	no licitada	no licitada	no licitada
17	19033600	184.930	177.500		177.500	SKF Contrato 100%	188.000	193.252,35	181.404,00		
18	19033620	84.085	88.230		84.100	FAG Contrato 100%	89.400	86.187,94	102.284,13		
19	19034465	61.740	57.900		57.900	SKF Contrato 100%	59.700	64.507,85	63.025,35		
20	19036150	38.325	-		37.600	FAG Contrato 100%	39.900	39.916		11.843,35	

	MATRÍCULA	LICITACIÓN DE 2001			ANOTACIONES MANUSCRITAS			RESULTADO DE LA LICITACIÓN DE 2004			
		PRECIO FAG (SCHAEFFLER)	PRECIO SKF	PRECIO NSK	ANOTACIÓN PRECIO ACTUAL	ANOTACIONES SOBRE EL GANADOR	ANOTACIÓN PRECIOS MÍNIMOS	OFERTA FAG (SCHAEFFLER)	OFERTA SKF	OFERTA HARRY WALKER (HW)	OFERTA NSK
21	19036337	26.120	22.250		22.250	SKF Contrato 100%	23.180	no licitada	no licitada	no licitada	no licitada
22	19037298	30.175	29.560		29.551	SKF Contrato 100%	31.700	39.916	30.683,24		
23	19037444	70.500	66.980		56.980	SKF Contrato 100%	72.100	41.812,80	71.204,88		
24	19037445	88.180	78.150	75.833	76.500	NSK Contrato 100%	Sin anotación	no licitada	no licitada	no licitada	no licitada
25	19048215	13.625	12.830		12.250	SKF Contrato 100%	13.200	17.636,91	13.929,83	11.866,64	
26	19044260	61.680	20.900		20.500	SKF Contrato 100%	22.100		22.378,91		
27	19048328	26.350	23.200		23.700	SKF Contrato 100%	25.500	38.268,78	24.831,44		
28	19048355	14.181	14.142		15.480	SKF+FAG 13842-13660 14142 - 14181	15.480	14.775,07	16.567,05		
29	19048358	85.495	48.825		48.255	SKF Contrato 100%	50.230		51.408,28		
30	19065340	12.570	16.150		11.950	NSK Contrato 100% SKF (algo)	Sin anotación	11.314,24	11.790,11		12.395,75

	MATRÍCULA	LICITACIÓN DE 2001			ANOTACIONES MANUSCRITAS			RESULTADO DE LA LICITACIÓN DE 2004			
		PRECIO FAG (SCHAEFFLER)	PRECIO SKF	PRECIO NSK	ANOTACIÓN PRECIO ACTUAL	ANOTACIONES SOBRE EL GANADOR	ANOTACIÓN PRECIOS MÍNIMOS	OFERTA FAG (SCHAEFFLER)	OFERTA SKF	OFERTA HARRY WALKER (HW)	OFERTA NSK
31	19065510	80.175	54.050	46.600	46.600	NSK Contrato	Sin anotación	75.063,38	95.066,30	85.600,60	48.950,76
32	19065650	-	44.698	44.270	44.700	SKF ha entregado 40 % NSK - SKF contrato 50%	44.800	31.613,34			46.629,67
33	19065700	12.4170	-	72.100	73.400	Contrato NSK 100%	Sin anotación	129.756,12	121.275,42		76.451,03
34	19055750	14.6708	24.5300		14.6700	Contrato FAG 100 % Timken suministra	158.580	153.823,85	641.296,57	169.583,94	
35	19301073	55.987	55.125		55.125	SKF Contrato 100%	60.950	58.504,64	54.837,49		
36	19301077	63.530	40.395		RODAMIEN TO EJEC ESPECIAL	SKF 100% No contrato	Sin anotación	66.388,01	45.295,26		
37	19301079	34.115	-	25.270	25.270	2004 NSK 100% contrato	Sin anotación	35.649,86	34.325,43		26.863,01
38	19301083	79.315	77.496		77.457	Contrato SKF 100%	86.100	82883,52		80831,98	
39	19301087	183.200	-	115.600	128.500	2004 Contrato NSK 100% (FAG 310000)	Sin anotación	191.443,73			123.458,41

	MATRÍCULA	LICITACIÓN DE 2001			ANOTACIONES MANUSCRITAS			RESULTADO DE LA LICITACIÓN DE 2004			
		PRECIO FAG (SCHAEFFLER)	PRECIO SKF	PRECIO NSK	ANOTACIÓN PRECIO ACTUAL	ANOTACIONES SOBRE EL GANADOR	ANOTACIÓN PRECIOS MÍNIMOS	OFERTA FAG (SCHAEFFLER)	OFERTA SKF	OFERTA HARRY WALKER (HW)	OFERTA NSK
40	19301094	302.530	-	65.900	66.950	NSK Contrato 100%	Sin anotación	316.133,40			69.857,16
41	19301096	411.650	-	64.900	66.200	NSK Contrato 100%	Sin anotación	430.174,36			68.795,61
42	19301105	66.275	68.400		64.660	FAG 100%	71.126	59.907,27	65.205	68.209,94	
43	19301106	268.400	-		67.100	FAG Contrato 100%	71.000	69.882,12			
44	19301118	352.400	-	242.000	242.000	2004 NSK - Contrato 100%	Sin anotación	368.253,81			256.068,05
45	19301120	367.500	-	358.000	358.000	NSK Contrato 100%	Sin anotación	no licitada	no licitada	no licitada	no licitada
46	19301140	294.500	-		294.500	FAG 80%	Sin anotación	294.499,89		291.508,27	

Fuente: Tabla elaborada por la Dirección de Competencia, de acuerdo con la información obrante en el expediente.

Cabe observar que, efectivamente, como afirma el directivo de NSK que participó en las reuniones¹⁷, sólo constan anotaciones sobre las matrículas licitadas en 2001, lo que denota el desconocimiento que los competidores tenían en ese momento de las matrículas que iban a ser ofertadas por RENFE en 2004. Por ello, aunque las empresas del cártel se repartieron las matrículas que constaban en la licitación de 2001, finalmente la licitación de 2004 coincidió con la anterior en 38 de las 46 matrículas que constaban en el documento. Es decir que 8 de las 46 matrículas que sirvieron de base para el reparto -y que se señalan en el cuadro como “no licitadas”- no fueron sacadas a licitación por RENFE.

Con respecto a las anotaciones realizadas determinando la empresa que debería resultar adjudicataria de dicha licitación, si se analiza el resultado de las 38 matrículas coincidentes en 2001 y 2004, se observa que se ajusta a la asignación que consta en las citadas anotaciones en un total de 30 de dichas matrículas. Así, a modo de ejemplo, en la matrícula 6431210 se observa que el precio que consta en la columna “precio actual”, que contiene las anotaciones manuscritas en la parte derecha del documento aportado por NSK en su solicitud de clemencia, efectivamente se corresponde o aproxima con el precio previo al acuerdo, conforme a lo ofertado en el año 2001 por las empresas participantes en el cártel. Posteriormente se observa cómo en el acuerdo, tal y como se deduce de las citadas anotaciones manuscritas, la matrícula 6431210 se asigna a FAG (SCHAEFFLER). Puede comprobarse del resultado de la licitación que el otro competidor participante en el cártel, SKF, presenta una oferta de 17452,75 ptas. Esta cantidad se encuentra, conforme al acuerdo, por encima del precio mínimo establecido que debían ofertar las empresas competidoras participantes en el cártel (14860 ptas.) con objeto de que SCHAEFFLER ganara la licitación en esta matrícula. Efectivamente y tal y como se indica en dichas anotaciones manuscritas, SCHAEFFLER gana la adjudicación de esta matrícula por parte de RENFE.

Si se analizan el resto de las matrículas repartidas por el cártel, en todas ellas se observa aproximadamente el mismo comportamiento, habiendo sido conseguidas por las empresas participantes en el cártel siguiendo lo acordado, como se indicaba en las anotaciones manuscritas, a excepción de ocho de ellas. De estas ocho, tres fueron asignadas por RENFE a la empresa HARRY WALKER (HW en la tabla) (matrículas 19055750, 1930108 y 19301140), que no participaba en el cártel y que también presentó oferta; respecto de otras 2 matrículas, las empresas del cártel se habían asignado un porcentaje de la cantidad de rodamientos correspondientes a dichas matrículas, pues dicha posibilidad estaba contemplada en las licitaciones de RENFE, que se reservaba el derecho de adjudicar total o parcialmente a uno o varios licitadores, aunque en estos 2 supuestos RENFE finalmente asignó la totalidad de estos rodamientos a la empresa con la mejor oferta (matrículas 19033377 y 19033405)¹⁸; en una matrícula la empresa del cártel a la que se había asignado la matrícula no presentó finalmente oferta a la misma (matrícula 19301083) y por último, se aprecia un incumplimiento de lo acordado por el cártel respecto de las 2 matrículas restantes, las numeradas 19037444 y 19065340.

Por todo ello cabe considerar que efectivamente en el año 2004 se produjo un acuerdo entre SCHAEFFLER, SKF y NSK para el reparto de las matrículas licitadas por RENFE,

¹⁷ Información aportada por NSK en su solicitud de exención del pago de multa (folios 2428 a 2458).

¹⁸ Información aportada por RENFE-Operadora en contestación al requerimiento de información realizado (folios 2072 y 2197).

tal y como consta en el documento y en las notas manuscritas aportadas por NSK en su solicitud de clemencia y que ha sido corroborado por las contestaciones a los requerimientos de información realizados a las empresas incoadas y a RENFE-Operadora, y que dicho acuerdo se cumplió por las empresas participantes en el cártel. Así, se observa que en 19 de las 26 matrículas en las que se establecen precios mínimos, las ofertas presentadas por las otras empresas del cártel que no debían resultar adjudicatarias de acuerdo con lo pactado por el cártel, son superiores a estos precios mínimos establecidos por el cártel para no obtener dicha adjudicación o directamente las otras empresas del cártel no presentaron ofertas.

4.2.2. Licitación de 2007

El 3 de agosto de 2007 se publicó en el BOE el anuncio relativo a la licitación de RENFE-Operadora EX/2007/03415/000.00 para el suministro de rodamientos industriales para vehículos ferroviarios.

Según dicho anuncio, el valor estimado total de las adquisiciones durante todo el periodo de vigencia del acuerdo marco, IVA excluido, fue de 15 millones de euros. La duración del contrato o plazo de ejecución era de 47 meses y 30 días a partir de la adjudicación del contrato y la fecha límite para la remisión de ofertas o solicitudes de participación el 21 de septiembre de 2007.

Tras la presentación de las solicitudes de participación por parte de las empresas, RENFE-Operadora enviaba una carta de invitación a aquéllas que cumplieran los requerimientos fijados en el anuncio, adjuntando el pliego de condiciones particulares y estableciendo la fecha límite para la presentación de ofertas. De acuerdo con la información obrante en el expediente, esta fecha fue el 26 de octubre de 2007¹⁹.

A partir de la recepción de esta carta de invitación las empresas participantes en el cártel entraron en contacto para fijar el incremento de precio de las matrículas a las que se iban a presentar, dentro del acuerdo general de respeto de las matrículas históricas de cada empresa participante del cártel.

Así, en octubre de 2007 NSK, SKF y SCHAEFFLER mantuvieron nuevos contactos, principalmente por teléfono, para fijar los precios a ofertar respecto de la licitación de RENFE-Operadora de 2007, donde los competidores acordaron incrementar sus precios a RENFE-Operadora entre un 14% y un 16%. Según NSK, SKF no tenía contacto directo con SCHAEFFLER, siendo NSK la que ejercía de intermediario a petición de SKF. Así SKF pidió a NSK que contactara con SCHAEFFLER y le informase sobre la subida de precios prevista, por lo que fue NSK la que contactó con SCHAEFFLER y le informó de la subida de precios acordada, como consta en las entradas en la agenda electrónica del directivo de NSK participante en el cártel, siendo dicho incremento finalmente del 14-16%.

Posteriormente NSK comunicó a su distribuidor PERMARÍN la subida de los precios a ofertar para dicha licitación, pues como ya se ha indicado, NSK suministra rodamientos ferroviarios en España a través de su distribuidor autorizado PERMARÍN. NSK ha señalado en su declaración que no fijaba los precios a los que PERMARÍN vendía a

¹⁹ Carta de invitación de RENFE-Operadora a PERMARIN, aportada por NSK en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 121).

RENFE-Operadora, sino que se limitaba a recomendar los precios de venta, siguiendo lo acordado por el cártel.

En consecuencia, PERMARÍN podía determinar libremente los precios a los que finalmente vendía a RENFE-Operadora y podía vender a precios distintos de los recomendados por NSK. PERMARÍN en este caso no siguió exactamente la propuesta de precios indicada por NSK y por ello un directivo de SKF se puso en contacto con NSK para quejarse del incumplimiento de lo acordado entre las empresas participantes en el cártel²⁰.

A pesar de ello se llevó a la práctica tanto el acuerdo para el respeto en la adjudicación de matrículas históricas como un incremento significativo de los precios. Así, si se analizan los datos de la licitación del año 2007 y se comparan con los datos de las matrículas comunes que habían sido licitadas en el año 2004, se observan pocos cambios con respecto a las empresas que resultan adjudicatarias de las licitaciones.

Para facilitar esta comparación, de acuerdo con la información obrante en el expediente, la DC elaboró una tabla comparativa en la que se incluyen las 51 matrículas incluidas tanto en la licitación del año 2004 como en la licitación del año 2007.

Con objeto de comprobar el mantenimiento de la adjudicación de las matrículas comunes entre 2004 y 2007, se han reflejado en la tabla los ganadores de las licitaciones para cada matrícula, es decir, las empresas participantes en este cártel, NSK, SKF (también a través de su distribuidor autorizado TELEBEARING, S.A.) y SCHAEFFLER (identificada como FAG, pues SCHAEFFLER sólo ha vendido rodamientos en el ámbito ferroviario bajo dicha marca), así como también otras empresas competidoras, como HARRY WALKER RODAMIENTOS, S.A. (HW).

Si se comparan los ganadores de las adjudicaciones de las 51 matrículas comunes, se observa que en 2007 41 se adjudicaron a la misma empresa que fue adjudicataria en 2004 (matrículas numeradas en la tabla de 1 a 41).

De las diez matrículas restantes, seis de ellas (42 a 47) se adjudicaron en 2007 a TELEBEARING (TB), que era el distribuidor de SKF, empresa que fue la adjudicataria en 2004.

De las cuatro restantes, dos de ellas (48 y 49) fueron obtenidas por HARRY WALKER (HW), que no participó en el cártel; las otras dos matrículas (50 y 51) son los únicos casos en los que habiendo conseguido una empresa del cártel su adjudicación en el año 2004, es adjudicada a otra empresa del cártel en el año 2007.

Todos estos datos pueden comprobarse en la mencionada tabla elaborada por la DC en base a los datos obrantes en el expediente²¹:

²⁰ Información aportada por NSK en su solicitud de exención del pago de multa (folios 117, 170 a 174 y 2439 a 2444).

²¹ Información aportada por NSK en su solicitud de exención del pago de multa (folios 117, 170 a 174 y 2439 a 2444) e información aportada por SCHAEFFLER (folios 2459 a 2473), SKF (folios 2536 a 2559), NSK (folios 2561 a 2576) y RENFE-Operadora (folios 1359 a 1773, 2724 y 2725), en contestación a los requerimientos de información realizados.

	MATRÍCULA	Adjudicataria en 2004	Adjudicataria en 2007
1	6431210	FAG	FAG
2	6600176	HW	HW
3	7600020	SKF	SKF
4	7641096	FAG	FAG
5	7641130	SKF	SKF
6	7700706	NSK	NSK
7	9871148	SKF	SKF
8	19003498	SKF	SKF
9	19003500	SKF	SKF
10	19003535	SKF	SKF
11	19003539	SKF	SKF
12	19015095	FAG	FAG
13	19033260	NSK	NSK
14	19033270	FAG	FAG
15	19033299	FAG	FAG
16	19033335	NSK	NSK
17	19033620	FAG	FAG
18	19037298	SKF	SKF
19	19037444	FAG	FAG
20	19048328	SKF	SKF
21	19048355	SKF/FAG	SKF/FAG
22	19048358	SKF	SKF
23	19065340	FAG	FAG
24	19065341	FAG	FAG
25	19065510	NSK	NSK
26	19065650	NSK	NSK
27	19065651	SKF	SKF
28	19065700	NSK	NSK
29	19065750	HW	HW
30	19301073	SKF	SKF
31	19301077	SKF	SKF
32	19301079	NSK	NSK

	MATRÍCULA	Adjudicataria en 2004	Adjudicataria en 2007
33	19301081	SKF	SKF
34	19301083	SKF	SKF
35	19301087	NSK	NSK
36	19301094	NSK	NSK
37	19301096	NSK	NSK
38	19301106	FAG	FAG
39	19301107	FAG	FAG
40	19301118	NSK	NSK
41	19301140	HW	HW
42	8303202	SKF	TB
43	19033377	SKF	TB
44	19033405	SKF	TB
45	19033455	SKF	TB
46	19033600	SKF	TB
47	19034465	SKF	TB
48	6500302	SKF	HW
49	7708618	SKF	HW
50	6431216	FAG	SKF
51	19048320	SKF	FAG

En relación con la matrícula 19048320 (51), cabe destacar que ésta se adjudicó a SKF a pesar de tener precios superiores a los ofertados por SCHAEFFLER, cuestión que no sucedió en la licitación de 2007, en la que resultó adjudicataria la empresa que ofertó un precio menor. En relación a dicha matrícula, en contestación al requerimiento de información realizado por la DC, RENFE-Operadora ha señalado que la matrícula 19048320 fue adjudicada en el año 2004 a SKF, a pesar de haber ofertado un precio superior al doble de la oferta realizada por SCHAEFFLER, debido a que, en el pliego de condiciones particulares de la licitación del expediente, se establecía como requisito imprescindible para la adjudicación de este suministro, acreditar la previa homologación de los productos por parte de la Dirección de Ingeniería y Calidad de la UN de MIT o de cualquier otro Organismo competente de Renfe, relacionándose las matrículas de la licitación que requerían dicha homologación y que la citada matrícula tenía ese requerimiento y vinculada técnicamente a SKF. En consecuencia, la adjudicación del suministro de la citada matrícula se estableció a favor de dicha empresa²².

²² Contestación de RENFE-Operadora al requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folios 2724 y 2725).

Así pues, cabe concluir que en relación con la licitación de 2007 las empresas participantes en el cártel cumplieron lo acordado y resultaron adjudicadas las matrículas licitadas siguiendo, en su práctica totalidad, lo establecido por el cártel (47 de 51 matrículas).

De hecho, consta en el expediente una cadena de correos electrónicos internos de SCHAEFLER en el que se menciona la queja de NSK con respecto a la matrícula 19033335 (núm. 16 de la tabla), que había sido adjudicada por RENFE-Operadora a SCHAEFFLER y que NSK consideraba que debía habersele asignado respetando el acuerdo establecido al respecto por el cártel.

Ante dicha queja, SCHAEFFLER decidió modificar las condiciones de suministro, en concreto, el plazo para suministrar ese tipo de rodamiento y así evitar que esa matrícula le fuese adjudicada finalmente, tratando de que efectivamente resultara adjudicataria NSK, siguiendo lo acordado por el cártel²³:

“(…) Les he pasado esta información a RENFE pero todavía no sabemos si nos las adjudican o no. Hemos hecho esto porque desde NSK nos dieron un toque de atención por ser un tipo histórico de ellos. Para evitar una guerra en este sentido se prefirió perder opciones de que nos las adjudiquen y dar un nuevo plazo más largo (…)

Así, en la mencionada cadena de correos electrónicos consta también la comunicación a RENFE-Operadora por parte de SCHAEFFLER del cambio de condiciones en el plazo de suministro de dicha matrícula²⁴:

“Estimado Sr. (RENFE-Operadora):

Esta semana les hemos hecho llegar un mail donde se adjuntaba un cuadro incluyendo los plazos revisados de las matriculas comentadas durante la visita.

En una de ellas, concretamente la matricula 19033335 (ref. FAG NU319EM1P6F1C4) hemos detectado un retraso respecto a lo comunicado en dicha tabla. Por problemas de capacidad y estar cubiertas todas las fabricaciones en curso, finalmente el plazo para dicha matricula sería superior a 24 meses, quedando invalidada la información anterior.

Rogarnos disculpen las molestias que este cambio haya podido ocasionar (...)

Schaeffler Iberia s.l.”

De hecho, de acuerdo con la información proporcionada por RENFE se observa que dicha matrícula -19033335- finalmente se adjudicó a NSK, como se había acordado previamente por el cártel²⁵.

Igualmente si se analizan los datos de la licitación del año 2007 y se comparan con los datos de la licitación del año 2004, teniendo en cuenta los precios ofertados por las empresas en las matrículas comunes, se observa que se produce un incremento de precios significativo con respecto a los ofertados en el año 2004.

²³ Correo electrónico interno de SCHAEFFLER de 2 de enero de 2008, Asunto: “Re: Revisión EUROCONTRATO 2008-2011 expediente: Ex/2007/03415/000.00”, recabado en la inspección de SCHAEFFLER (folio 1776).

²⁴ Correo electrónico enviado por SCHAEFFLER a Renfe-Operadora el 21 de diciembre de 2007, Asunto: “Re: Revisión EUROCONTRATO 2008-2011 expediente: Ex/2007/03415/000.00”, recabado en la inspección de SCHAEFFLER (folios 1776 y 1777).

²⁵ Información aportada por RENFE-Operadora (folios 1359 a 1773), en contestación al requerimiento de información realizado.

Para facilitar la comparación de estos datos, la DC elaboró una tabla (Matrículas comunes licitación 2004-2007) en la que se dispone lo siguiente:

- El código de la matrícula.
- Los precios en euros ofertados en el año 2004 para cada matrícula por las empresas, señalándose en negrita el precio ofertado por la empresa que resultó adjudicataria de cada matrícula.
- El adjudicatario de cada matrícula en la licitación de 2004.
- Los precios en euros ofertados en el año 2007 para cada matrícula por las empresas, señalándose en negrita el precio ofertado por la empresa que resultó adjudicataria de cada matrícula.
- El adjudicatario de cada matrícula en la licitación de 2007.
- El incremento de precio²⁶ en porcentaje en las ofertas presentadas por las empresas en las matrículas comunes de las licitaciones de 2004 y 2007.

Como puede observarse en la tabla PERMARÍN –el distribuidor de NSK- presentó ofertas con incrementos de precios superiores al 13% en 12 de las 15 matrículas.

Por su parte SKF incrementó directamente los precios de sus rodamientos en 30 de las 38 matrículas ofertadas por encima del 14% establecido, y en 29 de las 38 el incremento fue superior al 16%.

En cuanto a SCHAEFFLER (que en la tabla se representa bajo su marca, FAG) incrementa también sus precios, entre un 8 y un 10%.

Se muestra a continuación la citada tabla comparativa elaborada por la DC, teniendo en cuenta la documentación facilitada por NSK en su solicitud de clemencia, así como la facilitada por RENFE-Operadora, SCHAEFFLER, SKF y NSK en contestación a los requerimientos de información realizados, con las 51 matrículas incluidas tanto en la licitación de RENFE de 2004 como en la de 2007 y objeto de reparto por las empresas participantes en el cártel²⁷:

²⁶ $[(\text{Precio } 2007 - \text{Precio } 2004) / \text{precio } 2004] * 100$.

²⁷ Información aportada por NSK en su solicitud de exención del pago de multa (folios 117, 170 a 174 y 2439 a 2444) e información aportada por SCHAEFFLER (folios 2459 a 2473), SKF (folios 2536 a 2559), NSK (folios 2561 a 2576) y RENFE-Operadora (folios 1359 a 1773, 2724 y 2725), en contestación a los requerimientos de información realizados.

Matrículas comunes licitación 2004-2007

MATRÍCULA	2004				2004	2007						2007	Incremento 2004-2007 en %			
	FAG	SKF	HW	NSK (PERMARÍN)		FAG	SKF	BARLO BEARING	TELE BEARING	HW	NSK (PERMARÍN)		FAG	SKF	HW	NSK
6431210	86,4	104,8			FAG	93,28	145,22		162,5		108,78	FAG	7,96	38,57		
6600176		263,08	612,36		HW		585,37		621	690		HW		122,51	12,68	
7600020		401,94	652,38		SKF		577,15		624	667		SKF		43,59	2,24	
7641096	463,39	611,15			FAG	467,38	841,91	716,65	876		540	FAG	0,8	81,68		
7641130		268	401,51		SKF	335,2	423,11	454,08	465			SKF		57,88		
7700706			310,8	224,55	NSK		575				249,33	NSK				11,04
9871148	2,2	2,83	1,91	2,35	SKF	2,43	2,83	2,7	2,8		2,27	SKF	10,45	0		-3,4
19003498	36,8	36,75	31,58	50,25	SKF	40,66	48,68	70	51		54,17	SKF	10,49	32,46	61,49	7,8
19003500	49,93	46,84		72,3	SKF	55,17	53,38	76,7	58,5			SKF	10,49	13,96		
19003535	66,37	60,81	45,13		SKF	73,34	72,92	95,64	77		80,6	SKF	10,5	19,91		
19003539	222,95	177,73	129,47		SKF		230,5		245		217,05	SKF		29,69		
19015095	109,6	124,59			FAG	113,19	137,59	125,56	146		114	FAG	3,28	10,43		
19033260	83,21	109,32		69,53	NSK	91,95	140,35	118,97	140		79,61	NSK	10,5	28,38		14,5
19033270	80	112,89			FAG	77,01	145	117,1	160,5		67,57	FAG	-3,74	28,44		
19033299	92	121,5		96,9	FAG	100,47	173,12	154,05			111,5	FAG	9,21	42,49		15,07
19033335	137	148,76		140,3	NSK	151,39	199,61	232,13	299		154,93	NSK	10,5	34,18		10,43
19033620	518	614,74			FAG	550	734,87	661,97	805		654,44	FAG	6,18	19,54		

MATRÍCULA	2004				2004	2007						2007	Incremento 2004-2007 en %			
	FAG	SKF	HW	NSK (PERMARÍN)		FAG	SKF	BARLO BEARING	TELE BEARING	HW	NSK (PERMARÍN)		FAG	SKF	HW	NSK
19037298	189,15	184,41			SKF	205,32	220,15	197,98	253		232,05	SKF	8,55	19,38		
19037444	251,3	427,95			FAG	275,76	436,42	536,78	485		527,8	FAG	9,73	1,98		
19048328	230	149,24			SKF		178,6		205		186,6	SKF		19,67		
19048355	88,8	99,57			SKF/FAG	97,65	123,66	129	159			SKF/FAG	9,97	24,19		
19048358		308,97			SKF		370,28		415		367,72	SKF		19,84		
19065340	68	70,86		74,5	FAG	74,1	92,57	138			84,93	FAG	8,97	30,64		14
19065341	48		65,25	90	FAG	52,58		94,6	95		90	FAG	9,54			
19065510	451,14	571,36	514,47	294,2	NSK	498,61		764,38			333,62	NSK	10,52			13,4
19065650	190			280,25	NSK		395		416		319,5	NSK				14,01
19065651		319,97			SKF		405		450			SKF		26,57		
19065700	779,85		728,88	459,48	NSK		732,83		812	1134,01	519,44	NSK			55,58	13,05
19065750	924,5	3.854,20	1.019,22		HW	1.050		1.610		1.045	1.160,86	HW	13,57		2,53	
19301073	351,62	329,58			SKF	354,95	384,36	502,19	405		445,8	SKF	0,95	16,62		
19301077	399	272,23			SKF		321,4		365		304,3	SKF		18,06		
19301079	214,26	206,3		161,45	NSK						183,6	NSK				13,72
19301081		269,98	1.235,78		SKF		322,41		370	1.235		SKF		19,42	-0,06	
19301083	498,14	485,81			SKF	514,2	558,36	788,44	620		630,28	SKF	3,22	14,93		
19301087	1.150,60			742	NSK						853,3	NSK				15
19301094	1.900			419,85	NSK		1.540		1.675		478,6	NSK				13,99
19301096	2.585,40			413,47	NSK		1.550		1.675		473,13	NSK				14,43
19301106	420				FAG	1.781,12		2.731			519,74	FAG	324,08			
19301107	141,9				FAG	158,71		243,36				FAG	11,85			

MATRÍCULA	2004				2004	2007						2007	Incremento 2004-2007 en %			
	FAG	SKF	HW	NSK (PERMARÍN)		FAG	SKF	BARLO BEARING	TELE BEARING	HW	NSK (PERMARÍN)		FAG	SKF	HW	NSK
19301118	2.213,25			1.539	NSK						1.757,54	NSK				14,2
19301140	1.769,98		1.752		HW	1.954		2.996		1.800	2.155,84	HW	10,4		2,74	
8303202	430	336,34	579,77		SKF		402,9		399	477		TB		19,79	-	17,73
19033377		257,88			SKF		310,35		352		306,72	TB		20,35		
19033405	218,3	216,2			SKF	241,22	257,6	322,42	288		270,12	TB	10,5	19,15		
19033455	375,82	372,35			SKF	415,28	411,29	460,7	498		467,04	TB	10,5	10,46		
19033600	1.161,47	1.090,26			SKF		1.302,56	1.859,20	1.396		1.376,22	TB		19,47		
6500302	411	403,33	120		SKF		477,12		506	399		HW		18,3	232,5	
19034465	387,7	378,79			SKF	428,41	467,13	425,66	515		437	TB	10,5	23,32		
7708618	663,92	558,83	1.123,25		SKF	2.663,00				1.122		HW	301,1		-0,11	
6431216	78,46	81,26	220	84,3	FAG	84,88	88,29	127,83	90		98	SKF	8,18	8,65		16,25
19048320	240	495,32			SKF	265,2	490,32	397,33	491		277,9	FAG	10,5	-1,01		

Fuente: tabla elaborada por la Dirección de Competencia, de acuerdo con la información obrante en el expediente.

Del análisis de los datos se deduce que a pesar del incremento de precios implementado por las empresas participantes del cártel, éstas mantuvieron la adjudicación de 41 de las 51 matrículas ofertadas, cifra que se incrementaría a 47 si tenemos en cuenta las obtenidas por TELEBEARING, distribuidor de SKF. Ello debe atribuirse al acuerdo mantenido entre las empresas competidoras participantes en el cártel para la asignación de las matrículas históricas a cada una de ellas.

Por tanto la documentación obrante en el expediente, en concreto, la recabada en las inspecciones y la aportada por las entidades incoadas y por RENFE-Operadora en contestación a los requerimientos de información realizados en relación a las ofertas presentadas por las empresas en las licitaciones de 2004 y 2007, corrobora la información aportada por NSK en su solicitud de clemencia, confirmándose el mantenimiento del cártel en la licitación de 2007. Así, las empresas del cártel mantuvieron sus matrículas históricas e incrementaron de manera significativa sus precios como consecuencia del acuerdo alcanzado entre ellas.

4.2.3. Licitación de 2011

El 5 de agosto de 2011 se publicó en el BOE el anuncio de la licitación de RENFE-Operadora nº2011-02314, para el suministro de rodamientos industriales para vehículos ferroviarios, por el valor estimado total de las adquisiciones durante todo el periodo de vigencia del acuerdo marco, IVA excluido, de 11 millones de euros. La duración del contrato o plazo de ejecución era de 48 meses a partir de la adjudicación del contrato y la fecha límite para la remisión de ofertas o solicitudes de participación fue el 12 de septiembre de 2011. De igual forma que en las licitaciones anteriores, una vez RENFE-Operadora comprobaba la conformidad de la documentación aportada por las empresas que habían presentado ofertas a la licitación, se enviaba la carta de invitación para la participación en la misma, adjuntando el pliego de condiciones particulares y fijando la fecha posterior para la presentación de ofertas.

De la información aportada por NSK en su solicitud de clemencia y la obtenida en la inspección de SKF²⁸, ha quedado acreditado que las empresas del cártel mantuvieron contactos en los que acordaron los precios a ofertar para la licitación de 2011 de RENFE-Operadora o los incrementos de éstos, como se corrobora por la información facilitada por RENFE-Operadora al requerimiento de información realizado por la DC²⁹. Así, NSK se reunió con SKF el 24 de octubre de 2011 en Zaragoza para valorar dicha licitación e intercambiaron información sobre los precios mínimos que tenían intención de ofertar para cada matrícula. Con posterioridad a dicha reunión, NSK se puso en contacto con SCHAEFFLER para informarle sobre las discusiones con SKF en Zaragoza y, en particular, sobre los precios mínimos de SKF relacionados con los rodamientos ("matrículas") que SCHAEFFLER estaba suministrando a RENFE-Operadora.

NSK presenta como evidencia un documento con las notas manuscritas relativas a esta licitación tomadas durante la reunión en Zaragoza y que contienen los precios acordados en dicha reunión en relación con varias de las matrículas de interés para

²⁸ Información aportada por NSK en su solicitud de exención (folio 118) e información recabada en la inspección de SKF (folio 580).

²⁹ Información aportada por RENFE-Operadora en contestación al requerimiento de Información realizado (folio 1631).

estas empresas, tal y como se corrobora por el análisis de los resultados de la licitación, observándose concordancia en la mayoría de dichas anotaciones con los precios ofertados por SKF y NSK³⁰.

Así pues, SKF y NSK intercambiaron información en relación con los precios mínimos que tenían intención de ofertar para cada tipo de rodamiento a suministrar a RENFE-Operadora. Posteriormente por teléfono se informó a SCHAEFFLER, a la que se le trasladó la intención de incrementar los precios ofertados entre un 25-30%, según declara NSK³¹.

Para facilitar el análisis de este incremento de precios, la DC elaboró la siguiente tabla (*Incrementos de precio en la licitación de 2011*), recogida asimismo en la PR, que contiene los precios de las matrículas comunes en las licitaciones de RENFE-Operadora de 2007 y de 2011 –señalándose en negrita la oferta ganadora-, teniendo en cuenta la documentación facilitada por NSK en su solicitud de clemencia, así como la facilitada por RENFE-Operadora, SCHAEFFLER, SKF y NSK en contestación a los requerimientos de información³².

En esta tabla puede observarse un incremento de precios muy significativo por parte de las empresas participantes en el cártel en las matrículas comunes licitadas en 2007 y 2011. Así, SCAHEFFLER (en la tabla designada bajo su marca, FAG) incrementó sus precios una media de 17,81 %, SKF una media de 16,2% y FEIC (el nuevo distribuidor de NSK), una media de 23,30 %, siguiendo el incremento de precios acordado por el cártel. Estos datos contrastan con la variación de los precios en las matrículas comunes 2004-2007 ofertados por HARRY WALKER, que disminuyó sus precios una media de un 17%.

Esto hizo que cinco de las matrículas que en principio habían sido adjudicadas en el año 2007 a las empresas del cártel, fuesen conseguidas finalmente por la empresa HARRY WALKER, que había presentado ofertas a menor precio.

Así pues, se observa que en la licitación de 2011 el acuerdo de las empresas del cártel no fue tan exitoso como en las dos anteriores licitaciones de 2004 y 2007, pues RENFE-Operadora adjudicó matrículas a empresas que presentaron mejor oferta, resultando que dichas empresas no formaban parte del cártel y, por tanto, los precios ofertados fueron significativamente más bajos que los que ofertaron NSK, SKF y SCHAEFFLER.

No obstante, se observa que el incremento de precios acordado se implementó por parte de las empresas del cártel y así SCAHEFFLER incrementó sus precios una media de 17,81 %, SKF una media de 16,2% y FEIC (NSK), una media de 23,30 %.

³⁰ Información contenida en la solicitud de exención del pago de multa presentada por NSK (folios 100 a 105 y 118) e información aportada por RENFE-Operadora en contestación al requerimiento de Información realizado (folio 1631).

³¹ Información contenida en la solicitud de exención del pago de multa presentada por NSK (folios 100 a 105 y 118).

³² Información aportada por NSK en su solicitud de exención (folios 100 a 105, 117, 118, 170 a 174 y 2439 a 2444) e información aportada por SCHAEFFLER (folios 2459 a 2473), SKF (folios 2536 a 2559), NSK (folios 2561 a 2576) y RENFE-Operadora (folios 1359 a 1773, 2724 y 2725), en contestación a los requerimientos de información realizados.

Incrementos de precio en la licitación de 2011

Matrícula	2007						2011				Incremento de precio de oferta 2007-2011 %			
	FAG	SKF	BARLO BEARING	TELEBEARING	HW	NSK (PERMARIN)	FAG	SKF	HW	NSK (FEYC)	FAG	SKF	HW	NSK (FEYC)
5402280		322,49		358	658			383,12	420			18,80	-36,17	
5402282		229,82		243	298			273,24	221			18,89	-25,84	
5653380		13,47	14,3		13,45	11,5	16,75	12,69	13,69	14,88		-5,79	1,78	29,39
6431210	93,28	145,22		162,5		108,78	108,11	165,5			15,90	13,97		
6431216	84,88	88,29	127,83	90		98	103,54	95,15		127,54	21,98	7,77		30,14
6500302		477,12		506	399			420,32	406,98			-11,90	2,00	
6541048	173	226,8	265,27	247,5			197,9	265,22			14,39	16,94		
6542510	159,1	192,31	243,98	187		183,2	192				20,68			
6542518	500,82	732,93	734,73	821	1.166		566,13	699,45	437,5		13,04	-4,57	-62,48	
6542532	135,66		208,01			91,65	156,01	152,33			15,00			
6542856	108,12	80,72		85,9		183	124,87	368			15,49	355,90		
6546132	84,13	62,29		89		72,61	99,54	69,24		88,31	18,32	11,16		21,62
6600176		585,37		621	690			460,76	690			-21,29		
6603156	43,21	43,7		48,9		46	52,85	49,88		49,6	22,31	14,14		7,83
7600020		577,15		624	667			648,26	771,01			12,32	15,59	
7641096	467,38	841,91	716,65	876		540	536	632,24			14,68	-24,90		
7641130	335,2	423,11	454,08	465			407,19	550,55			21,48	30,12		
7700706		575				249,33				325,3				30,47
8303202		402,9		399	477			526,44	538,63			30,66	12,92	

Matrícula	2007						2011				Incremento de precio de oferta 2007-2011 %			
	FAG	SKF	BARLO BEARING	TELEBEARING	HW	NSK (PERMARIN)	FAG	SKF	HW	NSK (FEYC)	FAG	SKF	HW	NSK (FEYC)
9871148	2,43	2,83	2,7	2,8		2,27	2,95	2,72	2,27	2,22	21,40	-3,89		-2,20
19003050	1,06	1,02	1,05	1,24		1,06	1,29	1,12	1,46	1,01	21,70	9,80		-4,72
19003110	1,68	1,92	1,8	1,79		1,45	1,95	1,83	1,48	1,84	16,07	-4,69	No oferta en 2007	26,90
19003360	11,98	13,06	12,43	12,2		10,23	13,98	12,88	11,91	12,93	16,69	-1,38	No oferta en 2007	26,39
19003415	21,07	24,32	19,75	19,3		16,38	26,02	20,46	18,92	20,56	23,49	-15,87	No oferta en 2007	25,52
19003498	40,66	48,68	70	51		54,17	47,77	55,31		60,29	17,49	13,62		11,30
19003500	55,17	53,38	76,7	58,5			65,2	56,31			18,18	5,49		0,00
19003590	147,9	150,32	178,45	160		138	170,09	150,5	171,7	165,78	15,00	0,12		20,13
19004170	2	1,84	2,07	1,9		1,75	2,42	2,09	1,95	1,86	21,00	13,59		6,29
19004180	2,55	2,24	2,44	2,3		2	3,11	2,76	2,29	2,19	21,96	23,21		9,50
19005181	2,98	3,85	3,25	3,36		2,63	3,41	3,11	2,68	2,63	14,43	-19,22		0,00
19005310	8,05	6,35	9,84	6,85		7,6	9,66	8,83	8,21	7,01	20,00	39,06		-7,76
19005416	21,66	23,42	22,75	23,4		18,74	25	23,57	19,03	23,68	15,42	0,64	No oferta en 2007	26,36
19007130	1,87	2,16	2,01	2,12		1,62	2,24	2,04	1,89	1,61	19,79	-5,56		-0,62
19007165	1,79	2,14	2,18	2,1		1,77	2,08	2,08	1,79	1,75	16,20	-2,80		-1,13
19007170	2,16	2,44	2,37	2,42		1,91	2,5	2,25	1,94	1,9	15,74	-7,79		-0,52
19007176	2,06	2,54	2,51	2,51		2,02	2,39	2,39	2,06	2,01	16,02	-5,91		-0,50
19007190	15,35	16,06	16,15	16		13,38	17,65	16,74	15,47	16,81	14,98	4,23	No oferta en 2007	25,64
19015095	113,19	137,59	125,56	146		114	129,57	138,55			14,47	0,70		0,00

Matrícula	2007						2011				Incremento de precio de oferta 2007-2011 %			
	FAG	SKF	BARLO BEARING	TELEBEARING	HW	NSK (PERMARIN)	FAG	SKF	HW	NSK (FEYC)	FAG	SKF	HW	NSK (FEYC)
19020250	10,9	18,55	11,47	17,5		9,45	13,02	35,44			19,45	91,05		0,00
19033087	16,88	18,2	20,25	19,3		15,77	19,41	15,25		18,82	14,99	-16,21		19,34
19033140	25,89	27,05	29,56	29,2		23,7	30,15	29,34		27,71	16,45	8,47		16,92
19033260	91,95	140,35	118,97	140		79,61	108,22	127,2		101,1	17,69	-9,37		26,99
19033270	77,01	145	117,1	160,5		67,57	88,86	74,24			15,39	-48,80		0,00
19033291	91,22	229,9	139,87	229		98	105,5	124,44			15,65	-45,87		0,00
19033299	100,47	173,12	154,05			111,5	114,17	184,22		150,35	13,64	6,41		34,84
19033335	151,39	199,61	232,13	299		154,93	182,99	216,16		193,57	20,87	8,29		24,94
19033405	241,22	257,6	322,42	288		270,12	293	345			21,47	33,93		0,00
19033455	415,28	411,29	460,7	498		467,04	503,5	450,44			21,24	9,52		0,00
19033620	550	734,87	661,97	805		654,44	621,87	615,24			13,07	-16,28		0,00
19034142	36,15	48,27	47,7	51		37,14	44,26	35,24		54,5	22,43	-26,99		46,74
19035060	20	21,54	26,56	23,65		35,2	23	15,22		24,67	15	-29,34		-29,91
19037298	205,32	220,15	197,98	253		232,05	243,4	255,34			18,55	15,98		0,00
19037444	275,76	436,42	536,78	485		527,8	316,26	324,24			14,69	-25,70		0,00
19048320	265,2	490,32	397,33	491		277,9	305,98	474,3			15,38	-3,27		0,00
19048355	97,65	123,66	129	159			110,55	168,32			13,21	36,12		0,00
19048358		370,28		415		367,72		427,8				15,53		0,00
19065340	74,1	92,57	138			84,93	85,22	110,44			15,01	19,30		0,00
19065341	52,58		94,6	95		90	60,07	88,45			14,24			0,00
19065510	498,61		764,38			333,62	599,01			425,12	20,14			27,43
19065650		395		416		319,5		446,6		406,75		13,06		27,31

Matrícula	2007						2011				Incremento de precio de oferta 2007-2011 %				
	FAG	SKF	BARLO BEARING	TELEBEARING	HW	NSK (PERMARIN)	FAG	SKF	HW	NSK (FEYC)	FAG	SKF	HW	NSK (FEYC)	
19065700		732,83		812	1134,01	519,44	492,64		629,41	662,65	No oferta en 2007			-44,50	27,57
19068120	5,28	5,5	5,37	5,5		5,36	6,54	5,34		4,97	23,86	-2,91			-7,28
19068165	7,45	7	7,4	7,5		5,6	9,27	6,75		6,83	24,43	-3,57			21,96
19201145	2,42	2,65	2,48	2,65		1,69	2,87	2,15			18,60	-18,87			0,00
19301073	354,95	384,36	502,19	405		445,8	430,32	381,64			21,23	-0,71			0,00
19301079						183,6				224,35					22,19
19301081		322,41		370	1.235			398,99				23,75			0,00
19301083	514,2	558,36	788,44	620		630,28	615,87	590,34			19,77	5,73			0,00
19301087						853,3				1.121					31,37
19301094		1.540		1.675		478,6				629,82					31,60
19301096		1.550		1.675		473,13				622,23					31,51
19301118						1.757,54				2.496					42,02
INCREMENTO MEDIO											17,81	16,02	-17,09	23,30	

Fuente: tabla elaborada por la Dirección de Competencia, de acuerdo con la información obrante en el expediente.

Así pues, queda acreditada la existencia del mencionado acuerdo también en la licitación de RENFE-Operadora del año 2011 y, por tanto, dado que la duración y plazo de ejecución de ésta era de 4 años, los efectos del cártel continúan en la actualidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“Las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, 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 la 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

En el presente expediente sancionador esta Sala debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la DC, que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las conductas investigadas constituyen prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos de precios y reparto de mercado que afectan al sector de los rodamientos industriales para vehículos ferroviarios en el mercado español, que habría afectado a las licitaciones convocadas por RENFE y RENFE-Operadora para el suministro de rodamientos ferroviarios.

La DC considera que la conducta analizada es una práctica prohibida por el artículo 1 de la ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE. Entiende la DC que dicha conducta se corresponde con la definición de cártel, en cuanto que consistió en la adopción e implementación de acuerdos consistentes en la fijación de precios y el reparto de mercado en el sector de los rodamientos industriales para vehículos ferroviarios en el mercado español. Se trataría por tanto de una infracción muy grave

única, compleja y continuada, cuyo inicio se remonta al año 2004 y que se prolongaría hasta, al menos, 2011, si bien sus efectos estarían aún vigentes dado que la duración y plazo de ejecución de la licitación de 2011 era de cuatro años.

La DC observa que la conducta se extiende tanto durante la vigencia de la Ley 16/1989 como de la Ley 15/2007, siendo la infracción contemplada en el artículo 1 de las citadas leyes idéntica. No obstante, citando precedentes de la autoridad española de competencia, concluye que 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, siendo por tanto la Ley 15/2007 la legislación de aplicación al caso desde un punto de vista sustantivo.

Asimismo, la DC argumenta que los acuerdos colusorios analizados son susceptibles de tener efectos apreciables sobre el comercio intracomunitario y, por tanto, son aptos para infringir el artículo 101 del TFUE. Se basa tal consideración en que el mercado pertinente abarca todo el territorio nacional, dado que la entidad convocante era RENFE y RENFE-Operadora, y que por el tipo de conducta llevada a cabo y las características de las empresas que participan en el cártel se genera una potencial desventaja competitiva para las entrantes en el mercado, obstaculizando de este modo la interpenetración económica perseguida por el Tratado.

Efectivamente, 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 LDC y ambas leyes prohíben 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, la Ley 16/1989 y la LDC prohíben en el artículo 1.1.a) los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efectos de *“la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio”* en todo o en parte del mercado nacional, y en su letra c) *“el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento”*, oponiéndose a cualquier toma de contacto entre competidores que tenga por objeto o pueda tener por efecto una obstaculización de la competencia efectiva.

Así pues, como ha señalado reiteradamente el Consejo de la CNC en sus resoluciones, criterio que esta Sala de Competencia comparte plenamente (recientemente, en la Resolución de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 PALÉS), 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.

Esta aplicación más favorable de la Ley 15/2007 ha sido reconocida en anteriores ocasiones por el Consejo de la CNC³³ y de la CNMC³⁴ y por la Audiencia Nacional, que recientemente³⁵ ha señalado lo siguiente:

“En el siguiente motivo afirma la actora que la CNC ha realizado una indebida aplicación retroactiva de la Ley 15/2007. Frente a ello conviene destacar que la conducta imputada se habría iniciado el 8 de febrero de 1989, se habría prolongado durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, hasta el 28 de febrero de 2008.

Puesto que la incoación del expediente se produjo el 16 de junio de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta, sensu contrario, de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que “Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.”

Pero en cuanto al derecho material, debe señalarse que sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que 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 anterior Ley 16/1989. 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 reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción.

Por tanto, como quiera que ambas leyes sancionaban exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico así como la cuantificación de la multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua”.

Esta apreciación de la Ley 15/2007 como ley más favorable 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

³³ Entre las más recientes, resoluciones del Consejo de la CNC 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 sobros.

³⁴ Resoluciones de 22 de septiembre de 2014 (Expte. S/0428/12 PALÉS) y de 6 de noviembre de 2014 (Expte. S/0460/13 SGAE Conciertos)

³⁵ Sentencia de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011, de L'OREAL ESPAÑA S.A. y L'OREAL S.A.). En el mismo sentido las sentencias de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2014 (recurso 670/11) y 9 de abril de 2014 (recurso 222/11).

sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención del pago de la multa o la reducción del importe de la multa en aplicación del programa de clemencia, introducido precisamente por la Ley 15/2007.

Considera esta Sala que la aplicación de los artículos 65 y 66 no puede entenderse como un mero aspecto procesal, sino sustantivo y que precisamente la posibilidad de beneficiarse de su aplicación en casos de cartel es uno de los elementos que determina que la norma de aplicación en el presente procedimiento sancionador sea la Ley 15/2007 por entender que resulta más favorable a las partes. Así también se ha señalado por la extinta CNC en diversas resoluciones.³⁶

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

El Consejo coincide asimismo con el análisis de la DC en que las conductas investigadas son efectivamente susceptibles de afectar de modo apreciable al comercio intracomunitario, puesto que el alcance de estas conductas se ha extendido a todo el territorio nacional, dado que la entidad convocante era RENFE y posteriormente RENFE-Operadora. De acuerdo con la doctrina comunitaria consolidada y como ha señalado reiteradamente el Consejo de la CNC y esta Sala, si las prácticas que se analizan tienen alcance nacional, como es el caso, debe entenderse que son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario de manera apreciable. Asimismo, a tenor de la naturaleza y características de las conductas analizadas así como de las empresas que participan en el cártel, las conductas investigadas son aptas para generar una potencial desventaja competitiva para entrantes en el mercado, obstaculizando de este modo la interpenetración económica perseguida por el Tratado

Se cumplen en definitiva los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea, Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 (2004/C 101/07), lo que de acuerdo con el Reglamento 1/2003, obliga a la aplicación del artículo 101 del TFUE a los efectos del presente expediente.

TERCERO. VALORACIÓN JURÍDICA DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Finalizada la instrucción del expediente, la DC entiende acreditada la existencia de un acuerdo entre NSK, SKF y SCHAEFLER para el reparto de mercado y la fijación de los precios en las licitaciones de RENFE-Operadora para el suministro de rodamientos ferroviarios de las licitaciones de 2004, 2007 y 2011, cuyos efectos aún estarían vigentes, y en base al artículo 50.4 de la LDC, la DC ha propuesto al Consejo lo siguiente:

³⁶ Expte. S/0120/08, Transitarios; RCNC de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, Peluquería Profesional; RCNC de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, Bombas de Fluidos; RCNC de 15 de febrero 2013, Expte. S/0343/11 Manipulado papel; RCNC de 21 de noviembre de 2011, Expte S/0317/10 Material de archivo.

- **Primero.** Que se declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, por los acuerdos adoptados e implementados por SCHAEFFLER IBERIA, S.L., SKF ESPAÑOLA, S.A. y NSK SPAIN, S.A., a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas entidades desde 2004 hasta 2011, si bien sus efectos aún estarían vigentes dado que la duración y plazo de ejecución de la licitación de 2011 era de 4 años, que entran dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de los acuerdos alcanzados por dichas entidades ha consistido en la fijación de precios y el reparto de mercado en el sector de los rodamientos industriales para vehículos ferroviarios en el mercado español.
- **Segundo.** Que esta conducta colusoria se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.
- **Tercero.** Que se declaren responsables de dicha infracción, de acuerdo con el artículo 61 de la LDC, a NSK SPAIN, S.A. y solidariamente a su matriz NSK EUROPE LTD., SCHAEFFLER IBERIA, S.L. y solidariamente a su matriz SCHAEFFLER AG y SKF ESPAÑOLA, S.A. y solidariamente a su matriz AB SKF, por su participación en el cártel por el periodo comprendido entre 2004 hasta 2011, si bien sus efectos aún estarían vigentes dado que la duración y plazo de ejecución de la licitación de 2011 era de 4 años.
- **Cuarto.** Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC para las infracciones muy graves, con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las entidades infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.
- **Quinto.** Que en aplicación de la LDC y el RDC respecto del programa de clemencia, y a la vista de lo actuado, se exima del pago de la multa a NSK SPAIN, S.A. y su matriz NSK EUROPE LTD., de acuerdo con la exención condicional concedida, de conformidad con el artículo 65.1.a) de la LDC y el artículo 47.1 del RDC, al aportar elementos de prueba que permitieron ordenar el desarrollo de una inspección en relación con el cártel descrito en la citada solicitud de exención. Por tanto, si al término del procedimiento sancionador, NSK SPAIN, S.A. y su matriz NSK EUROPE LTD. hubiesen cumplido los requisitos del artículo 65.2 de la LDC, el Consejo de la CNMC, de acuerdo con la propuesta de la Dirección de Competencia, le concederá la exención del pago de la multa que, de otro modo, correspondiese.

Teniendo en cuenta la información obrante en el expediente, la DC considera acreditada la existencia de un acuerdo para la fijación de precios y el reparto de mercado español de rodamientos industriales para vehículos ferroviarios, que habría afectado a las licitaciones convocadas por RENFE y posteriormente por RENFE-Operadora en 2004, 2007 y 2011 para el suministro de rodamientos ferroviarios.

La DC expone que ha quedado acreditado que el cártel se organizó y desarrolló a través de reuniones y llamadas telefónicas de directivos de NSK, SKF y SCHAEFFLER, que se realizaron coincidiendo con el anuncio de cada licitación de RENFE, y posteriormente RENFE-Operadora, para la contratación del suministro de rodamientos ferroviarios en los años 2004, 2007 y 2011, dado que normalmente la duración de dichos contratos es de cuatro años. Así RENFE (y RENFE-Operadora) publica en el BOE las licitaciones unos meses antes de la expiración de los contratos relativos a la anterior licitación. Las condiciones para participar en la licitación están establecidas en el anuncio en el BOE, que incluye una descripción de los requisitos legales, técnicos y financieros para ser admitido en el Registro General de Proveedores de RENFE y de RENFE-Operadora, así como los plazos para solicitar participar en la licitación y presentar ofertas.

La DC entiende acreditado que, una vez anunciadas estas licitaciones por RENFE y posteriormente por RENFE-Operadora, directivos de las empresas incoadas contactaban, bien directamente en reuniones o telefónicamente, para acordar las ofertas a presentar y repartirse así las citadas licitaciones, manteniendo en todo caso la asignación del abastecimiento de matrículas que históricamente habían sido suministradas a RENFE por cada una de dichas empresas

Para ello, según señala la DC, NSK, SKF y SCHAEFFLER establecían las referencias o matrículas que quedarían asignadas a cada empresa, determinando los precios que debían ofertar cada una de las empresas del cártel para cada suministro en su propuesta a RENFE en el marco de cada licitación, para garantizar que el resultado estuviera de acuerdo con la estrategia organizada por el cártel. Además, en todas aquellas ocasiones en las que la licitación convocada permitía la adjudicación por lotes o modelos a diversos adjudicatarios, se ajustaban las ofertas entre las empresas del cártel de manera que cada una resultara adjudicataria de los volúmenes que representasen de una manera aproximada el suministro asignado históricamente.

CUARTO. ALEGACIONES PRESENTADAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Con fecha 5 de marzo de 2014, la DC elevó su Informe con propuesta de resolución al Consejo de la CNMC, en la que propone, como se ha indicado, que se declare la existencia de prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, y que las conductas colusorias se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracciones únicas y continuadas muy graves del artículo 62.4.a) de la LDC.

Las empresas incoadas han presentado alegaciones a la propuesta de resolución³⁷, que a continuación son contestadas por esta Sala del Consejo de la CNMC.

4.1. Sobre la inexistencia de un cártel

³⁷ Folios 3651-3743, SKF Española, folios 3747-3756 AB SKF, folios 3771-3818, NSK Europe Ltd., 3818-3878 SCHAEFFLER IBERIA, folios 3948-3954, SCHAEFFLER AG.

SKF admite las reuniones celebradas en 2004 y 2011, así como contactos telefónicos con NSK en 2007, si bien niega la adopción de acuerdos, su posible papel protagonista en las prácticas y afirma que los temas generales que fueron discutidos con NSK no suponen una infracción de la competencia. SCHAEFFLER, por su parte, no admite los contactos y señala que de existir ciertos contactos aislados no constituyen un cártel y que la documentación aportada por NSK no confirma ningún supuesto cártel.

Respuesta de la Sala de Competencia:

Conforme a los hechos acreditados, consta en el expediente que las empresas incoadas se repartieron las matrículas ofertadas en la licitación de 2004, coincidentes con la licitación de 2001. Consta que se adoptó tal acuerdo de reparto por las empresas del cartel respecto de las ofertas a presentar en la licitación de 2004 y que dicho acuerdo fue efectivamente implementado. Ello se pone de manifiesto en las notas manuscritas aportadas por NSK en su solicitud de clemencia y tomadas por el directivo de NSK que participó activamente en los hechos investigados. Se trata de notas que no están fechadas pero que es posible datar su elaboración previa a la licitación de 2004. Tales notas reflejando el objetivo de que cada empresa participante en el cártel mantuviera su cuota de suministro con RENFE a los precios acordados por el cártel, se ven corroboradas por las ofertas presentadas por las empresas y la adjudicación finalmente realizada, que presenta un grado de coincidencia sólo explicable por la existencia de las conductas mencionadas y sin que las incoadas haya podido dar ninguna explicación alternativa plausible que contrarreste tales evidencias.

Respecto de la licitación de 2011, consta en el expediente el intercambio de información de SKF y NSK en relación a los precios mínimos que tenían intención de ofertar para cada tipo de rodamiento a suministrar a RENFE-Operadora, y la información posterior a SCHAEFFLER de la intención de incrementar los precios ofertados entre un 25 y un 30%. El análisis de los precios finalmente ofertados efectivamente releva un incremento de precios muy significativo por parte de las empresas del cártel, corroborando así la información aportada en los requerimientos de información y los contactos acreditados por los registros telefónicos. La instrucción pone de manifiesto que en las licitaciones de 2007 y 2011 se preveía expresamente la revisión de precios a partir del segundo año, por lo que, frente a las alegaciones formuladas por SCHAEFFLER, no existía razón para anticipar un posible incremento de los costes de producción de los rodamientos ferroviarios, y tal incremento tampoco podía responder a un aumento de los costes, como pone de manifiesto la disminución de precios ofertados por otra empresa participante en la licitación y que no formaba parte del cártel.

Como se detalla *infra* al responder a las alegaciones relativas a la valoración de la solicitud de clemencia presentada por NSK, cabe además destacar el valor probatorio especialmente alto que se reconoce a las declaraciones autoinculpatorias efectuadas por directivos de las empresas del cártel, tal como señala la DC en su propuesta de resolución y reconoce la jurisprudencia comunitaria, dados los considerables riesgos

económicos y jurídicos que supone para la empresa declarante reconocer la existencia de una infracción³⁸.

Esa jurisprudencia comunitaria sobre la especial credibilidad de la empresa que reconoce su participación en un cártel ha sido también acogida en varias resoluciones de la autoridad española de la competencia³⁹ y coincide con la posición de la Audiencia Nacional en materia de valoración de la confesión de los hechos realizada por algunas implicadas en la infracción.⁴⁰

4.2. Sobre la existencia de una infracción única y continuada: prescripción

SKF señala que no existe una infracción continuada y que al menos el supuesto acuerdo para la licitación de 2004 habría prescrito. SCHAEFFLER alega que no formó parte de una infracción única y continuada.

Respuesta de la Sala de Competencia:

El artículo 68 de la LDC señala que las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años. El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado. Asimismo, en su apartado tercero señala que la prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendente al cumplimiento de la Ley y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes.

En este sentido, interesa a esta Sala traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de noviembre de 2013 (2736/2010), que, en relación con la prescripción de las infracciones prevista en la normativa de competencia, señala lo siguiente:

“En el ámbito del Derecho Penal, de donde procede la construcción de la infracción continuada, la Sala 2ª del Tribunal Supremo viene señalando que el cómputo de la prescripción de los delitos continuados no se inicia hasta la realización del último de los actos integrantes de la continuidad delictiva. Así resulta reconocido en la sentencia de 30 de septiembre de 2008 (recurso 2305/2007, de la Sala 2ª): y es doctrina jurisprudencial reiterada que en la hipótesis de continuidad delictiva el cómputo del plazo en prescripción no empieza hasta la realización del último acto integrante de esa cadena de actuaciones obedientes al mismo y único plan concebido por el sujeto agente. El punto de partida o días a quo para el cómputo del tiempo de prescripción, aun tratándose de delito continuado empieza cuando se termina la actuación dolosa enjuiciada.

³⁸ Sentencias del TPI de 18 de junio de 2008, (asunto T-410/03, Hoechst vs. Comisión Europea); del TJCE de 25 de enero de 2007, (asuntos C-403/04 P y C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries Ltd, a.o. vs. Comisión Europea), sentencia del TG de 5 de junio de 2012 (asunto T-214/06, Imperial Chemical Industries Ltd / Comisión) y sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012 (asunto C-264/11 P, Kaimer GmbH & Co. Holding KG y otros / Comisión).

³⁹ Resoluciones del Consejo de la CNC de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10 NAVIERAS BALEARES, 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08 Fabricantes de Gel y 22 de mayo de 2009, Recurso 0020/09, Vinos de Jerez.

⁴⁰ Sentencias de la AN de 26 de octubre de 2012 y 30 de noviembre de 2012.

Por consiguiente, el momento inicial no se altera por tratarse de una infracción continuada, pues la última de las torpes actuaciones del acusado será la que cuente. [...] Así pues, si todos los acuerdos y prácticas descritos en el fundamento de derecho nº 5 de esta sentencia constituyen una infracción continuada, no cabría apreciar la prescripción, incluso aunque muchos de dichos acuerdos figuren adoptados a principios de 1990, esto es, quince años antes del inicio del expediente sancionador, porque todos ellos integrarían una única infracción, que no había cesado cuando se inició el expediente sancionador en el año 2005”.

Respecto de la existencia de infracción continuada, los hechos acreditados ponen de manifiesto que nos encontramos ante un comportamiento infractor constituido por una pluralidad de actuaciones que infringen el mismo precepto, en ejecución de un plan preconcebido, persistiendo los infractores en su comisión y aprovechando al efecto las sucesivas idénticas ocasiones que proporcionaban las licitaciones de RENFE y posteriormente RENFE Operadora. Ello encaja en el concepto de infracción continuada que recoge el artículo 4 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Para esta Sala la totalidad de los hechos descritos deben claramente considerarse una infracción única y continuada, sin que pueda argumentarse que nos encontramos ante conductas autónomas e independientes entre sí.

Como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, (Asunto C- 441/11): *“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)”.*

Esa jurisprudencia comunitaria ha sido acogida asimismo por la Audiencia Nacional y por la autoridad española de la competencia⁴¹.

La calificación de la conducta como infracción continuada trae como evidente consecuencia que el cómputo del plazo de prescripción de la misma no pueda iniciarse hasta que la conducta no haya finalizado. El Tribunal Supremo, ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre la infracción continuada en el ámbito de la

⁴¹ Sentencias de la AN de 5 de febrero de 2013 y 29 de julio de 2014 y, por todas, Resolución de la CNMC de 22 de septiembre de 2014 (S/0428/12 PALÉS).

aplicación administrativa de las normas de defensa de la competencia, tanto en el marco de la Ley 16/1989 como de la vigente LDC (por todas, véase Sentencia del TS de 6 de noviembre de 2013 y las allí citadas).

En atención a lo anterior, teniendo en cuenta que la infracción aquí valorada tiene la consideración de muy grave, que se trata de una infracción única y continuada y que sus efectos estarían aún vigentes dado que la duración y plazo de ejecución de la licitación de 2011 era de cuatro años, no es posible entender que la infracción haya prescrito en ningún caso.

4.3. Sobre la valoración de la solicitud de clemencia presentada por NSK

Tanto SKF como SCHAEFFLER alegan que NSK ha realizado un testimonio inexacto, y que la DC se apoya para realizar la instrucción del presente expediente en documentos no concluyentes y no autenticados y en un análisis inadecuado de las licitaciones. Dada la escasa importancia relativa de NSK en el mercado español de rodamientos ferroviarios cuestionan que SCHAEFFLER o SKF pudieran tener incentivos para llegar a acuerdos con NSK que, en cambio, sería la única empresa que se beneficiaría de la existencia de un cártel. Consideran SCHAEFFLER y SKF que las declaraciones de clemencia de NSK y su corroboración posterior no alcanzan los estándares de prueba legalmente requeridos. Alegan asimismo, con cierto carácter contradictorio respecto de su cuestionamiento de la existencia de un cártel, que NSK debería ser considerada instigadora del cártel y que ha seguido participando en las supuestas conductas con posterioridad a su comunicación a las autoridades de competencia.

Respuesta de la Sala de Competencia:

La DC aclara, con base en una detallada exposición cronológica de los hechos, que la primera noticia que tuvo el órgano de instrucción de la autoridad de competencia española relativa a los hechos investigados en este expediente sancionador (mercado de rodamientos ferroviarios en el territorio español) se produjo el 13 de noviembre de 2012. A dicha fecha, en el momento de completar NSK la solicitud abreviada de clemencia, había puesto fin a su participación en el cártel de rodamientos ferroviarios.

Asimismo, tal como apunta la DC, habiendo obtenido NSK la exención condicional por haber aportado elementos de prueba que permitían ordenar a la autoridad española de competencia el desarrollo de una inspección en relación con el cártel descrito en su solicitud de exención, para NSK no era determinante para beneficiarse del programa de clemencia aclarar la participación del resto de empresas participantes en el cártel, lo que debe servir para valorar la información que siguió aportando NSK, básicamente declaraciones de directivos de NSK implicados en las prácticas objeto de investigación. Este tipo de informaciones habitualmente se presentan una vez que dicha investigación es pública y no existe riesgo de que pueda ponerse en peligro la investigación.

Dado que NSK desconocía la información recabada en las inspecciones realizadas en SKF y SCHAEFFLER hasta que estuvo disponible la versión pública de la misma, no puede concluirse que la información aportada por NSK tras las inspecciones tratara de

agravar las conductas investigadas. Tal información describe los contactos mantenidos y el funcionamiento del cártel sin señalar un rol de liderazgo respecto de ninguna de las empresas del cártel.

La limitada presencia de NSK en el mercado de rodamientos ferroviarios en España no desvirtúa la información y los elementos de prueba aportados por la misma en su solicitud de clemencia. En su caso, esa escasa relevancia de NSK en el mercado español hace menos explicable que dispusiera por sí misma de la información, relativa a sus competidoras, contenida en las notas aportadas por NSK en tal solicitud de clemencia. Asimismo, como demuestra el caso de HARRY WALKER RODAMIENTOS, S.A., una empresa con poca presencia puede presentar ofertas competitivas con éxito en esas licitaciones, de forma que tiene incentivo para ganar cuota de mercado.

Ya se ha anticipado el destacado valor probatorio de la autoinculpación realizada por los participantes de un cártel, tal como viene reconociendo la jurisprudencia comunitaria y diversas resoluciones de la autoridad española de competencia.

Así, la reciente sentencia del Tribunal General de 5 de junio de 2012 (asunto T-214/06, Imperial Chemical Industries Ltd / Comisión), aclara:

“(59) Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que ésta se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04, Rec. p. II4441, apartado 70, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 58).

(60) En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, Rec. p. II 947, apartado 166, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 59).”

En el ámbito nacional, resulta apropiado citar la sentencia de la Audiencia Nacional 26 de octubre de 2012, en la que se ratifica la valoración de las pruebas realizada por la CNC, señalando:

*“Pues bien, valorando la prueba en su conjunto, tanto los documentos como los pagos, como la **confesión de los hechos de algunas implicadas**, se llega, sin duda, a la conclusión de que el relato fáctico anterior ha quedado plenamente probado. [...] Pues bien, **todos los elementos fácticos señalados** –cita en documentos, pagos realizados y **confesión de algunas implicadas**–, **llevan a una sola conclusión posible**, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, fundamentalmente respecto de los pagos realizados, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan.”*

Igualmente la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2012 reitera la relevancia de la confesión de otras empresas implicadas como medio de prueba:

*“**valorando la prueba en su conjunto**, tanto los documentos **como la confesión de los hechos de algunas implicadas**, como la operativa en las licitaciones, los participantes, adjudicatarios y las rebajas, se llega, sin duda, a la conclusión de que **el relato fáctico anterior ha quedado plenamente probado**. No se trata sólo de valorar la participación de la entidad actora en la reunión de 2008, sino su comportamiento posterior en la licitaciones, elementos éstos que confluendo con otros probados, suponen un conjunto de hechos de los que puede concluirse la imputación que se realiza. (...)”*

Respecto de la veracidad de los elementos probatorios que obran en el expediente, además de lo señalado sobre el especial valor probatorio de los reconocimientos de participación en el cártel, la DC ha corroborado y completado la información aportada por el solicitante de exención del pago de la multa, tal como resulta exigible, a través de inspecciones realizadas en las sedes de SKF y SCHAEFFLER, información aportada por las empresas imputadas e información recabada de RENFE-Operadora. A través de las inspecciones y los requerimientos de información, se han obtenido datos e informaciones, incluyendo correos electrónicos internos de las otras incoadas distintas de la clemente⁴², coherentes y consistentes con los documentos aportados por NSK en su solicitud de clemencia.

4.4. Sobre la ausencia de implementación o efectos

SKF alega la ausencia total de implementación o efecto de la infracción y SCHAEFFLER señala que de haber existido algún hipotético acuerdo o entendimiento común, no ha sido respetado por las partes.

Respuesta de la Sala de Competencia:

En las restricciones por objeto, como el cártel objeto de investigación, no es necesario demostrar la existencia de efectos, sin perjuicio de su posible toma en consideración a

⁴² Así, a título de ejemplo, como se ha mencionado *supra*, correo electrónico interno de SCHAEFFLER de 2 de enero de 2008, Asunto: “RE: Revisión EUROCONTRATO 2008-2011 expediente: Ex/2007/03415/000.00”, recabado en la inspección de SCHAEFFLER (folios 1776): “(...) Les he pasado esta información a RENFE pero todavía no sabemos si nos las adjudican o no. Hemos hecho esto porque desde NSK nos dieron un toque de atención por ser un tipo histórico de ellos. Para evitar una guerra en este sentido se prefirió perder opciones de que nos las adjudiquen y dar un nuevo plazo más largo”.

los efectos de cuantificar la multa. Como ha manifestado reiteradamente la autoridad española de la competencia, no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha probado el objeto contrario a la competencia de los comportamientos reprochados⁴³.

Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que⁴⁴:

“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], KMEeste 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”.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de diciembre de 2007, en sentido análogo, ha afirmado 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”.

También el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de septiembre de 2013 (recurso 6932/2010) señala:

“En primer lugar es preciso recordar que las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia son aquellas que pueden producir efectos anticompetitivos, sin que sea preciso -como hemos reiterado en constante jurisprudencia- que dichos efectos se hayan producido de manera efectiva.”

⁴³ Resolución del Consejo de la CNC de 31 de julio de 2010 (Expte. S/0120/10, Transitarios) y resolución de la CNMC de 29 de octubre de 2014 (Expte. S/0422/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA).

⁴⁴ Sentencia 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).

En todo caso, esta Sala coincide con la valoración de la DC en el sentido de que los acuerdos de fijación de precios y de reparto de mercado no sólo fueron adoptados sino además implementados, como ha quedado acreditado en la instrucción del expediente, donde se pone de manifiesto cómo los acuerdos adoptados por las empresas participantes en el cártel se realizaron, con la consiguiente eliminación de la debida incertidumbre entre tales empresas a la hora de establecer su estrategia comercial, lo que produjo efectos contrarios a la competencia consistentes en un incremento de los precios finales de adjudicación de los suministros (una media del 4% para la licitación de 2004 y del 16% para las licitaciones de 2007 y 2011)⁴⁵, en coherencia con los precios ofertados acordados por el cártel, así como una estabilización de las cuotas de los participantes en los concursos afectados.

4.5. Sobre la legislación aplicable

En las alegaciones formuladas por AB SKF, se argumenta que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia es más favorable para la misma, debido a la diferente carga de la prueba para imputar a las empresas controladoras en relación con la regulación de la vigente LDC 2007.

Respuesta de la Sala de Competencia:

Como se ha señalado en extenso *supra* en el Fundamento Segundo, este Consejo considera que, en supuestos de prácticas restrictivas realizadas durante la vigencia de la Ley 16/1989 y de la LDC la Ley 15/2007 es la más favorable, entre otros elementos, debido al sistema de graduación de las infracciones, inexistente en la legislación anterior, el establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía, inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, a la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención del pago de la multa o la reducción del importe de la multa en aplicación del programa de clemencia, introducido precisamente por la Ley 15/2007. No es preciso abundar en este punto más allá de lo que ya realiza la DC en la propuesta de resolución (punto 4.1.1), dada además la consistencia de la posición de la Autoridad de Competencia sobre esta materia, expuesta en numerosas resoluciones⁴⁶, confirmada por la Audiencia Nacional (sentencia de 2 de abril de 2014, recurso 194/2011, de L'OREAL ESPAÑA S.A. y L'OREAL S.A.) y que esta Sala ha tenido igualmente la

⁴⁵ Vid. tabla 1. Licitaciones de 2001, 2004, 207 y 2011: incrementos de precios. (Folio 4437).

⁴⁶ Véanse, entre otras, 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.

oportunidad de reiterar (Resolución de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 PALÉS).

Respecto de la concreta alegación de la matriz AB SKF, hay que indicar que el sistema de imputación de la actuación de una empresa a las empresas o personas que la controlan establecido en el artículo 8 de la LDC 16/1989 [“A los efectos de la aplicación de esta Ley, se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma son también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta”] es sustancialmente análogo al previsto en el vigente artículo 61.2 LDC [“A los efectos de aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”]. La diferencia parcial de dicción no puede ser interpretada en el sentido pretendido por AB SKF.

Tal interpretación aquí sostenida sobre la prueba de ese control ha sido respaldada por la jurisprudencia comunitaria durante la vigencia de la Ley 16/1989 (sentencia del TJCE de 25 de octubre de 1983, en el caso *“Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG c. Comisión”*).

La imputación a la matriz en supuestos como los descritos constituye una doctrina consolidada en el ámbito europeo. Así, *“basta que la Comisión pruebe que la totalidad del capital de una filial pertenece a su sociedad matriz para presumir que esta última ejerce una influencia decisiva en la política comercial de su filial. La Comisión podrá en consecuencia considerar a la sociedad matriz solidariamente responsable del pago de la multa impuesta a su filial, a menos que la citada sociedad matriz, a la que incumbe desvirtuar esta presunción, aporte elementos de prueba suficientes para demostrar que su filial actúa de forma autónoma en el mercado”* y *“en el caso específico de que la sociedad matriz posea la totalidad del capital de su filial, según jurisprudencia reiterada se puede legítimamente presumir que la primera ejerce efectivamente una influencia decisiva sobre el comportamiento de la segunda”* (sentencia del TG de 9 de septiembre de 2011, Asunto T-24/04, Alliance One, SCTC y TLTC, párrafos. 130 y 140). En idéntico sentido, véanse, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero (35/2012) y de 29 de marzo (162/2012) de 2012.

4.6. Sobre la delimitación del mercado afectado

SCHAEFFLER alega que la definición del mercado de producto empleada por la DC no es suficientemente precisa y que el mercado relevante afectado es más estrecho que el considerado por la DC. Entiende SCHAEFFLER que el mercado afectado es el de rodamientos industriales para vehículos ferroviarios que se venden como piezas de repuesto en el mercado posventa independientes. NSK coincide con tal delimitación del mercado afectado y SKF no ha realizado ninguna observación sobre esta cuestión.

Respuesta de la Sala de Competencia:

La DC recuerda que para los casos de cártel la delimitación exacta del mercado o la caracterización de todos sus elementos no resulta *imprescindible* a fin de acreditar la conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC o el artículo 101 TFUE, en la medida en que se haya demostrado la existencia de dicho cártel, no siendo un elemento del tipo de la infracción la delimitación exacta del mercado relevante. No obstante, la DC argumenta en extenso, con apoyo en precedentes comunitarios y a la propia organización interna de las empresas, por qué el mercado afectado es el de rodamientos industriales sin diferenciación en función del tipo de cliente. Esta Sala de Competencia comparte plenamente los razonamientos expuestos por el órgano instructor en los párrafos (50) a (66) de la PR (folios 3385 a 3390) y hace suyas las conclusiones alcanzadas por la DC respecto de la delimitación del mercado afectado.

4.7. Sobre las características del sistema de licitación de RENFE y RENFE-Operadora

Tanto SKF como SCHAEFFLER consideran que la DC no ha tenido suficientemente en cuenta ciertas peculiaridades del procedimiento negociado de licitación de RENFE y RENFE-Operadora, que resultan relevantes en el análisis del expediente sancionador. Así, SCHAEFFLER alega que el precio no es el único parámetro de competencia entre los proveedores participantes en las licitaciones de RENFE, puesto que también se tienen en cuenta por ésta los plazos de entrega y las características técnicas. SKF alega que no se ha contemplado adecuadamente la naturaleza multianual de los contratos y la presión resultante en los precios debidos a la inflación, los costes de las materias primas y las variaciones de los volúmenes, lo que justificaría conforme a sus alegaciones el incremento medio del precio para estos contratos. Asimismo SCHAEFFLER y SKF mencionan la homologación, la fabricación personalizada, el desarrollo de escalas de producción elevadas y la experiencia demostrada en términos de calidad de servicio como elementos que no facilitan el cambio de proveedor. SCHAEFFLER también señala que la circunstancia de que RENFE pueda decidir tener más de un proveedor en cuanto a algunas matrículas, con el fin de garantizar el suministro, dificulta cualquier hipotética coordinación entre competidores, porque exigiría contemplar la coordinación en factores distintos del precio, así como una segunda fase de negociaciones.

Respuesta de la Sala de Competencia:

Tal como señala la DC, consta en el expediente toda la información disponible relevante relacionada con las licitaciones objeto de investigación y se han tenido en cuenta los elementos relativos a la normativa vigente en relación con tales procedimientos y las peculiaridades de las condiciones para participar en la licitación así como los elementos tenidos en cuenta para la adjudicación definitiva. Tal como se señala en la PR *“La adjudicación definitiva se realizaba a la mejor oferta técnico económica de cada referencia licitada y las cantidades y, por tanto, el importe a comprar se determinaba mediante cálculo en función de los históricos de consumo, el último antecedente de compra y la vigencia del contrato, teniendo la previsión anual de*

compra carácter orientativo, no adquiriendo RENFE y posteriormente RENFE-Operadora el compromiso de compra en firme de dichas cantidades, basándose los criterios de valoración de las ofertas en el nivel de precios individual y global y los plazos iniciales de suministro.”

De hecho, respecto de la alegación de SCHAEFFLER de que el precio no es el único parámetro de competencia entre los proveedores participantes en las licitaciones, puesto que también se tienen en cuenta por RENFE los plazos de entrega, la DC recalca cómo consta en el expediente correo electrónico recabado en la inspección de la sede de SCHAEFFLER en el que se constata que ésta decidió modificar el plazo para suministrar un tipo de rodamiento al objeto de que resultara adjudicataria NSK y así cumplimentar lo acordado por el cártel.

Asimismo, señala la DC que en las licitaciones de 2007 y 2011 sí se preveía una revisión de precios, por lo que no tiene justificación que se anticiparan los posibles incrementos en los costes de producción de los rodamientos, como alegan SKF y SCHAEFFLER y, en el caso de los costes del acero y otras materias primas, estos son aplicables a todas las empresas, por lo que el incremento del precio con motivo a los costes de esos insumos deberían repercutirse en análoga medida por las empresas del sector y no sólo por las empresas participantes en el cártel, lo cual no sucedió en la práctica.

La DC argumenta, con razón, que los elementos que mencionan tanto SKF como SCHAEFFLER son predicables de cualquier empresa competidora y que dada su condición de filiales de empresas multinacionales, contaban con la capacidad para ajustarse a las condiciones técnicas, de servicio y de calidad demandadas por RENFE pudiendo al menos igualar los precios ofertados por sus competidoras. Asimismo, acredita la DC cómo el porcentaje de adjudicación de SKF, SCHAEFFLER y NSK se mantuvo estable, de modo que las tres empresas resultaron adjudicatarias del 97 % (adjudicación 2004), 90,42% (licitación de 2007) y 92,78% (licitación de 2011), con porcentajes de reparto interno también similares en los tres procesos, como puede verse en la siguiente tabla, extraída de los datos elaborados por la DC con la información proporcionada por RENFE Operadora⁴⁷.

Comparativa porcentajes reparto interno

Empresa/Año licitación	2004	2007	2011
SKF	43,77	34,32	34,60
SCHAEFFLER	31,79	34,80	42,71
NSK (a través de distribuidoras)	21,44	21,30	15,47

⁴⁷ Información aportada por RENFE-Operadora en contestación al requerimiento de información realizado (folios 863 a 868 y 1359 a 1363). SKF mantuvo una media de adjudicación del 37,38%, SCHAEFFLER del 35,83% y NSK del 19,89%, es decir, el 93,11% del total adjudicado en estas tres licitaciones, por un importe total de 28.021.925,34€.

4.8. Sobre la responsabilidad solidaria: relación matriz-filial

Ambas matrices, SCHAEFFLER AG y AB SKF señalan que existe autonomía de decisión de sus filiales respecto de las actuaciones en el mercado español de rodamientos industriales. También se alega la falta de conocimiento respecto de los eventuales contactos entre directivos de sus filiales y los de NSK.

Respuesta de la Sala de Competencia:

Para dar respuesta a las anteriores alegaciones, debemos partir de los siguientes hechos acreditados en el expediente:

- a) SCHAEFFLER AG se constituyó el 13 de octubre de 2011 y hasta dicha fecha estaba organizada como una entidad de responsabilidad limitada alemana, constituida el 26 de septiembre de 2009, que asumió en enero de 2010 el control sobre el Grupo Schaeffler a través de Schaeffler KG, que desde 2001 hasta 2010 controlaba las empresas pertenecientes al Grupo Schaeffler, incluida Schaeffler Iberia, S.L. La evolución de la estructura de propiedad y control del grupo Schaeffler, por tanto, permite vincular a SCHAEFFLER Iberia y SCHAEFFLER AG desde el año 2001, siendo la primera filial de la segunda a través de sucesivas compañías propiedad 100% (en un caso 99,23%) de SCHAEFFLER AG⁴⁸. Aunque SCHAEFFLER AG ha señalado que SCHAEFFLER Iberia tiene un alto grado de autonomía empresarial, obra en el expediente el correo electrónico de 27 de abril de 2012, recabado en la inspección de SCHAEFFLER Iberia, en el que consta la queja por su dependencia comercial con respecto a su matriz alemana, de la que dependen para ofertar, pues los precios son acordados por el grupo⁴⁹.

- b) SKF fue una filial indirecta al 100% de AB SKF entre 2001 y el 22 de noviembre de 2004, y desde esta última fecha, es una filial propiedad directa al 100% de AB SKF.

En consideración a la relación jurídica existente entre las empresas recién reseñadas, resulta de aplicación el artículo 61.2 de la LDC que señala que la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.

⁴⁸ Información proporcionada por Schaeffler Iberia y Schaeffler AG. Folios 1302, 2631 y 2634.

⁴⁹ Correo electrónico interno de SCHAEFFLER de 27 de abril de 2012, recabado en la inspección de SCHAEFFLER (folio 2673).

En este sentido, los tribunales comunitarios y españoles⁵⁰ vienen considerando que en los casos en los que una matriz participa en el 100% del capital social de su filial, existe una presunción “*iuris tantum*” de que la matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial, siendo esta presunción un elemento específico de la normativa de competencia derivado del concepto de unidad económica propio de esta disciplina. En tales casos corresponde a la matriz desvirtuar dicha presunción aportando pruebas que demuestren que su filial determina de modo autónomo su conducta en el mercado⁵¹.

Por su claridad en este extremo, cabe citar la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de abril de 2014 que, citando jurisprudencia comunitaria, señala:

“El comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado. En el caso de que una sociedad matriz participe en el 100% del capital o en la inmensa mayoría del mismo de una empresa que ha infringido las normas de derecho de la competencia existe una presunción “iuris tantum” de que esa sociedad matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial y, por tanto se la puede considerar responsable solidaria de la conducta ya que en este caso se sanciona a la unidad económica, correspondiendo en su caso a la matriz desvirtuar dicha presunción. (Sentencia del TJ de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido una constante línea jurisprudencial en este sentido, iniciada en la sentencia de 25 de octubre de 1.983 (AEG Telefunken) en la cual se estableció que la matriz que controla una filial al 100% debe acreditar que pese a ello esta es capaz de desarrollar una conducta autónoma, y continuamente ha establecido que el criterio decisivo a estos efectos no es la forma jurídica que adopte la relación empresarial, sino la existencia de una unidad de comportamiento en el mercado. En la sentencia Air Liquide, el Tribunal General estableció que “cualquier vínculo económico, legal u organizacional” puede mostrar la existencia de este control efectivo de la matriz sobre la filial.

Conforme a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Octava) sentencia de 16 junio 2011 en los asuntos acumulados -204/08 y T-212/08, Team Relocations NV 150) “en el caso específico de una sociedad matriz a la que pertenece el 100% del capital social de su filial autora de un comportamiento infractor, como en el presente asunto, hay una presunción rebatible de que la matriz ejerce una influencia decisiva en la política comercial de su filial (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151, apartado 50, y de 16 de noviembre de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión , C-286/98 P, Rec. p. I-9925, apartado 29, y las sentencias del Tribunal General de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T- 325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Rec. p. II-931,

⁵⁰ 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 11 de febrero de 2013 (recurso 48/2012 VERIPACK EMBALAJES).

⁵¹ Vid., en idéntico sentido, Resolución de la CNMC de 22 de septiembre de 2014 (Expte. S/0428/12 PALÉS).

apartados 961 y 984, y de 12 de diciembre de 2007, Akzo Nobel y otros/Comisión, T-112/05, Rec. p. II-5049, apartado 62).

Esa jurisprudencia ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de septiembre de 2009 (TJCE 2009, 274), Akzo Nobel y otros/Comisión (C-97/08 P, Rec. p. I-8237)."

Por cuanto antecede, esta Sala considera que procede la imputación de responsabilidad de las sociedades matrices por la conducta desplegada y acreditada de sus filiales en este expediente, pues como se ha dicho, la motivación de tal imputación de responsabilidad trae causa de la referida presunción de influencia decisiva derivada del acreditado control del 100% del capital social de la filial. Por tanto, conforme a la jurisprudencia citada, correspondería a las empresas aportar prueba concreta en contrario que desvirtuase tal presunción, lo que a juicio de esta Sala ninguna de ellas ha hecho, constando en el expediente adicionalmente elementos que acreditan la dependencia y falta de autonomía presumidas.

QUINTO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA DEL CONSEJO

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la Sala considera que ha quedado acreditado que las empresas a las que hace referencia la presente resolución llevaron a cabo una infracción única y continuada, prohibida en el artículo 1 de la LDC 15/2007 y artículo 101 del TFUE.

La infracción consistió en la adopción por parte de las principales empresas suministradoras de rodamientos ferroviarios de acuerdos relativos a la fijación y subida progresiva de precios y al reparto del mercado español, siendo esta infracción constitutiva de un cártel.

Si bien es cierto que tanto los acuerdos de fijación de precios como el reparto del mercado, así como el seguimiento del cumplimiento de dichos acuerdos han constituido restricciones de la competencia por su objeto, y ello hubiese sido suficiente para apreciar el ilícito administrativo y determinar las responsabilidades correspondientes, también ha quedado probado que ambas conductas han ocasionado efectos perniciosos en el mercado afectado.

El mercado afectado se caracteriza por la relativa estandarización y homogeneidad de los productos ofertados, lo que hace que un factor fundamental diferenciador entre oferentes sea el precio. Los acuerdos disminuyeron la incertidumbre en relación a los precios y condiciones comerciales que iban a aplicar empresas competidoras, lo que dio lugar en última instancia a la fijación de precios más elevados.

Debe tenerse en cuenta, además, que las empresas imputadas aglutinan la práctica totalidad de la oferta del producto en España (más del 80%).

Además del encarecimiento del coste de las licitaciones públicas afectadas, debido a los precios supra-competitivos logrados con el cártel⁵², se produjo el efectivo reparto de las distintas matrículas ofertadas por RENFE y por RENFE-Operadora, con la consiguiente estabilización de las cuotas de mercado entre las empresas del cártel y la exclusión de otros competidores.

SEXTO. RESPONSABILIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.

6.1. Responsabilidad de las empresas

La responsabilidad de las empresas a las que hace referencia el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución resulta, a juicio de este Consejo, incuestionable a tenor de los hechos acreditados y las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente aquí resuelto, por lo que este Consejo se muestra conforme con la imputación de responsabilidad realizada por la DC en su PR. Igualmente, esta Sala considera que procede la imputación de responsabilidad de las sociedades matrices por la conducta desplegada y acreditada de sus filiales en este expediente, pues como se ha dicho a lo largo del procedimiento y en esta Resolución, se ha constatado la existencia de una influencia decisiva desplegada por las matrices frente a sus filiales que no ha sido desvirtuada.

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.

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

En relación con la conducta que termina concretándose en fijación de precios, varios son los elementos que evidencian este comportamiento consciente de las partes. Así, los contactos y reuniones establecidos entre representantes de las incoadas, el carácter secreto de los acuerdos, la existencia de notas manuscritas, la capacidad de medios personales y económicos de las empresas y la duración de las conductas, son elementos suficientes para considerar la existencia de una actuación consciente y

⁵² En promedio el incremento de precios de adjudicación para matrículas históricas de 2004 frente a 2001 fue del 4%, del 16% entre 2007 y 2004 y también del 16% de 2011 frente a 2007. El incremento de precios para las matrículas nuevas es incluso más significativo por parte de las empresas participantes en el cártel, observándose en 2007 un incremento promedio de precios del 13,57% respecto a 2004 y del 12,08% en 2011 frente a 2007. Desagregadamente, en la licitación de 2011, SCAEFFLER incrementó sus precios en las matrículas comunes una media de 17,81%, SKF una media de 16,2% y NSK, una media de 23,30 %. Mientras, HARRY WALKER, disminuyó sus precios una media de un 17%. Información aportada por NSK en su solicitud de exención (folios 100 a 105, 117, 118, 170 a 174 y 2439 a 2444) e información aportada por SCAEFFLER (folios 2459 a 2473), SKF (folios 2536 a 2559), NSK (folios 2561 a 2576) y RENFE-Operadora (folios 1359 a 1773, 2724 y 2725), en contestación a los requerimientos de información realizados.

querida por las partes sin que pueda apreciarse el desconocimiento del comportamiento ilícito por ninguna de las empresas.

En cuanto a la conducta manifestada en forma de reparto de mercado, resulta reveladora la estabilización de las cuotas de mercado entre las empresas del cártel, conseguida mediante el reparto de las distintas matrículas ofertadas por RENFE y RENFE-Operadora, y la exclusión de otros operadores.

6.2.- Criterios para la determinación de la multa y ley aplicable.

El artículo 62.4.a) de la LDC establece que serán infracciones calificadas como muy graves las conductas que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

El artículo 63.1 de la LDC atribuye a la CNMC la potestad de sancionar a las empresas y asociaciones de éstas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan la prohibición de acuerdos colusorios. Conforme a reiterada jurisprudencia el principio de culpabilidad es consustancial a las infracciones de cártel, pero además de los hechos probados de esta Resolución resulta acreditado que las empresas eran conscientes del carácter ilícito de su conducta anticompetitiva.

En el presente caso estamos por tanto ante una infracción muy grave, merecedora de sanción económica. Para su cálculo debe estarse a los artículos 61 a 64 de la LDC, que establecen los criterios fundamentales que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer dicha cuantía, criterios que inspiran la "*Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* [actuales artículos 101 y 102 del TFUE]".

El artículo 63.1.c) de la LDC 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) del citado artículo señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

El artículo 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

La Comunicación sobre la fijación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 101 y 102 del Tratado de la Comunidad Europea aplicables a los infractores de las normas de competencia, pretende establecer unas directrices que,

con carácter general, guíen la actuación de la Autoridad de Competencia a la hora de aplicar los criterios contemplados en el artículo 64 de la LDC. Con ello se pretende contribuir a mejorar la transparencia y la objetividad en la determinación de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos. Estas orientaciones para concretar la aplicación de los criterios del artículo 64 de la LDC han sido las empleadas por el Consejo para la determinación de la sanción en esta Resolución, con pleno respeto a los criterios dictados por el Tribunal Supremo, quien en numerosas sentencias⁵³ ha mantenido que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho.

La LDC, pues, fija primero un máximo legal para la sanción (art. 63 LDC), cuyo objeto es limitar la multa máxima en función de la capacidad de pago del infractor para evitar que el pago de la multa conduzca a la desaparición de la empresa –por eso el art. 63 LDC se refiere a la cifra de negocio total del período más próximo a la resolución sancionadora, independientemente del mercado afectado y de cuándo se produjera la infracción–, para luego establecer criterios de graduación de la sanción junto con circunstancias agravantes y atenuantes (art. 64 LDC). Siendo ello así, sin perjuicio del cumplimiento de dicho máximo legal (10% de volumen de negocios total del ejercicio anterior), el proceso de determinación de la multa sigue lo previsto en la referida Comunicación, que sirve de parámetro de concreción del artículo 64 de la LDC y dota de objetividad y transparencia la metodología seguida para la fijación de sanciones, en línea con la aplicación de la normativa de competencia de la Unión Europea.

Entiende esta Sala que ésta es la voluntad del legislador cuando señala en la Exposición de Motivos de la LDC que, “... el título quinto recoge el régimen sancionador. En este sentido la Ley supone un importante avance en seguridad jurídica por cuanto realiza una graduación de las diversas infracciones previstas por la misma y aclara las sanciones máximas de cada tipo, fijadas en términos de un porcentaje del volumen de ventas totales de los infractores. Asimismo, se especifican los criterios que determinan la multa concreta en cada caso, en línea con las tendencias actuales en el ámbito europeo. Además, se prevé la publicidad de todas las sanciones impuestas en aplicación de la Ley, lo que reforzará el poder disuasorio y ejemplar de las resoluciones que se adopten”.

En sus alegaciones (folios 3875-3876), SCHAEFFLER, con cita de diversas sentencias de la Audiencia Nacional, alega que la sanción máxima que cabe imponer sería el 10% del volumen de negocios obtenido por la empresa en el ámbito de actividad económica en el que se ha producido la infracción, en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

⁵³ Entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002.

El Consejo, tal y como ya manifestó en anteriores ocasiones⁵⁴, no puede aceptar esta alegación. Las sentencias a las que se hace referencia no son firmes, pues se encuentran pendientes de resolución los recursos de casación interpuestos contra ellas.

De hecho, estas sentencias se separan de la doctrina sostenida por la propia Audiencia Nacional en sentencias posteriores. A modo de ejemplo, la SAN de 12/04/2013 (06/395/2011) se refiere a la consideración del límite máximo como garantía para salvaguardar la viabilidad de la empresa, límite que se establece en relación con el volumen de negocios total de la empresa infractora, y no con el volumen de negocios relacionado con la infracción, como ahora se pretende:

“En este caso, no consta que se haya superado la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa porcentaje fijado en el artículo 63 por el legislador, precisamente con el objeto de que el pago de las multas no implique la desaparición de la empresa.”

En este mismo sentido se pronuncian otras sentencias, como las que se citan a continuación: SAN 05/02/2013 (06/420/2011), SAN 13/02/2013 (06/377/2011), SAN 25/02/2013 (06/390/2011), SAN 26/02/2013 (06/646/2011), SAN 05/03/2013 (06/566/2011). Vid. también STS de 29/05/2013 (recurso de casación nº 3/1312/2010).

El Consejo considera que la LDC distingue claramente entre “mercado afectado” y “volumen de negocios total”, conceptos que, en consecuencia, no pueden utilizarse indistintamente. Mientras que el artículo 64.1 de la LDC alude a “la dimensión y características del mercado afectado por la infracción” como criterio al que debe atenderse para graduar el importe de la sanción, el artículo 63.1 de la LDC se refiere expresamente al “volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”. Así, el proceso de cálculo de sanciones diseñado por la LDC se articula sobre una doble fase: por un lado, habrá que atender a los criterios que deben tomarse en consideración para graduar las sanciones enumerados en el artículo 64 LDC (desarrollados por la Comunicación de Multas); y una vez calculadas las sanciones de acuerdo con tales criterios, deberá comprobarse que el importe de la multa no supera el umbral máximo establecido en el artículo 63.1 de la LDC (es decir, el “10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”).

En definitiva, el artículo 63.1 de la LDC no fija un arco sancionador, sino un límite. Y éste toma como base el *volumen de negocios total de la empresa*, y no el correspondiente al *mercado afectado por la infracción*. Esta disposición no tiene la condición de elemento de liquidación ni de graduación de la multa, sino que constituye un umbral máximo más allá del cual no resulta posible sancionar sin que el pago de la multa pueda generar el riesgo de desaparición de la empresa y comprometer su viabilidad futura (umbral que en consecuencia se establece en atención a la capacidad económica *actual* de la empresa).

⁵⁴ Resolución CNC de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 COCHES DE ALQUILER y más recientemente en Resolución CNMC de 10 de julio de 2014, Expte. S/0446/12 ENDESA INSTALACIÓN, y Resolución CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 PALÉS, entre otras

La redacción del artículo 63.1.c) de la LDC 15/2007 coincide además con la del artículo 23.2 del Reglamento CE 1/2003, de aplicación en procedimientos de infracción de los artículos 101 y 102 TFUE (antes 81 y 82 TCE), y es consecuencia de una sistemática equivalente en el ámbito nacional y comunitario. Por ello también la Comunicación sobre cuantificación y las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23.2.a) del Reglamento CE 1/2003, coinciden en el método del cálculo de la sanción, según el cual el importe básico resulta de un porcentaje del valor de las ventas vinculadas a la infracción, que se multiplica por un coeficiente teniendo en cuenta el número de años de duración de la infracción o participación en la misma. Y es una vez calculada la sanción de acuerdo con los criterios anteriores (es decir, tomando como referencia el “mercado afectado”), cuando procede comprobar que no se ha superado el umbral del límite máximo del 10%. Y ello porque, como recuerda la STJUE 12/07/2012 asunto C-181/11 P, CETARSA/Comisión:

“82 En efecto, dicho límite superior pretende evitar que se impongan multas que seguramente no podrán pagar las empresas, dadas sus dimensiones, dimensiones que se determinan, aunque sea de un modo aproximado e imperfecto, por su volumen de negocios global (...).”

83 Se trata por tanto de un límite, aplicable uniformemente a todas las empresas y ajustado a la dimensión de cada una, que pretende evitar las multas cuyo importe sea excesivo y desproporcionado. Dicho límite superior tiene pues un objetivo distinto y autónomo del que persiguen los criterios de gravedad y duración de la infracción (...).”

En este mismo sentido, se pueden citar también: STJUE de 07/06/1983, asuntos acumulados C-100/80, 101/80, 102/80 y 103/80 Musique Diffusion française/Comisión (par.119); STJUE de 28/06/2005 asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P A C-208/02 P Y C-213/02 P, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (par.279-282); STJUE de 07/06/2007 asunto C-76/06, Britannia Alloys & Chemicals/Comisión (par. 24); y STG de 16/06/2011, asunto T-211/08 Putters International/Comisión (par. 74 y 75).

Todo ello conduce a no atender a la alegación efectuada a este respecto por SCHAEFFLER.

6.3. Determinación del importe básico de la sanción

Según el párrafo 8 de la Comunicación, la cuantificación de la sanción se realiza en las fases siguientes: (i) determinación del importe básico de la sanción, (ii), aplicación de coeficiente de ajuste al importe básico en función de agravantes y atenuantes y (iii) ajuste en su caso a los límites establecidos en la Ley (límite del 10%) y al beneficio ilícito obtenido por el infractor.

La primera fase, pues, de la Comunicación consiste en determinar el importe básico de la sanción, para lo que, según el párrafo 9, serán de aplicación los criterios señalados en las letras a) a e) del artículo 64.1 de la LDC “*teniendo en cuenta, por tanto, la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos.*” En relación con el mercado

afectado por la infracción (art. 64.1.a LDC), el párrafo 10 de la Comunicación de cuantificación de las sanciones concreta lo siguiente: *“El volumen de ventas afectado por la infracción será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados. Las ventas de cada periodo se ponderarán de acuerdo con lo previsto en el punto 15”*.

En este caso, según lo ya señalado, el mercado afectado por la infracción ha quedado definido como el *mercado de los rodamientos industriales para vehículos ferroviarios en España*. El cártel formado por las entidades incoadas se mantuvo de forma ininterrumpida a lo largo del tiempo desde, al menos, 2004 y hasta 2011, con efectos vigentes hasta el fin del plazo de ejecución de la licitación de 2011 (2015).

Sobre esta base, conviene señalar que el órgano instructor, al notificar la propuesta de resolución (folio 3579) requirió a las empresas información concerniente a volumen de negocio total de 2013, y volumen de negocio correspondiente al mercado afectado en 2009 a 2013 y lo que dispongan de años anteriores hasta 2004. Este requerimiento ha sido respondido por las empresas referidas (folios 3623-3624 y 3942 en el caso de SKF; 3914-3916, para SCHAEFFLER; 3928-3929, AB SKF; 3956, SCHAEFFLER AG; y 4171-4172 para NSK Spain).

La sanción a todas las empresas imputadas ha sido calculada sobre la base de la información requerida: volumen de negocios correspondiente al mercado de los rodamientos industriales para vehículos ferroviarios en España durante los años 2004 a 2013. En la medida en que la infracción tiene una duración superior al año, es preciso aplicar el coeficiente reductor en función de duración previsto en el párrafo 15 de la Comunicación. En tal caso, se aplica un factor de ponderación equivalente a 1 al valor del mercado afectado en el último año de la conducta (2013). Los volúmenes correspondientes a los sucesivos periodos anuales anteriores al primero recibirán una ponderación decreciente (0,75 para el 2º período, 0,50 para el 3º, 0,25 para el 4º, etc.), lo que implica que para la sanción se tiene en cuenta sólo una proporción decreciente del volumen de negocios del mercado afectado a medida que la infracción es más antigua.

La suma de los volúmenes de negocio (VN) en el mercado afectado (MA) en el período en que se produjo la infracción (2004 a 2013, ambos incluidos), ponderados de forma decreciente según se trate de períodos más antiguos (párrafo 15 de la Comunicación) arroja el siguiente resultado:

VN en MA ponderado 2004 a 2013	
SCHAEFFLER	7.151.545 euros
SKF	19.072.350 euros
NSK	825.439 euros

Sobre dicha base procede aplicar el *tipo* (%) de la sanción. De acuerdo con el párrafo 14 de la Comunicación, el importe básico de la sanción, antes de tener en cuenta agravantes o atenuantes, se obtendrá aplicando, al volumen de ventas afectado por la infracción, *“un porcentaje que, partiendo del 10 %, podrá incrementarse [hasta el 30%] en consideración a los siguientes criterios”*: gravedad de la conducta o por tratarse de un input productivo capaz de producir efectos en cascada en otros mercados.

Si bien la DC no aprecia circunstancias atenuantes ni agravantes que deban tenerse en cuenta conforme al artículo 64 LDC para fijar el importe de la sanción respecto de las empresas imputadas, esta Sala coincide con la DC en su indicación de que el encarecimiento del coste de las licitaciones públicas ha sido valorado por la Autoridad de Competencia española como constitutiva de un plus de gravedad de la infracción, dado el encarecimiento del coste que debe soportar la Administración y en última instancia los ciudadanos que abonar los servicios de RENFE-Operadora, bien directamente bien vía impuestos. Tal como ha tenido la oportunidad de señalar la 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. Merece la máxima reprobación las conductas de quienes están dispuestos a realizar bajas cercanas al 30% y se ponen de acuerdo para realizarlas del orden del 3%, dividiéndose entre los participantes ese ilícito beneficio, que no se puede ocultar resulta paralelo al perjuicio que a la Administración que convoca el concurso, y en definitiva al conjunto de los ciudadanos, ocasiona”* (RCNC de 19 de octubre de 2011, Expte. S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS). Asimismo, la Audiencia Nacional ha hecho suyo ese mismo reproche acentuado señalando: *“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, y existió un enriquecimiento sin causa para las empresas no adjudicatarias que participaron en la conducta, precisamente a cargo de dichos 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).

Siendo ello así, este Consejo considera que en tal caso el porcentaje que mejor atiende a la gravedad de la infracción es el del 15% sobre la base antes calculada y ponderada por duración, lo que determina multas del importe siguiente:

	15%
SCHAEFFLER	1.072.731
SKF	2.860.852
NSK	123.815

Conviene advertir que los importes de las multas así calculados distan de forma significativa del límite establecido en el artículo 63 de la LDC, esto es, del 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio 2013 previo a la multa, según la información aportada por cada una de ellas (folios 3623-3624 y 3942 en el caso de SKF; 3914-3916, para SCHAEFFLER; 3928-3929, AB SKF; 3956, SCHAEFFLER AG; y 4171-4172 para NSK Spain).

El porcentaje aplicado (15%), por otro lado, coincide casi de forma idéntica con el determinado como aplicable por la Comisión Europea en asunto parcialmente equivalente en el que fueron sancionadas, entre otras, las empresas aquí incoadas, por infracción consistente en la coordinación de la estrategia de fijación de precios desarrollada en el sector de los rodamientos para aplicaciones en la industria de automoción entre los años 2004 y 2011 [Decisión de la Comisión Europea de 19 de marzo de 2014, Asunto AT. 39922 –Rodamientos, (2014/C 238/09), en la que se aplica un 16%].

SÉPTIMO.- Aplicación de los artículos 65 y 66 de la LDC

El 23 de abril de 2013, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 65.1 a) de la LDC y el art. 47.1 RDC, la DI concedió a NSK Ltd. y todas sus filiales una exención condicional, por ser la primera empresa en aportar elementos de prueba que le permitían ordenar el desarrollo de una inspección en relación con el cártel descrito en la solicitud de exención formulada por la misma.

NSK defiende que ha cumplido con todos los requisitos del art. 65.2 de la LDC que le hacen merecedora de la exención del pago de la multa. Defiende el valor probatorio de su solicitud de clemencia y considera que la información aportada ha sido corroborada por los documentos incautados durante las inspecciones en las sedes de las imputadas.

A juicio del Consejo, no cabe duda que NSK cumple los requisitos del artículo 65.1.a). Ha sido la primera en aportar elementos de prueba que han permitido ordenar una inspección en relación con el cártel descrito. La información ofrecida por dicha empresa en su solicitud de exención se ha visto además corroborada por las pruebas documentales halladas en dicha inspección. Con carácter adicional, el Consejo considera que NSK ha dado debido cumplimiento a los requisitos previstos en el artículo 65.2 de la LDC.

Frente a lo señalado por SKF Española y SCHAEFFLER IBERIA, que cuestionan la credibilidad de las declaraciones de clemencia de NSK, este Consejo coincide con la valoración realizada por la DC en la PR en cuanto a que las pruebas aportadas por NSK han sido suficientemente corroboradas por elementos externos a las mismas, fundamentalmente la documentación recabada en las inspecciones, y la información proporcionada a requerimiento de la DC.

Por todo ello, esta Sala, de acuerdo con la propuesta de la DC, considera que debe eximirse a NSK Ltd., incluyendo a sus filiales, entre ellas a NSK y NSK Europe Ltd., del

pago de la sanción que les correspondería de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Sexto.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Sexto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas: SCHAEFFLER IBERIA, S.L., SKF ESPAÑOLA S.A. y NSK SPAIN, S.A por su participación en la infracción única y continuada de carácter complejo consistente en la fijación de precios y reparto de mercado desde 2004 hasta 2011, con efectos vigentes hasta el fin del plazo de ejecución de la licitación de 2011.

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

1. SCHAEFFLER IBERIA, S.L. 1.072.731 euros, de la que responderá solidariamente SCHAEFFLER AG.
2. SKF ESPAÑOLA, S.A. 2.860.852 euros, de la que responderá solidariamente AB SKF.
3. NSK SPAIN, S.A. 123.815 euros, siendo de ella responsable solidariamente NSK Europe Ltd.

CUARTO. Declarar que NSK Ltd, incluyendo sus filiales, reúne los requisitos previstos en el artículo 65 de la LDC y, en consecuencia, eximirle del pago de la multa que le corresponde por su participación en la conducta infractora.

QUINTO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a SCHAEFFLER IBERIA, S.L., SKF ESPAÑOLA S.A., NSK SPAIN, S.A., NSK Europe Ltd., SCHAEFFLER AG y AB SKF, 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.

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta Resolución aprobada en el día de hoy 4 de Diciembre del 2014, **por mayoría simple**, en el marco del Expediente Sancionador S/0453/12 RODAMIENTOS FERROVIARIOS.

DISCREPANCIA que concreto, desarrollo y fundamento en los siguientes

MOTIVOS

PRIMERO.-CUESTIÓN PREVIA.

LA SALA DE COMPETENCIA es una de las dos Salas en las que se articula **organizativa y funcionalmente** la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, recientemente creada por Ley 3/2013. Siendo la otra, la Sala de Supervisión Regulatoria.

Ambas son independientes y no interdependientes; cada una de ellas tiene su propia conformación, no pudiendo pertenecer a ellas ningún Consejero que previamente no hubiera sido adscrito (por nombramiento) y por el tiempo acordado al efecto; en consecuencia es imposible que los Consejeros puedan estar adscritos a ambas Salas a la vez o simultáneamente en ellas; los asuntos y las materias de las que conocen (por competencia funcional orgánica) están tasados legalmente y sujetos al Ordenamiento Jurídico correspondiente, que le es de aplicación puntual.

Corresponde, por tanto, a esta **SALA DE COMPETENCIA** aplicar, mediante resoluciones administrativas (ex Ley 30/1992 de 26 de Noviembre) las Leyes de Competencia, esto es, la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y, en su caso, la anterior Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

De ahí que su competencia objetiva y funcional le venga atribuida por Ley y **exclusivamente por Ley**, en tanto que Sala de Competencia, no teniendo **superior jerárquico** en esta vía previa administrativa. Al parecer, deviene necesario enfatizar, una vez más, y repetir **ad nauseam** que sus Resoluciones solamente pueden ser conocidas-revisadas por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: la Audiencia Nacional.

No pudiendo hacerlo, ni la otra Sala de Supervisión Regulatoria, ni mucho menos **el Consejo** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, toda vez que carece de facultades regulatorias y supervisoras de las resoluciones dictadas por las respectivas Salas.

Por consiguiente, cuando las Ponencias en sus Propuestas de Resolución en este caso (páginas 5, 40, 43, 59 y 64) hacen referencia al **CONSEJO** incurren en un despropósito terminológico, **PERO** si adelantan un paso más como en el parágrafo (20) al decir que **“El CONSEJO terminó de deliberar y FALLO el presente expediente en**

su reunión (...) INCURREN EN NULIDAD DE ACTUACIONES por ser órgano manifiestamente incompetente para dictar Resoluciones.

De ahí que este Consejero Discrepante lo venga haciendo constar, a los efectos prevenidos en la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ex Artículos 27, 145 y 146.

SEGUNDO.- La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 61 Sujetos infractores** dispone que *“1. Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen acciones u omisiones tipificadas como infracciones por esta Ley; 3. Cuando se imponga una multa a una asociación, unión o agrupación de empresas y ésta no sea solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa (...).”*

En su **Artículo 62 Infracciones** dispone que *“4. Son infracciones muy graves (a) el 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”*.

El Artículo 63 Sanciones dispone que *“1c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”. “El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros”*.

A la luz de todo lo anterior y de lo prevenido en el **Artículo 3 del Código Civil** y poniendo en armonía y relación lo dispuesto en los apartados primero y tercero del citado Artículo 63 de la Ley 15/2007 se debe concluir diciendo y **prima facie** haciendo abstracción inicial de las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad, que:

- a) el segmento de cuantificación de las infracciones leves se mueve entre el 0,001% y llega hasta el 1%.
- b) el segmento de cuantificación de las infracciones graves se mueve entre el 1,001% y llega hasta el 5%.
- y c) el segmento de cuantificación de las infracciones muy graves se mueve entre el 5,001% y llega hasta el 10%.

Lo contrario sería una interpretación **contra legem** que llevaría al absurdo, que una vez calificada y tipificada la conducta como muy grave terminar imponiendo una sanción/multa cuantificada en el segmento de una conducta grave; o la grave cuantificarla en el segmento de la leve. Y así hasta el absurdo infinito.

-----0-----

La doctrina jurisprudencial desarrolla estos preceptos normativos legales en orden a que ***“la discrecionalidad que la Ley concede, debe ser ejecutada ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, los efectos en el mercado, la existencia de circunstancias modificativas de la conducta, etc., dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con los principios de proporcionalidad e individualización de la sanción, para adaptarla a la gravedad de la conducta”***.

La Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el Título IX “De la potestad sancionadora”, aborda en sus Artículos 129, 130, 131 tales principios.

Principios asumidos y desarrollados por las Salas de Justicia de la Audiencia Nacional, como del Tribunal Supremo.

Así, a los efectos meramente indicativos citamos las **SSTS** por todas, la de 1 de Diciembre del 2010 Recurso de Casación 2685/2008; la de 29 de Enero del 2013 Recurso de Casación 2495/2012 y la de 28 de Junio del 2013 Recurso de Casación 1947/2010.

Y de la **Audiencia Nacional**, por todas la de 10 de Noviembre del 2010 Recurso 637/2009; la de 22 de Noviembre del 2010 Recurso 365/2009; la de 18 de Enero del 2011 Recurso 266/2009; la de 10 de Febrero de 2011 Recurso 318/2010; la de 13 de Octubre del 2011 Recurso 795/2009; la de 10 de Noviembre del 2011 Recurso 846/2009.

TERCERO.- Un ítem más, la Audiencia Nacional en la muy reciente **Sentencia de 30 de Enero del 2014 Recurso 422/2012** establece en el Fundamento de Derecho Sexto que ***“no obstante, a la hora de realizar la cuantificación de las sanciones, en materia de derecho de la competencia, debe tenerse en cuenta el concepto de empresa concebido como una unidad económica”***.

Y en orden a la violación del principio de proporcionalidad de las sanciones y sin perjuicio de lo prevenido en el Artículo 63.1.a) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia que ***“ésa es la cifra máxima a imponer, conforme a la declaración de la gravedad de la conducta, lo cual no necesariamente significa que deba procederse siempre así”*** lo que llama ***“umbral de nivel sancionador”***.

Y al efecto recuerda que ***“constituye un principio esencial del derecho punitivo sancionador español la división en grados (mínimo, medio y máximo) dependiendo de la fijación de la cuantía de la multa en concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad”***.

De ahí que deban valorarse **(a)** la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia; **(b)** la dimensión y las características del mercado afectado; **(c)** los efectos de la infracción sobre consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; **(d)** la duración de la conducta restrictiva de la competencia; y **(e)** la reiteración y demás circunstancias modificativas de la responsabilidad: agravantes y/o atenuantes.

CUARTO.- El Artículo 1 del Código Civil consagra el “**principio de jerarquía normativa**”, es decir que a partir de ello deviene inimaginable que una Comunicación, en tanto que norma de rango inferior, pueda ser aplicable **en perjuicio** de preceptos legales con rango de Ley: bien lo sea del Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia; bien de los Artículos 63, anteriores y siguientes concordantes de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Al efecto, el Tribunal Constitucional en su **Sentencia 100/2003 de 2 de Junio**, en orden “*a la Reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas*”, establece lo siguiente:

*“Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite **“una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley”** (SSTC 42/1987 de 7 de Abril; 101/1988 de 8 de Junio; 61/1990 de 29 de Marzo; 341/1993 de 18 de Noviembre; 25/2002 de 11 de Febrero).*

*En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002 de 9 de Mayo, reiterando lo ya dicho en el Fundamento Jurídico Tercero de la STC 305/1993 de 25 de Octubre “el **Artículo 25 de la Constitución** obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, **sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las ya existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley”.***

-----0-----

El mismo Tribunal Constitucional recuerda lo dicho en la doctrina, previamente expresada, en su **STC 42/1987 de 7 de Abril**

*“El derecho fundamental así enunciado (...) comprende una doble garantía. **La primera**, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del **principio de***

seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes.

La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladora de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término “legislación vigente” contenido en dicho Artículo 25.1 de la Constitución Española es expresivo de una Reserva de Ley en materia sancionadora” (por todas las SSTC 13/1999 de 15 de Julio; 276/2000 de 16 de Noviembre; 25/2002 de 11 de Febrero; 75/2002 de 8 de Abril y 113/2002 de 9 de Mayo).”

QUINTO.- Este Consejero Discrepante entiende como una obviedad incontrovertible que si este Expediente Sancionador ha sido instruido **“en unidad de acto normativo legal”** al amparo de lo prevenido en la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en orden al examen e incardinación de las conductas como colusorias de su Artículo 1; fijada la gravedad de las mismas conforme a lo prevenido en su Artículo 62; concluya caprichosamente que deba imponerse las sanciones/multas según lo previsto en la Comunicación, haciendo abstracción y desconociendo el mandato del Artículo 63 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, con el añadido que con ello vulnera los principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica, constitucionalmente consagrados en el Artículo 9 y desde el mandato del Artículo 103.

SEXTO.- En todo caso y a mayor abundamiento, sigo reiterando mi criterio anteriormente expuesto en mis anteriores Votos Particulares en el sentido que la **Comunicación** en su fórmula madre (*algoritmo*) en la que se fundamenta es una creación ad hoc; carente de rigor científico; y lo que es peor afectatorio del ámbito sancionador, por cuanto **“el importe básico se obtendrá aplicándole al volumen de negocio afectado por la conducta infractora un porcentaje que, PARTIENDO DEL 10% PODRÁ INCREMENTARSE en consideración a los siguientes criterios de FORMA CUMULATIVA**

(a) si la infracción es calificada como muy grave, el porcentaje SE PODRÁ AUMENTAR HASTA EN DIEZ PUNTOS PORCENTUALES;

(b) si el mercado o mercados relacionados con la infracción corresponden a un in putt susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados, el porcentaje SE PODRÁ AUMENTAR HASTA EN DIEZ PUNTOS PORCENTUALES.

Por lo tanto, el importe básico se situará entre un 10% y un 30% del volumen de negocios de ventas afectado por la infracción”.

Lo anteriormente escrito corresponde al **Parágrafo (14) de la Comunicación, en cita literal**, lo que me autoriza a no hacer un ulterior desarrollo intelectual del mismo. Y si una simple cita: su aplicación vulnera los principios fundamentales de legalidad y seguridad jurídica, generando indefensión a las partes sancionadas, **en tanto que su aplicación siempre y en todo caso EXCEDE del umbral del hasta el 10%** contemplado, en este concreto caso, en la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

SÉPTIMO.- La Resolución aprobada en el día de hoy, **por mayoría simple**, y de la que discrepo, en la “**página 69 Punto 6.3 Importe básico de la sanción**”, literalmente dice en su primer párrafo

*“Según el párrafo 8 de la Comunicación, la cuantificación de la sanción se realiza en las fases siguientes: (i) determinación del importe básico de la sanción, (ii) aplicación de coeficiente de ajuste al importe básico en función de agravantes y atenuantes y (iii) **ajuste, en su caso**, a los límites establecidos en la Ley (límite del 10%) y al beneficio ilícito obtenido por el infractor”.*

En la siguiente página 65, último párrafo, la Resolución literalmente establece:

“La suma de los volúmenes de negocio en el mercado afectado en el periodo que se produjo la infracción (2004 a 2013, ambos incluidos), ponderados de forma decreciente según se trate de periodos más antiguos (párrafo 15 de la Comunicación) arroja el siguiente resultado (ver cuadro).”

En la siguiente página 66 primer párrafo, la Resolución literalmente establece:

*“Sobre dicha base procede aplicar el tipo (%) de la sanción. De acuerdo con el párrafo 14 de la Comunicación, el importe básico de la sanción, antes de tener en cuenta agravantes o atenuantes, se obtendrá aplicando, **al volumen de ventas afectado por la infracción “un porcentaje que, partiendo del 10% PODRÁ INCREMENTARSE (hasta el 30%) en consideración a los siguientes criterios: gravedad de la conducta o por tratarse de un input productivo capaz de producir efectos en cascada en otros mercados”.***

Y en sus páginas 66 in fine y 67, la Resolución literalmente establece:

*“Siendo ello así, **este CONSEJO** considera que en tal caso el porcentaje que mejor atiende a la gravedad de la infracción **es el del 15%** sobre la base antes calculada y ponderada por duración, lo que determina multas del importe siguiente” (ver cuadro).*

Conviene advertir que los importes de las multas así calculados distan de forma significativa del límite establecido en el artículo 63 de la LDC, esto es, del 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio 2013, según la información aportada por cada una de ellas (....).

El porcentaje aplicado (15%), por otro lado, coincide casi de forma idéntica con el determinado como aplicable por la Comisión Europea en asunto parcialmente equivalente (....).

Llegados a este extremo, este Consejero debe concluir:

1º Mostrando su perplejidad, que la Ponencia vierta en la Resolución aprobada en el día de hoy, 4 de Diciembre del 2014, **mayoría simple**, tamaños establecimientos y que digan que **“lo hacen a sabiendas de ser contrarios a la Ley Española de aplicación”**.

2º Que el porcentaje finalmente aplicado es el del 15% frente a lo mandado en la Ley 15/2007 (artículo 63) y en la Ley 16/1989 (artículo 10) que especifica y expresamente **ordenan un porcentual de y hasta el 10%**.

Y finalmente 3º que citen a la Comisión Europea y su régimen sancionador, cuando es de general conocimiento que el Régimen Sancionador aplicable a empresas cuyas conductas se han instruido a la luz del Ordenamiento Jurídico Español y en el mercado nacional español, exclusivamente, es el propio de la Nación Española y la Comisión Europea y sus resoluciones carecen de competencia para ser aplicadas, por las razones anteriormente expuestas y así la propia Comisión lo tiene reconocido.

Acogiéndome a la regla del principio **“iura novit curia”** vengo relevado de hacer enumeración, no ya exhaustiva de resoluciones, sino tan siquiera de citar alguna.

OCTAVO.- En consecuencia y mérito de todo lo anterior, entiendo que a las conductas infractoras les son de aplicación lo prevenido en la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y ante la inexistencia de circunstancias modificativas de responsabilidad, en el segmento inferior que se contempla en el Artículo 63, esto es el 5,001% del volumen de ventas.

Así, por este **MI VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** lo pronuncio, mando y firmo en Madrid fecha ut supra.

Firmado: Fernando Torremocha y García-Sáenz

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz a la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 4 de diciembre de 2014, en el marco del Expediente S/0453/12 RODAMIENTOS FERROVIARIOS.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PROEMIO.

Para la determinación de la sanción la *Resolución* aplica la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de febrero de 2009. Por las razones que se exponen en este *PROEMIO*, considero que ese método de determinación de sanciones es inapropiado por no adecuarse a lo establecido en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SOBRE EL REGIMEN SANCIONADOR PREVISTO EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(I) “Volumen de ventas” vs. “volumen de negocios total” de la empresa infractora

El Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

« [...] multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del **volumen de ventas** correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal».

Y el Artículo 63. 1 (a), (b) y (c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

«Los órganos competentes podrán imponer [...] las siguientes sanciones: Las infracciones leves [...] con multa de hasta el 1% [...], las graves con multa de hasta el 5% [...], [y] las muy graves con multa de hasta el 10% del **volumen de negocios total** de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa».

¿Qué diferencia existe entre “volumen de ventas” y “volumen de negocios total” de una empresa? A mi juicio, desde el punto de vista lingüístico ninguna: el volumen de ventas de una empresa es su volumen de negocios y el término “total” no añade nada a ese concepto, sólo hace de su nombre un pleonasma (“Lo he visto”. “Lo

*he visto con mis propios ojos”). Ahora bien, el asunto está teniendo una enorme importancia en la aplicación del régimen sancionador previsto en la Ley 15/2007: ¿Qué debemos entender por **volumen de negocios total** de la empresa infractora, la facturación de la empresa en todos los mercados en los que opera o únicamente en el mercado en el que comete la infracción?*

Hay quienes consideran que la incorporación del término “total” en la Ley 15/2007 la hace mucho más precisa que su antecesora, la Ley 16/1989, que no incorpora ese término. El argumento es que la palabra “total” implica que el concepto “volumen de ventas” o “volumen de negocios” se refiere a *la totalidad de los ingresos obtenidos por la empresa, con independencia del número de bienes que produce y de mercados afectados por la infracción*. Que en realidad la misma pregunta se hubiera planteado en relación con la Ley 16/1989 (*Vid. STS, Sala de lo Contencioso, de 11 de Noviembre de 2009, en el recurso de casación número 1246/2006*), que no incorpora ese término, demuestra que el verdadero problema (*¿se debe sancionar a una empresa infractora sobre la base del ingreso obtenido en el mercado en el que ha cometido la infracción, o del ingreso obtenido en todos los mercados en los que opera, incluidos aquellos en los que no ha realizado infracción alguna?*), no tiene una solución semántica. Hemos de abordar la cuestión con instrumentos distintos al meramente lingüístico; y, como veremos, esos instrumentos *existen*.

El punto de partida es, primero, el Art. 3 del Código Civil, que establece: “**1. Las normas se interpretarán [...] atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad**”; y segundo, el *Preámbulo* de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que resume “el espíritu y finalidad” de la propia Ley: proporcionar un sistema bien articulado que, “**sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado**”.

Con ánimo de aplicar esos principios al presente caso, clasifiquemos las empresas en dos grupos: las que producen un bien y operan en un sólo mercado, y las que producen varios bienes y operan en otros tantos mercados diferentes. (Otras clasificaciones son posibles; por ejemplo, empresas que producen un solo bien y únicamente operan en el mercado regional X vs. empresas que producen ese bien pero operan en todo el territorio nacional, etcétera. Como el análisis es análogo en todos los casos, nos ceñimos al propuesto).

Pues bien, consideremos una empresa que *produce tres bienes: B1, B2 y B3* y opera en los correspondientes mercados: *MB1, MB2 y MB3*. Imaginemos que comete una infracción que rompe el buen funcionamiento del mercado *MB1*, pero sin que ello tenga influencia alguna en los mercados *MB2* y *MB3*, en los que la empresa tiene un

comportamiento ejemplar. Para determinar la sanción, ¿debemos utilizar el “volumen de negocios” en el mercado *MB1* (cuyo “buen funcionamiento” la empresa *ha distorsionado*), o el “volumen de negocios” en *todos* los mercados en los que opera, incluidos *MB2* y *MB3*, cuyo “buen funcionamiento” **no** ha distorsionado en absoluto?

Si la respuesta es “todo” el volumen de negocios, entonces la Ley se vuelve absurda. En efecto: como hemos señalado, su propósito es proporcionar un sistema bien articulado que, **“sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado”**. Sobre esa base, ¿qué lógica tiene sancionar a la empresa por **no** distorsionar el buen funcionamiento de los mercados *MB2* y *MB3*? Por otro lado, si así se hace la Ley es **discriminatoria para las empresas multi-producto en relación con las empresas uniproducto**; y de poco sirve argumentar que la empresa multi-producto puede evitar esa discriminación *organizándose en tantas empresas uniproducto como bienes y servicios produce*, porque en tal caso la Ley está empujando a la empresa a organizarse de manera sub-óptima (de otro modo no habría elegido la forma multi-producto en primer lugar). En otras palabras, la Ley “se derrota a sí misma” porque, aun sin pretenderlo, está interviniendo **“de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales”**.

En suma, si, como afirma el Artículo 3 Código Civil, las normas deben interpretarse *“atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad”*, entonces por *“volumen de negocio total de la empresa infractora”* debe entenderse, **exclusivamente**, *“el ingreso obtenido por la empresa en el mercado afectado por la infracción”*.

(II) Proceso de determinación de las sanciones

La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, establece los intervalos matemáticos en los que deben situarse las sanciones *en términos del % del volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado [afectado por la infracción] en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*, y atendiendo a los elementos considerados en su Artículo 64.

En efecto, dicha Ley, y su interpretación por la Audiencia Nacional (por todas, SAN 4598/2012, Recurso 188/2012, de 23 de Diciembre de 2013), establecen que, sobre la base de los Artículos 62, 63 y 64, el órgano sancionador determine **un porcentaje concreto** dentro del intervalo (0%,1%) cuando la infracción es leve, (0%,5%) cuando es grave y (0%,10%) cuando es muy grave, porcentaje que al ser aplicado al “volumen de negocios de la empresa infractora [en el mercado afectado] en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”, da **como**

resultado el monto de ésta. En otras palabras, la Ley opera en sentido “% del volumen de negocios en el ejercicio...→monto de la multa”.

No está previsto en ella que el órgano sancionador se dote a sí mismo de un método para la determinación de la multa que opere en sentido contrario, es decir, determinar *primero el monto* de la multa y luego, como residuo, el porcentaje que representa sobre el “volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción”: “**monto de la multa→ % del volumen de negocios en el ejercicio...**”

Dejando aparte si esa forma de proceder es acorde a Derecho o no, lo cierto es que, cuando opera de ese modo, el órgano sancionador se expone a enfrentarse a ciertas “anomalías”; por ejemplo, que el porcentaje así obtenido sea superior al 1%, 5% o 10% que la Ley establece como techo para, respectivamente, las infracciones leves, graves y muy graves.

Un ejemplo de lo anterior lo constituye el método para determinar las multas presente en la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de Febrero de 2009, y a cuyo análisis procedo a continuación.

(III) «Comunicación» de la extinta CNC sobre cuantificación de sanciones.

(1) El método utilizado por la extinta CNC consiste en obtener lo que la *Comunicación* denomina «importe básico» de la sanción, de la siguiente manera:

$$IB = p \sum_{i=1}^T \alpha_i VMA_i, \quad [1]$$

donde $p \in (10\%, 30\%)$, dependiendo de la gravedad de la infracción y de si el bien o servicio en cuestión es un insumo susceptible de producir efectos en cascada en la producción de otros bienes o servicios; $i=1$, el último año en el que sabemos que se ha cometido la infracción, de modo que $i=2$ es el penúltimo, $i=3$ el antepenúltimo, ..., $i=T$ el primero; VMA_i es el valor de las ventas de la empresa infractora *en el mercado afectado* en el año i ; y α_i es un factor de ponderación que toma el valor 1 cuando $i=1$, 0.75 cuando $i=2$, 0.50 cuando $i=3$, 0.25 cuando $i=4$, etc.; es decir: $\alpha_1 VMA_1$ representa el valor de las ventas de la empresa infractora en el *mercado afectado* el último año en el que cometió la infracción, $\alpha_2 VMA_2$ el 75% del valor de las ventas en el penúltimo año de la infracción, etcétera.

Una vez obtenido IB , la sanción efectiva, S , se obtiene multiplicando IB por un factor de corrección, C_a , que toma valores $C_a > 1$ cuando los agravantes tienen mayor peso que los atenuantes, $C_a < 1$ cuando sucede lo contrario, y $C_a = 1$ cuando ambos pesan igual o simplemente no existen. Es decir,

$$S = C_a IB \quad [2]$$

Si S está dentro de los intervalos sancionadores establecidos por la ley, S se convierte en sanción efectiva; *pero si es mayor que el máximo contemplado en la Ley, entonces se aplicará ese máximo.*

(2) Dado que por “*volumen de negocios total de la empresa infractora*” hemos resuelto que se debe entender exclusivamente el ingreso obtenido en el mercado afectado por la infracción, partimos de ese principio. Podemos distinguir dos casos: (a) el último año en el que la empresa cometió la infracción es el año anterior a aquél en el que se le impone la sanción; y (b) es hace varios años antes. En el primer caso:

$$IB_t = p[VMA_{t-1} + 0.75 VMA_{t-2} + 0.50 VMA_{t-3} + \dots]$$

De modo la *sanción efectiva* es:

$$S_t = C_a IB_t = C_a p[VMA_{t-1} + 0.75 VMA_{t-2} + 0.50 VMA_{t-3} + \dots]$$

En consecuencia:

(a.1) Si no hay agravantes ni atenuantes, o si ambos pesan igual, entonces $C_a = 1$ y S_t es *mucho mayor* que la sanción *máxima* contemplada en la Ley 15/2007 para las infracciones muy graves, 10% de VMA_{t-1} , porque $p \in (10\%, 30\%)$: $S_t > 0.1 VMA_{t-1}$. Con más razón, pues, supera el techo de las faltas graves y leves, 5% de VMA_{t-1} y 1% de VMA_{t-1} , respectivamente.

(a.2) Si los agravantes suman más que los atenuantes, $C_a > 1$ y estamos en la misma situación, aunque más exagerada: $S_t \gg 0.1 VMA_{t-1}$.

(a.3) Si los agravantes suman menos que los atenuantes, $C_a < 1$ y $S_t \geq 0.1 VMA_{t-1}$, aunque no es imaginable un $C_a < 1$ suficientemente pequeño para hacer $S_t < 0.1 VMA_{t-1}$ (y no digamos para hacerlo menor que $0.05 VMA_{t-1}$ o $0.01 VMA_{t-1}$).

Es decir, cuando el último año en el que la empresa cometió la infracción es el anterior a aquel en el que se le impone la sanción, el sistema [1]-[2] genera, **por construcción**, multas que *siempre* son el máximo contemplado en la ley. En otras palabras: *Para las infracciones leves, siempre el 1%; para las graves, siempre el 5%; y para las muy graves, siempre el 10%*. De modo que **los intervalos contemplados por el legislador** (las infracciones leves, hasta el 1%; las graves, hasta el 5%; y las

muy graves, hasta el 10%) **devienen irrelevantes** (cualquiera que haya sido la intención con la que fueron previstos por el legislador).

Consideremos ahora la situación (b), es decir, cuando el último año en el que sabemos que se ha producido la infracción *no* es el anterior al año t en el que se impone la sanción, sino uno anterior a él. En primer lugar, ese “último año en el que se produjo la infracción” debe ser *muy anterior* al año t en el que se impone la sanción, de otro modo nos encontraremos en igual situación que en (a). Eso se debe a que las ventas de una empresa raramente experimentan grandes cambios entre dos años consecutivos; en la práctica, VMA_{t-1} es, casi siempre, cercano a VMA_{t-2} y éste, a su vez, a VMA_{t-3} , etcétera. Por tanto, a menos que el último año en el que tuvo lugar la infracción esté muy alejado del año t en el que se impone la multa, la situación con respecto a IB , y por ello a S , será la misma que en (a).

Pero si el último año en el que tuvo lugar la infracción está muy alejado del año t en el que se impone la multa, podemos encontrarnos con que el *Código de Comercio*, Artículo 30.1, proporcione a la empresa infractora una vía de escape: «[...] el volumen de negocios correspondiente a los ejercicios [...], [...] y [...] no puede ser facilitado por la empresa, toda vez que, de conformidad con cuanto le permite el artículo 30.1 del *Código de Comercio*, no se conserva la documentación y justificantes concernientes a su negocio y relativos a esos ejercicios», lo que obliga al órgano sancionador a “inventar” el volumen de negocios para cada uno de esos años.

La *Comunicación* propone hacerlo del siguiente modo: «Cuando para alguno o algunos de los años del período de duración de la infracción no sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, se imputará a tales años el volumen de ventas afectado por la infracción del último año en el que se tenga constancia de que la infracción se ha producido [...]. En aquellos casos en que ni siquiera sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción durante el último año de la misma, se tomará en su lugar el volumen de ventas de las cuentas anuales aprobadas en el último ejercicio fiscal». Con esto, la probabilidad de generar la misma situación que en (a) aumenta.

(IV) Consecuencias de aplicar la «COMUNICACIÓN»

La consecuencia inmediata de aplicar el método de determinación de multas contemplado en la *Comunicación* es que aquéllas tienden a ser **muy superiores** a las que, estrictamente aplicada, la Ley 15/2007 produce. Eso ocurre porque, como ya se ha indicado, este “método” presenta, **por construcción**, un sesgo matemático a hacer desaparecer del Artículo 63.1 la cualificación “*hasta*”, siendo sustituida por “*siempre*”.

*Para las infracciones leves, **siempre el 1%**; para las graves, **siempre el 5%**; y para las muy graves, **siempre el 10%**.*

Sólo hay una forma de evitar ese sesgo, y *aun así sólo en el caso de las empresas multi-producto y/o multi-mercado*, y tampoco siempre. Consiste en interpretar el concepto “*volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa*” como el ingreso consolidado de la empresa. En ese caso, y si la infracción también se extiende al menos a $t-2$, entonces $S_t < 0.1VMA_{t-1}$ (pero es más difícil que resulte $S_t < 0.05VMA_{t-1}$ y $S_t < 0.01VMA_{t-1}$). Ahora bien, como hemos puesto de manifiesto (Vid. Apartado [I] del PROEMIO) esa interpretación del concepto “*volumen de negocios total [...]*” es inasumible.

La segunda consecuencia, probablemente derivada de lo anterior, es que la AN no está a favor de tal “método” y, como resultado, sistemáticamente anula en ese punto (la determinación del monto de las multas) cuantas *Resoluciones* del Consejo de la extinta CNC pasan por su jurisdicción como consecuencia de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las empresas sancionadas.

Ocurre también que, como $S_t > 0.1VMA_{t-1}$, el órgano sancionador se ve forzado a considerar que el verdadero **cuadro de sanciones** no es el Artículo 63.1, sino el que resulta del algoritmo $S_t = C_a IB_t$; de modo que los intervalos (0%,1%), (0%,5%) y (0%,10%) del Artículo 63.1 (con sus respectivos grados alto, medio y bajo, como observa el Derecho sancionador español) **no** son verdaderos *intervalos sancionadores*, sino simples indicadores de la multa *máxima* que se puede imponer cuando S_t los supera. En otras palabras, el 1%, 5% y 10% del Artículo 63.1 no son el límite superior de sendos **intervalos sancionadores** sino meros “*umbrales de nivelación*” [sic] de las sanciones obtenidas con el algoritmo $S_t = C_a IB_t$; **y así, el cuadro sancionador de la Ley 15/2007 es secuestrado por el método de cálculo de sanciones de la Comunicación y sustituido por el resultante de ella, que es completamente distinto –algo que, a mi juicio, la CNMC no está facultada para hacer–**. La Audiencia Nacional ha rechazado repetidamente ese secuestro del cuadro sancionador de la Ley 15/2007.

Sobre la base de todo lo anterior, fundamentaré algunas de mis discrepancias con la «Resolución»

PRIMERO.- La *Resolución* afirma (pág. 62): «*Criterios para la determinación de la multa [...] el proceso de determinación de la multa sigue lo previsto en la referida Comunicación*». A la luz de lo expuesto en el *PROEMIO*, resulta claro que en mi opinión ese método de determinación de la multa es inapropiado.

SEGUNDO.- La *Resolución* dice lo siguiente (pág. 64): « [...] es una vez calculada la sanción de acuerdo con [la *Comunicación*], cuando procede comprobar que no se ha superado el umbral del límite máximo del 10% [...]». Es decir, como se ha indicado en el Apartado II del *PROEMIO*, la *Resolución* coloca el carro delante de los bueyes: “*monto de la multa → % del volumen de negocios...*” Y continúa (pág. 63, énfasis añadido):

[...] En definitiva, el artículo 63.1 de la LDC no fija un arco sancionador, sino un límite [...] Esta disposición no tiene la condición de elemento de liquidación ni de graduación de la multa, sino que constituye un umbral máximo más allá del cual no resulta posible sancionar sin que el pago de la multa pueda generar el riesgo de desaparición de la empresa».

Ignoro si el legislador de 2007 fijó el techo sancionador en el “10% del volumen de ingreso, etc.” por pensar que un porcentaje mayor podría “*generar el riesgo de desaparición de la empresa*”, pero lo indudablemente cierto es que el Artículo 63.1 de la Ley 15/2007 hace **mucho más** que eso. Específicamente, **sí** fija, *en concordancia con nuestra Constitución, un arco sancionador*, con intervalos matemáticos precisos para los distintos tipos de infracciones (leves, graves y muy graves), cada uno de los cuales posee, por aplicación del Derecho sancionador español, su correspondiente división en grados bajo, medio y alto; en suma, un **completo cuadro sancionador**, del que **sí** forma parte “el 10%”, *al igual que todos los puntos del intervalo (0%,10%)*, dependiendo en cada caso del tipo de infracción con la que están asociados.

Cosa distinta es que, como se argumenta en el Apartado IV del *PROEMIO*, el *cuadro sancionador* de la Ley 15/2007 esté “secuestrado” por el método de cálculo de sanciones de la *Comunicación*, siendo sustituido, *de facto*, por el resultante de ésta, que es completamente distinto— algo que, como he señalado más arriba, en mi opinión la CNMC **no** está facultada para hacer—.

TERCERO.- El “secuestro” del *cuadro sancionador* de la Ley 15/2007 por parte de la *Comunicación* tiene su origen en que, como se ha señalado en el *PROEMIO*, el método de cálculo de sanciones de la *Comunicación* posee **—por construcción—** un sesgo estructural a generar sanciones muy superiores al 10% de las ventas realizadas por la empresa infractora en el mercado afectado en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y el caso que nos ocupa es un ejemplo de ello.

En efecto, la *Resolución* concluye imponiendo multas por los montos reseñados en las págs. 65 y el *HA RESUELTO PRIMERO*; y afirma (pág. 67) que dichas multas distan de forma significativa del límite del 10% del volumen de negocios establecido en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Pero eso se debe a que el volumen de negocios que se ha utilizado no es, a mi juicio, el apropiado.

He argumentado en el Apartado I del *Proemio* que el «*volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa*» al que se refiere la Ley 15/2007, no es el ingreso *consolidado* de la empresa (que es el utilizado en la presente *Resolución*), sino **exclusivamente** el obtenido en el *mercado afectado por la infracción*. Cuando eso se toma en cuenta, las multas impuestas superan, con mucho, el citado límite.

CUARTO.- Si el anterior desarrollo argumental cuestiona la *Comunicación* –y por ello el procedimiento sancionador de la *Resolución*– en cuanto construcción matemática adecuada para determinar el monto de las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el **quid sustantivo** radica en la vulneración del principio de legalidad y, en consecuencia, del de seguridad jurídica, que inevitablemente conduce a la vulneración de la tutela judicial efectiva, ex Artículos 9 y 24 de la Constitución Española.

La *Comunicación* choca con el principio de legalidad al pretender dar mayor peso aplicativo a una disposición con rango normativo inferior a Ley, que a preceptos legales concretos que sí tienen ese rango: el Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, y los Artículos 62 y siguientes y concordantes de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, preceptos que han tenido un desarrollo doctrinal constitucional y jurisprudencial. Como simple mención cabe citar, por todas, la **STC 100/2003, de 2 de Junio**, que en cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas establece lo siguiente:

«*Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite "una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley" (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre, "el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan [...] introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley".*»

Previamente recuerda lo dicho en la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de Abril:

«El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla “*nullum crimen nulla poena sine [praevia] lege*”, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término ‘*legislación vigente*’ contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora” (loc. cit., FJ 2). [...] hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3 [...]

[...] En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de *lex certa*, “que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones” (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 11)».

La certeza implica, como también tiene señalado la AN (por todas, SAN de 23 de diciembre de 2013, Recurso Nº 188/2012) «una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo al menos un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa [...]».

En conclusión, mi discrepancia con la *Resolución* se fundamenta en dos consideraciones: *La primera*, por cuanto una norma de rango inferior a Ley (la «*Comunicación sobre sanciones*» de la extinta CNC) no puede atacar lo dispuesto por una norma que sí posee es rango (la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia). **La segunda**, por cuanto la *Comunicación* es una creación *ad hoc* y su aplicación lleva a un resultado aritmético superior al techo sancionador, que después se corrige caprichosamente para reducirlo a dicho techo, lo que representa un procedimiento de determinación de las multas que opera en sentido contrario al contemplado en la citada Ley 15/2007, con las consecuencias expuestas en el presente Voto Particular.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 5 de diciembre de 2014.

Firmado: Benigno Valdés Díaz