



Roj: **SAN 2189/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2189**

Id Cendoj: **28079230062024100234**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/04/2024**

Nº de Recurso: **774/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000774 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 5845/2019

Demandante: CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES CYMI, S.A.

Procurador: DON ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U, ADIF ALTA VELOCIDAD ADIF ALTA VELOCIDAD

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticuatro de abril de dos mil veinticuatro.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **774/2019**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES CYMI, S.A.** representada por el procurador don Alberto Hidalgo Martínez contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 14 de marzo de 2019, expediente sancionador NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÑICAS FERROVIARIAS.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando se «[d]icte sentencia declarando la nulidad de la Resolución atendiendo a las siguientes consideraciones:

I.- Por constituir las inspecciones realizadas en las sedes de ALSTOM y ELEC NOR, en el mes de julio de 2016, inspecciones de carácter exploratorio o "fishing expeditions", infringiéndose los principios de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (artículos 18 CE y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), así como los derechos de defensa y de presunción de inocencia de CYMI (artículo 24 CE) y los artículos 27 Ley 3/2013 y 49 LDC (relativos, respectivamente, a las facultades de inspección de la CNMC y a la iniciación de los procedimientos sancionadores tramitados por ésta). En consecuencia, todas las actuaciones, pruebas o declaraciones posteriores a estas inspecciones que no tengan relación con el Proyecto Follo Line, en particular, la segunda ronda de inspecciones llevadas a cabo en las sedes de COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS, así como las declaraciones posteriores de ALSTOM y SIEMENS en el contexto de sus solicitudes de clemencia, son también nulas de pleno Derecho en virtud de la doctrina de los frutos del árbol envenenado;

II.- Por haberse calificado, de forma contraria a Derecho, las supuestas conductas imputadas a CYMI como dos infracciones únicas y continuadas, infringiéndose el principio de legalidad consagrado por el artículo 25 CE ;

III.- Por imponerse sanciones a CYMI por hechos que habrían tenido lugar entre los meses de mayo de 2002 y de mayo de 2013, al encontrarse prescritas las supuestas infracciones, infringiéndose el artículo 68 de la LDC , así como los principios de legalidad y tutela judicial efectiva establecidos por los artículos 24 y 25 de la CE ;

IV.- Por sancionarse una serie de supuestos ilícitos posteriores al mes de mayo de 2013, que no han sido acreditados, infringiéndose los artículos 1 de la LDC y 101 TFUE , las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas, la presunción de inocencia y la interdicción de la arbitrariedad, reconocidas, entre otros, por los artículos 24 y 9 CE .

Subsidiariamente, que se declaren contrarias a Derecho las multas impuestas por la Resolución a CYMI, fijándose sus importes en un máximo de 18.160 euros en el caso del Cártel del Ferrocarril Convencional y de 111.383 euros en el caso del Cártel del AVE, atendiendo a las consideraciones contenidas en el FJM Sexto, al haber sido cuantificadas por la CNMC violando el artículo 64 de la LDC , el principio de proporcionalidad (artículo 9 CE) y el deber de motivación (artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y artículo 24 CE). [...]».

TERCERO.- El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Compareció en calidad de codemandada ADIF ALTA VELOCIDAD representada por la procuradora doña Sharon Rodríguez De Castro Rincón.

QUINTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, quedó pendiente de señalamiento para votación y fallo.

SEXTO.- Se señaló para votación y fallo, el 7 de febrero del año en curso. Se prolongó la deliberación en sucesivas sesiones, hasta la última que tuvo lugar el 23 de abril.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo formulado por CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES CYMI, S.A. (en lo sucesivo CYMI) la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 14 de marzo de 2019, expediente sancionador NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÑICAS FERROVIARIAS, en la que se acordaba « [P]rimero. Declarar acreditadas las siguientes infracciones muy graves de los artículos 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE .

a) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de contratos en el mercado para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, de la que son responsables, en los términos previstos en el fundamento cuarto de la presente resolución, las siguientes empresas:



(...)

CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (CYMI) y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.

(...)

b) Una infracción constitutiva de cártel consistente en la adopción de acuerdos de reparto de contratos en el mercado para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, de la que son responsables, en los términos previstos en el fundamento cuarto de la presente resolución, las siguientes empresas:

(...)

CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (CYMI) y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.

(...)

Segundo. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en las infracciones a las que se refiere el resuelve anterior, procede imponer las siguientes sanciones:

a) En el cártel consistente en la adopción de acuerdos de repartos de contratos en el mercado para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad:

(...)

CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A.: 2.800.000 euros

(...)

b) En el cártel consistente en la adopción de acuerdos de repartos de contratos en el mercado para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional:

(...)

CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A.: 1.425.057 euros

(...)

Cuarto. En aplicación de lo dispuesto en los artículos 65 y 66 de la LDC , se acuerda:

a) Eximir del pago de la multa a ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U., a su matriz ALSTOM, S.A., y a sus directivos D. Olegario , Presidente de ALSTOM, D. Primitivo , Director de Market & Portfolio de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM, S.A. y D. Segundo , Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM.

b) Reducir en un 45% el importe de la multa correspondiente a SIEMENS, S.A., y a su matriz SIEMENS, AG., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 de la LDC y el artículo 50.6 del RDC. En consecuencia, las sanciones impuestas a SIEMENS, S.A. pasan a ser del siguiente importe:

- Por su participación en el cártel para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad: 8.910.000 euros.

- Por su participación en el cártel para el reparto de contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional: 330.000 euros.

Quinto. Declarar prescritos los hechos y las conductas a las que se hace referencia en el fundamento 4.6 de la presente resolución y proceder al archivo de las actuaciones seguidas contra la empresa COSEMEL, I.A.E. y D. Luis Carlos de CITRACC.

(...)

Séptimo. (sic) De conformidad con el fundamento séptimo, remitir la presente resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos oportunos. [...]».

El procedimiento sancionador concluye con una sola resolución en la que se sancionó a varias empresas por conductas atribuida a tres cárteles distintos, y también a varios de sus directivos. Esta forma de proceder que, si bien puede dar una visión global del origen de la investigación por las posibles prácticas anticompetitivas, no facilita la discriminación de las conductas de cada uno de los implicados, ni el adecuado manejo del acuerdo sancionador a la hora llevar a cabo la tarea de revisión jurisdiccional que nos ha sido encomendada.

La recurrente CYMI resultó sancionada: (i) por su participación de la adopción de acuerdos de repartos de contratos en el mercado de la alta velocidad, que denominaremos cártel del AVE, por una infracción única y continuada del artículo 1 de continuada la Ley 15/2007 (LDC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que se prolongó de mayo 2010 a mayo 2014; (ii) por la adopción de acuerdos de repartos de contratos en el mercado del tren convencional, al que nos referiremos como cártel tren convencional, por una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, que fue de mayo 2002 a mayo 2014.

Para la correcta comprensión del debate, es necesario poner de manifiesto de terminado externos que se dependen del expediente administrativo y que pasamos a detallar.

1.- El 4 de mayo de 2016, la empresa ALSTOM, S.A. presentó ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) una solicitud de exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, subsidiariamente, de reducción de su importe, a los efectos del artículo 66 de la citada Ley. La solicitud se realizó en beneficio de la citada empresa y de todas sus filiales y directivos, incluyendo a ALSTOM TRANSPORTE S.A.U (ALSTOM). La solicitud de exención, junto con la documentación presentada, facilitaba información y elementos de prueba de la citada infracción y fue completada y ampliada posteriormente el 30 de mayo, 20 y 26 de julio, 2, 13 y 22 de septiembre de 2016, y el 8 y 29 de marzo de 2017.

2.- Conforme al artículo 49.2 de la LDC, la Dirección de Competencia (DC) comenzó una información reservada.

3.- El 1 de julio de 2016, la DC concedió la exención condicional a ALSTOM, S.A. y sus filiales, en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC.

4.- De conformidad con el artículo 27 de la LDC, los días 11 a 13 de julio de 2016 la DC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de ALSTOM y ELECENOR, S.A. (ELECENOR) y los días 18 a 20 de enero de 2017 en las sedes de COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A., (COBRA), ELECTRÉN S.A., (ELECTRÉN), SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES, S.A. (SEMI) y SIEMENS, S.A. (SIEMENS).

5.- El 30 de mayo de 2017, la DC consideró que lo actuado en la información reservada realizada había permitido confirmar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, por lo que, de conformidad con su artículo 49.1, acordó la incoación del expediente sancionador S/DC/0598/16 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICA FERROVIARIAS, contra las empresas ALSTOM y su matriz ALSTOM, S.A., COBRA y su matriz ACS, COMSA y su matriz COMSA CORPORACION DE INFRAESTRUCTURAS, S.L., CITRACC y su matriz DELEJOR13, S.L.U., CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (CYMI) y su matriz ACS, COSEMEL; ELECENOR; ELECTRÉN y su matriz ACS, EYM y su matriz OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. (OHL), GRUPO ISOLUX CORSAN, S.A., INABENSA y su matriz ABENGOA, S.A., INDRA, SEMI y su matriz ACS, NEOPUL y su matriz SACYR,S.A., SIEMENS y su matriz SIEMENS, A.G., y TELICE y su matriz FUENTEBLANDOR HOLDING, S.L.

6.- El 21 de diciembre de 2017, la DC acordó incoar a ISOLUX INGENIERÍA, S.A. y a 15 directivos de empresas ya incoadas por su participación en las conductas investigadas en este expediente. En concreto, la incoación se refiere a los directivos de ALSTOM: don Olegario, don Primitivo y don Segundo; de COBRA: don Calixto y don Desiderio; de CYMI: don Eliseo; de ELECTRÉN: don Esteban y don Ezequiel; de SEMI: don Florentino; de CITRACC: don Luis Carlos; de ELECENOR: don Gumersindo y don Hipolito; de INABENSA: don Iván; de INDRA: don Jon y de SIEMENS: don Leon.

7.- El 26 de febrero de 2018, la DC adoptó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) que fue debidamente notificado a las partes.

8.- El 19 de julio de 2018, la instructora acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento.

9.- El 22 de agosto de 2018, el Director de la Dirección de Competencia adoptó la propuesta de resolución, que fue elevada, junto con las alegaciones de las empresas y directivos, a la Sala de Competencia con fecha 4 de octubre de 2018.

10.- El 26 de noviembre de 2018, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador.

11.- El 31 de enero de 2019, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año 2018.

12.- Finalmente el 14 de mayo de 2019, se dictó el acuerdo sancionador objeto del presente recurso.

SEGUNDO.- La actora solicita la anulación de la resolución impugnada y para ello invoca varios motivos, alguno de los cuales se solapan o pueden ser abordados de manera conjunta, sobre todo en los casos en los que



se centra en aspectos probatorios y motivación del acuerdo sancionador de cara a la culpabilidad de las infracciones por las que fue sancionada.

Comienza con una descripción fáctica de lo ocurrido, y en la parte de los fundamentos jurídicos, como una suerte de dialogo consigo misma se hace una suerte de preguntas a las que luego va dando respuesta a modo de crítica general sobre cómo se iniciaron las actuaciones.

Como primer motivo de anulación se centra en lo que considera una excesiva amplitud en el modo en que se llevaron a cabo las inspecciones en ALSTOM y ELEC NOR. Considera que hay una ausencia de indicios de infracción más allá de la solicitud de clemencia presentada por ALSTOM. Dice que la jurisprudencia exige que el objeto de una inspección debe estar fundamentado por sólidos indicios de infracción, por lo que las inspecciones realizadas en ALSTOM y ELEC NOR fueron exploratorias y no tienen cabida bajo la doctrina del hallazgo casual.

Respecto de la ordenes de investigación ya hemos dicho, entre otras en la SAN de definitiva, 31 de octubre de 2023, recurso 364/2018, en la que reproducíamos el criterio fijado por otra anterior, que « [P]ara determinar cuál debe ser el contenido de la Orden de Investigación acudirémos a la jurisprudencia comunitaria en cuanto que ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados "objeto y finalidad de Inspección" que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, Asunto France Télécom-España (Asunto T- 339/04), (...) teniendo en cuenta que la Orden de Investigación impugnada se ha dictado apoyándose en la información y conocimiento obtenido por la DC en esa fase previa de investigación, ello nos lleva a concluir que se matiza y se relativiza la exigencia de una mayor concreción de los indicios que se tenían (...) Además, la Orden de Investigación circunscribe su actuación a una eventual vulneración del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE por parte de las empresas investigadas. (...) Esta Sala considera que la información reservada, cualquiera que pudiera ser su origen, afecta a la necesidad de preservar el efecto útil de la labor inspectora que incide en el grado de concreción necesario en la Orden de Investigación. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014 establece que: "si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación (...) no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales (...)".

En consecuencia, con arreglo a la jurisprudencia antes expuesta, afirmamos que resulta excesivamente desproporcionado exigir que en la Orden de Investigación, que se inserta en una fase preliminar de la investigación, se recojan datos más específicos relativos a la participación y otros elementos de información -como datos de la operativa o el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propias de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que precisamente, a través de la entrada en el domicilio social, se buscan elementos o datos que, o bien no se conocen o bien no están suficientemente identificados en los documentos que conforman la información reservada, todo ello con la finalidad de poder perfilar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia. [...]». La STS de 16 de enero de 2015, recurso 5447/2011, haciendo suyas las palabras de esta Sala, reprodujo en el FJ 3º que « [n]o se considera se haya vulnerado el derecho a la defensa por cuanto la orden de investigación indicaba el objeto, finalidad y alcance de la Inspección. Ello permitió conocer a la empresa el alcance de su deber de colaboración y el ámbito al que ceñía la Inspección, advirtiéndole de las consecuencias de la falta de colaboración. En este caso sólo se procedió a recabar documentación preexistente y no se requirió ningún tipo de información más allá de la mera indicación de la ubicación de los soportes donde se encontraba la misma. Asimismo no consta acreditado que se incautara documentación no relacionada con el objeto de la investigación delimitado en la orden de la Inspección [...]».

A pesar de la queja de la actora, no cabe tacha de ilegalidad alguna a la orden de investigación cuestionada, en la medida que sí se concretan las prácticas detectadas y que la justifican, la operativa de la actuación y el momento temporal al que se refieren.

Las ordenes de investigaciones que ahora se cuestionan, se explican por la información aportada por ALSTOM, S.A en su solicitud de clemencia en la que denunciaba la existencia de acuerdos ilícitos entre su filial en España (ALSTOM TRANSPORTE S.A.U), ELEC NOR e INDRA en relación con el proyecto Follo Line. Este proyecto se refería a la construcción de túneles ferroviarios en Noruega y también se extendía a los sistemas de electrificación como los equipos electromecánicos. Precisó ALSTOM que inició una investigación interna centrada en identificar pruebas relacionadas con ese proyecto Follo Line, pero no descartaba que una conducta similar se hubiera realizado en otros proyectos de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios, aunque no los había podido detectar por la dificultad de recabar elementos de prueba en su filial. La realidad es que esas prácticas fueron denunciadas por la propia ALSTOM en su ampliación de la solicitud



de clemencia inicial. Esta denuncia justificó el dictado de las inspecciones en la propia empresa, sus filiales y directivos.

En las órdenes de inspección de 30 de junio de 2016 se cita expresamente que su objeto «[e]s verificar la existencia de actuaciones de la citada entidad en el mercado de la fabricación y el suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), consistentes en la manipulación y el reparto de licitaciones convocadas por clientes públicos y privados para la fabricación y suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica [...]».

Bajo esta premisa de actuación la inspección se ciñó a las actividades y objeto relacionados con los hechos denunciados en la solicitud de clemencia ya que se refería al mercado que entonces consideraba la DC que afectaba al proyecto Follo Line. El descubrimiento de nuevos hechos o datos, desconocidos hasta ese momento, pero directamente relacionados con el ámbito material y objeto de la investigación no desvirtúan el contenido de la orden de investigación, que precisamente se explica para investigar conductas sobre las que existe la sospecha, pero no la certeza de su comisión hasta que la plena culminación de la investigación. Ni la actuación de la DC y el contenido de las ordenes de investigación se apartaron de los motivos, objeto y mercado sobre el que se vertieron todas las sospechas a raíz de la denuncia del clemente. Precisamente en este mercado los procesos de licitaciones públicas son los cauces habituales para materializar este tipo de contratos.

TERCERO. - En segundo lugar, afirma que se han vulnerado los derechos de defensa de CYMI y se han infringido de las garantías del procedimiento sancionador, lo que da lugar a una indefensión real y nulidad de pleno derecho. Las concreta en: (i) la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia; (ii) la vulneración de un proceso público con todas las garantías; y por último, (iii) en su derecho a acceder a todos los documentos.

Nos vamos a centrar en los apartados (ii) y (iii) de esta alegación y dejaremos para más adelante el (i) relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, cuando analicemos el alcance de la motivación de la culpabilidad de la actora a través del relato de hechos probados y su conexión con la participación en el cártel en el contexto de la infracción única y continuada.

Hay que recordar que la indefensión para que tenga el alcance de vicio invalidante, es preciso que se traduzca en una indefensión real y efectiva a la parte. En este sentido, las STS de 2 de junio de 2015, recurso 297/2013 y 8 de enero de 2012, recurso 6469/2012.

En el presente caso nada indica que la actora se encuentre en esa situación, puesto que ha podido combatir el acto impugnado sin límite o restricción alguna, ha tenido conocimiento de los términos de la imputación, y de los motivos o razones en que se sustenta la infracción por la que ha sido sancionada. No alcanzamos a detectar, donde radica la indefensión en los términos expuestos, ni que alcance o merma ha provocado en su derecho a la defensa.

En cuanto al acceso a determinada documentación, es cierto que parte de la intervenida en los registros y la facilitadas por el clemente fue reservada o de acceso restringido. Sin embargo, ninguna documentación de la calificada como reservada ha sido determinante en la justificación de la incriminación de la actora o, siéndolo inicialmente ha sido conocida por quien ahora recurre. Dicho de otro modo, la participación, responsabilidad o culpabilidad de la actora no se asienta en documentación secreta, reservada o a la que no haya podido acceder la demandante.

No podría ser de otro modo, puesto que de lo contrario sí podría verse comprometido el derecho de defensa. Por eso, los datos relevantes para la investigación que procedan del programa de clemencia deben ser puestos de manifiesto para garantizar el derecho a la defensa de todos los implicados en el procedimiento sancionador. Ese momento coincide con el del pliego de concreción de hechos (PCH); como establece el artículo 51.2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), los interesados en el expediente sancionador tendrán acceso a los datos o documentos que, formando pieza separada especial de confidencialidad, sean necesarios para contestar el PCH, entendiéndose con carácter general que la información y los elementos de prueba aportados por los solicitantes de clemencia en relación con el cártel no contienen información que pueda ser considerada confidencial de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de la LDC.

En esta línea se ha pronunciado jurisprudencia comunitaria. Como dice la STG de 28 de abril de 2010 asunto T-448/05 caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG (apartado 336) que « [e]l reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de



pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60) [...]».

Para concluir y como advertíamos antes, no dice la demanda que parte de la resolución sancionadora resulta confidencial para justificar la imputación o participación de la actora, o si la resolución se apoya en documentación a la que la interesada no haya podido acceder o de la que desconoce su contenido.

En cuanto a la denegación del derecho a la prueba, es cierto que le fue denegada una pericial que propusieron CYMI, ELECTRÉN, COBRA y SEMI, que consistía en un informe económico elaborado por un experto independiente para el análisis de los motivos de lógica económica que llevaron a las empresas a constituir una Unión Temporal de Empresas (UTE) conjuntamente con competidores.

Sobre esta cuestión, al margen de que la prueba tuvo lugar en sede contencioso-administrativa, tampoco ha sabido precisar la demanda donde radica la indefensión o con que alcance para que tenga los efectos invalidantes que pretende. Es más, cuando analicemos la relevancia de las UTEs en la conducta colusoria, explicaremos porque esta prueba carece de virtualidad y relevancia para justificar la conducta colusoria por la que fue sancionada CYMI.

CUARTO.- En tercer lugar, cuestiona la calificación de las infracciones como únicas y continuada. Dice la demanda, en lo que respecta al cártel ferrocarril convencional, que no se acredita un reparto anticompetitivo por parte de este cártel entre septiembre de 2008 y octubre de 2013, lo que implica un periodo de ausencia probatoria de casi cinco años. En cuanto al cártel del AVE, la propia CNMC reconoció la ausencia de repartos anticompetitivos de licitaciones entre octubre de 2010 y agosto de 2013, es decir por casi tres años. Añade que hay: (i) ausencia de motivación en cuanto a la existencia y la vinculación entre sí de la mayor parte de los pretendidos repartos de licitaciones; (ii) no hay dolo unitario ni unidad de los sujetos ni unidad en el modus operandi; (iii) hay ausencia de unidad temporal; y (iv) reitera argumentos por la incorrecta calificación de infracción única y continuada del cártel del AVE.

Los términos en los que se formulan estas alegaciones requieren que examinemos con carácter previo los hechos probados de la resolución sancionadora y su vinculación con los razonamientos de culpabilidad. En esta tarea debemos ceñirnos a la estructura del acuerdo sancionador examinando la parte que se refiere a los hechos probados y acto seguido la posterior e individualizada valoración que la CNMC hace para cada partícipe.

El acuerdo lleva a cabo una descripción de los hechos que consideró probados por años y lo hace como una suerte descriptiva y sucesión cronológica de acontecimientos. Sin embargo, cuando llega el momento de justificar y motivar la concreta participación de cada empresa, lo hace a través de una mera remisión al correlativo hecho, indicando el número del apartado, sin mayores detalles o razones.

Siguiendo esta mecánica, la motivación de la responsabilidad de las empresas (folios 177 y ss) se subdivide por cárteles. Respecto del «*[C]ártel para el reparto de contratos de mantenimiento sistemas eléctricos en líneas de tren convencional (hechos 1 a 58 y folios 36332 a 36388) [...]», en lo que afecta a la actora dice que «[H]a participado en este cártel desde mayo de 2002 hasta mayo de 2014. CYMI también es una de las empresas que aparece como parte integrante del acuerdo de reparto de licitaciones al que llegaron las empresas en el año 2002 (hechos 1 a 12). En ejecución del citado acuerdo y sus modificaciones, CYMI ha participado prácticamente cada año en acuerdos de reparto de licitaciones públicas en relación con este mercado y en constantes intercambios de información entre las empresas de cara a asegurar la correcta implementación de los mismos (hechos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 26, 27, 30, 38 y Anexo I). [...]».*

En relación al «*[C]ártel para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad (hechos 59 a 193 y folios 36393 a 36481) [...]», en el caso de CYMI «[C]onsta su participación en el cártel desde mayo de 2010 hasta mayo de 2014. CYMI se incorporó al cártel a través de los denominados acuerdos MICROMACRO, en los que las empresas decidieron repartirse varias licitaciones (hechos 89 a 113 y Anexo II). En el año 2013 y 2014 la citada empresa también participó en el reparto de varios contratos relativos a este mercado (hechos 115 a 146 y Anexo II). Los últimos*

hechos que acreditan su participación en este cártel se refieren al acuerdo de reparto en el año 2014 del contrato para la construcción de las instalaciones de línea área de contacto (catenarias) y sistemas asociados de la línea AVE Antequera Santa Ana-Granada (hechos 147 y 148 y Anexo II). [...]».

Esta particular forma de motivar el acuerdo sancionador, manifiestamente mejorable, ni tan siquiera constituye una motivación por remisión, como la admitida por nuestro Tribunal Constitucional, entre otras en la sentencia 144/2007, puesto que la remisión tiene lugar dentro de la propia resolución. Y tiene dos consecuencias, la primera es que todo lo que el razonamiento de culpabilidad no ha incluido, aunque sea por remisión, no podrá ser tenido en consideración por esta Sala, por incriminatorio que nos pudiera parecer un determinado dato, puesto que no ha sido valorado o considerado en estos términos por el propio acuerdo sancionador. Recordemos que es en la CNMC sobre quien recae la potestad sancionadora y como hemos dicho en nuestra sentencia de 9 de julio de 2020, recurso 302/2016, « *[N]uestra labor no es completar ni suplir lo que la Administración pudo o debió hacer, sino revisar la resolución sancionadora y comprobar si en ella se encuentran los elementos de juicio suficientes, y si la Administración ha sido capaz de valorarlos de manera adecuada al ejercicio de la potestad desplegada para poder confirmar o anular la sanción impuesta.*

Y para que podamos identificar las conductas incriminatorias con el rigor que debiera caracterizar un procedimiento de esta naturaleza debemos centrarnos en el acuerdo sancionador. Debe ser esta resolución un documento completo que permita sin mayores dificultades comprender y examinar cuál es la participación del sancionado, cuáles han sido los elementos probatorios en los que se sustenta, el razonamiento en torno a la responsabilidad que se imputa anudando la acción o la omisión a un concreto tipo infractor. [...]».

La segunda, es que en la tarea de revisión del acuerdo sancionador que nos corresponde, debemos limitarnos a cotejar la remisión que hace la motivación de participación con el correlativo hecho de referencia, para poder valorar la trascendencia de la conducta o comportamiento descrito de cara a la comisión de la infracción imputada.

QUINTO.- Co menzamos con el cártel de reparto de contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional. Como hemos dicho la resolución sancionadora se remite a los hechos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 26, 27, 30, 38 y Anexo I, para justificar que CYMI participó desde mayo de 2002 hasta mayo de 2014 en el reparto de licitaciones del mercado afectado y en intercambios de información. Veamos que dice cada uno de los hechos a los que la CNMC da relevancia suficiente para justificar la responsabilidad de la actora en este cártel.

En el hecho (13) se refleja cómo el 20 de agosto de 2004 directivos de ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI y VIMAC intercambiaron un cuadro, actualizado a fecha 29 de julio de 2004, con los importes adjudicados a cada miembro de los acuerdos, incluyendo a CITRACC (entonces BALFOUR), SIEMENS, CYMI, COBRA y MOYALE, por un importe total de 21.372.672,38 € 64. Todo reflejado en una tabla de EXCELL. Este hecho es especialmente relevante y a pesar de que se trata de una comunicación en la que no participa directamente CYMI, sí reflejan los datos del reparto en las licitaciones en la que sí participaba la actora, reflejando una información que no podría figurar en ese cuadro si no hubiera sido facilitada por los implicados.

El hecho (14) describe como en octubre de 2004, los directivos de CITRACC (entonces BALFOUR), COBRA, CYMI, ELECTRÉN, ELEC NOR, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SEMI, SIEMENS y VIMAC analizaron las condiciones del reparto de las licitaciones que iban a ser convocadas por RENFE el 10 de noviembre de 2004 y acordaron la composición de las diversas UTE que formarían todas ellas para articular el reparto acordado entre las empresas, como se constata en los correos electrónicos de 25 y 26 de octubre de 2004 en los que se dijo « *[T]ras la apertura de hoy y simulando al tipo la del próximo día 27 del presente entiendo que el orden de elección para las ofertas del próximo día 10/11/04 es el siguiente: 1º ISOLUX WAT, 2º SIEMENS, 3º ELECTRÉN. 4º BBRI, Con lo cual salvo que se diga lo contrario las UTE serían ISOLUX WAT -SIEMENS y ELECTRÉN - BBRI. Dado que las ofertas llevan sobre D entiendo que es primordial poder empezar a estudiarlas ya. Si estamos de acuerdo en esto nuestra elección sería la oferta de San Vicente de Castellet. Espero vuestros comentarios.*

"De <Gerencia de Ferrocarriles de CYMI> Siguiendo tu simulación y a no ser que exista una anulación que no se me haya comunicado, el orden para nosotros es el siguiente: 1º ISOLUX 1.820.321, 2º ELECTRÉN 1.993.219, 3º CYMI 2.149.349, 4º BAFOUR BEXAY 2.159.145.

De todas formas, el <Subdirector de Subestaciones y Ferrocarriles de ELEC NOR> tiene que confirmarlo".

"Para <Gerencia de Ferrocarriles de CYMI> La semana pasada se comentó como anulada el expediente de Quintana de Raneros de Siemens" [...]».

El contenido de este contacto, en el que directamente participa CYMI, no puede ser más esclarecedor de un comportamiento y de un intercambio de información contrario a las buenas prácticas entre competidores, y entra de lleno en prohibición de los artículos 1 y 2 de la LDC y 101 del TFUE. No existe explicación ni razonable



y ni argumento que desdiga la antijuridicidad de esta conducta, desde luego nada en el escrito de demanda permite justificar esta forma de proceder entre competidores.

Idéntica valoración hacemos del hecho (16) también del año 2004, que recoge un documento de fecha 17 diciembre que refleja la existencia de un acuerdo entre las empresas CITRACC, COBRA, CYMI, ELECENOR, ELECTRÉN, ISOLUX, INABENSA, SEMI, SIEMENS, VIMAC, EYM (entonces GUINOVART) y GAVISIA para repartirse las licitaciones convocadas por RENFE para la modernización de la catenaria tramo Ripoll-Puigcerdá-Frontera francesa (Exp. NUM001) y tramo Montcada, bifurcación-Vic L/Barcelona-Puigcerdá (Exp. NUM002). El documento contiene las ofertas económicas que deben presentar las empresas a esas dos licitaciones y prevé que ELECTREN e INBENSA deben ser las empresas ganadoras de cada concurso. Además, el documento está firmado por los representantes de las empresas.

En hecho (17) podemos destacar la remisión que se hace a la nota 68 donde se recogen correos electrónicos de ELECENOR a CYMI de 29 de junio de 2005 con asunto «Re: RV: CUADRO ACTUALIZADO» y documento adjunto «15_10_2004 LICITACIONES RENFE.xls» (folio 1577) y de 4 de julio de 2005 con asunto «Re: RV: CUADRO ACTUALIZADO». En noviembre de 2005, recogido en el hecho (18), consta el intercambio, de nuevo, de un cuadro recopilatorio con las licitaciones repartidas entre ellas hasta esa fecha, así como los importes de las licitaciones adjudicadas a cada una de las empresas hasta el 23 de noviembre de 2005. En ese fichero Excel titulado «Cuadro Actualizado», se reflejan las licitaciones anuladas y las que estaban pendientes de ser adjudicadas a alguna de las empresas. Estos datos revelan como la mecánica del cártel seguía operativa.

El hecho (19) referido al año 2007, RENFE licitó el contrato para el mantenimiento de subestaciones eléctricas en líneas de tren convencionales por cada una de las 6 Direcciones Territoriales del ADIF (1 Norte, 2 Noroeste, 3 Este, 4 Madrid y Centro, 5 Levante y 6 Sur). En relación con estas licitaciones constan unas notas manuscritas recabadas en la inspección de COBRA en las que aparecen las empresas ELECENOR, SEMI, SIEMENS, VIMAC, INABENSA, COBRA, ELECTRÉN, ISOLUX, CYMI, MOYALE y CITRACC (entonces BALFOUR) donde se refleja, con remisión a la nota 72, un detallado reparto de las licitaciones entre las empresas implicadas.

En los años los años 2008 y 2009 CITRACC (entonces BALFOUR), COBRA, CYMI, ELECENOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SEMI, SIEMENS y VIMAC, como se refleja en el hecho (20) se describe la continuidad de estos comportamientos, explicitado en el reparto de las licitaciones relativas al mantenimiento de las subestaciones eléctricas de las líneas de tren convencionales. Se describen numerosos correos electrónicos intercambiados entre ellas y en ficheros recabados en las inspecciones, con cuadros actualizados de cómo iban desarrollándose las licitaciones; qué empresas participan en cada una de ellas; los importes adjudicados a cada empresa; con que baja iba la oferta ganadora; si había alguna empresa no invitada y, por tanto, corría turno a la siguiente empresa. Tabla que se recoge en el hecho (21) y sobre la que huelga mayor descripción porque es reiteración de lo que ya hemos expuesto, no tienen la más mínima explicación y solo reflejan la existencia de prácticas concertadas.

En el hecho (22) y a partir de unos correos electrónicos internos de COBRA de 25 de marzo de 2010 , con asunto ADIF y documento adjunto «LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 25 MAR 10.xls» (folios 18407 a 18408); de 11 de enero de 2011 con asunto «Global Licitaciones Adif Territoriales Provisional 11 Ene 11.xls», documento adjunto «LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 11 ENE 11.xls» (folios 18481 a 18482); de 11 de enero de 2012, con asunto «ADIF CONVENCIONAL» y documento adjunto «ADJUDICACIONES ADIF CONVENCIONAL.xls» (folios 18561 a 18562); todos ellos obtenidos en la inspección de COBRA, la CNMC pretenden acreditar que la conducta de las empresas se mantuvo a lo largo del tiempo, concretamente en los años 2010, 2011 y 2012. Sobre el alcance de este hecho volveremos más adelante por la relevancia que tendrá de cara a la interrupción de la continuidad de la infracción y, como consecuencia de ello, en la prescripción.

En el año 2013, recogidos en los hechos (26 y 27), ADIF decidió agrupar las diversas licitaciones para el mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencionales en una única licitación, convocada el 3 de octubre de 2013 «servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de la línea aérea de contacto y de las subestaciones en el ámbito de las líneas electrificadas de la red convencional (6 lotes) (Expte. NUM003)». Pese a la agrupación de las licitaciones en una única, en este contrato se siguen diferenciando 6 zonas geográficas (1 Norte, 2 Noroeste, 3 Este, 4 Madrid y Centro, 5 Levante y 6 Sur). Esta licitación también fue objeto de reparto por COBRA, CYMI, ELECENOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI, SIEMENS, VIMAC, ALSTOM y EYM que coordinaron las ofertas económicas a presentarse a la licitación, y se recaba de la Información aportada por ALSTOM en su solicitud de exención.

Además, reflejado en el hecho (30) la conducta connivente se corrobora por propuesta de reparto de los 6 lotes de la licitación de ADIF porque además de las empresas ELECTRÉN, ALSTOM, CYMI, COBRA y SEMI emisoras y en los intercambios de correos detectados, también constan también en el reparto ELECENOR, SIEMENS, INABENSA, ISOLUX y EYM, donde se preveían bajas del 5%. Los acuerdos contemplaban que la empresa o



UTE que resultara ganadora debía presentar una oferta con una baja cercana al 5%, mientras que el resto de empresas del acuerdo presentarían ofertas de cobertura en torno al 1%, como expresamente se detallada en el cuadro contenido en el folio 11911 del expediente.

El 8 de enero de 2014, tuvo lugar una reunión en el Hotel Meliá Castilla de Madrid en la que participaron directivos de ALSTOM, COBRA, ELECNOR, ELECTREN, INABENSA, SEMI, SIEMENS, EYM y TELICE. En esta reunión se fijaron las bajas y las ofertas económicas que cada una de estas empresas debía presentar al contrato de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de la línea aérea de contacto y de las subestaciones en el ámbito de las líneas electrificadas de la red convencional (6 lotes). Las empresas habrían fijado el importe de las bajas de las ofertas ganadoras, así como las bajas de las ofertas no ganadoras, bastante homogéneas entre sí.

Esta reunión y su contenido se describe en el hecho (37). Sin embargo, cuando la resolución sancionadora se refiere a participación de CYMI no se remite a este hecho como dato relevante o incriminatorio para motivar su participación. Por lo tanto, es Sala no lo puede tener en consideración por dos razones, primero porque ya hemos advertido que no vamos a integrar la valoración de la participación y culpabilidad que de cada empresa haga en acuerdo sancionador, y segundo porque efectivamente no consta participación de CYMI en esa reunión.

Sin embargo, estas razones no significan que la demandante no se viera implicada en el reparto de licitaciones que allí tuvo lugar por dos motivos. Primero porque el hecho (38) donde se describe un cuadro interno elaborado por ALSTOM con las licitaciones presentadas para cada uno de los 6 lotes, y el puesto que ocuparía finalmente cada una de las empresas del acuerdo respecto de esos lotes, sí aparece incluida CYMI con un presupuesto de licitación a la baja de 957.022,40 euros; y segundo, porque nada nos indica que la actora se hubiera apartado expresamente del cártel en la concertación de estas prácticas colusorias.

SEXTO.- En cuanto al cártel para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, en el caso de CYMI, el acuerdo sancionador corrobora su participación desde mayo de 2010 hasta mayo de 2014.

Lo hace a través de los denominados acuerdos *MICROMACRO*, en los que las empresas decidieron repartirse varias licitaciones y se remite a los hechos 89 a 113 y Anexo II. También le imputa en los años 2013 y 2014, la participación en el reparto de varios contratos relativos a ese mercado y se remite a los hechos 115 a 146 y Anexo II. También incluye los hechos 147 y 148 para acreditar la participación de la actora en este cártel, respecto de reparto en el año 2014, respecto del contrato para la construcción de las instalaciones de línea área de contacto (catenarias) y sistemas asociados de la línea AVE Antequera Santa Ana-Granada.

En el hecho (89) se describe como en el año 2010 se incorporaron al acuerdo de reparto alcanzado en 2008 por COBRA, ELECTRÉN, SEMI y ELECNOR, las empresas SIEMENS, INABENSA, CYMI, VIMAC, EYM, CITRACC (entonces BALFOUR), ISOLUX, DENEQ (antes GAVISIA), ALSTOM, EMTE (actual COMSA), IBERINCO y NEOPUL, con la participación de COSEMEL en 2010. Todas estas empresas aparecen en tres licitaciones adjudicadas en el año 2010: (i) la construcción y mantenimiento de subestaciones eléctricas línea AVE Albacete-Alicante (Campanario, Sax y Montesa y centros de auto transformación asociados y telemando de energía del tramo Albacete-Valencia-Alicante. Fase I: Albacete-La Encina-Alicante y Fase II: Valencia-La Encina, del Nuevo Acceso Ferroviario de Alta Velocidad de Levante Madrid-Castilla La Mancha-Comunidad Valenciana-Región de Murcia; (ii) la construcción y mantenimiento de las catenarias de la línea del AVE Albacete-Alicante, en concreto, del tramo Albacete-Estación de Alicante del Nuevo Acceso Ferroviario de Alta Velocidad de Levante Madrid-Castilla La Mancha-Comunidad Valenciana-Región de Murcia; y (iii) la construcción y mantenimiento de las subestaciones y las catenarias de las líneas del Corredor Mediterráneo, que comprendía las obras del proyecto conexión ferroviaria Corredor Mediterráneo línea de alta velocidad Madrid-Barcelona-Frontera francesa. Electrificación.

La mecánica, como se describe en el hecho (96) consistía en preasignación de los márgenes de servicios y de volumen que le corresponderían a cada una de las empresas participantes en estos concursos. La cuota de participación implicaba que cada una de las empresas participantes recibía una cuota de valor respecto de los contratos que se adjudicaban en el concurso o los concursos asignados. Cada una de las empresas participantes podía alcanzar su cuota bien directamente, cuando la empresa resultaba adjudicataria directa de una o de varias de las licitaciones (Margen Micro) o indirectamente, al resultar beneficiada por las subcontrataciones que se acordaban para repartir el volumen y los márgenes de las obras acordados (Margen Macro), como explicó ALSTOM. Esta conducta se corrobora por la nota manuscrita por el Director de Ferrocarriles y Subestaciones de ELECNOR, recaba en una carpeta durante la inspección de esta empresa, donde se especifica la participación de CYMI junto las demás.



En los hechos (112 y 113) se refiere a un correo de 30 de noviembre de 2011 que el Director General de Producción de ELECTRÉN envió al Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELECENOR y al Responsable de Estudios y Proyectos de COBRA, adjuntando un fichero con la propuesta de los pedidos a realizar a dichas empresas por la UTE ACELEC de ALSTOM, CYMI y ELECTRÉN, adjudicataria de la licitación de las subestaciones. En esta tabla se detallaban conceptos como «producción a entregar macro/micro», «margen diferencial 2/3 macros» «margen diferencial acordado %», «producción que quieren las empresas», así como las empresas que participaban, incluyendo a las empresas integrantes de la citada UTE ACELEC (ALSTOM, CYMI y ELECTRÉN) junto con CITRACC, COBRA, EMTE (posteriormente COMSA), ELECENOR, EYM, INABENSA, ISOLUX, SEMI y SIEMENS.

Los hechos (115 a 146) recogen acuerdos en el año 2013 para el reparto de 5 licitaciones para el mantenimiento de los sistemas de electrificación de las líneas del AVE. Cabe destacar una reunión de directivos de ALSTOM, ELECTRÉN, ELECENOR, EYM, COBRA, SEMI, INABENSA y SIEMENS acordaron respetar la cuota de mercado histórica que estas empresas habían venido disfrutando. Para ello calcularon y actualizaron de forma aproximada la cuota que correspondía a cada una de estas empresas, según información aportada por ALSTOM. Este extremo se corrobora por el correo electrónico que el 4 de septiembre de 2013, envió el Responsable de Ventas en el Área de Mantenimiento Ferroviario de SIEMENS al Director Comercial de SIEMENS los datos de ese fichero sobre el mercado de electrificación de las líneas de alta velocidad. Desglosaba en dos documentos: un fichero Excel detallado por proyectos y un documento en formato PDF con el resumen histórico de todos los datos de las empresas que en ese momento formaban parte del acuerdo SIEMENS, COBRA, ELECTRÉN, SEMI, ELECENOR, INABENSA, CYMI, EYM (denominada como su matriz, OHL), ALSTOM, CITRACC (antes BALFOUR), ISOLUX, EMTE (actual COMSA) y NEOPUL. También aparece IBERDROLA (matriz de IBERINCO).

En la licitación recogida en el hecho (132) para el mantenimiento de las subestaciones, centros de autotransformación e instalaciones asociadas de la línea de AVE Madrid-Sevilla, La Sagra-Toledo y Córdoba-Málaga 2014-2018, convocada el 10 de diciembre de 2013. Los licitadores fueron INABENSA, la UTE formada por COBRA, ELECTRÉN y SEMI y la UTE formada por ALSTOM, CITRACC, CYMI y ELECENOR. Era esta última la debía resultar adjudicataria en cumplimiento de los previos acuerdos de reparto, sin embargo el Consejo de Administración de ADIF por decisión de 30 de mayo de 2014 anunció el desistimiento del procedimiento. El mismo resultado tuvo la licitación para el mantenimiento de las instalaciones de electrificación (catenaria y subestaciones) de la línea de AVE Madrid-Valladolid y Olmedo-Medina del Campo, en la que debería haber resultado adjudicataria la UTE de ALSTOM, ELECTRÉN y EYM.

Se recoge en el hecho (139) la convocatoria de 28 de diciembre de 2013 de la licitación para el mantenimiento de las instalaciones de electrificación (catenaria y subestaciones) de la línea de AVE Madrid-Valencia y bifurcación Albacete- Alicante 2014-2018. Como ADIF convocó conjuntamente los contratos de mantenimiento de las catenarias y las subestaciones, en el hecho (140) se explica que impedía repetir el reparto de los contratos anteriores (i) el de las subestaciones adjudicado a la UTE AVELE formada por ALSTOM, ELECENOR, ELECTRÉN e ISOLUX y, (ii) el de las catenarias adjudicado a la UTE SILVACAT, formada por INABENSA y SIEMENS y a la UTE COBALSE, formada por CITRACC (antes BALFOUR), COBRA y SEMI.

Para dar respuesta a esta situación, las empresas decidieron reestructurar alguna de estas UTE y realizar ajustes de redistribución en su composición. El acuerdo preveía presentar dos UTES. La primera, formada por COBRA, ELECENOR, INABENSA, ISOLUX, SEMI y SIEMENS, que sería la que debería resultar adjudicataria, y la segunda formada por ALSTOM, CYMI y ELECTRÉN. Así se describe al hecho (141) y se corrobora con los intercambios de correos electrónicos de 14 y 16 de enero de 2014, entre directivos de ISOLUX, ELECENOR, ELECTRÉN, ALSTOM y responsables de las UTE AVELE 1 y 2 (ALSTOM, ELECENOR, ELECTRÉN e ISOLUX; 20 y 23 de enero de 2014, el directivo de SIEMENS, Jefe de Obras de Electrificación de la UTE SILVACAT. Finalmente se presentaron las ofertas el 18 de febrero de 2014 según los pactos acordados; la UTE de COBRA, ELECENOR, INABENSA, ISOLUX, SEMI y SIEMENS, que debería resultar adjudicataria, ofertó un importe de 18.185.351 euros y la UTE de ALSTOM, CYMI y ELECTRÉN un importe superior de 18.389.681 euros. Sin embargo, el Consejo de Administración de ADIF, por acuerdo de 30 de mayo de 2014, anunció el desistimiento de la adjudicación.

En el año 2014, concretamente el 15 de febrero de 2014 se convocó una nueva licitación para la construcción de las instalaciones de línea área de contacto (catenarias) y sistemas asociados de la línea AVE Antequera Santa Ana-Granada. Identifica el hecho (148) como ALSTOM, COBRA, CYMI, ELECENOR, ELECTRÉN, ISOLUX y SEMI acordaron repartirse la citada licitación mediante la presentación de ofertas en diferentes UTE bajo el compromiso de que la UTE adjudicataria subcontrataría a las demás, que presentarían ofertas de cobertura. Extremo que se constata tanto por la información aportada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa, como por el fichero «CATENARIA LAV ANTEQUERA GRANADA.xls» (folio 18180), recabado en la inspección de SEMI.



SÉPTIMO.- La vinculación que la resolución sancionadora hace entre los hechos con relevancia incriminatoria para justificar la responsabilidad de CYMI que acabamos de examinar, nos genera fundadas dudas de que estemos ante una sola infracción única y continuada por todo el periodo imputado por el acuerdo sancionador.

Sobre este extremo dice la demanda, que la única carga probatoria de la participación de los años 2010, 2011 y 2012, es un fichero que fecha de 17 septiembre de 2009. Las evidencias a las que se refiere la resolución, son documentos anteriores a octubre de 2008 en los que no hay indicios de repartos anticompetitivos posteriores a septiembre de 2008 (párrafo 273 de la Resolución), y documentos internos de COBRA que no recogen más que información pública de los que no cabe extraer indicio alguno de prácticas anticompetitivas (274 a 281). Afirma que los «diferentes ficheros» a los que se hace referencia en este párrafo, recogidos en el pie de página 75 del acuerdo sancionador, corresponden a tres correos electrónicos internos de COBRA y no a intercambios entre competidores, como parece sugerir la CNMC. A estos correos electrónicos se acompañan sendos archivos Excel, sin ningún tipo de elemento o anotación que pueda interpretarse como un indicio de reparto. Se trata, en efecto, de documentos en los que se recogen, simplemente, datos públicos sobre ofertas a determinadas licitaciones y las correspondientes adjudicaciones. Estas ofertas se presentaron con anterioridad a la fecha de los correos electrónicos a los que acompañan los documentos en cuestión, por lo que no es cierto que reflejen "ofertas a presentar" por los supuestos miembros del pretendido Cártel, como incorrectamente dice la resolución. Se presentaron con anterioridad a la fecha de los correos electrónicos a los que acompañaban los documentos.

La última «prueba» invocada respecto a repartos de licitaciones por parte del supuesto cártel del Ferrocarril Convencional entre septiembre de 2008 y octubre de 2013 corresponde a un folio manuscrito recabado en la inspección de ELECNOR, descrito en el hecho 23 que, según la CNMC, recogería la « *[s]istemática a seguir respecto del reparto de dichas licitaciones [...]* ». Este documento no hace referencia a ninguna empresa ni licitación concreta. Afirma que ni tan siquiera es posible determinar por su contenido, si tiene que ver con licitaciones de electrificación de ferrocarril convencional. La consecuencia para la actora de esta falta de actividad probatoria es la ruptura de la continuidad, puesto que, en el mejor de los casos estaríamos ante dos infracciones, la primera de ellas prescrita.

Para dar una respuesta razonada a esta alegación tenemos que centrarnos en la carga incriminatoria que se le puede atribuir a los hechos recogidos en el punto (22), un solo punto en el que la CNMC, ni más ni menos, despacha tres años de actividad colusoria, el 2010, 2011 y 2012.

Reconoce la Administración que, la última licitación convocada tuvo lugar el 28 de marzo de 2008, adjudicada el 12 de mayo de 2009. Sin embargo, afirma que la « *[s]istemática descrita de reparto entre las empresas CITRACC, COBRA, CYMI, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SEMI, SIEMENS y VIMAC se mantuvo en los años 2010, 2011 y 2012, tal como reflejan diferentes ficheros que recogen las sucesivas licitaciones convocadas por ADIF en esos años para el mantenimiento de subestaciones eléctricas de líneas de tren convencionales, en los que se detallan los importes de adjudicación, las empresas adjudicatarias y las ofertas a presentar por cada una de las 11 empresas que forman parte de los acuerdos [...]* ». Esta conclusión se sustenta, como ya hemos apuntado, en los correos electrónicos internos de COBRA de 25 de marzo de 2010 con asunto ADIF y documento adjunto «LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 25 MAR 10.xls» (folios 18407 a 18408), de 11 de enero de 2011 con asunto «Global Licitaciones Adif Territoriales Provisional 11 Ene 11.xls» y documento adjunto «LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 11 ENE 11.xls» (folios 18481 a 18482) y de 11 de enero de 2012, con asunto «ADIF CONVENCIONAL» y documento adjunto «ADJUDICACIONES ADIF CONVENCIONAL.xls» (folios 18561 a 18562).

Advertíamos al principio de esta sentencia, que la resolución sancionadora no era precisamente un prodigio en cuanto a la motivación de la responsabilidad por la mecánica seguida y que se centraba, esencialmente a la mera remisión numérica de los apartados o hechos probados a los que anudaba la responsabilidad. No hace mayores consideraciones o valoraciones sobre el alcance de estos hitos de cara a la concreta conducta imputada cada empresa. También hemos dicho que no es nuestra tarea completar la motivación de la responsabilidad, llegando donde no lo ha hecho el acuerdo sancionador, ni añadir nuevos datos ni razones no tenidas expresamente en consideración por la Administración para acotar la incriminación de cada partícipe.

Esta apreciación implica que no podemos tomar en consideración, a los efectos de valorar las conductas de los años 2010, 2011 y 2012 respecto de CYMI, ningún otro dato que la propia resolución no haya vinculado de manera directa con la participación de la empresa, ya sea de manera directa o indirecta. Esto también implica que, todos los razonamientos que la demanda ha encaminado a desvirtuar el contenido incriminatorio de anotaciones manuscritas del Delegado de Subestaciones de Interior de ELECNOR de 21 de noviembre de 2011 a la que se refiere el hecho (23), son irrelevantes de cara a CYMI, puesto que ni tan siquiera este hecho fue mencionado por remisión cuando el acuerdo sancionador entró a motivar la responsabilidad de la actora. Llama la atención que la demanda entre de lleno en el análisis de este correo, puesto que implica dar



relevancia a hechos que la propia CNMC parece haber descartado para motivar la incriminación la empresa. Quizás estemos ante un claro ejemplo de las perniciosas consecuencias de la desmedida extensión de estos escritos, donde la cantidad es inversamente proporcional a la calidad y precisión, y donde lo breve es sinónimo de lo mejor. Es más, la propia forma de acometer esta alegación por la demanda, podría haber llevado a la Sala a incurrir en ese mismo error, y de manera irreflexiva o por automatismos llevarnos a valorar el contenido del hecho (23) como dato incriminatorio para CYMI, lo que muy probablemente habría provocado unas consecuencias muy distintas a la que pasaremos a exponer a continuación.

Como decimos solo nos podemos centrar en hecho (22) para valorar como queda justificada la participación de CYMI en el cártel del tren convencional durante los años 2010, 2011 y 2012.

Lo primero que nos llama la atención es la abundante prueba que existe tanto de años anteriores como a partir del 2013. Podría explicarse por la propia naturaleza clandestina de la conducta colusoria, no siempre fácil de probar y donde los indicios son los reveladores de la infracción. La escasez de prueba no sería determinante para exonerar la responsabilidad, si la que hubiera fuera suficiente y los razonamientos así lo justificaran. Sin embargo, sobre este punto lo que más llama la atención son los términos apodícticos con los que se expresa la resolución en este apartado (22) y la falta de concreción o punto de apoyo de sus conclusiones.

Los Excel a los que se refiere el punto (22) para afirmar categóricamente el mantenimiento del cartel: (i) hacen referencia a licitaciones pasadas; (ii) son datos que podrían ser públicos puesto que se trata de adjudicaciones que ya habían tenido lugar; (iii) se aportan datos también de otras empresas no implicadas en el cártel, con lo cual no sabemos muy bien, a falta mayor concreción por parte de quien sanciona, donde está la relevancia de este documento; (iv) este solo documento, sin mayor explicación no sabemos porque sigue reflejando el reparto que inicialmente dio lugar a la práctica anticompetitiva, nada razona la resolución, más allá de su lacónica afirmación.

Además, se refiere en este punto a « *[l]as ofertas a presentar por cada una de las 11 empresas que forman parte de los acuerdos [...]* ». Es cierto que el tiempo verbal utilizado en la frase, el infinitivo, sirve para expresar una acción sin especificar tiempo verbal, modo o persona. Sin embargo, al decir *a presentar* puede inducir a error en la medida que no sabemos se si refiere a licitaciones pasadas, como afirma la demanda y parece desprenderse de los Excel, o estamos ante intenciones de futuros repartos, extremo que ni puntualiza ni aclara la confusa redacción de este hecho que tiene una importancia crucial de cara a la incriminación de CYMI.

La consecuencia de todo ello es la existencia de un vacío de cuatro años aproximadamente en los que no existe una constancia cierta de cual fue la actividad llevada a cabo por el cartel y si estuvo operativo durante este tiempo. La carga probatoria le corresponde a la CNMC y la que aparece descrita en este hecho (22) es insuficiente, confusa y desconecta de la motivación de la participación de la actora.

Este hueco temporal tiene sus consecuencias cuando estamos, como es el caso, ante una infracción única y continuada. Recordemos que el que se trate de una infracción de esta naturaleza implica que: (i) la participación de una empresa no se haya interrumpido aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto; (ii) habilita la imposición de la multa por todo el periodo a cualquiera de los partícipes; (iii) y el plazo de prescripción queda interrumpido por la continuidad en la infracción.

Uno de los principales problemas, cuando nos encontramos ante periodos de inactividad, es fijar el tiempo que debe pasar entre ambos, para poder valorar si las conductas deben integrarse en una sola y única infracción o podrían constituir dos o más infracciones consumadas en hitos temporales diferentes. A la pregunta de cuánto tiempo se considera razonable para que se considere interrumpida la continuidad de una infracción, la ya citada STG de 17 de mayo de 2013, Trelleborg, asuntos acumulados T-14 7/09 y T-148/09, valora un tiempo aproximado a los dos años « *[l]a Comisión no dispone de ninguna prueba de la implicación de las demandantes en esos contactos multilaterales durante el período intermedio, que duró más de dos años, o de que hubieran participado en las reuniones que tuvieron lugar con objeto de reactivar el cartel, ni siquiera que hubieran tenido conocimiento de ellas [...]* » (apartado 66), periodo durante el que no existieron « *[i]ndicios objetivos y concordantes que permitan apreciar la implicación de las demandantes en los contactos mantenidos durante el período de crisis del cartel [...]* » (apartado 68). No obstante, este periodo de tiempo tiene un valor meramente indicativo por lo casuístico de las situaciones a tratar, lo obliga a valorar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes ante la ausencia de un pronunciamiento público y expreso de apartamiento del cártel, como apuntaba la ya citada STJUE de 8 de julio de 1999 Comisión/Anic Partecipazioni, (apartado 50).

En el presente caso ya no estaríamos ante una sola infracción única y continuada sino ante dos infracciones distintas, una primera que va de los años 2002 a 2009 y otra de octubre de 2013 a mayo de 2014. La



consecuencia es que, el 30 de mayo de 2017, cuando se inició el procedimiento sancionador contra CYMI, habían transcurrido más de los cuatro años previstos en el artículo 69.1 de la LDC, respecto de los hechos ocurridos entre 2002 y 2009, lo que implica la prescripción de las infracciones que pudieran haberse cometido en ese periodo.

En conclusión, solo le resulta imputable a la actora una infracción única y continuada por el cártel del tren convencional que abarca el periodo comprendido entre octubre 2013 y mayo de 2014.

En este periodo, las pruebas no ofrecen dudas sobre la participación de la actora en la conducta imputada y cómo las estrategias compartidas entre las sancionadas revelan como las empresas realizaban ofertas de cobertura para crear una apariencia de concurrencia competitiva a los contratos. Las coberturas generalmente suponían presentar bajas inferiores a la que debía presentar la empresa ganadora, pero también se ha demostrado que en ocasiones se hacían combinaciones de bajas menores con bajas temerarias, de esta manera se forzaba que las empresas fueran descartadas de determinadas licitaciones.

OCTAVO.- Las dudas que expresadas en el cártel del tren convencional no las tenemos en la de alta velocidad, a pesar de que la demanda hace alegaciones en el mismo sentido.

Se constató como todas las ofertas lo fueron de UTEs integradas por empresas participantes en el cártel, entre ellas CYMI y con una dinámica idéntica, la oferta ganadora era la que hacía la mayor baja (en concreto del 4%, 2,84%, 2,72%, 2,32% y 2,11%) y las otras UTEs que concurrían lo hacían con bajas inapreciables (en concreto, oscilaron entre el 0,3% y el 1,3%), de ese modo se aseguraba la continuidad del cártel.

El soporte probatorio no solo se apoya en la declaración del clemente, sino fue corroborada con los correos electrónicos que se describen, notas manuscritas, hojas de Excel y PDF que, en este caso, sí describen como se hacía el reparto, los porcentajes de participación de cada empresa, incluso las compensaciones a percibir por cada una.

Esta concordancia en los elementos probatorios refuerza la declaración del clemente, que como ya reconociera la TGUE de 30 de noviembre de 2011, asunto T-208/06 no por el solo hecho de bonificarse de la exención dejan de ser pruebas fiables. No cabe explicación razonable alguna que justifique los comportamientos que se han descrito, y la recurrente en ningún momento se apartó de manera expresa, clara o reconocible de su participación en el cártel.

Estamos ante una relevante cantidad de elementos probatorios que de forma directa permiten acreditar la existencia de conductas anticompetitivas entre las empresas responsables de las mismas. Es más, las conductas y el comportamiento desplegado resultan de una antijuridicidad que pocas dudas ofrece la infracción cometida.

Tampoco concurre la prescripción invocada a pesar de que, efectivamente no hubo licitaciones durante un importante periodo de tiempo. Sin embargo, lo correos revelan el mantenimiento en el tiempo de la conducta colusoria porque reflejaban contactos para mantener los acuerdos en la ejecución de las licitaciones. La práctica colusoria no se agota con el reparto que se hubiera hecho a través de una licitación, cuando el contacto se mantiene durante todo el proceso de ejecución. En este caso no tenemos el vacío temporal que sí hemos apreciado en el cártel del tren convencional.

NOVENO.- En cuanto a su necesaria participación en las UTEs, la demanda cuestiona la capacidad individual de las empresas valorada por la CNMC para concurrir por su cuenta en las licitaciones. Dice que CYMI no tenía capacidad disponible para licitar en solitario a ninguna de las tres licitaciones a las que se presentó en UTEs con posterioridad a la fecha de prescripción. También es incorrecta la calificación de las UTEs de las CYMI formó parte con posterioridad a la fecha de prescripción como restricción por objeto y ausencia de análisis de las UTEs como restricciones por efecto.

Este motivo enlaza con la prueba que instó la actora y con el derecho a la defensa que consideró violentado.

Constatamos que la prueba tendente a acreditar la necesidad de la constitución de las UTEs por carecer las empresas de la capacidad técnica disponible, resulta a todas luces irrelevante. Y decimos que resulta innecesaria porque no se cuestiona la necesidad acudir a una determinada licitación bajo la cobertura de una UTE, como medio para afrontar las necesidades técnicas de las algunas empresas carecían. El reproche no está en la necesidad o de la UTE, sino en el hecho de que aprovechado su constitución, inicial licitud y ventajas, los integrantes del cártel se repartieran el mercado o se intercambiaban una información que no puede ser compartida entre competidores. Las UTEs, bajo una apariencia de licitud, fueron en medio idóneo para materializar las connivencias en las pujas, para mantener inalteradas y permanentes las alianzas de las empresas de un modo incompatible con el derecho de la competencia. Por estas razones, el que una prueba pericial llegue a acreditar la procedencia técnica de una UTE, no descarta su antijuridicidad si, como ocurrió en

el supuesto que enjuiciamos, se convierten en un vehículo idóneo para llevar a cabo prácticas anticompetitivas como las que se han acreditado.

DÉCIMO.- También se discute el cálculo de las multas impuestas. Dice que el criterio es infundado y arbitrario, dando lugar a cuantías desproporcionadas, y por lo tanto falto de motivación. La CNCM ha basado sus cálculos en cifras erróneas de volumen de negocios que conllevan la imposición de sanciones desproporcionadas y la metodología empleada por el Consejo no toma en consideración el carácter multiproducto y multigeográfico de CYMI.

Precisamos que el acuerdo sancionador ha seguido los criterios y las líneas trazadas por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013, que dejó sin efecto la comunicación de multas y corroboró que la cuantificación de la sanción debía circunscribirse a los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC. Esta previsión legal se concibe como el nivel máximo de un arco sancionador y que las sanciones deben individualizarse en función de la gravedad de las conductas, « *[c]onstituye, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje (...)* Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones. [...] ». Esto significa que la multa podría llegar hasta el 10% del volumen de negocios total, puesto que estamos ante una infracción muy grave. Como dice la resolución sancionadora la determinación de la sanción deberá concretarse en una horquilla que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho margen, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC.

Bajo esta premisa podemos afirmar que el acuerdo sancionador respeta los márgenes herméticos que se deriva de la cuantificación de la multa establecidos por el Tribunal Supremo. En definitiva, la cuantificación de la multa se fija en un porcentaje que sitúa por debajo de la media el tipo sancionador máximo, porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes respecto del valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión. No apreciamos desproporcionalidad entre los márgenes de los tipos sancionadores aplicados a las empresas intervinientes en el cártel, que permitan corregir criterios arbitrarios o no razonados de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora.

En definitiva, son claros los elementos que sirven para explicar la decisión que toma la Administración en la cuantificación de la nueva sanción, así como una ponderada y explicada motivación. Debemos tener presente que esta Sala ha reiterado en varias sentencias, entre las que podemos recordar las de 7 de abril de 2022, recurso 34/2018 o 18 de junio de 2021, recurso 523/2016, que « *[l]os criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC- Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 123/81) [...]*».

En cuanto a la queja de que no ha sido tomada la consideración de empresa multiproducto, esta denuncia tiene que ver con la proporcionalidad en la imposición de la sanción. La resolución para este tipo de empresas realizó una estimación del límite de esa proporcionalidad, de modo que si en algunos casos la DC no ajustó sus sanciones a la baja fue porque las sanciones resultantes de los tipos sancionadores determinados para estas empresas eran inferiores a sus respectivos límites de proporcionalidad, lo que descarta que la finalmente impuesta corrieran el riesgo de resultar desproporcionadas.

DÉCIMOPRIMERO.- Por último, la demanda dice que la prohibición de contratar con entidades del sector público no puede serle aplicable a CYMI, ya que su supuesta participación en los dos cárteles es anterior a la entrada en vigor de dicha prohibición.

La prohibición de contratar se introdujo en la por la disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que modificó los artículos 60 y 61 del entonces vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 22 de octubre



de 2015. Las conductas sancionadas fueron anteriores al 22 de octubre de 2015, y como dice el acuerdo sancionador «[s]in perjuicio de la diferente participación de cada una de las empresas en dicha infracción [...]».

De esta especial circunstancia fue consciente la resolución impugnada y por ese motivo dijo que « [!]a certificación de esta resolución a la mencionada Junta (artículo 72.3 LCSP), al margen de la posibilidad de que esta Comisión sea consultada o pueda emitir informe sobre las circunstancias concurrentes en el marco de dicho procedimiento que permitan graduar la duración y el alcance de la prohibición para cada uno de los sujetos afectados de acuerdo con su concreta participación [...]».

Por lo tanto, lo que reclama la actora ya fue contemplado por la propia resolución sancionadora, que condicionó la aplicación de la prohibición solo a aquellas empresas cuyas conductas fueran posteriores a la entrada en vigor de la modificación.

DECIMOSEGUNDO.- Lo dicho en los anteriores fundamentos nos lleva a parcial estimación del presente recurso en cuanto debemos anular el acuerdo sancionador en lo que se refiere a la infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, por el periodo comprendido del 2002 a octubre de 2013, sin que la Sala albergue dudas sobre la antijuridicidad y punibilidad de las conductas probadas en el periodo comprendido entre octubre de 2013 a mayo de 2014, con las consecuencias punitivas en que un caso proceda. El resto de las pretensiones deben ser desestimadas.

DECIMOTERCERO.- La parcial estimación del recurso nos lleva a que no hagamos expreso pronunciamiento en costas de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES CYMI, S.A.** contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 14 de marzo de 2019, NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÓNICAS FERROVIARIAS; que anulamos por no ser ajustado a derecho en los términos expresados en el fundamento decimosegundo de esta sentencia, sin expreso pronunciamiento en cotas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.