



Roj: **SAN 2186/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2186**

Id Cendoj: **28079230062024100232**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/04/2024**

Nº de Recurso: **902/2019**

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: 0000902 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 6784/2019

Demandante: FUENTEBLANDOR HOLDING, S.L. y de TELÉFONOS LÍNEAS Y CENTRALES, S.A.

Procurador: DOÑA MARÍA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

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

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

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 **902/2019**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **FUENTEBLANDOR HOLDING, S.L.** y de **TELÉFONOS LÍNEAS Y CENTRALES, S.A.** representadas por la procuradora doña María Del Carmen Ortiz Cornago 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 «[a]nule la Resolución dictada, con fecha de 14 de marzo de 2019, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el expediente NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, en cuanto a la declaración (resuelvo primero b)) de la comisión por parte de TELICE de 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, en los términos previstos en el Fundamento cuarto de la Resolución; y en consecuencia anule la sanción impuesta a TELICE en el resuelvo segundo b) de la misma Resolución por importe de 600.000€, con todos los efectos legales que dicha anulación lleva aparejados, incluyendo por ello dejar sin efecto el mandato contenido en el resuelvo séptimo de la Resolución en cuanto a su remisión a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado;

2. condene, en consecuencia, a la Administración demandada a devolver a TELICE el importe de la sanción abonada, con los intereses legales desde la fecha de se pagó.

3. acuerde la expresa imposición de costas a la Administración demandada. [...]».

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 14 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 FUENTEBLANDOR HOLDING, S.L. (en lo sucesivo, "FUENTEBLANDOR") y de TELÉFONOS LÍNEAS Y CENTRALES, S.A. (en adelante TELICE) 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 ELECTROMECÁNICAS 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 .

(...)

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:

(...)

TELÉFONOS, Líneas y Centrales, S.A. y solidariamente a su matriz FUENTEBLANDOR HOLDING, S.L.

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:

(...)

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

(...)

TELÉFONOS, Líneas y Centrales, S.A.: 600.000 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. Carlos Alberto, Presidente de ALSTOM, D. Luis Francisco, Director de Market & Portfolio de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM, S.A. y D. Juan Manuel, 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. Alfredo 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 de 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 de conjunto sobre el 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.

Las recurrentes resultaron sancionadas por su participación en 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 Ley 15/2007 (LDC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), desde el año 2012 hasta septiembre de 2014.

Para la correcta comprensión del debate, es necesario poner de manifiesto de terminado externos que se desprenden del expediente administrativo y que pasaremos 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 NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÁNICA 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 Carlos Alberto, don Luis Francisco y don Juan Manuel; de COBRA: don Florentino y don Heraclio; de CYMI: don Ignacio; de ELECTRÉN: don Jaime y don Julián; de SEMI: don Leon; de CITRACC: don Alfredo; de ELEC NOR: don Martin y don Millán; de INABENSA: don Patricio; de INDRA: don Raimundo y de SIEMENS: don Ruperto.

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, pero parte de una premisa inicial y es la inexistencia de prueba alguna de la participación de FUENTEBLANDOR y de TELICE en ninguna de las reuniones o conversaciones que según la CNMC se articularon para conformar y llevar a efecto el cartel. A partir de esta categórica afirmación analiza la prueba practicada que, a su juicio, corrobora la falta de participación de las demandantes. Llega a la conclusión de que: (i) TELICE no formó parte de ninguna mesa del cártel; (ii) no participó en ningún sorteo para establecer el orden de adjudicación de las licitaciones; (iii) no aparece en ninguna tabla de reparto confeccionada por el cártel; y (iv) no participó en ninguna reunión en el Hotel Meliá Castilla, relativa al mantenimiento de la alta velocidad, ni en ninguna reunión el 8 de enero de 2014 para el reparto de la licitación del contrato de los 6 Lotes, hasta el punto de que la propia CNMC reconoció en su propuesta de resolución que TELICE no participó en el reparto de esta licitación.

Desde este punto de partida, la demanda desciende en el concreto análisis de cada los indicios y pruebas de cada una de las tres conductas imputadas.

Antes de comenzar a dar respuesta a las varias cuestiones que se plantean, conviene aclarar que TELICE, desde su constitución en 1973, realiza contratos de obras y servicios para la construcción y mantenimiento de instalaciones ferroviarias, particularmente señalización, comunicaciones y electrificación. Desde abril del 2012 está participada en un 99,99% por FUENTEBLANDOR, que es su administrador único.

Es cierto que la demanda niega la condición de administrador que se le atribuye a FUENTEBLANDOR, sin embargo, la participación del 99,99 % no se cuestiona, y pone de manifiesto el peso que tiene en TELICE en la toma de cualquier tipo de decisión.

TERCERO.- Como vemos la parte más relevante del escrito de demanda se centra en la crítica DE la actividad probatoria de la CNMC sobre la que descansa la imputación de la conducta colusoria. Esto no obliga a examinar que extremos fácticos, o hechos probados, han sido destacados por el acuerdo sancionador para motivar la participación y culpabilidad en la infracción imputada.

Dice el acuerdo sancionador que TELICE ha participado en el cártel desde 2012 hasta septiembre de 2014. La empresa aparece en acuerdos de reparto con SEMI en 2012 (hecho 24 y Anexo I), y en 2014 en los acuerdos de reparto del 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 (Expte. NUM001) (6 lotes) (hecho 37 y Anexo I) y del contrato para el mantenimiento de las subestaciones y catenaria de las líneas de ferrocarril convencional (Expte. NUM002) (hechos 40, 44, 45 y 49 y Anexo I).

Como advertimos, si la propia resolución anuda la responsabilidad a ciertos hechos que considera probados, solo nos podemos mover en el contexto de esa realidad fáctica para analizar la participación y de las empresas sancionadas. 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. [...]».

Por lo tanto, en la tarea de revisión del acuerdo sancionador que nos corresponde, debemos ceñirnos al cotejo de 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.

CUARTO.- Por lo tanto, nos vamos a limitar al análisis de los elementos probatorios destacados como determinantes por la resolución sancionadora en cada una de las tres conductas imputadas a TELICE.

Empezamos con los acuerdos de reparto con SEMI en el año 2012, que se justifica con el hecho (24). En este hecho se describe los repartos entre SEMI y TELICE de determinadas licitaciones convocadas por el ADIF en 2012. El correo electrónico remitido por el Director de zona de SEMI al Director de Ferrocarriles de SEMI el 6 de junio de 2013, expresamente se admite la existencia del acuerdo, en el que se decía « [T]e adjunto resumen de ofertas de ADIF, en donde se ve las obras que íbamos en acuerdo con TELICE" [...]». Añade que fruto de este acuerdo de reparto, el montante total adjudicado a cada una de estas empresas fue para TELICE de 563.844,30 euros - resultando adjudicataria de la primera y la tercera licitación- y para SEMI de 548.583,62 euros -adjudicataria de la segunda y cuarta-. Para cuadrar dicho reparto entre las empresas, en términos monetarios de adjudicación, SEMI y TELICE acordaron que en el contrato de *Sustitución de materiales críticos y adecuación de la Catenaria Bembibre-Ponferrada*, el que TELICE subcontrataría a SEMI por un importe de 100.000 euros. Este último dato se corroboró con la Tabla Excel *Resultados Ofertas 2012 Desiderio .xlsx* adjunto al correo electrónico interno de SEMI de 6 de junio de 2013, con asunto *ofertas ADIF*, recabado en la inspección de SEMI.

El segundo de los comportamientos del 2014, se refiere a los acuerdos de reparto del 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, Expte. NUM001 , (6 lotes). Se apoya en el hecho (37) donde se describe que en 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. Se afirma que el sistema consistía en acordar una baja ganadora cercana al 5%, mientras que el resto de empresas harían ofertas de cobertura en torno al 1%. ADIF informa sobre el resultado de dicha licitación que corrobora la ejecución del acuerdo. En el cuadro elaborado por ALSTOM con las ofertas presentadas para cada lote, se aprecia que para el lote 1 de la zona Centro, SEMI y ELECNOR, que habían mostrado su interés por obtenerlo, presentaron ofertas con unas bajas prácticamente idénticas (3,99% y 3,98%, respectivamente), mientras que COBRA y ALSTOM presentaron ofertas con bajas del 1,20% y 1,12%, respectivamente⁹⁶. Para el lote 2 de la zona Noroeste, SIEMENS se presentó en UTE junto con EYM e INABENSA, con una baja del 4,11%, mientras que en el lote 3 de la zona Sur, presentó una oferta del 1% para que fuera COBRA la que resultara adjudicataria de dicho lote, con una baja del 4,06%.

Esta información fue aportada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 12779); por SIEMENS en su solicitud de reducción del importe de la multa (folios 26593, 26594 y 26508); y por el escrito de ADIF de 26 de mayo de 2017 en contestación al requerimiento de información realizado por la DC.

La tercera conducta colusoria se refiere al contrato para el mantenimiento de las subestaciones y catenaria de las líneas de ferrocarril convencional, Expte. NUM002 , y se circunscribe a los hechos (40, 44, 45 y 49). En el hecho 40 se hace referencia a esta licitación y se produjo el reparto entre ALSTOM, COBRA, ELECNOR, ELECTREN, EYM, INABENSA, SEMI, SIEMENS y TELICE, con la misma mecánica que en un concurso anterior que fue desistido por ADIF, también por información facilitada por ALSTOM y SIEMENS. En el (44) se describe como el 25 de septiembre de 2014, el Responsable de Ventas en el Área de Mantenimiento Ferroviario de SIEMENS envió por correo electrónico a EYM e INABENSA los acuerdos de UTE. Se especificaba que para el lote 2 se presentaría la UTE de EYM, INABENSA, SIEMENS y TELICE y para los lotes 4 y 6 la UTE de EYM, INABENSA



y SIEMENS; fue recabado en la inspección se SIEMENS. Se corrobora en el hecho (45), como las referidas empresas presentaron su oferta en UTE para esos lotes. El resto de las empresas del acuerdo presentaron ofertas individuales con bajas inferiores al 1% del presupuesto de licitación. Se destaca en el hecho (49), en relación con el lote 2, el cumpliendo con el reparto acordado. A SIEMENS le correspondía la adjudicación de este lote y para ello creó una UTE junto con EYM, INABENSA y TELICE (presentando una oferta con una baja del 4%), mientras que otras empresas del acuerdo presentaron ofertas de cobertura, como las de COBRA (con una baja del 0,6%) y ELECNOR (con una baja del 0,5%), que hizo, en la práctica, que la oferta presentada por NEOPUL (con baja del 14%) fuese considerada temeraria, aunque ADIF finalmente consideró justificada dicha baja y adjudicó este lote a NEOPUL; información también recabada en a través de ALSTOM y de SIEMENS.

En todos los tres comportamientos el acuerdo sancionador se hace remisión al Anexo I, donde se recoge todo el cuadro de licitaciones y adjudicaciones en el tren convencional.

QUINTO.- La demanda sostiene que estos extremos no revelan la participación de las actoras en ningún cártel, que no hay datos de su implicación, ni comunicación directa alguna con TELICE. Además, niega categóricamente la asistencia a la reunión en el hotel Meliá de la que parte la resolución sancionadora para justificar su participación.

La respuesta a esta queja no puede discurrir por un terreno favorable a los intereses de la recurrente por el solo hecho de que no exista constancia directa de su participación o que los correos no fueran dirigidos a las empresas. Estos extremos no desdican la valoración y la consideración final a la que llegó la CNMC.

Como ha dicho esta Sala y Sección en anteriores ocasiones, entre otras en sentencias de 9 de junio de 2016, recurso 551/13 y 26 de marzo de 2019, recurso 523/2015 FJ 3º, en este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras. El medio habitual de colmar la actividad probatoria es a través de los indicios, técnica probatoria admitida por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985.

En la prueba indiciaria se parte de un hecho conocido y cierto del que a través de un razonado proceso de análisis deductivo se concluye la existencia de otro desconocido, hasta ese momento, pero también cierto y veraz, donde se culmina y manifiesta la conducta infractora.

Este proceso debe estar trabado con la suficiente fuerza persuasiva que lleve sin dudas a la convicción de quien juzga de que los hechos se han producido tal y como se describen, de manera que sea posible establecer una directa relación entre estos y las consecuencias punitivas que se anudan, descartando cualquier otra explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que ha llegado. En definitiva, para que la prueba de presunciones supere la barrera de la presunción de inocencia, se requiere que los indicios no se sustenten en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

El TJUE ha exigido que la incriminación se ponga de manifiesto con pruebas precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que la infracción tuvo lugar (véanse en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C89/85, C10 4/85, C114/85, C11 6/85, C117/85 y C12 5/85 a C129/85, Rec. p. I13 07, apartado 127; del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión, T62/98, Rec. p. I27 07, apartados 43 y 72).

En el presente litigio, los indicios sobre las que descansa la imposición de la sanción despejan toda duda razonable sobre la participación en el cártel, lo que permite imputarles las prácticas anticompetitivas por las que se las sanciona.

A pesar de que se niega de manera categoría la asistencia a la reunión del hotel Meliá, la afirmación se contradice con la información facilitada por la clemente ALSTOM y por el incontrovertido extremo de la participación de TELICE en unas licitaciones donde se materializó el reparto al que llegaron el resto de las empresas implicadas. Este extremo difícilmente se puede cuestionar a la luz de la más que abundante prueba directa de su participación en los procesos de licitación.

La existencia del cartel resulta indiscutible, por eso la demanda se centra en la improcedente inclusión de TELICE este acuerdo colusorio. Este argumento difícilmente se sostiene puesto que está constatada la existencia del cartel y los acuerdos de reparto en las licitaciones, y que la recurrente estuvo presente e intervino en las UTEs que concurrieron a estos contratos. Dar por bueno las razones de la demanda, es como admitir que estaba presente en un cártel sin saber ni ser consciente de su pertenencia ni de lo que allí se había previamente acordado; resulta simplemente inverosímil.



Toda esta prueba indiciaria 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 del cártel, al contrario su participación se corrobora con los procesos de licitación y la asunción de los criterios de reparto.

No cabe ampararse en la supuesta necesidad técnica una UTE para que, bajo esta apariencia de legalidad, lo que se esconde es un medio para materializar el reparto de mercado entre competidores, como ha quedado acreditado. La legalidad de la UTE revierte en antijuridicidad, cuando se aprovecha esta forma de concursar en las licitaciones, con previos y pactados acuerdos de reparto del mercado. Tampoco el acto inicial en la constitución de una UTE puede justificar o amparar el intercambio de una información entre competidores contraria a las normas de competencia. Por estas razones, ni la prueba pericial ni la testifical desvirtúan la valoración que hizo la CNMC, tanto de las conductas imputadas como sobre la utilización de las UTEs.

En conclusión, nos encontramos ante una relevante cantidad de elementos probatorios que constatan la existencia del cártel, los comportamientos colusorios de las empresas implicadas, y la indiscutible participación de la actora en las licitaciones a través del uso torticero de las UTEs. Desde esta premisa no resulta especialmente complejo deducir tanto el conocimiento como la participación de TELICE en la conducta colusoria, como concluyó el acuerdo sancionador.

SEXTO.- También sostiene la demanda falta de proporcionalidad de la sanción, y para aporta un informe pericial. Sostiene que en el informe pericial se concluye que la cuota de participación media de las empresas involucradas en la conducta supera el 11% y corresponde con un tamaño relativo medio de las multas del orden del 8,9% de las ventas de cada empresa en el mercado afectado, mientras que en el caso de TELICE la cuota de participación es del 1,2%. Tras los cálculos efectuados concluye que el límite de proporcionalidad empleado por la Resolución implica un margen de beneficio ilícito muy superior al margen total realmente registrado por dicha empresa.

Constatamos 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) [...]».

SÉPTIMO.- Los anteriores razonamientos nos conducen a la integra desestimación del presente recurso, con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **FUENTEBLANDOR HOLDING, S.L.** y de **TELÉFO NOS LÍNEAS Y CENTRALES, 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, expediente sancionador NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, con expresa condena en costas a la parte actora.

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.