



Roj: **SAN 2252/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2252**

Id Cendoj: **28079230062024100250**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/04/2024**

Nº de Recurso: **893/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000893 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06732/2019

Demandante: CONSTRUCCIONES, INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, S.A.U. (CITRACC) y de su matriz DELEJOR13, S.L.U. (DELEJOR)

Procurador: D^a CRISTINA DE VEGA SUAREZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ALSTOM TRANSPORTE, ADIF

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA N^o :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

Madrid, a veinticuatro de abril de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 893/19 promovido por la Procuradora D^a Cristina de Vega Suárez en nombre y representación de **CONSTRUCCIONES, INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, S.A.U. (CITRACC) y de su matriz DELEJOR13, S.L.U. (DELEJOR)** contra la resolución de 14 de marzo de 2019, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÑICAS FERROVIARIAS, por la cual se impuso a la primera, y solidariamente a su matriz, una sanción de multa por importe de 385.067 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando "... dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso:

(i) Se declare la nulidad de pleno derecho de la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de fecha 14 de marzo de 2019, por la que se sanciona a nuestras representadas, CITRACC y DELEJOR13, con multa de 385.067 euros, y prohibición para contratar con la administración, al haberse vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en sus diferentes vertientes y especialmente al no haberse acreditado los hechos objeto de imputación, así como por vulneración del derecho de defensa al desatender la práctica totalidad de las pruebas aportadas por esta parte durante el procedimiento sancionador.

Subsidiariamente, se declare la anulabilidad de la resolución sancionadora impugnada a la vista de las diferentes infracciones legales expuestas a lo largo del presente escrito de demanda y, en especial, al no estar acreditado que existiera una actuación única y continuada en el tiempo por parte de los sancionados sino, en su caso y con negación expresa de esta parte, dos conductas diferenciadas, habiendo prescrito las presuntas actuaciones infractoras cometidas entre los años 2010 y 2011 y no poder calificarse como infracción las actuaciones imputadas en los años 2013 y 2014.

(ii) Declarada la nulidad o anulabilidad de la resolución impugnada, se condene a la Administración demandada a la devolución del importe de 385.067 euros que mi representada haya abonado o, en su caso, garantizado todo ello más los intereses que correspondan; y se declare expresamente la inexistencia de prohibición para contratar con la Administración.

(iii) Subsidiariamente, modifique y reduzca la sanción impuesta por la Resolución de acuerdo con las alegaciones de este escrito y, en particular, de conformidad con los criterios establecidos en los Fundamentos de Derecho de este escrito, incluyendo, entre otros, el Fundamento de Derecho Sexto.

(iv) Dicte la expresa condena en costas a la Administración demandada, que ha actuado de manera negligente y con mala fe, al haber dado por ciertos unos hechos que claramente eran inexistentes, desconocer las pruebas de esta parte que así lo ponían de manifiesto e incluso ignorar cuestiones jurídicas básicas como la entrada en vigor de la ley aplicable en lo que a la prohibición para contratar se refiere, ocasionando a esta parte unos perjuicios económicos y reputacionales irreparables".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 14 de febrero de 2024, en que tuvo lugar, prolongándose la deliberación a sucesivas sesiones.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 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 ELECTROMECAÑICAS, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"Primero. 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:

(...)

- CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, S.A.U. y solidariamente a su matriz DELEJOR13, S.L.U.

(...)

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:

(...)

- CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, S.A.U.: 385.067

euros

(...)

Sétimo. De conformidad con el fundamento séptimo, remitir la presente resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos oportunos.

Octavo. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución".

Como antecedentes procedimentales de dicha resolución pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

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. Ponía en conocimiento de la CNMC la posible comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, y la solicitud de exención se refería a las eventuales sanciones derivadas del acuerdo para la manipulación y reparto de un proyecto de electrificación y electromecánica ferroviarios, denominado Follo Line, en el que habría participado una filial de ALSTOM, S.A. En la solicitud de exención, junto con la documentación presentada, se incorporaba información y elementos de prueba de la infracción.

2) A la vista de la información remitida, la DC inició una información reservada y, con fecha 1 de julio de 2016, concedió la exención condicional a ALSTOM, S.A. y sus filiales, en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC, por haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que posibilitaban la realización de una inspección en relación con la infracción comunicada.

3) Los días 11 a 13 de julio de 2016 la DC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de ALSTOM y ELEC NOR, S.A. (ELEC NOR) 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).

4) A partir de la información obtenida en dichas inspecciones, y de la aportada por ALSTOM, la DC acordó con fecha 30 de mayo de 2017 la incoación del expediente NUM000 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; ELEC NOR; 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.

5) El 10 de noviembre de 2017 SIEMENS, S.A. presentó una solicitud de reducción del importe de la multa a los efectos del artículo 66 de la LDC, y en relación con las prácticas llevadas a cabo en el mercado español para la fabricación, instalación, suministro y mantenimiento de sistemas de electrificación ferroviarios.

6) Con fecha 21 de diciembre de 2017 la DC amplió el acuerdo de incoación a ISOLUX INGENIERÍA, S.A. y a quince directivos de empresas ya incoadas por su participación en las conductas investigadas en este expediente: directivos de ALSTOM: D. Rodrigo, D. Romeo y D. Roque; de COBRA: D. Sabino y D. Nicolas; de CYMI: D. Santiago; de ELECTRÉN: D. Sebastián y D. Segundo; de SEMI: D. Severino; de CITRACC: D. Sixto; de ELEC NOR: D. Teodulfo y D. Torcuato; de INABENSA: D. Vicente; de INDRA: D. Victorino y de SIEMENS: D. Virgilio.

7) Con fecha 26 de febrero de 2018 el Instructor formuló pliego de concreción de hechos conforme a lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Pliego del que se dio oportuno traslado a las empresas y directivos interesados, quienes presentaron frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

8) Tras las actuaciones e incidencias que refleja el expediente administrativo, con fecha 19 de julio de 2018 se acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento; y el 22 de agosto siguiente 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 que acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE.

9) 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, quedando suspendido el plazo máximo para resolver el procedimiento en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC; plazo que fue ampliado a solicitud de varios interesados por cinco días. Y, levantado que fue, la Sala de Competencia del Consejo d la CNMC dictó la resolución que ahora se impugna el 14 de marzo de 2019.

SEGUNDO.- Al tratar de los hechos determinantes del acuerdo sancionador, y cuando alude a la cuestión relativa a las partes intervinientes, la resolución recurrida describe a CONSTRUCCIONES INTALACIÓN Y TRACCIÓN, S.A.U. (CITRACC), como una empresa domiciliada en Madrid y cuyo objeto social es el desarrollo, diseño, construcción, fabricación, montaje, instalación, mantenimiento y reparación de productos y sistemas de electrificación ferroviaria, incluidas redes de catenaria y subestaciones de energía eléctrica. Precisa que desde el 1 de marzo de 2013 su capital social pertenece al 100% al DELEJOR13, S.L.U., que compró dicha participación a BALFOUR BEATTY HOLDING LIMITED, cambiando en dicha fecha su denominación anterior, BALFOUR BEATTY RAIL IBERICA, S.A.U., por la actual de CITRACC.

Asimismo indica que, ante los indicios de su probable participación en las conductas investigadas, se amplió la incoación contra D. Sixto , Director General de CITRACC.

Por lo que se refiere al mercado afectado, y tras describir el marco normativo, identifica el mercado de producto con el de la fabricación, suministro, instalación y/o mantenimiento y reparación de sistemas de electrificación -incluyendo líneas aéreas de contacto o catenarias, alimentación eléctrica, subestaciones eléctricas y otros componentes que aseguren el suministro eléctrico y su mantenimiento y de equipos electromecánicos de líneas ferroviarias de tren convencional y alta velocidad.

Hace diversas consideraciones acerca de cada uno de estos conceptos, de las características de las redes convencional y de alta velocidad, y de la definición que ha hecho de este tipo de mercados la Comisión Europea en diversas operaciones de concentración, para concluir que Sala de Competencia de la CNMC se muestra conforme con la Dirección de Competencia en la definición de los mercados afectados por las conductas objeto de análisis en el expediente en cuestión, en la que distingue, por un lado, mercados que afectan a trenes de alta velocidad y convencionales, y por otro lado a mercados que afectan a los sistemas de electrificación y equipos de electromecánica, de tal forma que los mercados así definidos serían los siguientes:

- 1) Mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.
- 2) Construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.
- 3) Construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad.

Desde el punto de vista de la demanda, destaca la posición de ADIF y la extensión de las líneas que gestiona tanto en red convencional como en Alta Velocidad; pone de relieve que las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia, Andalucía y País Vasco han creado un órgano similar al gestor de infraestructuras para la construcción y gestión de nuevas infraestructuras de su competencia y, en algunos casos, también para la explotación; y que, además de las administraciones públicas, la demanda de este tipo de servicios también puede proceder de empresas privadas que han sido adjudicatarias de los contratos para la construcción de líneas de alta velocidad y requieren acudir a la subcontratación de otras empresas para acometer las obras y servicios relativos a los sistemas de electrificación y elementos electromecánicos.

En cuanto a la oferta, existirían más de veinte empresas activas en estos mercados, con expresa referencia a ALSTOM, SIEMENS, COBRA, ELECNOR, SEMI, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, EIFAGE, EYM, TELICE, VIMAC, S.A., FCC, SEI, NEOPUL, CYMI, ACCIONA, COMSA y CITRACC, todas ellas homologadas por ADIF.

Por último, y desde el punto de vista geográfico, el mercado afectado abarcaría todo el territorio nacional, si bien se cumpliría el criterio de afectación al comercio intracomunitario que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE.

TERCERO.- Delimitado de este modo el mercado afectado, la CNMC aborda la relación de hechos acreditados mencionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, en particular la información aportada por ALSTOM y SIEMENS en sus solicitudes de exención y reducción, respectivamente, del pago de la multa, así como la información recabada por la Dirección de Competencia en las inspecciones realizadas y las contestaciones a los requerimientos de información efectuados a las empresas incoadas, a



ADIF a la Secretaría General de Infraestructuras del Ministerio de Fomento y a la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía.

Sobre la base de dicha información, describe lo que califica como tres grandes bloques que relatan la existencia de acuerdos y contactos entre empresas competidoras en los mercados afectados:

- Hechos acreditados en relación con licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.
- Hechos acreditados en relación con licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.
- Hechos acreditados en relación con licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad.

La adopción de acuerdos de reparto de contratos en cada uno de dichos bloques determina, según la resolución recurrida, la existencia de otras tantas infracciones constitutivas de cártel que la propia resolución define "... 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...", y como "... 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...", cada una de ellas merecedora de la sanción que especifica la misma resolución.

CUARTO- En cuanto a los concretos motivos de impugnación que sustentan la demanda, y teniendo en cuenta que la infracción atribuida a CITRACC se ciñe a su participación en el cártel de alta velocidad, los resume la misma parte recurrente de este modo:

- "... una declaración de clemencia no puede -ni debe constituir, por sí misma, prueba de cargo".
- "... la Resolución ha considerado erróneamente los supuestos acuerdos colusorios descrito como una infracción única y continuada constitutiva de cártel".
- "... los acuerdos de producción conjunta son perfectamente lícitos y, por tanto, no pueden -ni deben- constituir una presunción automática en un acuerdo colusorio".
- "... la Resolución ha causado indefensión a CITRACC al no pronunciarse sobre las alegaciones que esta parte realizó al Pliego de Concreción de Hechos y la Propuesta de Resolución ni sobre la documentación que asimismo incorporó a fin de probar las mismas".
- "... las ordenes de investigación que dieron lugar al Expediente fueron exorbitantes y excesivas".
- "... la Resolución ha vulnerado los principios informadores de la potestad sancionadora administrativa".
- "... la prohibición de contratar impuesta a CITRACC, debería ser declarada nula, por vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras".

Pues bien, razones de sistemática procesal obligan a pronunciarse en primer lugar sobre la pretendida ilegalidad de las inspecciones domiciliarias realizadas por la DC por el carácter excesivamente amplio e inconcreto de las órdenes de investigación.

Se trata de una alegación recurrente entre las empresas sancionadas por la resolución de la CNMC que aquí se impugna y sobre la que nos hemos pronunciado en sentencias de esta misma fecha recaídas en los recursos números 773/19 y 913/19, en las que se denunciaba la nulidad del procedimiento sancionador debido al carácter excesivamente amplio de las inspecciones en ALSTOM y ELECENOR, inspecciones que se calificaban de exploratorias, advirtiendo que no puede admitirse que la incautación del material recabado en dichas inspecciones pudiera ampararse bajo la doctrina del hallazgo casual.

Y de ello deducían también las recurrentes que " (todas las actuaciones administrativas realizadas por la CNMC posteriores a las inspecciones exploratorias realizadas en ALSTOM y ELECENOR, que no tienen relación con el proyecto Follo Line, incluyendo las inspecciones realizadas en COBRA, ELECTREN, SEMI y SIEMENS, debieran declararse nulas, lo que debería determinar, por lo tanto, la nulidad de la Resolución impugnada".

Para analizar esta cuestión debemos partir de la doctrina sobre el hallazgo casual elaborada por el Tribunal Supremo y de la que es reflejo la sentencia de 26 febrero 2019, recurso núm. 2593/2018, en las cual se hacen las consideraciones siguientes:

"La jurisprudencia de esta Sala en relación con el "hallazgo casual" viene condensada en nuestra sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013). Interesa reproducir aquí las consideraciones que



expusimos en el F.J. 4º de la citada sentencia de 6 de abril de 2016 , cuyo contenido, en lo que ahora interesa, es el siguiente (...) CUARTO.- Sobre el alcance de los hallazgos casuales en el ámbito sancionador administrativo.

Hemos de avanzar que, en lo sustancial, tiene razón el Abogado del Estado en cuanto al alcance del derecho a la inviolabilidad domiciliar respecto de una entrada y registro en la sede de una empresa y de la utilización del material obtenido. En el ámbito del derecho de la competencia, el órgano regulador (la Comisión Nacional de la Competencia en el caso de autos, en la actualidad la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) tiene la facultad, dentro de sus competencias inspectoras y con el correspondiente mandamiento judicial, de proceder a la entrada y registro de las sedes de las empresas investigadas, al objeto de recabar la documentación o material que puedan constituir prueba de actividades ilícitas. El alcance de la entrada y registro viene determinado por la autorización judicial, que por lo general se remite al objeto de la investigación propuesto por la Administración, aunque sin duda puede, de entenderlo pertinente, limitar o modificar dicho objeto.

(...)

En este sentido, lo que determina la regularidad del registro y la posibilidad de utilización del material incautado viene determinado, en primer lugar, por la conformidad a derecho de la entrada en el domicilio y, en segundo lugar, por el objeto y finalidad de la investigación y el correcto desarrollo de la actuación de registro. Así pues, si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado.

Lo anterior debe ser acompañado de alguna precisión. Por un lado, no puede admitirse con carácter general la prevención que formula el Abogado del Estado de que en la práctica resulta inviable circunscribir la recogida de material al objeto de la investigación. Antes al contrario, debe hacerse hincapié, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en que el desarrollo del registro debe tratar en todo momento de restringirse al objeto de la investigación autorizada, mediante la colaboración del personal de la empresa, si se presta a ello y, en todo caso, mediante una actuación proporcionada y encaminada a dicho objetivo. Ello no obsta, como es obvio, a que el registro y requisa de documentación se realice con toda la minuciosidad requerida, y no supone que sólo pueda ser intervenido el material previamente identificado o que en el propio momento del registro resulte plenamente acreditado que corresponde al objeto de la investigación, pues tal pretensión sí convertiría un registro en una actuación de muy compleja realización y probablemente ineficaz en numerosas ocasiones. Pero lo que sí se requiere es que el registro y requisa de documentos estén encaminados al objeto de la investigación y que se realicen de forma proporcionada, excluyendo requisas generales e indiscriminadas de material o de aquello que manifiestamente sea ajeno a la investigación.

(...)

Pero partiendo de una entrada y registro ajustada a derecho, esto es, autorizada judicialmente y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Y ello bien porque en el examen del material requisado se encuentre accidentalmente elementos que constituyan indicios de otras actuaciones irregulares -como ocurrió en el supuesto de autos-, bien porque en el propio registro -desarrollado en los términos adecuados que ya se han indicado- el personal investigador se encuentre con material que prima facie sea revelador de actuaciones ilícitas.

(...)

Digamos como conclusión, que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas. No ha habido, por consiguiente, lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, como entendió la Sala de instancia, y se ha infringido el artículo 18.2 de la Constitución por aplicación indebida del mismo".

Esta doctrina que expusimos en sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013 , F.J. 4º) debe ser ahora reafirmada, pues no advertimos razones para matizarla y, menos aún, para corregirla".

(...)



QUINTO. La jurisprudencia de esta Sala sobre el hallazgo casual de material probatorio en inspecciones realizadas en virtud de órdenes de investigación dictadas con una finalidad distinta viene condensada en nuestra sentencia nº 790/2016, de 6 de abril de 2016 (casación 113/2013).

Dicha sentencia establece, en síntesis, que, partiendo del supuesto de una entrada y registro ajustada a derecho y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Señala esa sentencia, en definitiva, "[...] que la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas".

Pues bien, en este caso es incontrovertido que la entrada y registro de las sedes de ALSTOM y de ELEC NOR contaba con la preceptiva autorización judicial, que fue precedida del dictado de la correspondiente orden de investigación.

No obstante, afirma COBRA que el objeto de la inspección resultaba excesivamente amplio y que la orden de investigación carecía del imprescindible grado de concreción teniendo en cuenta que los indicios de que disponía la CNMC no eran suficientes para realizar inspecciones en las sedes de ALSTOM y ELEC NOR que abarcaran la totalidad de los mercados de "fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios" incluyendo "licitaciones convocadas por clientes públicos y privados", ni tampoco alcanzaban a otras empresas que las involucradas en el proyecto *Follo Line*.

Sin embargo, debe recordarse que las órdenes de 30 de junio de 2016 y los Autos de 5 y 6 de julio de 2016 indicaban que su objeto era "... 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".

En el análisis que compete a esta Sala para determinar si la orden de investigación resultaba o no suficiente ha de comprobarse si, como advertíamos en la sentencia de 18 de julio de 2016, rec. 136/2014, la CNMC ha cumplido su obligación de indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar.

Y para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

a) Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma; y,

b) La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la entonces Comisión Nacional de la Competencia.

También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones. En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

Sin embargo, de lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente supuesto, la orden especifica en primer lugar los mercados relacionados con las supuestas prácticas anticompetitivas que resultarían de la información que obraba en poder de la Dirección de

Competencia, aludiendo así al mercado de la fabricación y el suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias.

Precisa también las conductas anticompetitivas que podrían deducirse de la citada información, que no son todas las posibles del artículo 1, sino las que indica de manera concreta, 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 por lo que puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que deben ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de tales acuerdos, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

Para valorar si con ello se satisfacen las exigencias de claridad y concisión a las que se condiciona la validez de la orden, es preciso partir de la interpretación que de esta cuestión ha hecho la jurisprudencia europea reflejada, entre otras, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04, en la cual precisa los conceptos jurídicos del objeto y finalidad de la inspección en los siguientes términos:

"58 . La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber,

qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48)".

A la vista de la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA), entendemos que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador y aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, por cuanto, como señala dicha sentencia en su párrafo 60, *"Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, 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"*.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T-448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336.

Y también se ha pronunciado en parecidos términos el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre de 2017, recurso casación núm. 1062/2017, donde sostiene que *"... cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE .Legislación citada CE art. 18 (...) No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción"*.

En consecuencia, el alcance de la obligación de motivar y de contener información más detallada *"depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia"* (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal



de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens).

Por ello, y como decíamos, no es correcto sostener que la CNMC debe trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco que debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que están en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que, a falta de estas, no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable en el presente caso toda vez que la orden de investigación y la necesidad de la inspección y del registro domiciliario se realizó en el curso de una información previa y reservada al tener la CNMC conocimiento de la posible existencia de una infracción contraria a las normas de competencia. Ello determinó la orden de registro a fin de comprobar la veracidad de la información obtenida y justificar así, en su caso, la incoación del expediente sancionador.

Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en el apartado 40: *"El Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".*

Teniendo presente que la orden impugnada se ha dictado apoyándose en la información y conocimiento obtenidos por la Dirección de Competencia en esa fase previa de investigación, es preciso matizar y relativizar la exigencia de una mayor concreción de los indicios con los que se contaba hasta entonces.

Al respecto, la Sala considera que la información reservada, cualquiera que sea su origen, afecta a la necesidad de preservar el efecto útil de la labor inspectora, lo 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, y con arreglo a esta doctrina, entendemos que resulta desproporcionado exigir que en la orden de investigación, dictada en una fase preliminar de la investigación, se recojan datos más específicos relativos a la participación y otros elementos de información -como los relacionados con la operativa, el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propios 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 determinar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

Concluimos por todo ello que, en este caso, la orden de investigación permitía identificar a la entidad afectada cuales eran los elementos esenciales de la investigación que exigían la entrada y registro en su sede, así como conocer con un grado de precisión suficiente el objeto y la finalidad de la inspección; no advirtiéndose tampoco, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la posibilidad de recurrir a un medio menos agresivo para continuar con la investigación (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Asunto DOW CHEMICAL IBÉRICA, apartado 24).

Ratificada la legalidad y proporcionalidad de la entrada, amparada por una orden de investigación suficiente, la aplicación del criterio del Tribunal Supremo reflejado en la sentencia antes de transcrita de 26 febrero 2019, recurso núm. 2593/2018 acerca del valor del hallazgo casual ha de conducir a la desestimación de este motivo, enfatizando de dicha sentencia lo siguiente:

"... la habilitación para la entrada y registro y la práctica del mismo en forma idónea y proporcionada, permite que un hallazgo casual pueda ser utilizado de forma legítima para una actuación sancionadora distinta, la cual habrá de ajustarse a las exigencias y requisitos comunes de toda actuación sancionadora y en la que la empresa afectada podrá ejercer su derecho de defensa en relación con las nuevas actividades investigadas. No ha habido,



por consiguiente, lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio, como entendió la Sala de instancia, y se ha infringido el artículo 18.2 de la Constitución por aplicación indebida del mismo".

QUINTO.- Sostiene además CITRACC que la declaración del clemente no puede constituir, por sí sola, prueba suficiente de la comisión de la infracción, por lo que tiene que ser respaldada por otros elementos incriminatorios.

Como hemos visto, la resolución atribuye a CITRACC la participación en una de las dos infracciones constitutivas de cártel que se sancionan, en concreto, la relacionada con la alta velocidad.

Al hilo del argumento sobre la insuficiencia probatoria de la conducta atribuida a la recurrente, debe hacerse una consideración sobre la sistemática de la resolución recurrida que, entendemos, tiene indudable relevancia sobre esta cuestión.

La resolución de 14 de marzo de 2019 rubrica su apartado IV como *HECHOS ACREDITADOS*, y en el mismo se relacionan los hechos acreditativos de los acuerdos de reparto de contratos que se sancionan, tanto los relativos a las líneas de tren convencional, como a las de alta velocidad.

Sin embargo, es lo cierto que la misma resolución acota dicha responsabilidad de manera expresa en el apartado 4.7 (que titula "*Responsabilidad individual de las empresas*") de sus *FUNDAMENTOS DE DERECHO*.

En ese apartado, respecto de la empresa actora y en cuanto a su participación en el cártel para el reparto de contratos de mantenimiento sistemas eléctricos en líneas de tren convencional, la resolución dice, literalmente, lo siguiente:

"g) CITRACC (BALFOUR)

El 1 de marzo de 2013, DELEJOR13, S.L.U. compró a BALFOUR BEATTY HOLDING LIMITED el 100% de BALFOUR BEATTY RAIL IBERICA, S.A.U., y modificó su denominación social por la actual de CITRACC.

En aplicación del principio de sucesión económica, al que hemos hecho referencia en el apartado anterior, procede imputar a CITRACC la autoría y responsabilidad de la anterior BALFOUR.

Consta su participación en el cártel desde mayo de 2010 hasta abril de 2014.

CITRACC (entonces BALFOUR) se incorporó al cártel a través de los denominados acuerdos MICRO-MACRO, en los que las empresas decidieron repartirse varias licitaciones en el año 2010 (hechos 89 a 113 y Anexo II). En relación con estos contratos CITRACC participó en una reunión con el resto de empresas en el año 2011 (111). En el año 2013 la citada empresa participó en los acuerdos de reparto de varios contratos relativos a este mercado (hechos 115, 119, 132, 134, 135, 139, 140 y Anexo II). En abril de 2014 la citada empresa dejó de participar en el cártel (hecho 150)."

Hacemos esta precisión porque entendemos que la única prueba que cabe analizar para determinar si, ante la denuncia de CITRACC, se ha acreditado suficientemente su participación en la comisión de las infracciones que se le atribuyen, es la que refleja dicho apartado.

Y ello porque ha sido la misma CNMC la que de manera explícita ha limitado la prueba de la intervención de la recurrente en los acuerdos de reparto de contratos a la que menciona en el apartado 4.7, al margen entonces de que en el apartado *HECHOS ACREDITADOS* pudiera incluir otros que se refieran también a la conducta de CITRACC.

Pues bien, la participación de CITRACC en el cártel de AVE estaría acreditada, según la resolución, desde mayo de 2010 hasta abril de 2014. Y la prueba la constituirían los hechos relatado en los apartados 89 a 113 y Anexo II y, en concreto, su participación CITRACC en una reunión con el resto de empresas en el año 2011, hecho 111; y, respecto del año 2013, por su intervención en los acuerdos de reparto de varios contratos relativos a este mercado, hechos 115, 119, 132, 134, 135, 139, 140 y Anexo II. Advierte la resolución que en abril de 2014 la empresa actora dejó de participar en el cártel, como lo demostraría el hecho 150.

Es lo cierto que tales hechos son constatables con los documentos del expediente que la misma resolución indica de manera pormenorizada, evidenciando que dicha participación se produjo en efecto.

Son expresivas, desde luego, las anotaciones manuscritas que obran al folio 303 del expediente del Director de Subestaciones y Ferrocarriles sobre el Microacuerdo que establecía que SEMI (S), COBRA (C), ELEC NOR (EL), CITRACC (entonces BALFOUR), ELECTRÉN (ELT), ALSTOM (ALS) y CYMI compartirían la obra a partes iguales (14,28% para cada una), refiriéndose a la licitación para 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 (Expte: NUM001



). En concreto, dicho acuerdo se refería a las subestaciones contempladas en esa licitación, que se convocó el 5 de enero de 2010 y fue adjudicada el 26 de octubre de ese año.

También merece destacarse la reunión el 3 de octubre de 2011 entre directivos de ALSTOM, CITRACC (entonces BALFOUR), COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI y SIEMENS, de la que hay constancia al folio 344, recabado en la inspección de ELEC NOR; y en el correo electrónico de SEMI a ALSTOM, CITRACC, COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI, SIEMENS de 27 de septiembre de 2011 con asunto "reunión 3/10/2011", obrante al folio 17557 y que fue obtenido en la inspección de SEMI con el texto "Buenos días, Adjuntamos convocatoria reunión para el próximo día 3 de octubre de 2011 Saludos cordiales".

Ha de decirse, en contra de lo sostenido por la actora, que la convocatoria explícita a una reunión entre competidores, cuya recepción por la empresa interesada no puede cuestionarse, constituye un indicio que contribuye de manera indudable a integrar la prueba incriminatoria cuando no consta ninguna reacción por parte de esta manifestando, también de manera expresa, su oposición a cualquier práctica de esa naturaleza.

En cuanto al año 2013, la CNMC entiende acreditado que las empresas ALSTOM, CITRACC, COBRA, EMTE (actualmente COMSA), CYMI, ELEC NOR, ELECTRÉN, EYM (denominada como su matriz, OHL), INABENSA, ISOLUX, NEOPUL, SEMI y SIEMENS, continuando con la operativa anterior, acordaron el reparto de 5 nuevas licitaciones convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas de AVE respecto de las que ya se habían previamente adjudicado los correspondientes contratos para la obra de la catenaria y de las subestaciones.

La justificación de tales acuerdos se encuentra, en efecto, en documentación aportada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa, y por SIEMENS junto con la suya de reducción de su importe, en concreto en los documentos que figuran a los folios que detalla la misma resolución al describir los hechos 115, 119, 132, 134, 135, 139 y 140. Pero también se corrobora con información facilitada por ADIF, como, por ejemplo, con su contestación a los requerimientos de información realizados, folios 6854, 6930, 6939, 7188, 7262, 7266 y 7270.

A juicio de esta Sala, la prueba acumulada en el expediente es sumamente expresiva de la participación de CITRACC en el cártel.

Por lo demás, no se trata de dar mayor o menor veracidad al relato del solicitante de clemencia sino de constatar, mediante su simple lectura por constar en el expediente, el contenido de documentos concretos cuya autenticidad no se cuestiona, tan explícito como el que hemos expuesto.

En relación a los razonamientos de la demanda que cuestionan la eficacia probatoria de los documentos aportados por el solicitante de clemencia, ha de recordarse que, como declara el Tribunal General de la UE en sentencia de 5 de junio de 2012, Asunto T-214/16,

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

61 Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas si no es respaldada por otros elementos probatorios (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión, T-38/02, Rec. p. II-4407, apartado 285, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado 293).

62 Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartado 220, y Peróxidos Orgánicos/Comisión, citada en el apartado 59 supra, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartados 62 y 295).

(...)

69 A este respecto, ha de recordarse que, como resulta de la jurisprudencia citada en los apartados 58 a 60 supra, las declaraciones realizadas en el marco de la política de clemencia desempeñan un papel importante. Estas declaraciones efectuadas en nombre de empresas revisten un valor probatorio nada desdeñable, por cuanto implican riesgos jurídicos y económicos considerables (véase, asimismo, la sentencia del Tribunal de 24 de marzo de 2011, Aalberts Industries y otros/Comisión, T-385/06, Rec. p. II-1223, apartado 47). No obstante, de la jurisprudencia citada en los apartados 59 y 61 supra se deduce también que las declaraciones realizadas por empresas acusadas en el marco de las solicitudes formuladas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación deben apreciarse con prudencia y, cuando se ponen en entredicho, en general, no pueden considerarse suficientemente probatorias sin ser corroboradas".

Los hechos que resultan de las manifestaciones y de los documentos aportados por los solicitantes de la exención y de la reducción de multa, ALSTOM y SIMEMENS, respectivamente, que toma en consideración la resolución impugnada, son del todo coherentes con las pruebas adicionales acopiadas en el expediente y a las que nos hemos referido antes, lo que obliga a concluir que la comisión de la infracción por parte de CITRACC ha sido suficientemente acreditada.

Finalmente, no podemos dejar de destacar las peculiaridades que presenta la prueba de esta clase de infracciones.

En sentencia de esta Sección de 27 de junio de 2022, recurso núm. 297/2017, hemos señalado lo siguiente: "Vistas las diferentes posturas que mantienen ambas partes, debemos, entonces, examinar si efectivamente existen pruebas que permitan dar por acreditada la participación de la recurrente en la infracción única y continuada imputada. Y, en este sentido, ya en sentencia de fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, decíamos que: "En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1988, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, decíamos: "(...) es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998/7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999/274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no 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. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados -cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".

Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que "estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda".

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OPM, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que: "Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)".

También el Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T-110/07 al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:



"(46)... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia *Dresdner Bank* y otros/Comisión), apartado 44 *supra*, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999, *Riviera Auto Service* y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II-93).

(47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia *Dresdner Bank* y otros/Comisión, apartado 44 *supra*, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia *Dresdner Bank* y otros/Comisión apartado 44 *supra*, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], *Aalborg Portland* y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)".

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de fecha 12 de diciembre de 2014 declara en el asunto T-562/08 que "... en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia *Aalborg Portland* y otros/Comisión, citada en el apartado 98 *supra*, apartados 55 a 57; véase la sentencia *Dresdner Bank* y otros/Comisión, citada en el apartado 98 *supra*, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada)".

Y, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, podemos destacar, entre otras, la sentencia dictada en fecha 19 de Junio de 2015, recurso 649/13, que se pronuncia sobre el alcance de esta clase de prueba en parecidos términos.

SEXTO.- Afirma además CITRACC que la resolución le ha causado indefensión al no pronunciarse sobre las alegaciones realizadas en relación al pliego de concreción de hechos y la propuesta de resolución, además de no haber valorado la prueba aportada.

Al desarrollar este motivo la empresa actora incide, sobre todo, en la falta de prueba de su intervención en la infracción que se le atribuye puesto que, respecto de la cuestión a la que alude en el enunciado de este argumento, únicamente manifiesta que "... la Resolución no se pronuncia sobre algunas de las alegaciones ni pruebas documentales presentadas por esta Parte tanto en el Escrito de Alegaciones al PCH como en el Escrito de Alegaciones al PDR, en particular; (i) sobre la imposibilidad de asistencia de D. Sixto a las supuestas reuniones entre empresas⁷⁶; y (ii) sobre la imposibilidad de CITRACC de acudir en solitario a las licitaciones objeto de la Resolución. (...) Así las cosas, resulta evidente que se está vulnerando el derecho de defensa de CITRACC en tanto en cuanto la Resolución no se ha pronunciado sobre las citadas alegaciones presentadas por CITRACC que, a juicio de esta Parte, son relevantes para la determinación de su conducta en el marco del presente Expediente".

En realidad, las alegaciones de CITRACC formuladas en el expediente han merecido contestación expresa en la resolución, y así en el apartado 5.3, bajo la rúbrica *Alegaciones en relación con la participación individual de las empresas*, se abordan específicamente las invocadas por CITRACC (letra l). Además, se tienen en cuenta las formuladas por la misma recurrente sobre la necesidad de acudir en UTE a las licitaciones, y se les da igualmente respuesta en el apartado 5.4; y en el apartado 5.8 se abordan las relacionadas con la motivación de la propuesta de sanción elaborada por la DC (motivación, ajuste de proporcionalidad y la existencia de empresas multiproducto, proporcionalidad de la sanción, volumen de negocios en el mercado afectado).

Por tanto, no puede compartirse la afirmación de que la CNMC no ha tenido en cuenta las alegaciones de la recurrente. Cuestión distinta es que las haya rechazado de acuerdo con las razones que expone en los referidos apartados, y que la afectada no esté conforme con ello.

Por lo que se refiere a la supuesta denegación de la prueba, o a la falta de toda valoración de la aportada, conviene tener presente la doctrina del Tribunal Constitucional expresada, entre otras, en las sentencias 37/2000, 19/2001 y 133/2003, dictadas en relación con el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba



pertinentes para la defensa, y según la cual tal derecho "... se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso. Se trata de un derecho no absoluto, que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales (SSTC 1/1996 y 246/2000), y no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa, sino solo cuando comporta una efectiva indefensión (SSTC 246/2000 y 35/2001). Se observa, por tanto, que la vulneración del derecho fundamental exige dos circunstancias, por un lado, la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable, y por otro lado, que dicha denegación ocasione efectiva indefensión, lo que ocurrirá cuando la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas. A lo que se añade la exigencia del artículo 88.2 de la Ley de la Jurisdicción de haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello".

En este caso, no consta que la prueba denegada tuviera ese alcance; antes al contrario, y como veremos al abordar esta cuestión, la practicada en autos es irrelevante a los efectos de determinar si la concurrencia en UTE a las licitaciones tenía una justificación suficiente.

Por lo demás, las explicaciones alternativas ofrecidas por la demandante no consiguen alterar la convicción de esta Sala acerca de su participación activa en los acuerdos sancionados a la vista de la contundencia y claridad del material probatorio descrito, verdaderamente expresivo e incontestable al punto de hacer ineficaz cualquier otra explicación acerca de la voluntad de las empresas intervinientes distinta de la de repartirse las licitaciones.

SÉPTIMO.- Afirma CITRACC que resulta incorrecta la calificación de la conducta que se le atribuye como infracción única y continuada, y ello al no concurrir los requisitos a los que se condiciona dicha calificación.

Anticipamos que no podemos compartir esa apreciación a la vista de las pruebas acumuladas frente a CITRACC en el expediente y a las que nos hemos referido antes, que ponen de manifiesto su participación en el cártel de reparto de contratos en Alta Velocidad desde el año 2010 hasta el año 2014.

La continuidad es indudable por la proximidad de los acuerdos acreditados, remitiéndonos al análisis de la prueba que refleja el fundamento de derecho cuarto.

Por otra parte, coincidimos en la apreciación de la CNMC de que, en el caso de licitaciones públicas, los acuerdos de reparto se concluyen antes de la adjudicación de los contratos de tal forma que dichos acuerdos prolongan su eficacia durante su ejecución, sin que sea necesario adoptar otros de manera tan frecuente.

Recordábamos, por lo demás, en la reciente sentencia de 28 de diciembre de 2023, recurso núm. 131/2018, la jurisprudencia europea sobre esta cuestión:

"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia dictada en fecha 24 junio 2015, asunto C-263/2013 refiere lo que es una infracción única y continuada al señalar lo siguiente:

"156. Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE , apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto», debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 41 y la jurisprudencia citada).

157. Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/ Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 42 y la jurisprudencia citada)".



Y la Sentencia de 17 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 116) Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

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

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

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta(...). ... si no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas (véanse las sentencias del Tribunal de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión, T- 43/92, Rec. p. II-441, apartado 79, y de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04, Rec. p. II-4441, apartado 51, y la jurisprudencia citada)".

Frente a lo afirmado por la entidad actora, concurren en el presente caso, y además de una manera especialmente clara, las notas que caracterizan a esta clase de infracciones pues la dinámica y naturaleza de las conductas, su prolongación en el tiempo y la existencia de un objetivo común resultan sin duda acreditados a la vista de la prueba acopiada a lo largo del expediente.

En efecto, la existencia de un objetivo común perseguido por las entidades sancionadas se advierte en la voluntad de repartirse las licitaciones públicas, falseando la libre competencia y garantizándose las adjudicaciones en la forma, porcentaje y condiciones convenidas por las empresas participantes. Son precisamente dichas características (estabilidad y prolongación en el tiempo) las que ponen de manifiesto el interés que para las empresas participantes tenía el mantenimiento de los acuerdos de reparto y los beneficios que les reportaban.

Pretende la demandante distinguir dos clases de conductas, las que se le atribuyen en relación a las licitaciones de 2010-2011, y las correspondientes a las licitaciones de 2013-2014. Conductas que, a su juicio, y por sus características diferentes, no podrían integrar una infracción única.

A lo que anuda la consecuencia de la prescripción de las conductas correspondientes al primer período.

Sin embargo, no compartimos las razones que conducen a CITRACC a esta conclusión.

Frente a lo afirmado en la demanda, entiende la Sala que sí existe unidad de sujetos, a lo que no obsta el que no coincidieran todos los intervinientes en cada uno de los dos períodos. Afirma CITRACC que en el primer grupo participaron COBRA, ELECNOR, SEMI, ELECTRÉN, SIEMENS, INABENSA, CYMI, VIMAC, EYM, CITRACC, ISOLUX, GAVISIA, ALSTOM, EMTE, IBERINCO y NEOPUL, y en el segundo no participasen DENEQ, VIMAC ni IBERINCO. Sin embargo, existe un núcleo de participantes que se mantiene en ambos períodos y para los que la calificación de infracción única está plenamente justificada.

Por otra parte, sostiene que no coinciden tampoco los mercados, ya que las tres licitaciones del 2010-2011 tuvieron lugar en el mercado de construcción y mantenimiento de catenaria y subestaciones de catenaria y subestaciones eléctricas, mientras que las cinco licitaciones del 2013-2014 únicamente afectaban al mercado de mantenimiento.

Tampoco podemos admitir esta conclusión por cuanto dicha definición de mercado no es correcta. Parte de una fragmentación artificial, pues el mercado de producto está suficientemente definido en la resolución (Antecedentes, apartado III. 2.1) y se identifica con la "construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad", por lo que comprende cualquiera de esas actividades. La actora no justifica que la definición del mercado así descrita resulte errónea, sin que pueda considerarse entonces que se trate de mercados distintos.

Por último, hemos de rechazar la posibilidad de no apreciar la existencia de una infracción única porque fuera distinto el *modus operandi* en uno y otro período. En ambos se buscaba la concertación para el reparto de licitaciones, y el hecho, destacado por la demandante, de que los acuerdos se concluyeran en una reunión, o



mediante la concurrencia en UTE, no altera ese objetivo común a cuya consecución se condicionaban el plan y los medios utilizados por los partícipes.

El mantenimiento de la existencia de una infracción única y continuada que abarcaría los acuerdos ordenados al reparto de las licitaciones de 2010-2011, y de 2013-2014, hace decaer, por tanto, la supuesta prescripción de las conductas del primer período que supone CITRACC.

OCTAVO .- Cuestiona la recurrente que la concurrencia a las licitaciones mediante la constitución de una UTE pueda ser considerada contraria a la competencia y por tanto sancionable, afirmando al respecto que las UTEs constituyen un mecanismo legítimo de colaboración empresarial, expresamente reconocido en la Ley de Contratos del Sector Público.

Aún admitiendo que pueden ser utilizadas con fines anticompetitivos, niega que esto sucediera en el caso enjuiciado, como supone la CNMC, y sostiene que las UTEs obedecían en realidad a la imposibilidad de las empresas de concurrir de manera individual a las licitaciones por carecer de capacidad para dar cumplimiento a las exigencias del contrato.

Esta circunstancia estaría acreditada con la prueba aportada, que acreditaría que CITRACC carecía de capacidad para haber concurrido individualmente a las licitaciones en las cuales participó a través de una UTE.

El análisis de esta cuestión exige partir del hecho de que, en efecto, las UTEs no suponen en sí mismas una restricción de la competencia y pueden, por el contrario, contribuir a asegurar esta, especialmente en los procesos de licitaciones en los que, de no acudir a dicha forma de colaboración, algunas empresas no podrían participar en los mismos. Es decir, la utilización de UTE para participar en procedimientos de licitación puede, en algunas ocasiones, tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de empresas que pongan en común recursos complementarios.

Las UTEs se rigen por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, cuyo artículo 2 revela ya la preocupación del legislador por la incidencia que la actividad de estas formas organizativas puede tener en materia fiscal y de defensa de la competencia, por lo que previene que tanto las UTEs deben estar sometidas a vigilancia permanente por parte de las autoridades de ambos ámbitos: *"Las actividades y repercusiones económicas de las Agrupaciones de Empresas y Uniones Temporales de Empresas serán objeto de especial vigilancia por el Ministerio de Hacienda, para constatar si su actividad se ha dedicado exclusivamente al cumplimiento del objeto para el que fueran constituidas. El cumplimiento de esta función se realizará por la Inspección Financiera Tributaria, sin perjuicio, y con independencia de la aplicación por los Organismos o Tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia"*.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, es ejemplo también de dicha prevención frente a la posible utilización de la UTE para encubrir prácticas anticompetitivas, y así establece en su artículo 69.2 que *"Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas. Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos"*.

De acuerdo con esta caracterización, en la sentencia de 30 de julio de 2018, recurso núm. 566/2016, ya decíamos que la UTE implica un sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, sin que esta colaboración tenga personalidad jurídica. También en la de 15 de octubre de 2012, F.J. 5º, advertíamos que *"la creación de UTEs en sí mismas no constituyen un acuerdo anticompetitivo y los acuerdos para su formación deben analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se producen"*.

Y para examinar las posibles restricciones a la competencia generadas por la concurrencia bajo el sistema de colaboración que suponen las UTEs debemos partir de lo establecido en el párrafo 237 de la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 14 de enero de 2011), según el cual, *"Por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda*



introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente (...)".

La explicación que incorpora la propia Comunicación es particularmente esclarecedora al añadir en este mismo apartado que *"Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1"*.

Apunta de este modo, como criterio determinante para enjuiciar el alcance anticompetitivo de la UTE, el de su necesidad objetiva o la indispensabilidad de esta forma organizativa de modo que, si la intervención de varias empresas bajo una UTE es necesaria, objetivamente, para que puedan participar en una licitación -por exigirle así razones económicas, geográficas, técnicas o de otra índole-, se entiende que los acuerdos que puedan adoptar encaminados a tomar parte en la misma no resultan anticompetitivos, y ello por el hecho de que las empresas no son competidoras entre sí, pues no podrían concurrir de manera individual.

Acerca de la aplicación y de la incidencia que sobre la participación de UTEs en procedimientos de licitación tiene la Comunicación sobre acuerdos de cooperación horizontal se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso núm. 1363/2020, que recopila y sistematiza la doctrina del Tribunal de Justicia sobre esta materia. Razona dicha sentencia, en cuanto a la referida Comunicación, que *"... es oportuno reiterar aquí lo señalado por esta Sala en la ya citada sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), seguida luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices. Como señalábamos en aquellas ocasiones, las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales."*

Así lo destacan las STJUE de 14 de junio de 2011, Pfeleiderer (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 21; en un sentido similar también la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión (C-520/09 P, Rec. p. I-8901 apartado 88), conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta. Ahora bien, tales directrices, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia. Podemos, por tanto, referir que el artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que hemos transcrito con anterioridad (antiguo artículo 81.3 TCE) debe interpretarse en el sentido de que contiene una excepción a lo establecido en los dos apartados anteriores; y sobre el significado y alcance de tal excepción existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial del TJUE de la que hicimos reseña en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, FF.JJ. 8º y 9º) a la que antes nos hemos referido. Siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Justicia, en esa sentencia citada de 17 de septiembre de 2018 señalábamos (F.J. 8º) que, a efectos de determinar la adecuación o desconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exige de la prohibición establecida en el artículo 101.1, es necesario que se cumplan acumulativamente los cuatro requisitos anotados, a saber: 1º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate".

Además, el Tribunal Supremo aborda la cuestión de a quién corresponde justificar la concurrencia de los requisitos que autorizan la aplicación del artículo 81.3 -101.3 del Tratado-, y se remite en esto a la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P). En dicha sentencia el Tribunal de Justicia hace las consideraciones siguientes:

"78. La Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia aplicó erróneamente la jurisprudencia relativa al reparto de la carga de la prueba y al grado de prueba exigido en el marco del artículo 81 CE, apartado 3. Censura el apartado 242 de la sentencia recurrida, así como los apartados 269 y 303 de dicha sentencia, que remiten a la jurisprudencia, a los criterios y a los principios aplicables al control de las concentraciones. Ahora bien, a su juicio, no existe ninguna analogía entre el examen de los efectos contrarios a la competencia de una concentración y el de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 3."

79. A diferencia de los asuntos sobre concentraciones en los que, según la Comisión, las partes notificantes no soportan ninguna carga de la prueba particular, es reiterada jurisprudencia que, en el contexto de la referida disposición, corresponde a las empresas interesadas presentar a la Comisión pruebas que demuestren que el



acuerdo cumple los requisitos establecidos por dicha disposición. La Comisión invoca, para fundamentar su demostración, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión (56/64 y 58/64, Rec. p. 429), así como de 17 de septiembre de 1985, Ford-Werke y Ford of Europe/Comisión (25/84 y 26/84, Rec. p. 2725).

(...)

82. Es necesario señalar, por un lado, que, en los apartados 233 a 236 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia recordó la jurisprudencia, los principios y los criterios que rigen la carga de la prueba y el grado de prueba exigido en lo que respecta a la petición de exención con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3. Puso de manifiesto, acertadamente, que corresponde a quien invoca dicha disposición demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren los requisitos exigidos para obtener una exención (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 45).

83. Por tanto, la carga de la prueba incumbe a la empresa que solicita que se le aplique la exención con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3. Sin embargo, los elementos de hecho que invoca dicha empresa pueden obligar a la otra parte a dar una explicación o una justificación sin la cual es posible concluir que se ha satisfecho la carga de la prueba (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 279)".

El Tribunal Supremo transcribe además el siguiente párrafo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de enero de 2004 (asunto T-67/01): "Compete a la empresa solicitante aportar todos los elementos acreditativos necesarios para demostrar la justificación económica de una exención y demostrar que satisface cada uno de los cuatro requisitos exigidos por el artículo 81 CE, apartado 3, que tienen carácter cumulativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, antes citada, apartados 52 y 61, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1992, Publishers Association/Comisión, T-66/89, Rec. p. II-1995, apartado 69). Asimismo, corresponde a esta empresa demostrar que las restricciones causadas a la competencia cumplen los objetivos que persigue el artículo 81 CE, apartado 3, y que estos últimos no pueden alcanzarse sin dichas restricciones (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, Compagnie générale maritime y otros/Comisión, T-86/95, Rec. p. II-1011, apartado 381)".

Y, en esa misma línea, recuerda que la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal señala en su apartado 48 que, cuando en un caso concreto se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia a efectos del artículo 101.1 del Tratado, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3, añadiendo la misma Comunicación, con cita del artículo 2 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas, que "(...) la carga de la prueba de lo dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es".

Finalmente, el Tribunal Supremo identifica la cuestión sobre la cual debía pronunciarse con el objeto de la formación de jurisprudencia, que sería la de "... determinar en qué supuestos cabe considerar que un acuerdo de asociación entre competidores, para participar en un concurso público, constituye una práctica restrictiva de la competencia por el objeto o por sus efectos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y acerca de delimitar cuáles son los factores de naturaleza económica o jurídica que debe tomar en consideración la autoridad de competencia". A lo que añade que "También tiene por objeto precisar el alcance del artículo 1.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a los efectos de delimitar cuáles son los presupuestos y requisitos exigibles para aplicar la excepción contenida en dicho precepto legal, en relación con los acuerdos de cooperación horizontal, entre empresas competidoras, formalizados a través de la constitución de una Unión Temporal de Empresas creada ad hoc para participar en licitaciones públicas. Más concretamente, en los términos que refiere el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 de octubre de 2020, la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en interpretar los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, en consonancia con lo establecido en las Directrices Horizontales de la Comisión Europea, a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la excepción contenida en los citados preceptos en relación con acuerdos de cooperación horizontal y, más concretamente, en relación con la creación de UTEs para participar en licitaciones de concursos públicos".

No obstante, y atendidos los términos en que se planteaba la controversia que analiza el Tribunal Supremo, concluye lo siguiente: "Ahora bien, es obligado señalar que en el presente recurso de casación -igual que en el proceso de instancia- no ha existido en realidad controversia sobre la interpretación que debe darse a los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.3 TFUE, ni sobre la jurisprudencia que los interpreta



y aplica. Más bien al contrario, la sentencia recurrida en casación hace diversas referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo en relación con tales preceptos, sin que los recurrentes en casación hayan manifestado discrepancias con las nociones y categorías jurídicas a que se refiere la sentencia. Donde las recurrentes discrepan de la sentencia recurrida es en la valoración que en ella se hace de los datos y elementos de prueba disponibles, y, en definitiva, en la delimitación de las circunstancias fácticas concurrentes en el caso concreto que se examina...".

Por ello, y en cuanto a la formación de doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, declara que "Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala considera que, puesto que no existen cuestiones jurídicas a dilucidar; y dado que las cuestiones de hecho quedan excluidas del recurso de casación (artículo 87 bis.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), no siendo revisable en casación la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, no resulta necesario modificar, completar ni matizar la jurisprudencia que hemos dejado reseñada en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia".

Todo lo cual evidencia, en definitiva, la necesidad de realizar un análisis en cada supuesto que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes, no solo de las empresas que participan en la licitación, sino de las condiciones de esta en la medida en que puedan determinar la necesidad objetiva o indispensabilidad de concurrir en una UTE.

NOVENO.- Atendiendo a la anterior doctrina jurisprudencial, corresponde ahora a esta Sala analizar si concurrían razones que pudieran justificar la participación de las empresas, entre ellas la recurrente, en forma de UTE en las licitaciones, para lo que resulta imprescindible comprobar si existía una necesidad objetiva de acudir a este sistema de colaboración entre empresas, tal y como las conceptúa el artículo 7. Uno de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

Dicho análisis requiere valorar determinados elementos de prueba siendo conscientes de que, como hemos reiterado, en este tipo de actuaciones es difícil encontrar la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras, pues lo normal es que sea a través de indicios.

No podemos asumir la tesis de la recurrente y, al igual que la CNMC, consideramos que la constitución de las UTEs y la participación a través de ellas no respondía a necesidades técnicas o económicas, y menos aún competitivas, teniendo presente que pesa sobre las entidades que utilizan la UTE la carga de acreditar tales necesidades.

Y es que la mercantil actora no ha aportado ni un solo acuerdo de constitución de las UTEs en las que participó en el que se haga referencia a la necesidad de colaboración por exigencias técnicas o económicas, exigencias y necesidades que pretende acreditar después con los informes aportados que en ningún caso consiguen desvirtuar la razón verdadera que trasciende de dichos acuerdos, cual era concertar el reparto de las licitaciones, eludiendo la libre competencia.

La prueba de la utilización de las UTEs para esa finalidad instrumental es muy ilustrativa, y así resulta de los hechos 98 y 99 de la resolución:

"(98) En la licitación de las catenarias, las notas relativas al Microacuerdo establecen que ALSTOM, CITRACC (entonces BALFOUR), COBRA, ELECNOR, ELECTRÉN y SEMI compartirían la obra con los siguientes porcentajes145:

COBRA, ELECNOR y SEMI: 14,6%

ALSTOM y ELECTRÉN: 22%

CITRACC (entonces BALFOUR): 12%

(99) En cuanto al Macroacuerdo, las anotaciones del Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELECNOR identifican a las empresas de los Grupos 1 y 2, destacando a las 3 empresas que formaron la UTE COBALSE SEMI (S), COBRA (C) y CITRACC (entonces BALFOUR), señalándolas como ganadoras. Se indica, además, que hay que pagar el diferencial acordado a los Grupos 3 y 4. Asimismo, las notas indican que como en esa fase de oferta no se había fijado costo con margen bruto cero, si una vez llegado el momento no se consensuaba el mismo, se repartiría como media de los cuatro grupos".

Todo lo cual resulta del documento obrante al folio 303 incluido en la carpeta "micros II", obtenido en la inspección realizada en la sede de ELECNOR.

De este modo se evidencia que las empresas acordaron repartirse la obra en los porcentajes que resultan reflejados en las citadas notas.



Las consideraciones acerca de la posibilidad de concurrir bajo la forma de Uniones Temporales de Empresas y el prolijo análisis sobre la legalidad de esa fórmula y su carácter pro competitivo, o las consideraciones acerca de la falta de capacidad de la actora para concurrir en solitario a las licitaciones, carecen de cualquier virtualidad a la vista de los acuerdos concretos concluidos en el seno de las UTEs entre las empresas incoadas, absolutamente innecesarios para su finalidad, lo que sugiere que tenían un objetivo instrumental para posibilitar los acuerdos anticompetitivos y ofrecer una apariencia de legalidad.

Entiende la Sala, a la vista de la tan repetida prueba, que la alegación de que la participación en forma de UTE se debía a las exigencias técnicas y económicas de los pliegos de las licitaciones resulta contradictoria con el comportamiento de las empresas, que pactaban su participación porcentual en el seno de las UTEs al margen de cualquier consideración sobre su respectiva capacidad técnica o económica.

Es conveniente citar aquí la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2021, rec. núm. 2040/2020, que se pronuncia sobre el alcance e interpretación de la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 14 de enero de 2011), y se remite a lo ya dicho en anteriores sentencias nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), seguida luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices. En concreto, y respecto de la interpretación del 101.3 TFUE, (antiguo artículo 81.3 TCE), señala, siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Justicia, sentencia citada de 17 de septiembre de 2018, que, a efectos de determinar la adecuación o disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exime de la prohibición establecida en el artículo 101.1, es necesario que se cumplan acumulativamente los cuatro requisitos anotados, a saber: 1º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Y en sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre, recuerda lo declarado en STJUE de 6 de octubre de 2009 (asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P), que en sus párrafos 78 y siguientes viene a señalar que corresponde a quien invoca la exención demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren los requisitos exigidos para obtenerla, de manera que la carga de la prueba recae sobre quien invoca la exención. Y cita asimismo la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de enero de 2004 (asunto T-67/01), de la que transcribíamos el siguiente párrafo:

"Compete a la empresa solicitante aportar todos los elementos acreditativos necesarios para demostrar la justificación económica de una exención y demostrar que satisface cada uno de los cuatro requisitos exigidos por el artículo 81 CE, apartado 3, que tienen carácter cumulativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, antes citada, apartados 52 y 61, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1992, Publishers Association/Comisión, T-66/89, Rec. p. II-1995, apartado 69). Asimismo, corresponde a esta empresa demostrar que las restricciones causadas a la competencia cumplen los objetivos que persigue el artículo 81 CE, apartado 3, y que estos últimos no pueden alcanzarse sin dichas restricciones (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, Compagnie générale maritime y otros/Comisión, T-86/95, Rec. p. II-1011, apartado 381)".

DÉCIMO. - En relación a la cuantificación de la multa, la entidad demandante denuncia la infracción de los principios de legalidad, que relaciona con la falta de motivación de la sanción, de proporcionalidad en la determinación de su importe, y de igualdad al haberse producido una discriminación respecto del criterio seguido para las demás empresas sancionadas.

Sin embargo, hemos de decir que los criterios de cuantificación aplicados por la CNMC no difieren de los seguidos en otras ocasiones y que han sido también analizados, y confirmados en su legalidad, por esta Sala.

Así, la justificación que aduce la resolución recurrida tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, el Tribunal Supremo rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como "umbrales de nivelación" (o "límites extrínsecos", como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la Comunicación de 11 de febrero de 2009. Considerando que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el



que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2018, y analiza a continuación los factores que han de determinar el porcentaje que, con ese límite máximo, resulta oportuno aplicar en cada caso, especificando los criterios seguidos para la cuantificación de tal manera que en cada uno de ellos tiene en cuenta la duración de la conducta, así como la no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes, y el hecho de que el principio de proporcionalidad podría verse comprometido en el caso de aquellas empresas que ya han sido sancionadas por otra conducta (se modula la sanción por la segunda infracción, relativa a las líneas de tren convencional, por haber sido sancionada en la primera, sobre reparto de licitaciones en relación a líneas de AVE).

En relación al cártel de reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, que es el analizado en este procedimiento, y al objeto de aplicar los parámetros del artículo 64 de la LDC, la resolución tiene en cuenta que las empresas participantes en este cártel representan conjuntamente la mayor parte de las principales empresas activas en este mercado en España (art. 64.1.b); que en el mercado afectado (construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad en España), se han acreditado acuerdos de reparto en relación con 24 licitaciones, con un presupuesto total de licitación de 1.108.946.332 euros, siendo el importe de adjudicación de las mismas de 837.836.625 euros (art. 64.2.c); que la conducta ha tenido lugar desde abril de 2008 hasta marzo de 2016 (art.64.1.d), independientemente de la concreta participación de cada empresa; y que *"... los acuerdos objeto de la sanción fueron efectivamente aplicados, habiendo quedado acreditado su seguimiento y ejecución, generando efectos en el mercado afectado (art. 64.1.e) consistentes en la eliminación de la incertidumbre entre las empresas imputadas a la hora de establecer su estrategia comercial, eliminando así gran parte de la competencia en perjuicio de los órganos convocantes de las licitaciones, principalmente ADIF, y obteniendo importes de adjudicación superiores a los que hubiesen obtenido en ausencia del cártel"*.

La resolución hace ver, además, que licitaciones fueron convocadas por operadores públicos, por lo que se habrían encarecido los servicios licitados con el consecuente perjuicio para las arcas públicas, debido a la reducción tanto del número de ofertas presentadas como de los descuentos ofertados.

Todo ello lleva a la CNMC a una valoración general de la infracción a los efectos de cuantificar la sanción que determina un tipo sancionador general del 6,0%.

Respecto de la concreta participación de CITRACC, precisa el período de duración de su conducta, Mayo 2010 - Marzo 2016, y su volumen de negocios en el mercado afectado, que alcanza 34.870.732 euros, lo que le permite fijar su porcentaje de participación en la infracción en un 3,6%.

Declara que no concurren agravantes ni atenuantes y, llega finalmente a la conclusión de que, sobre la base de un volumen de negocios total en 2018 de 6.417.778 euros, le resulta aplicable un tipo sancionador del 6.0%, por lo que la sanción a imponer asciende a 385.067 euros.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que habría fijado sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Hay una referencia expresa a la configuración del mercado afectado de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC



a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada, ni se abstraiga de parámetros de proporcionalidad, pues ha de insistirse en que las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo siendo así que indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador.

En definitiva, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LJCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refieren las empresas demandantes.

Y en cuanto al principio de igualdad, es preciso recordar que la apreciación de un trato discriminatorio requiere partir, como de manera constante ha declarado el Tribunal Constitucional, de la identidad de situaciones que se comparan, pues solo así puede advertirse la discriminación prohibida.

Argumenta CITRACC que a las empresas pequeñas, en términos de volumen de negocio, se les han aplicado tipos sancionadores más altos que a las grandes.

Es oportuno citar aquí la sentencia del TGUE de 5 de diciembre de 2006 en el asunto Westfalen Gassen Nederland/Comisión, T- 303/02, que menciona la resolución y en la cual se hacen las consideraciones siguientes:

"... hay que indicar que el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17 tampoco exige que, en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, Dansk Rørindustri/Comisión, T-21/99, Rec. p. II-1681, apartado 203)."

En consecuencia, al establecer la sanción la CNMC ha de tener en cuenta los criterios de cuantificación que resultan del artículo 64 de la LDC, en los términos que hemos visto antes. Y nada impide que, de su aplicación, resulte un tipo sancionador superior a las empresas con un menor volumen de negocios, el cual actúa como límite porcentual de la sanción (máximo del 10%).

DECIMOPRIMERO.- Por último, aduce CITRACC que la prohibición de contratar que impone la resolución recurrida es nula al suponer la aplicación retroactiva de una disposición sancionadora, y ello teniendo en cuenta que la conducta sancionada se produjo antes de la entrada en vigor de la norma que introdujo dicha prohibición.

Sin embargo, es lo cierto que la propia resolución tiene en cuenta esa circunstancia y limita la aplicación de la prohibición de contratar a las conductas realizadas después de la entrada en vigor del artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que es el que establece dicha prohibición.

En efecto, la resolución precisa lo siguiente:

"La mencionada norma fue introducida en el ordenamiento jurídico, con el texto hoy vigente, por medio de 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 (aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 22 de octubre de 2015). Se ha constatado en esta resolución que la duración de la conducta ilícita se ha extendido más allá del 22 de octubre de 2015, sin perjuicio de la diferente participación de cada una de las empresas en dicha infracción".

Es claro entonces que la prohibición de contratar no se aplica a las empresas cuya participación en las infracciones sancionadas concluyó en un momento anterior a la citada fecha, caso de la recurrente, respecto de la cual la CNMC limita el período de participación en el cartel de reparto de contratos de Alta Velocidad al período comprendido entre mayo de 2010 y marzo de 2014.

Y así lo prevé en rigor la resolución misma que se remite, en el apartado séptimo de su parte dispositiva, al fundamento de derecho séptimo, en el que se hacen las consideraciones expuestas sobre la limitación temporal en la aplicación de la prohibición de contratar.



DECIMOSEGUNDO.- Procede, de conformidad con lo hasta aquí razonado, la desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas causadas a la empresa actora conforme a lo dispuesto para estos casos en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Cristina de Vega Suárez en nombre y representación de **CONSTRUCCIONES, INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, S.A.U. (CITRACC) y de su matriz DELEJOR13, S.L.U. (DELEJOR)** contra la resolución de 14 de marzo de 2019, dictada 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, por la cual se impuso a la primera, y solidariamente a su matriz, una sanción de multa por importe de 385.067 euros. Resolución que declaramos ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de 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.