



Roj: **SAN 2263/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2263**

Id Cendoj: **28079230062024100259**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/04/2024**

Nº de Recurso: **896/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso:0000896 /2019

Tipo de Recurso:PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:6742/2019

Demandante:SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. ("SEMI")

Procurador:D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado:COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado:ALMSTON TRANSPORTE SAU Y ADIF ALTA VELOCIDAD

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

S E N T E N C I A 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 .896/2019, promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de la entidad **SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. ("SEMI")**, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada el día 14 de marzo de 2019, en el Expediente número NUM000 , ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, por la que se declara responsable a SEMI de participar en dos presuntas infracciones únicas y continuadas del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE"), constitutivas de dos cárteles en el sector de electrificación ferroviaria en España en relación con líneas de tren convencional y líneas de alta velocidad, respectivamente. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Se han personado como codemandadas ALMSTON TRANSPORTE



SAU, representada por el procurador D. Germán Marina Grimau y ADIF ALTA VELOCIDAD, representada por la procuradora Doña Sharon Rodríguez de Castro Rincón.

AN TECEDENTES 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 se *"dicte sentencia declarando la nulidad de la Resolución atendiendo a las siguientes consideraciones:*

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

II.- Por haberse calificado, de forma contraria a Derecho, las supuestas conductas imputadas a SEMI como dos infracciones únicas y continuadas, produciéndose una indefensión contraria al artículo 24 de la CE ;

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

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

Subsidiariamente, que se declaren contrarias a Derecho las multas impuestas por la Resolución a SEMI, fijándose sus importes en un máximo de 116.572 euros (correspondientes a la suma de 37.609 euros de sanción en el Cártel del Ferrocarril Convencional y 78.963 euros de sanción en el Cártel del AVE), atendiendo a las consideraciones contenidas en el FJM Sexto, al haber sido cuantificadas por la CNMC violando el artículo 64 de la LDC , el principio de proporcionalidad (artículo 9 de la CE) y el deber de motivación (artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y artículo 24 de la CE)".

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos. Por su parte, la representación procesal de ADIF interesa la desestimación del recurso.

TERCERO. - Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones concluidas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 14 de febrero del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada el día 14 de marzo de 2019, en el Expediente número NUM000 , ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, por la que se declara responsable a SEMI de participar en dos presuntas infracciones únicas y continuadas del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE"), constitutivas de dos cárteles en el sector de electrificación ferroviaria en España en relación con líneas de tren convencional y líneas de alta velocidad, respectivamente.

La parte dispositiva de dicha resolución es 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:

- ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. y solidariamente a su matriz ALSTOM, S.A.
- COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A., y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.
- CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (CYMI) y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.
- ELECTRÉN, S.A., y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (SEMI) y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.
- COMSA INSTALACIONES Y SISTEMAS INDUSTRIALES, S.A. y solidariamente a su matriz COMSA CORPORACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, S.L.
- CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, S.A.U. y solidariamente a su matriz DELEJOR13, S.L.U.
- ELEC NOR, S.A.
- EYM INSTALACIONES, S.A. y solidariamente a su matriz OBRASCON HUARTE LAIN, S.A.
- ISOLUX INGENIERIA, S.A., y solidariamente a su matriz GRUPO ISOLUX CORSÁN, S.A.
- INSTALACIONES INABENSA, S.A., y solidariamente a su matriz ABENGOA, S.A.
- NEOPUL SOCIEDADE DE ESTUDOS E CONSTRUÇOES, S.A., y solidariamente a su matriz SACYR, S.A.
- SIEMENS, S.A., y solidariamente a su matriz SIEMENS, AG

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

- ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. y solidariamente a su matriz ALSTOM, S.A.
- COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A., y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.
- CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (CYMI) y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.
- ELECTRÉN, S.A., y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (SEMI) y solidariamente a su matriz ACS, ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A.
- ELEC NOR, S.A.
- EYM INSTALACIONES, S.A. y solidariamente a su matriz OBRASCON HUARTE LAIN, S.A.
- INSTALACIONES INABENSA, S.A., y solidariamente a su matriz ABENGOA, S.A.
- SIEMENS, S.A., y solidariamente a su matriz SIEMENS, AG
- TELÉFONOS, Líneas y Centrales, S.A. y solidariamente a su matriz FUENTEBLANDOR HOLDING, S.L.

c) Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en acuerdos de reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, de la que son responsables, en los términos previstos en fundamento cuarto de la presente resolución, las siguientes empresas:

- ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. y solidariamente a su matriz ALSTOM, S.A.



- ELEC NOR, S.A.
- INDRA SISTEMAS, S.A.

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

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

- ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U.: 6.600.000 euros
- COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A.: 21.200.000 euros
- CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A.: 2.800.000 euros
- ELECTRÉN, S.A.: 2.281.178 euros
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES, S.A.: 12.195.919 euros
- COMSA INSTALACIONES Y SISTEMAS INDUSTRIALES, S.A.: 2.800.000 euros
- CONSTRUCCIONES INSTALACIÓN Y TRACCIÓN, S.A.U.: 385.067 euros
- ELEC NOR, S.A.: 13.300.000 euros
- EYM INSTALACIONES, S.A.: 358.740 euros
- ISOLUX INGENIERIA, S.A.: 4.000.563 euros
- INSTALACIONES INABENSA, S.A.: 8.200.000 euros
- NEOPUL SOCIEDADE DE ESTUDOS E CONSTRUÇOES, S.A.: 762.362 euros
- SIEMENS, S.A.: 16.200.000 euros

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

- ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U.: 1.300.000 euros
- COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A.: 6.000.000 euros
- CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A.: 1.425.057 euros
- ELECTRÉN, S.A.: 905.229 euros
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES, S.A.: 4.250.093 euros
- ELEC NOR, S.A.: 7.000.000 euros
- EYM INSTALACIONES, S.A.: 90.000 euros
- INSTALACIONES INABENSA, S.A.: 3.363.359 euros
- SIEMENS, S.A.: 600.000 euros
- TELÉFONOS, Líneas y Centrales, S.A.: 600.000 euros

c) En el cártel, consistente en el reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad:

- ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U.: 933.294 euros
- ELEC NOR, S.A.: 50.000 euros
- INDRA SISTEMAS, S.A.: 870.000 euros".

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

"5. SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (SEMI),

La SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (SEMI), con domicilio en Madrid, está activa en los ámbitos de ferrocarriles de alta velocidad y convencionales, incluyendo el suministro y mantenimiento de



subestaciones eléctricas y catenarias. SEMI se divide en tres ramas: Operativa, Corporativa y Productiva, dentro de la cual se encuentra la división de Ferrocarriles.

(...)

La matriz última de SEMI es ACS, empresa cabecera del grupo ACS (folio 13750)".

A continuación, recoge la resolución sancionadora que las prácticas investigadas en este expediente abarcan, dentro de la infraestructura ferroviaria, la fabricación, suministro, instalación, mantenimiento y reparación de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos de líneas de tren convencional y de alta velocidad. Precisa que el Reglamento (CE) n.º. 2598/70 de la Comisión, de 18 de diciembre de 1970, delimita de forma detallada lo que constituye la infraestructura ferroviaria, que comprende, entre otros, los terrenos, obras de explotación y plataforma de la vía, obras civiles (puentes, túneles, pasos superiores, etc.), pasos a nivel, superestructuras, alzadas de los patios de los viajeros, instalaciones de seguridad, de señalización, de telecomunicación de la vía, instalaciones de alumbrado para la circulación y de seguridad de los vehículos, instalaciones de conducción de corriente eléctrica para tracción de trenes, líneas de suministro entre estaciones, catenarias y edificios adscritos al servicio de la infraestructura y que esta delimitación se mantuvo en artículo 3 de la posterior Directiva 91/440 CEE. Recuerda que en el año 2014 se aprobó el Reglamento (UE) N.º 1303/2014 de la Comisión, de 18 de noviembre de 2014, sobre la especificación técnica de interoperabilidad relativa a la seguridad en los túneles ferroviarios del sistema ferroviario de la Unión Europea y en cuanto a la normativa nacional, la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario y el Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario, incorporan los principios establecidos en el ámbito europeo en las directivas del primer paquete ferroviario y la progresiva apertura del transporte ferroviario a la competencia. Continúa exponiendo que a raíz de la aprobación de la citada Ley, el monopolio público en infraestructuras y prestación de servicio de transporte ferroviario, que estaba desde 1941 gestionado por RENFE, se escindió en dos nuevas empresas públicas: el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), que es el órgano competente para la administración de la Red Ferroviaria de Interés General (RFIG), y Renfe- Operadora, encargada de la prestación del servicio de transporte y que posteriormente, mediante el Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios, se produjo una reestructuración y RENFE pasó a componerse de cuatro sociedades mercantiles estatales (RENFE Viajeros, RENFE Mercancías, RENFE Fabricación y Mantenimiento y RENFE Alquiler de Material Ferroviario) más la entidad pública empresarial RENFE-Operadora. Que, además, el Real Decreto-ley 15/2013, de 13 de diciembre, sobre reestructuración de la entidad pública empresarial ADIF, dividió al gestor de infraestructuras. Que por una parte se creó ADIF-Alta Velocidad que tiene a su cargo la administración de la red de alta velocidad y la construcción y administración de las nuevas líneas que se le encomienden y que, por otra, ADIF siguió con la administración de la red ferroviaria convencional. Añade que en España el marco fundamental de la reglamentación lo constituye el Reglamento General de Circulación (RGC), aprobado por Real Decreto 664/2015, de 17 de enero y modificado por Real Decreto 1011/2017, de 1 de diciembre de 2017, junto con las Normas Específicas de Circulación (NEC) y que la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (LSF), incorpora al ordenamiento español las nuevas normas contenidas en la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre de 2012 que aunque mantiene un buen número de los preceptos de la Ley 39/2003, por razones de certeza y claridad y para facilitar la más correcta interpretación de sus mandatos, deroga la Ley 39/2003. La Ley 38/2015 ha sufrido una modificación parcial en virtud del Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados.

Por lo demás destaca la especial relevancia que tiene en este expediente el régimen jurídico de contratación del ADIF, regulado en el Estatuto de ADIF, aprobado por el Real Decreto 2395/2004, de 30 de diciembre, en el que se dispone que la contratación de las obras de construcción o modificación de la infraestructura ferroviaria en España tiene carácter administrativo y se rige en cuanto a su preparación y adjudicación, efectos y extinción por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero que, sin embargo, la preparación y adjudicación de los contratos de obras de electrificación, señalización, mantenimiento de la infraestructura ferroviaria y gestión de sistemas de control, circulación y seguridad del tráfico ferroviario y el resto de contratos incluidos dentro de su ámbito de aplicación, se rigen por la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones (LAETT), y sus efectos y extinción.

Re coge que posteriormente, en abril de 2008, entró en vigor la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP) y su disposición final quinta modificó el artículo 22.3.b) de la Ley 39/2003, disponiendo que ADIF tramitará los expedientes de contratación relativos a la construcción o modificación de las infraestructuras ferroviarias y será competente para seleccionar al contratista al que se encomiende la ejecución del contrato,



ajustando su actividad a las normas establecidas para las Administraciones Públicas en la LCSP. Finalmente, que, con la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en aplicación de lo dispuesto en su art. 3.2. b), ADIF tiene la consideración de poder adjudicador por lo que esta Ley será aplicable a todos sus contratos, en todas sus fases (preparación, adjudicación, efectos y extinción) ostentando sus contratos, en tal sentido, el carácter de contratos administrativos.

Tras ello, aborda la delimitación del mercado de producto, señalando que las prácticas investigadas en este expediente abarcan 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 y se muestra conforme con la DC en la definición de los mercados afectados por las conductas objeto de análisis en este expediente, en la que realiza las siguientes divisiones de mercados por productos, distinguiendo, 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.

Los mercados así definidos son los siguientes:

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

Dicho lo anterior, describe el mercado desde el punto de vista de la oferta y la demanda y recoge que el mercado geográfico afectado por el presente expediente abarca todo el territorio nacional, cumpliéndose también el criterio de afectación al comercio intracomunitario que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE, tal como indica el apartado 78 de Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 101 y 102 TFUE.

En su Apartado IV se centra la descripción de los Hechos acreditados, indicando que proceden de diversas fuentes, a saber, de las empresas ALSTOM y SIEMENS que han aportado pruebas en sus correspondientes solicitudes de clemencia; de la información recabada por la DC en las inspecciones de las sedes de ALSTOM, ELEC NOR, COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS en relación con acuerdos entre empresas en los mercados definidos y de los requerimientos de información 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. Añade que los acuerdos se han producido en relación con contratos públicos que, salvo una excepción (proyecto Follo Line), afectan a la infraestructura ferroviaria de nuestro país. Que los acuerdos han tenido por objeto el reparto de licitaciones que afectan, por un lado, al mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, por otro lado, a la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad y, por último, a la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad.

Explica que existe una evidente relación entre los tres mercados de productos afectados, toda vez que afectan a diferentes elementos que integran la infraestructura ferroviaria definida en la LSF e incluso existe una cierta coincidencia de empresas que operan en cada uno de ellos y que han formado parte de los acuerdos pero que el hecho de que las conductas hayan afectado a mercados distintos, que el modus operandi en cada mercado tenga ciertas particularidades que lo diferencia de los otros dos y que haya algunas empresas que no han participado en alguno de los mercados, exige considerar las conductas por separado, de manera individualizada e independiente para cada uno de los mercados, ello sin perjuicio de que alguna de las valoraciones pueda hacerse extensiva a varias o a todas las conductas y que la vinculación entre las infracciones se tenga en consideración por esta Sala a efectos de garantizar la proporcionalidad en la reacción sancionadora.

A continuación, se exponen los hechos acreditados más destacados obtenidos por la Dirección de Competencia a lo largo de la instrucción del expediente que, siguiendo el esquema de la propuesta de resolución, se estructuran en los siguientes 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.

Pu es bien, a la vista de los hechos que se recogen en resolución, cuya versión completa se dice que consta en los folios 36326 a 36491 del expediente, se aprecian las siguientes infracciones:

- a) Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en el reparto de licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, desde mayo de 2002 hasta noviembre de 2016.
- b) Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en el reparto de licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, desde abril de 2008 hasta marzo de 2016.
- c) Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en el reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, desde marzo de 2012 hasta diciembre de 2015.

La s tres infracciones se califican como muy graves por tratarse de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE que son constitutivas de cártel, de conformidad con el artículo 62.4.2 de la LDC.

-E n el apartado Responsabilidad individual de las empresas, recoge, por lo que se refiere a la aquí recurrente, lo siguiente:

- a) Cártel para el reparto de contratos de mantenimiento sistemas eléctricos en líneas de tren convencional (Hechos 1 a 58 y folios 36332 a 36388):

e) SEMI

Ha participado en este cártel desde mayo de 2002 hasta noviembre de 2016. SEMI también consta en acuerdos de reparto de licitaciones prácticamente cada año desde el acuerdo de mayo de 2002 y en intercambios de información para la correcta ejecución de los acuerdos tal como reflejan los hechos 1 a 22, 24, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 36, 37, 40, 45, 51, 52, 53, 54, 55, 56 y el Anexo I

- b) Cártel para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad (hechos 59 a 193 y folios 36393 a 36481):

e) SEMI

Co nsta su participación en el cártel desde abril de 2008 hasta marzo de 2016. SEMI es otra de las empresas que formó parte de los acuerdos de abril de 2008 para el reparto de varios contratos para la construcción y mantenimiento de sistemas de electrificación de distintos tramos de las diversas líneas de alta velocidad (hechos 73 a 88 y Anexo II). En el año 2010 continuó formando parte de los acuerdos para el reparto de varias licitaciones en los citados años, a través de los denominados acuerdos MICRO-MACRO (hechos 89 a 114 y Anexo II). En relación con estos contratos en el año 2011 consta una reunión en la que participó SEMI para analizar la correcta ejecución de los acuerdos (hecho 111).

En los años 2013 y 2014 SEMI continuó participando en acuerdos de reparto de varios contratos en este mercado (para el año 2013 véanse los hechos 115 a 146 y Anexo II y para el año 2014 véanse los hechos 147 a 168 y Anexo II).

Fi nalmente, como miembro de la UTE AVE ENERGÍA, a partir del año 2015 formó parte de los acuerdos para el reparto de varios contratos entre las empresas integrantes de la citada UTE, utilizando los recursos de la misma para la presentación de ofertas a estas licitaciones (hechos 169 a 191 y Anexo II). En marzo de 2016, los socios de la UTE AVE ENERGÍA se repartieron la obra del Telemando de seccionadores para talleres (hecho 191).

TERCERO. - En su escrito de formalización de la demanda, sociedad actora opone los siguientes motivos de impugnación:

1- Nulidad del procedimiento sancionador incoado contra SEMI debido al carácter excesivamente amplio de las inspecciones en ALSTOM Y ELECNOR:

(i) Ausencia de indicios de infracción más allá de la solicitud de clemencia presentada por ALSTOM.

(ii) Las inspecciones realizadas en Alstom y Elecnor fueron inspecciones exploratorias y no tienen cabida bajo la doctrina del hallazgo casual.

2- Vulneración de los derechos de defensa de SEMI e infracción de las garantías del procedimiento sancionador determinante de indefensión:

(i) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

(ii) Vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías como consecuencia de la vulneración del derecho a formular alegaciones y a que éstas sean tenidas en cuenta.

3- Incorrecta calificación de las conductas atribuidas a SEMI como dos infracciones únicas y continuadas. La CNMC imputa a SEMI dos infracciones únicas y continuadas sin que concurren los elementos esenciales de esta figura jurídica en el supuesto del cártel del ferrocarril convencional.

4- Incorrecta calificación de las conductas atribuidas a SEMI como dos infracciones únicas y continuadas. La CNMC imputa a SEMI dos infracciones únicas y continuadas sin que concurren los elementos esenciales de esta figura jurídica en el supuesto del cártel del AVE.

5- Prescripción de las conductas anteriores al 31 de mayo de 2013. que se integran en el supuesto cártel del ferrocarril convencional y en el supuesto cártel del AVE

6- No ha quedado acreditado el carácter anticompetitivo de las conductas imputadas a SEMI cuya infracción no habría prescrito.

7- La resolución realiza una valoración errónea de los supuestos efectos que habrían tenido en el mercado las conductas imputadas y no motiva debidamente el cálculo de las multas impuestas, siendo sus importes arbitrarios y desproporcionados.

La Administración demandada se opone al recurso e interesa su desestimación por los propios fundamentos de la resolución recurrida.

Por su parte, la representación procesal de ADIF interesa la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

CUARTO.-Expuestos en apretada síntesis los términos del debate, daremos respuesta a los motivos de impugnación articulados en la demanda, comenzando por el que denuncia la nulidad del procedimiento sancionador incoado contra SEMI debido al carácter excesivamente amplio de las inspecciones en ALSTOM Y ELECENOR, la ausencia de indicios de infracción más allá de la solicitud de clemencia presentada por ALSTOM y que las inspecciones realizadas en Alstom y Elecnor fueron inspecciones exploratorias y no tienen cabida bajo la doctrina del hallazgo casual.

Argumenta la representación procesal de SEMI que el objeto de la orden de inspección utilizada en las inspecciones en ALSTOM y en ELECENOR fue excesivo o exploratorio por ir más allá de la obtención de información respecto a los indicios de infracción denunciados por ALSTOM en su solicitud de clemencia y que la denuncia presentada por ALSTOM se refería exclusivamente a una colusión entre ALSTOM, ELECENOR e INDRA en relación con un concurso privado convocado por la joint venture de las empresas ACCIONA y GHELLA para el proyecto Follo Line en Noruega y que, sin embargo, la CNMC, contando únicamente con la información aportada por ALSTOM sobre la mencionada infracción, dictó una orden de inspección que fue manifiestamente más allá de los indicios suficientemente fundados que justificaban la realización de una inspección en las sedes de ALSTOM y ELECENOR. Que la DC realizó una inspección irregular o exploratoria por cuanto que dichas inspecciones se dirigieron, no solo a obtener pruebas complementarias sobre la infracción respecto a la que la autoridad de competencia tenía indicios, sino sobre la totalidad de las actividades de dichas empresas en los mercados de fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios, ya que se buscaron activamente documentos relativos no solo a contratos privados como el correspondiente al Follo Line sino también todo tipo de licitaciones públicas y respecto a cualquier empresa en el sector.

Añade que el listado de palabras de búsqueda que se entregó a ELECENOR al finalizar la inspección junto con el acta de inspección incluía referencias a actividades, mercados y empresas completamente ajenas al proyecto Follo Line, al Grupo Semi pero el listado de las palabras de búsqueda incorporadas al expediente no contenía referencia alguna a SEMI y a otras empresas respecto de las cuales la CNMC buscó información y que, por tanto, es distinto del listado aportado por ELECENOR junto con sus alegaciones al PCH46.

Dicho lo anterior denuncia que el examen de los documentos obtenidos en dichas inspecciones en las sedes de ALSTOM y ELECENOR, complementado posteriormente con declaraciones adicionales de ALSTOM, llevaron a la DC a realizar, más adelante, inspecciones en las sedes de COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS, sobre quienes la CNMC no tenía ningún indicio de posible infracción antes de que se realizaran las primeras inspecciones.

Por lo demás opone que si existió un trabajo previo de obtención de información que pudiera estar relacionada con los hechos denunciados" mediante "la búsqueda de información pública y accesible de contratos licitados



en el citado mercado para observar si existía una coincidencia sospechosa de las mismas empresas en otras licitaciones" como se afirma en la resolución sancionadora, no existe en el Expediente constancia alguna de dicha supuesta investigación complementaria en el Expediente y que ni SEMI ni las demás sancionadas tuvieron con conocimiento de ello y recuerda que, dado que el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria puede verse lesionado por actuaciones de los poderes públicos, los tribunales europeos y españoles han determinado el alcance permitido por las inspecciones domiciliarias llevadas a cabo por las autoridades de defensa de la Competencia, el cual fue manifiestamente rebasado por la DC en el origen del Expediente

Por lo expuesto concluye que la DC no contaba con indicios suficientes para realizar inspecciones en las sedes de ALSTOM y ELECENOR 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", así como tampoco de indicios que le permitieran buscar activamente información sobre empresas distintas a las involucradas en el proyecto Follo Line (i.e. ALSTOM, ELECENOR e INDRA) y, en particular, respecto a SEMI y que solo tenía indicios de infracción de la normativa de competencia respecto a la contratación entre determinadas empresas relativa a un concurso privado concreto convocado por AIG en España para la realización de obras de electrificación y electromecánica ferroviarias en Noruega, i.e. el mencionado proyecto Follo Line, por lo que concluye que inspecciones de la CNMC en las sedes de ALSTOM y ELECENOR tuvieron el carácter de inspecciones exploratorias o "fishing expeditions" y no fueron producto de un "hallazgo causal" por lo que debe declararse la nulidad de actuaciones respecto de las inspecciones realizadas por la DC en ALSTOM y ELECENOR en el mes de julio de 2016. Y añade que, como todo resultado probatorio generado a partir de un medio de prueba ilícito -porque vulnera derechos y libertades fundamentales, o porque implica la realización de una actividad prohibida por la Ley- adolece de nulidad insalvable y afecta a todos aquellos medios de prueba relacionados y derivados del mismo, deben declararse nulas tanto las declaraciones adicionales de la solicitud de clemencia de ALSTOM como la posterior solicitud de reducción de multa de SIEMENS porque se produjeron posteriormente como consecuencia de las inspecciones exploratorias realizadas en ALSTOM y ELECENOR realizadas en las sedes de ALSTOM y ELECENOR, así como también, adolecen de nulidad por el mismo motivo, la segunda ronda de inspecciones llevada a cabo en las sedes de COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS; (iii) las declaraciones de SIEMENS en el contexto de su solicitud de clemencia, presentadas tras ser inspeccionada y haber tenido al Expediente; y cualesquiera otras pruebas, actuaciones o declaraciones que no tengan relación alguna con el proyecto Follo Line, debieran declararse nulas y, en consecuencia, no pueden ser tenidas en cuenta en el expediente sancionador.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación conviene recoger los siguientes antecedentes expuestos en la resolución sancionadora recurrida:

1. Con fecha 4 de mayo de 2016, la empresa ALSTOM, S.A. presentó ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) una solicitud de exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, subsidiariamente, de reducción de su importe, a los efectos del artículo 66 de la citada Ley. La solicitud se realizó en beneficio de la citada empresa y de todas sus filiales y directivos, incluyendo a ALSTOM TRANSPORTE S.A.U (ALSTOM), en relación con las sanciones que pudieran imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, vinculadas con el acuerdo para la manipulación y reparto de un proyecto de electrificación y electromecánica ferroviarios, denominado Follo Line (folios 1 a 29), en el que habría participado la citada filial de ALSTOM, S.A. Esta solicitud de exención, junto con la documentación presentada, facilitaba información y elementos de prueba de la citada infracción y fue completada y ampliada posteriormente el 30 de mayo, 20 y 26 de julio, 2, 13 y 22 de septiembre de 2016, y el 8 y 29 de marzo de 2017 (folios 39 a 74, 640 a 743, 786 a 862, 11841 a 11918, 12724 a 12855).
2. Conforme al artículo 49.2 de la LDC, la Dirección de Competencia (DC) comenzó una información reservada con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificaran la incoación, en su caso, del correspondiente expediente sancionador.
3. Con fecha 1 de julio de 2016, la DC concedió la exención condicional a ALSTOM, S.A. y sus filiales, en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC, por haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que, a juicio de la DC, le permitía ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), en relación con las conductas descritas en la citada solicitud de exención del pago de la multa.
4. De acuerdo con el artículo 27 de la LCNMC, los días 11 a 13 de julio de 2016 la DC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de ALSTOM y ELECENOR, S.A. (ELECENOR) y los días 18 a 20 de enero de 2017 en las sedes de COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A., (COBRA), ELECTRÉN S.A., (ELECTRÉN), SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES, S.A. (SEMI) y SIEMENS, S.A. (SIEMENS).



5. El 30 de mayo de 2017, la DC consideró que lo actuado en la información reservada realizada había permitido confirmar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, por lo que, de conformidad con su artículo 49.1, acordó la incoación del expediente sancionador NUM000 Electrificación y 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 FUENTE BLANDOR HOLDING, S.L. (folios 16954 a 17092).

6.- Las ordenes de investigación utilizadas en las inspecciones en ALSTOM y en ELEC NOR, fechadas el 30 de junio de 2016, fueron del siguiente tenor literal:

"E sta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios, consistentes en un acuerdo para la manipulación y el reparto de licitaciones convocadas por clientes públicos y privados. De conformidad con la información disponible, determinadas empresas presentes en este mercado habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas al haber acordado la manipulación y el reparto de licitaciones convocadas por clientes públicos y privados para la fabricación y el suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), está prohibido todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular y entre otros, los que consistan en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, o el reparto de mercado.

Se autoriza a los funcionarios indicados para realizar una inspección en la sede de la empresa ALSTOM TRANSPORTE, S.A., sita en C/Martínez Villergas, 49 (ED V), 28027 Madrid, a partir del día 11 de julio de 2016, pudiendo continuar ésta en los días posteriores.

7. Posteriormente y a solicitud de la CNMC, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 12 de Madrid dictó en fecha 13 de diciembre de 2018 auto en el procedimiento nº 539/2018 por el que acuerda, inaudita parte, autorizar la entrada y registro en la sede compartida por las mercantiles Ferrosfer Infraestructuras, S.A. y Ferrovial Servicios, S.A., situada en la calle Quintanavides, 21, Parque Vía Norte- Edificio 5, 28050 Madrid.

3. En el citado auto se exponen las razones jurídicas que llevan al Juzgado a otorgar la autorización solicitada señalando: *"De acuerdo con lo establecido en la LDC así como en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que, se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), con fecha 27 de octubre de 2014, la Directora de Competencia ha adoptado la Orden de Investigación de 5 de diciembre de 2018, ordenando a las empresas Ferrosfer Infraestructuras, S.A., y de Ferrovial Servicios, S.A., a que se sometan a inspección que comenzará el día 17 de diciembre de 2018 desde las 08:00 horas hasta las 20:00 horas y continuará hasta el día 19 de diciembre en el referido horario. El volumen de la investigación y la alta especialización de los funcionarios intervinientes justifican la autorización de todos ellos para la práctica de la inspección"*.

8. La entrada y registro de la sede de las recurrentes tuvo lugar en las fechas señaladas con el resultado que consta en las actas de inspección elaboradas por los inspectores intervinientes.

9. Posteriormente se adoptaron ordenes de inspección en las sedes de COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS.

QUINTO.- Como ya hemos recogido, la parte recurrente denuncia que la DC no contaba con indicios 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", así como tampoco de indicios que le permitieran buscar activamente información sobre empresas distintas a las involucradas en el proyecto Follo Line (i.e. ALSTOM, ELEC NOR e INDRA) y, en particular, respecto a SEMI y que solo tenía indicios de infracción de la normativa de competencia respecto a la contratación entre determinadas empresas relativa a un concurso privado concreto convocado por AIG en España para la realización de obras de electrificación y electromecánica ferroviarias en Noruega, i.e. el mencionado proyecto Follo Line, por lo que concluye que inspecciones de la CNMC en las sedes de ALSTOM y ELEC NOR tuvieron el carácter de inspecciones exploratorias o "fishing expeditions" y no fueron producto de un "hallazgo causal" por lo que debe declararse la nulidad de actuaciones respecto de las inspecciones realizadas por la DC en ALSTOM y ELEC NOR en el mes de julio de 2016.



Por tanto, corresponde ahora a esta Sala analizar si en las Ordenes de Investigación apreciamos criterios de razonabilidad y de proporcionalidad que permiten concluir que las garantías constitucionales se han respetado al exigir la entrada y el registro domiciliario acordado.

Pues bien, la Jurisprudencia comunitaria ha precisado los elementos que debe contener la orden de investigación y ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados "objeto y finalidad de Inspección" que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, Asunto France Télécom-España (Asunto T- 339/04), señala:

"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.

59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios".

Y es el alcance de la información recogida en la Orden de Investigación lo que discute la recurrente por cuanto entiende desproporcionado que la Orden de Investigación se remita para justificar el registro y entrada domiciliaria en la existencia de información que ha obtenido en la fase de una información previa y reservada, pero sin que se especifique ningún indicio de los que se han obtenido en esa fase.

Esta Sala siguiendo la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA) sostiene que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador, de aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, señalando dicha sentencia en su párrafo 60 que: *"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 igual 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 dice: *"El reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)".*

De igual modo se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 31 de octubre de 2017 (recurso casación nº 1062/2017) en la que se dice: *"Así pues, 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 (...) 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).

Po r ello, no es correcto sostener que la CNMC debe 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 la inspección 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.

Po r tanto, la doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable en el presente caso toda vez que, las Ordenes de Investigación y la necesidad de las inspecciones y de los registros domiciliarios se realizaron 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 y, precisamente, se ordenan los registros para 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)".

Pu es bien, teniendo en cuenta que las Ordenes de Investigación se han dictado tras el conocimiento obtenido en esa fase previa de investigación, ello nos lleva a concluir que se matiza y se relativiza la exigencia de una mayor concreción de los indicios que se tenían. Y, en el caso analizado, concluimos que si se han expuesto los elementos fácticos necesarios para la apreciación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada de entrada y de registro domiciliario. Y ello porque, frente al criterio de la parte actora, entendemos que, si se concretan las prácticas, la operativa de la actuación, las licitaciones afectadas y el momento temporal al que se refieren. Concretamente, en la Orden de Investigación se dice: " Esta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en relación con proyectos, ejecución de la obra, fabricación, suministro, instalación, reparación, mantenimiento y mejora de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, incluyendo los sistemas de señalización, seguridad y comunicaciones ferroviarias, tanto para la red de alta velocidad (AVE) como para la red de ferrocarril convencional, consistentes en diversos acuerdos para la manipulación y el reparto de licitaciones convocadas. "

In cluso se especifica en la Orden de Investigación que conductas de las prohibidas se están investigando al decir: " El objeto de la inspección es verificar la existencia de actuaciones de la citada entidad en el mercado de la fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, incluyendo los sistemas de señalización, seguridad y comunicaciones ferroviarias, tanto para la red de alta velocidad (AVE) como para la red de ferrocarril convencional, respecto del reparto, al menos desde 2002, de licitaciones convocadas por el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), posteriormente ADIF y el Ministerio de Fomento que abarcan la redacción de proyectos, ejecución de la obra, fabricación, suministro, instalación, reparación, mantenimiento y mejora de dichos sistemas y equipos, 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. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica. "



En consecuencia, con arreglo a la jurisprudencia antes expuesta, afirmamos que resulta excesivamente desproporcionado exigir en la solicitud de autorización de registro y entrada domiciliaria, que se inserta en una fase preliminar de la investigación, datos de participación y otros elementos de información -como datos de la operativa o el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propias de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que precisamente, a través de la entrada en el domicilio social, se buscan elementos o datos que no se conocen o no están suficientemente identificados, todo ello con la finalidad de poder perfilar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

Asimismo, insistimos en la consideración de que en las Ordenes de Investigación analizadas, no se acuerda por la Dirección de Competencia la entrada y el registro domiciliario de forma caprichosa, indeterminada e injustificada puesto que han sido acordadas en el marco de una información reservada con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificaran la incoación, en su caso, del correspondiente expediente sancionador.

Como incluimos, por ello que, en este caso, las Ordenes de Investigación realizadas dentro de la información reservada DP/0228/17 permitía identificar a los recurrentes los elementos esenciales de la investigación que exigía la entrada y registro en su sede pues su contenido les permitía conocer el objeto y la finalidad de la inspección al especificar cuál era el mercado afectado en el que actuaban los recurrentes - mercado de la fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, incluyendo los sistemas de señalización, seguridad y comunicaciones ferroviarias, tanto para la red de alta velocidad (AVE) como para la red de ferrocarril convencional, respecto del reparto, al menos desde 2002, de licitaciones convocadas por el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), posteriormente ADIF y el Ministerio de Fomento.

Por tanto, no estamos ante una inspección genérica dirigida a la búsqueda de documentos o pruebas inculpatorias ya que se precisaba y se detallaba la operativa concreta de actuación en esta fase preliminar de investigación y que el objeto de las inspecciones era verificar la existencia de actuaciones de las entidades inspeccionadas en el mercado que abarcan la redacción de proyectos, ejecución de la obra, fabricación, suministro, instalación, reparación, mantenimiento y mejora de dichos sistemas y equipos, 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 y si los citados acuerdos se han llevado a la práctica.

Así las cosas, entendemos que si constan indicios particularizados respecto de las empresas recurrentes de tal manera que, al menos, en esa fase preliminar de la investigación son suficientes desde la perspectiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio puesto que se ha concretado el objeto, la finalidad y el alcance de la misma y no existe un medio menos agresivo para continuar con la investigación, pues como dice la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Asunto DOW CHEMICAL IBÉRICA, en su apartado 24: *"Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas".* Y como también señala la sentencia del TPI de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en su 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)".*

Por lo expuesto, debemos rechazar el motivo de impugnación examinado y, en consecuencia, las pruebas obtenidas en las inspecciones realizadas no están afectadas por causa de nulidad.

SEXTO.- Siguiendo con el examen de los motivos de impugnación, denuncia la recurrente la vulneración de los derechos de defensa de SEMI y la infracción de las garantías del procedimiento sancionador determinante de indefensión y, en concreto, la vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías como consecuencia de la vulneración del derecho a formular alegaciones y a que éstas sean tenidas en cuenta, infringiendo con ello el artículo 24 CE, por quedar eliminada la utilidad del trámite de alegaciones, lo que a



juicio de la recurrente resulta confirmado a la vista de la resolución sancionadora, en la que no se tiene en cuenta ninguna de las alegaciones formuladas por las partes.

Pu es bien, el motivo ha de ser desestimado por cuanto que el derecho al trámite de audiencia no lleva aparejado que las alegaciones en su caso formuladas sean atendidas y asumidas. Dicho lo anterior, en el caso examinado el trámite de audiencia al interesado se ha cumplido. Cuestión distinta es que la resolución sancionadora no hay asumido las alegaciones formuladas por SEMI.

SÉPTIMO.- Rechazadas las alegaciones formales invocadas por la sociedad actora debemos analizar si como se refiere la CNMC, las empresas sancionadas -entre ellas, la recurrente- han actuado de forma concertada realizando practicas colusorias constitutivas de dos infracciones únicas y continuadas consistentes en acuerdos de reparto de licitaciones públicas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional y en acuerdos para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.

Pu es bien, se aduce en la demanda que la CNMC ha basado gran parte de su imputación a SEMI en meras hipótesis, fundamentadas principalmente en declaraciones presentadas por los solicitantes de clemencia que no han sido contrastadas ni acreditadas por otros medios de prueba y en presunciones o juicios de valor que sobrepasan los límites exigidos por la jurisprudencia para la aplicación de la prueba indiciaria y vulneran el derecho a la presunción de inocencia. Que la recurrente señaló de manera reiterada en las alegaciones presentadas en el procedimiento administrativo que la CNMC ha incurrido en evidentes errores de interpretación a la hora de analizar múltiples supuestos elementos de prueba, rechazando todo tipo de pruebas y explicaciones alternativas sin motivación suficiente y dejando patente su desconocimiento del funcionamiento de los mercados presuntamente afectados de electrificación ferroviaria y que, como consecuencia de ello, ha vulnerado su derecho a formular alegaciones y a que éstas sean tenidas en cuenta, al reducir la formulación de alegaciones a un mero trámite formalista, infringiendo con ello el principio de contradicción, que deriva del artículo 24 CE y el artículo 75.4 de la LPACAP. Añade que, además, la CNMC ha vulnerado las garantías del procedimiento sancionador al haber impedido o retrasado el acceso por parte de la recurrente a información esencial para su adecuada defensa en el marco del procedimiento y, en concreto, a tener acceso a información que la DC supuestamente tomó en consideración para realizar las primeras inspecciones en ALSTOM y ELEC NOR de las que se derivó el resto del procedimiento y concluye que lo expuesto le ha ocasionado indefensión material a SEMI en el marco del procedimiento administrativo en el que se ha adoptado la Resolución, ya que se le ha impedido ejercer de manera efectiva sus derechos de defensa y que, en ausencia de los vicios procedimentales identificados, el sentido de la Resolución habría sido favorable a la Compañía y se opone que se ha vulnerado el derecho fundamental de SEMI a la presunción de inocencia, garantizado por el artículo 24.2 de la CE y el artículo 53.2b) de la LPACAP porque la CNMC le ha imputado la participación en una serie de conductas ilícitas a pesar de no existir un acervo probatorio suficiente contra ella; de las contradicciones manifiestas entre el relato sostenido por la CNMC y la realidad constatable de los hechos acontecidos, y de las explicaciones alternativas plausibles aportadas así como con determinada documentación aportada por el Sr. Olea en el marco de sus alegaciones al PCH y que podría haber resultado decisiva para su defensa ya que hacía referencia a la falta de veracidad de la declaración de clemencia presentada por SIEMENS, que SEMI también ha cuestionado.

Pu es bien, recordemos que el artículo 51 del Real Decreto 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, trata de conciliar, por un lado, la preservación de la confidencialidad de las declaraciones del solicitante de clemencia y por otro las garantías de acceso al expediente de los inculpados para poder realizar una defensa efectiva de sus derechos. En síntesis, establece un sistema en el que el recurrente tiene acceso a todos los datos y documentos necesarios para contestar el pliego de concreción de hechos y la posibilidad de tomar notas, pero sin obtener copias de la declaración del solicitante de clemencia, sistema que se ha respetado por la CNC en el expediente sancionador que ahora se revisa. La CNC le facilitó el acceso a todo el expediente y la recurrente tomó vista del expediente y durante esa vista se le facilitaron las declaraciones de los clementes, con imposición de condiciones en lo que se refiere a la utilización de dicha información, exclusivamente para los efectos del ejercicio del derecho de defensa. Por ello, mal puede la recurrente afirmar que se ha vulnerado su derecho de defensa. Lo que es evidente, es que no puede identificarse el ejercicio del derecho de defensa con la posibilidad de obtener una copia de las declaraciones de los solicitantes de clemencia, pues el acceso a los documentos puede realizarse de formas diferentes.

En este punto resulta procedente la cita de la jurisprudencia del Tribunal General que en numerosas sentencias ha indicado que: *"Es preciso recordar que el acceso al expediente en los asuntos sobre competencia tiene por objeto, en particular, permitir a los destinatarios de un pliego de cargos conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, a fin de que puedan pronunciarse adecuadamente sobre las conclusiones a las que ésta haya llegado en su pliego de cargos basándose en tales documentos. El acceso al expediente forma*



parte de las garantías del procedimiento destinadas a proteger el derecho de defensa y a asegurar, en particular, el ejercicio efectivo del derecho a ser oído (véase la sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2003, *Atlantic Container Line y otros/Comisión*, T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Rec. p. II-3275, apartado 334, y la jurisprudencia citada). El derecho de acceso al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, *Corus UK/Comisión*, C-199/99 P, Rec. p. I-11177, apartado 125, y la sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 1995, *Solvay/Comisión*, T-30/91, Rec. p. II-1775, apartado 81). Ello incluye tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales (sentencias *Hoffmann-La Roche/Comisión*, citada en el apartado 82 *supra*, apartados 9 y 11, y de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, citada en el apartado 36 *supra*, apartado 68)".

OCTAVO. - Recordemos que la recurrente ha sido sancionada por la comisión de dos infracciones únicas y continuadas, constitutivas de cártel, consistentes en acuerdos para el reparto de contratos de mantenimiento sistemas eléctricos en líneas de tren convencional y en acuerdos de reparto para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad

A estos efectos debemos recordar la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, contenida en la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, en el asunto T-211/08, *Putters International NV*, con cita de la sentencia de 8 de julio de 1999, *Comisión/Anic Participazioni* (C- 49/92 P, Rec. p. I-4125), apartado 82, sobre el concepto de infracción única y continuada en la que se afirmó que para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó 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 materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia *Comisión/Anic Participazioni*, apartado 31 *supra*, apartado 87). Y añadió que las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, *Cimenteries CBR y otros/Comisión*, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T- 50/95 a T-65/95, T-68/95 a T- 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).

En igual sentido, la sentencia del Tribunal General, en el asunto T-27/10, *AC-Treuhand AG* de 17 de mayo de 2013, afirma que *"también es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, pues tendría como consecuencia que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, *Quinn Barlo y otros/Comisión*, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada)(apartado 240)".*

El apartado 241 de la misma Sentencia señala que *"en consecuencia, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada uno de ellos está destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia *Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión*, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada)".*

Así pues, de esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.



NOVENO. - Así las cosas, vistas las diferentes posturas que mantienen las partes, debemos, examinar si efectivamente existen pruebas que permitan dar por acreditada la participación de la recurrente en las infracciones por las que ha sido sancionada.

A estos efectos conviene recordar que ya en la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia, 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"*.

Co nsideraciones 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)"*.

Ta mbién 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)".

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 los siguientes términos:

" Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174 /1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996 , 28 de enero de 1999 , 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales , al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril , F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho - se continúa afirmando la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4)".

DÉCIMO. - En el caso examinado, debemos destacar que gran parte de las pruebas de cargo se han aportado por el solicitante de clemencia y ello nos obliga a analizar el valor probatorio de las declaraciones de estas. Sobre este extremo debemos recordar lo que esta Sección ya ha declarado en la sentencia de 7 de abril de 2014 en el recurso nº 6/2012 y en la sentencia de 26 de marzo de 2019 (ROJ: SAN 1330/2019 - ECLI:ES:AN: 2019:1330), que se remite a aquella, en la que se dijo:

"La sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, asunto T-208/06 , en sus apartados 52 a 56 sistematiza la doctrina aplicable a la cuestión relativa al valor probatorio de las declaraciones del clemente en los siguientes términos:

1º. En lo que atañe a las alegaciones de las demandantes sobre el valor de las declaraciones realizadas en el marco de las solicitudes presentadas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, cabe recordar que, a tenor de reiterada jurisprudencia, ninguna disposición, ni ningún principio general del derecho de la Unión Europea, prohíbe a la Comisión invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas (sentencia *Limburgse Vinyl Maatschappij* y otros /Comisión, citada en el apartado 41 *supra*, apartado 512). Por ello, las declaraciones efectuadas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo (sentencia *Lafarge/Comisión*, citada en el apartado 43 *supra*, apartados 57 y 58).



2º. Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podrá poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que este se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencia del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, *Peróxidos Orgánicos/Comisión*, T-120/04, Rec.p. II-4441, apartado 70 y *Lafarge/Comisión*, citada en el apartado 43 supra, apartado 58).

3º. 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 rebasen 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 (sentencia del Tribunal *JFE Engineering y otros /Comisión*, citada en el apartado 44 supra, apartado 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 43 supra, apartado 59).

4º. 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 (sentencia del Tribunal *JFE Engineering y otros /Comisión*, citada en el apartado 44 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, *Grupo Danone/Comisión*, T-38/02, Rec. p.II-4407, apartado 285, y *Lafarge/Comisión*, citada en el apartado 43, supra, apartado 239).

5º. Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han prestado 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 44 supra, apartado 220, y *Peróxidos Orgánicos/Comisión*, citada en el apartado 53 supra, apartado 70) y la falta de indicios de que estas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia *Lafarge/Comisión*, citada en el apartado 43 supra, apartados 62 y 295)".

En un principio, debemos afirmar pues, que las declaraciones de los solicitantes de clemencia no pueden, por este solo hecho, ni constituir pruebas de cargo, salvo que la coherencia y verosimilitud de relato sea lo suficientemente convincente a los ojos del Tribunal, ni tampoco que carezcan de valor probatoria alguno, pues, en principio, deben considerarse fiables, especialmente si van acompañadas de indicios concordantes o de elementos de pruebas adicionales.

UNDÉCIMO.- Pues bien, respecto de los acuerdos de reparto de licitaciones públicas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, recoge la resolución sancionadora lo siguiente:

"Los hechos acreditados en este expediente ponen de manifiesto la adopción por parte de un grupo de empresas de una estrategia dirigida a repartirse el mayor número posible de contratos licitados por RENFE o ADIF para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional (hechos 1 a 58 y folios 36332 a 36388). Las prácticas se habrían mantenido estables prácticamente desde el año 2002 hasta finales de 2016. Se constatan acuerdos para el reparto de, al menos, 239 licitaciones en líneas de tren convencional de las que 173 resultaron finalmente adjudicadas y ganadas por empresas participantes en la conducta y sólo 39 a empresas competidoras no partícipes de la estrategia colusoria (las restantes 27 licitaciones finalmente fueron suspendidas por ADIF pero las empresas habían adoptado acuerdos previos para el reparto). El importe total repartido entre las empresas incoadas asciende a 134.892.642 euros (véase el Anexo I). y que en estos acuerdos han las empresas SIEMENS, COBRA, ELECTRÉN, SEMI, ELECNOR, INABENSA, CYMI, TELICE, EYM, ALSTOM, ISOLUX, CITRACC, y EMTE (actualmente COMSA).

Que los primeros hechos que acreditan la existencia de una estrategia colusoria en relación con licitaciones en líneas de tren convencional se remontan al 20 de mayo de 2002. Que en ese momento los directivos de las principales empresas del sector COBRA, CYMI, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI SIEMENS suscribieron un acuerdo para repartirse todas las licitaciones que fueran convocadas por RENFE para el mantenimiento de las subestaciones eléctricas en las líneas de tren convencional (hecho 1).

El acuerdo, entre otras cuestiones, preveía un método de reparto de las licitaciones mediante un sorteo para establecer el orden de adjudicación de los contratos, al que las empresas denominaron "ranking" (hecho 4).

a) Para comenzar se hará un sorteo previo.

b) A continuación, cuando todas sean adjudicatarias de obra, siempre será el primero del ranking el que tenga menor volumen de obra adjudicada".

Se pactaron unos baremos que determinaban el número de empresas que podían ser adjudicatarias de los contratos en función de la cuantía de los mismos. Se acordó que las obras de importe menor o igual a 500.000 euros se asignarían a una sola empresa; las obras de importe mayor a 500.000 euros y menor o igual a 1.000.000 euros a dos empresas; y las obras de importe mayor a 1.000.000 euros, debían ser adjudicadas a tres empresas.

Los contactos entre las empresas para la correcta ejecución de los acuerdos se realizaban al más alto nivel, participaban presidentes y, en particular, el personal directivo con responsabilidades relacionadas con este mercado.

Los contactos han sido frecuentes a lo largo de todos estos años a través de correos electrónicos y reuniones que periódicamente mantenían las empresas. En estas reuniones los participantes, bajo la denominación de "mesa", acordaban las asignaciones de los contratos y la estrategia a seguir para el correcto cumplimiento de lo acordado. Esta denominación dada a las reuniones aparece en multitud de ocasiones en los hechos acreditados. A modo de ejemplo, en un correo electrónico remitido por ELECNOR al resto de empresas se dice que "hay una oferta en la que es necesario reunir a la mesa" (folio 26552) o en un documento en relación con la estrategia a seguir por las empresas se señala que "5- En el caso de que en un mismo día se liciten dos o más obras del mismo importe e igual alcance, se pondrán de acuerdo las empresas afectadas para ver quién se presenta y como, pero se le apuntará el importe económico a cada empresa, en función de los acuerdos de reparto de la mesa" (folio 1059).

Constan acreditadas reuniones el 20 de mayo de 2002, el 17 de enero de 2003, entre finales de 2003 y principios de 2004, el 10 de diciembre de 2004288, el 17 de diciembre de 2004289, el 16 de junio de 2005290, en enero y septiembre de 2014291, y el 3 de noviembre de 2016292.

El orden acordado para la adjudicación de los contratos era individual y rotatorio.

Las empresas que no iban a ser adjudicatarias presentaban ofertas de cobertura o acompañamiento.

Las empresas tenían también previstos mecanismos de compensación entre ellas. Con los mecanismos de compensación, aquellas empresas que no eran adjudicatarias de los contratos se aseguraban un porcentaje de un 6% sobre la cifra de contratación a repartir a partes iguales. De ello queda constancia en las anotaciones manuscritas recabadas en la inspección de ELECTREN sobre normas para la ejecución del reparto de las licitaciones y los mecanismos de compensación entre empresas 294:

"1- Se establece el porcentaje de un 6% sobre la cifra de contratación a repartir a partes iguales entre las tres empresas no adjudicatarias.

(...)"

Los acuerdos se mantuvieron estables durante todo el tiempo como consecuencia, entre otros motivos, de la facilidad de las empresas para adaptarse a las circunstancias sobrevenidas.

Prueba de ello es que, a partir de 2007 RENFE, decidió licitar las subestaciones eléctricas tomando como base criterios zonales y, ante este cambio, las empresas se adaptaron sin mayores problemas y acordaron el reparto por delegaciones territoriales (1 Norte, 2 Noroeste, 3 Este, 4 Madrid y Centro, 5 Levante y 6 Sur). Una vez terminaban el ciclo según el orden de reparto, éste se realizaba por criterios de volumen de adjudicación, teniendo prioridad la empresa con menor volumen adjudicado 295 (hecho 19).

Esta sistemática de reparto continuó hasta noviembre de 2011, estableciéndose un orden aleatorio de adjudicación por sorteo. Cada empresa dispondría de una sola oportunidad de dejar pasar la vez en el orden establecido, admitiéndose la posibilidad de acuerdos especiales entre socios, siempre y cuando la "mesa" diera su conformidad (hecho 23).

En el año 2013 ADIF decidió agrupar las licitaciones para el mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencionales en una única licitación, convocada el 3 de octubre de 2013, diferenciando las 6 zonas (1 Norte, 2 Noroeste, 3 Este, 4 Madrid y Centro, 5 Levante y 6 Sur), que fueron licitadas por lotes. Para esta licitación los acuerdos mantuvieron el reparto por zonas a través de la formación de UTE con la finalidad de "que cada uno sigamos haciendo el mantenimiento donde estamos" (hechos 28 y 29).

La estrategia de las empresas para estas licitaciones consistió en asignar cada lote a un empresa o grupo de empresas (UTE) con el consiguiente reparto económico. Para asegurar la adjudicación pactada y simular una

concurrencia competitiva, el resto de las empresas debían presentar ofertas de cobertura menos competitivas e incluso temerarias asegurando que no iban a resultar adjudicatarias (hechos 30, 37, 44, 45 y 52).

Esta misma estrategia fue empleada en las sucesivas licitaciones a las que fueron presentándose las empresas. Así se confirma en el acuerdo entre SEMI, ELECTREN y ELECENOR para el contrato en el año 2015 de sustitución del sustentador y pendolado en la línea Barcelona-Blanes-Maçanet y la relativa a la rehabilitación de la catenaria afectada por corrosión marina en la línea de Vilanova. Las empresas acordaron repartirse el importe de la adjudicación en tercios iguales (33,33), mediante la constitución de una UTE "por debajo del adjudicatario" (hecho 52): "Tras las aperturas de las obras abajo referenciadas, los representantes de las empresas citados, acordamos una estrategia para conseguir las adjudicaciones en las mejores circunstancias posibles y posteriormente, tras la adjudicación, compartir las obras conseguidas a tercios (33,33%), mediante una UTE por debajo del adjudicatario, sin coeficientes de paso. Los representantes se comprometen a llevar el acuerdo en los términos acordados, consiguiendo la mayor equidad posible entre los socios y máximo beneficio para las UTEs resultantes.

1. SUSTITUCIÓN DE SUSTENTADOR Y PENDOLADO EN LA LÍNEA BARCELONA-BLANES-MAÇANET.

Expte. NUM001

La estrategia acordada en este caso supone que ELECTREN no justifique su baja temeraria, siendo SEMI adjudicatario con su baja del 33,33% y resultando una adjudicación del contrato por 1.036.067,27 € (IVA no incluido) a compartir con la UTE

..(...)"

Nótese, que el acuerdo incluye la presentación de ofertas temerarias por parte de las empresas.

En cuanto al seguimiento de las licitaciones repartidas, además de realizarse en las propias reuniones de la "mesa", se llevaba a cabo a través de la elaboración de tablas de reparto que periódicamente se intercambiaban las empresas, indicando: el estado de las licitaciones; con qué baja iba la oferta ganadora de la empresa a la que se asignaba dicha licitación; si había alguna empresa no invitada y corría turno a la siguiente, etc. También constan tablas con el sumatorio de los importes totales adjudicados a cada una de las empresas desde 2002. Un ejemplo de ello es el fichero Excel de 17 de septiembre de 2008, donde se especifican los importes adjudicados a las empresas desde 2002 hasta marzo de 2008 (hecho 21).

Finalmente, cabe constatar la figura del coordinador o portavoz del grupo. Esta responsabilidad se fue alternando entre los directivos de algunas de las empresas y garantizaba una correcta implementación de los acuerdos y un control de las asignaciones de contratos a cada una de las empresas. A modo de ejemplo, en un correo electrónico de ISOLUX a ELECENOR e INABENSA de 30 de agosto de 2005 con asunto "CONCURSOS SSEE ADIF SEPT/2005" y documento adjunto "SSEE SEPTIEMBRE 2005 A 30-08-05.xls, se indica que "de acuerdo con el cuadro actualizado enviado por el coordinador el 23 de agosto..." (hecho 17). Asimismo, también consta la figura del coordinador en las anotaciones manuscritas de 29 de mayo de 2007, recabadas en la inspección de COBRA relativas a la licitación del mantenimiento de subestaciones eléctricas en líneas de tren convencionales por cada una de las 6 Direcciones Territoriales del ADIF (1 Norte, 2 Noroeste, 3 Este, 4 Madrid y Centro, 5 Levante y 6 Sur) (hecho 19). En total, las empresas han adoptado acuerdos en relación con 239 licitaciones en líneas de tren convencional, de las que han sido adjudicatarias un total de 173 contratos, con un importe total de adjudicación de 134.892.642 euros (véase el Anexo I).

Por lo que se refiere a SEMI, concluye que ha participado en el cartel para el reparto de contratos de mantenimiento sistemas eléctricos en líneas de tren convencional desde mayo de 2002 hasta noviembre de 2016 y que consta probada su participación en acuerdos de reparto de licitaciones prácticamente cada año desde el acuerdo de mayo de 2002 y en intercambios de información para la correcta ejecución de los acuerdos tal como reflejan los hechos 1 a 22, 24, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 36, 37, 40, 45, 51, 52, 53, 54, 55, 56 y el Anexo I.

DUODÉCIMO- Respecto de los acuerdos de reparto de licitaciones para la fabricación, suministro, instalación, mantenimiento y reparación de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de Alta Velocidad, recoge la resolución sancionadora lo siguiente (hechos 59 a 193 y folios 36393 a 36481):

"Los hechos acreditados en relación con este mercado revelan que durante los años 2002 a 2016 las principales empresas del sector también coludieron para repartirse una gran cantidad de contratos para la fabricación, suministro, instalación, mantenimiento y reparación de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad (hechos 59 a 193 y folios 36388 a 36481).

En relación con este mercado, constan acreditados, (por lo que aquí interesa) acuerdos entre las siguientes empresas:



c) desde abril de 2008 por COBRA, ELEC NOR, ELECTREN y SEMI, uniéndose en abril de 2010 SIEMENS, INABENSA, CYMI, EYM, CITRACC (entonces BALFOUR), ISOLUX, ALSTOM, EMTE (actual COMSA), COSEMEL (cuya conducta ha prescrito) y NEOPUL hasta marzo de 2016.

(...)

En relación con estos acuerdos, constan acreditados acuerdos de reparto de, al menos, 24 licitaciones con un importe total de adjudicación de 837.836.625 euros (correspondiente a 14 licitaciones finalmente adjudicadas a empresas del cártel) (véase Anexo II).

Hay pruebas que acreditan el contacto permanente entre las empresas, a través de correos electrónicos y en las habituales reuniones que celebraban. Se tiene constancia de, al menos, 18 reuniones entre los años 2010 a 2015 en las que se acordaban los repartos de las licitaciones y las estrategias a seguir para la efectiva consecución de los acuerdos: reunión de 1 de octubre de 2010, reunión de 7 de octubre de 2010, reunión de 14 de octubre de 2010, reunión de 15 de octubre de 2010, reunión de 22 de octubre de 2010, reunión de 29 de octubre de 2010, reunión de 16 de noviembre de 2010, reunión de 18 de noviembre de 2010, reunión de 28 de marzo de 2011, reunión de 6 de abril de 2011, reunión de 14 de abril de 2011, reunión de 3 de octubre de 2011, reunión de 14 de octubre de 2011, reunión de 12 de junio de 2012, reunión de 7 de septiembre/octubre de 2013, reunión de 2 de diciembre de 2013, reunión de 25 de junio de 2014, reunión de 30 de marzo de 2015.

En este mercado, el contacto entre las empresas también se realizaba al más alto nivel, participando principalmente directores responsables de las áreas de electrificación ferroviaria de cada una de las empresas. Además, el conocimiento y valoración de los acuerdos no quedaba en el nivel de los Directores Generales de las unidades técnicas especializadas de las empresas, sino que era compartido y consentido por los máximos órganos corporativos.

Los acuerdos entre este grupo de empresas fueron evolucionando a lo largo del tiempo, desde abril de 2008 hasta marzo de 2016, en función de las licitaciones que se iban produciendo y de las empresas que participaban de la estrategia colusoria.

En un principio, COBRA, ELEC NOR, ELECTREN y SEMI acordaron el reparto de 5 licitaciones convocadas en enero y febrero de 2008 para la construcción y el mantenimiento de sistemas de electrificación de distintos tramos de diversas líneas de alta velocidad. La estrategia consistió en crear distintas UTE para repartirse a partes iguales el 50% del precio del contrato. Dos de las empresas debían formar parte de la UTE adjudicataria y las otras dos empresas participaban en el contrato a través de la subcontratación (hechos 73 a 79).

En 2010 se incorporaron al acuerdo de reparto las empresas SIEMENS, INABENSA, CYMI, EYM, CITRACC (entonces BALFOUR), ISOLUX, ALSTOM, EMTE (actual COMSA) y NEOPUL, con la colaboración de COSEMEL durante 2010, en cuya sede se celebraron reuniones entre las empresas (hechos 89 a 114).

Estas empresas, a través de los denominados acuerdos MICRO-MACRO, pactaron el reparto a partes iguales en facturación y margen de varias licitaciones a través de la constitución de diversas UTE. La estrategia nuevamente consistía en que las UTE cuya formación era previamente acordada entre las empresas que fuesen adjudicatarias de los contratos cederían un importe de la producción y margen de beneficio a las no adjudicatarias, que presentarían ofertas de cobertura o acompañamiento con la intención de no ser adjudicatarias.

Un pormenorizado resumen de los repartos de estas licitaciones consta en el hecho 97 de la presente resolución.

Es de destacar en relación con estos acuerdos que, ante las dificultades de repartir la facturación de los contratos al contar con distintas estructuras de costes, las empresas decidieron que las UTE adjudicatarias de la licitación debían repartir la producción de cada contrato, compensando al resto de empresas del acuerdo mediante la subcontratación o la compra de componentes y/o suministros.

Como ha señalado ALSTOM en su declaración de clemencia, los acuerdos denominados "Micro-Macro" consistían en la "preasignación de los márgenes de servicios y de volumen que le corresponderían a cada una de las Empresas participantes en relación a dichos concursos. La cuota de participación que implicaba que cada una de las empresas participantes recibía una cuota de valor respecto de los contratos que se adjudicaban en el/los concurso/s asignado/s.

Cada una de las empresas participantes podía alcanzar su cuota bien directamente, cuando la empresa resultaba adjudicataria directa de uno o de varios de las licitaciones ("Margen Micro") o indirectamente, al resultar beneficiada por las subcontrataciones que se acordaban para repartir el volumen y los márgenes de las obras acordados ("Margen Macro")³²¹.



Igualmente, en un correo de 15 de marzo de 2011 entre COBRA, ALSTOM, ELECNOR, ELECTRÉN y SEMI se indica el espíritu de estos acuerdos:

"Hola a todos, parece que esto no tiene fin, todos los días hay reuniones, de diferentes grupos de empresas, y lógicamente es difícil llegar a un acuerdo cuando "todas" las empresas tratan de sacar el mayor provecho a costa de los demás.

El espíritu y finalidad del Acuerdo MICRO es que un conjunto de empresas participase a partes iguales en una serie de proyectos, en facturación y margen. En lo referente a la facturación ya se ha comentado que es prácticamente imposible, no así en lo referente al margen, que si puede llevarse a cabo perfectamente.

Los márgenes en el Macro están acordados"

Se tiene constancia de la celebración de varias reuniones MICRO-MACRO en las sedes de las empresas para tratar todos los aspectos relacionados con la efectiva ejecución de los repartos y compensaciones a realizar en relación con las licitaciones citadas (ver hechos 89 a 114).

En el año 2013, las empresas ALSTOM, CITRACC, COBRA, EMTE (actualmente COMSA), CYMI, ELECNOR, ELECTRÉN, EYM (denominada como su matriz, OHL), INABENSA, ISOLUX, NEOPUL, SEMI y SIEMENS, continuaron con los acuerdos de reparto de las licitaciones de los sistemas de electrificación de las líneas de alta velocidad.

En esta ocasión, dadas las características de las licitaciones 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, las empresas decidieron respetar la cuota de mercado histórica de cada una de ellas. Se acordó que las UTE que habían sido adjudicatarias de los anteriores concursos de mantenimiento de las mismas líneas, debían resultar nuevamente adjudicatarias con el propósito de respetar esta cuota a la hora de repartirse la parte correspondiente del contrato³²³.

Para ello, las empresas elaboraron "un fichero con la foto actual de los mantenimientos que este momento hay tanto de SSEE como de Electrificación de las líneas de AV, indicando importes, quien conforman el consorcio, cuando vence los contratos vigentes y % de las empresas que tienen en cada uno de los contratos" (hecho 117). A modo de ejemplo, consta la elaboración de un fichero muy completo sobre las cuotas de reparto de las empresas en los distintos contratos (hecho 119).

Para la implementación de los acuerdos se celebraron una serie de reuniones entre las empresas con el objetivo de calcular de forma aproximada la cuota de mercado histórica y así mantener el statu quo del mercado de mantenimiento de las líneas de alta velocidad en España para los futuros contratos o renovaciones de los próximos cuatro años. El modo de proceder de las empresas, como era habitual, consistió en acordar la composición de distintas UTE que debían presentarse a estas licitaciones, acordando las condiciones económicas de las distintas ofertas a presentar por dichas UTE y las ofertas de cobertura del resto de empresas con la intención de no resultar adjudicatarias directas del contrato. El nivel de detalle era tal, que las empresas llegaron a configurar previamente el importe aproximado tanto de la baja virtualmente ganadora como el importe de las ofertas económicas de cobertura³²⁵ Finalmente, en el año 2014, para dar continuidad al reparto de los contratos que se iban licitando en relación con este mercado, las empresas ALSTOM, COBRA, ELECNOR, ELECTREN, INABENSA, SEMI y SIEMENS configuraron la UTE AVE ENERGIA.

Esta UTE fue adjudicataria del contrato para el mantenimiento de instalaciones de energía de tracción: Línea Aérea de Contacto, Subestaciones eléctricas y sistemas asociados de Líneas de Alta Velocidad: Madrid-Sevilla, Córdoba- Málaga y La Sagra-Toledo Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa, Zaragoza-Tardienta y Vandellós-Tarragona. Madrid-Valencia y Bifurcación Albacete-Alicante, Madrid-Valladolid y Ramal Olmedo-Medina del Campo. Tras la adjudicación del citado contrato, la UTE AVE ENERGIA gestiona la mayor parte de los recursos materiales necesarios para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en las líneas de alta velocidad ferroviaria española, dado que la citada licitación supone dicho mantenimiento por un plazo de 10 años.

Sin embargo, al margen de los acuerdos para repartirse el citado contrato, las empresas decidieron expandir sus alianzas y aprovechar los medios y recursos que habían sido aportados a la UTE AVE ENERGÍA para ser utilizados por esas empresas en la presentación de ofertas a otras licitaciones que fueran convocados en el futuro (hecho 172)³²⁶.

Esta utilización de los recursos de la UTE AVE ENERGIA aseguraba que las empresas pertenecientes a la misma gozaran de una importante ventaja competitiva respecto de las demás, toda vez que podían ajustar el apartado de costes de sus ofertas. La utilización de esta ventaja (coste bonificado de los recursos propios de la UTE AVE ENERGIA) privilegiaría en principio a las empresas de la UTE que estuvieran desarrollando trabajos de mantenimiento en áreas cercanas a las que resultarían objeto de la nueva licitación. El objeto de otorgar esta



ventaja competitiva sería el de favorecer que la adjudicación de las futuras licitaciones de mantenimiento de líneas de alta velocidad se produjera respetando las cuotas de mercado aproximadas que cada una de las empresas que integraban la UTE había tenido tradicionalmente³² Para ello, acordaron que los recursos así utilizados se compensarían a la UTE con el equivalente al 25% del valor real de dicho recurso (es decir, con una bonificación del 75% sobre su coste real) (hecho 174)³²⁸.

Estas mismas empresas, además, desarrollaron un mecanismo de reparto de licitaciones de menor cuantía convocadas el 10 de junio por ADIF. Así, cuando más de una de las citadas 7 empresas estaban interesadas en participar en dichas licitaciones, se realizaba un sorteo entre ellas para determinar qué oferta resultaría ganadora y una vez determinada la empresa que debería resultar adjudicataria de la licitación en cuestión, el responsable de la UTE elaboraba el presupuesto o estudio económico de la oferta ganadora y el resto de las empresas elaboraban las ofertas de cobertura o acompañamiento a presentar para asegurar su adjudicación. A cambio de lo anterior, la empresa potencialmente adjudicataria acordaba subcontratar el 95% de valor del trabajo en cuestión a la UTE AVE ENERGÍA, reservándose el 5% como remuneración (hechos 175 y ss.).

En definitiva, en relación con este mercado constan acuerdos entre las citadas empresas hasta el año 2016, por lo que la duración de los mismos, desde 2008 hasta el año 2016, y el importe de los contratos adjudicados a las empresas participantes 837.836.625 euros permiten a esta Sala considerar que estamos ante la existencia de acuerdos que han tenido una gran relevancia y un gran impacto en el mercado para la fabricación, suministro, instalación, mantenimiento y reparación de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, cuya principal característica, al igual que el resto de mercados aquí analizados, consiste en el carácter público que tiene la mayoría de contratos en los que participan las empresas, por lo que el reparto de los mismos tiene una clara incidencia en el interés público"

Por lo que se refiere a la aquí recurrente, señala la resolución recurrida lo siguiente:

"e) SEMI

Consta su participación en el cártel desde abril de 2008 hasta marzo de 2016. SEMI es otra de las empresas que formó parte de los acuerdos de abril de 2008 para el reparto de varios contratos para la construcción y mantenimiento de sistemas de electrificación de distintos tramos de las diversas líneas de alta velocidad (hechos 73 a 88 y Anexo II). En el año 2010 continuó formando parte de los acuerdos para el reparto de varias licitaciones en los citados años, a través de los denominados acuerdos MICRO-MACRO (hechos 89 a 114 y Anexo II). En relación con estos contratos en el año 2011 consta una reunión en la que participó SEMI para analizar la correcta ejecución de los acuerdos..

En los años 2013 y 2014 SEMI continuó participando en acuerdos de reparto de varios contratos en este mercado (para el año 2013 véanse los hechos 115 a 146 y Anexo II y para el año 2014 véanse los hechos 147 a 168 y Anexo II).

Finalmente, como miembro de la UTE AVE ENERGÍA, a partir del año 2015 formó parte de los acuerdos para el reparto de varios contratos entre las empresas integrantes de la citada UTE, utilizando los recursos de la misma para la presentación de ofertas a estas licitaciones (hechos 169 a 191 y Anexo II). En marzo de 2016, los socios de la UTE AVE ENERGÍA se repartieron la obra del Telemando de seccionadores para talleres (hecho 191)".

DECIMOTERCERO.- Dicho lo anterior, en concluye la CNMC que los hechos ponen de manifiesto que nos encontramos ante infracciones cometidas por varias empresas que se componen claramente por varias conductas que vulneran, conjunta e independientemente, el artículo 1 de la LDC y el 101 del TFUE. Que en cada infracción se aprecia identidad de objeto y de sujetos de las diferentes manifestaciones de las mismas. Que en cada una de las infracciones el objetivo común de los acuerdos es el falseamiento de la competencia en las licitaciones públicas. Que con estos acuerdos las empresas han perseguido un beneficio ilícito consistente en asegurarse la adjudicación de los contratos simulando una inexistente intención de concurrir en competencia. Que el núcleo central de cada infracción ha consistido en el reparto de los contratos públicos a través de la instrumentalización de figuras contractuales como son las UTE y la subcontratación u otros medios de compensación y del uso de las ofertas de cobertura para simular competencia competitiva en los contratos.

Que, en el caso del cártel en el mercado de mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, consta asimismo como las empresas idearon un sistema de rotación en función del importe de los contratos. Que estos repartos se han articulado sobre la base de acuerdos generales entre las empresas que posteriormente se han ido desarrollando y adaptando a las necesidades derivadas en cada momento, ya sea por la modificación de los pliegos por parte de la administración o por la modificación de las composición del cártel, lo que permite afirmar que estamos ante una estrategia común ideada por las empresas, sin perjuicio de que el número de participantes que formaban parte de los acuerdos haya podido variar a lo largo de los años.



Añade que en cada cártel la mayoría de las empresas han participado de manera conjunta en acuerdos que se han prolongado durante varios años, lo que permite afirmar que todas las empresas eran necesariamente conocedoras de que estaban formando parte de un plan orquestado por todas ellas con la clara intención de repartirse de manera ilícita la mayor cantidad de contratos públicos licitados en estos mercados. Que el contenido de los acuerdos y de los contactos entre las empresas no deja lugar a dudas sobre la intención de las mismas y que existe por tanto, una clara estabilidad en la composición de los cárteles, puesto que muchos de los participantes en cada cártel han permanecido durante casi todo el periodo que ha durado cada uno de ellos y, si bien algunas empresas han podido entrar o salir en periodos distintos, su participación no ha sido meramente puntual ni esporádica, sino que ha tenido una continuidad durante un largo periodo de tiempo.

Y precisa que el hecho de que unas empresas hayan participado durante menos tiempo que otras o con menor intensidad no impide considerar que todas ellas han formado parte de tres acuerdos globales calificables como infracción única y continuada, siempre que al tiempo de establecer su responsabilidad solo se le impute por la participación que se ha acreditado en el cártel, como así sucede en esta resolución.

Por el contrario, la recurrente denuncia la incorrecta calificación de las conductas que le son imputadas como dos infracciones únicas y continuadas, en el supuesto hipotético de que se consideraran acreditados algunos de los hechos que se le atribuyen en la Resolución sancionadora. Argumenta que se trata de actuaciones sin la suficiente vinculación entre sí como para poder ser consideradas globalmente como dos infracciones únicas y continuadas y que la CNMC fuerza la calificación de esta figura jurídica para eludir la aplicación de la prescripción respecto de determinadas conductas pretéritas y que, en el presente caso no concurren, respecto de ninguno de los dos presuntos cárteles imputados a SEMI, los requisitos esenciales de la infracción única y continuada fijados por la jurisprudencia nacional y europea a los que la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo se han referido. Que no hay unidad de sujetos activos ni en el Cártel del Ferrocarril Convencional ni en el Cártel del AVE, por cuanto varían constantemente las empresas supuestamente parte de los mismos. Que además, existen pruebas fehacientes que acreditan una intensa competencia entre las empresas en el marco de licitaciones convocadas durante la vigencia del cártel lo que es incompatible con el relato de la CNMC, que conjetura la existencia de un sector cartelizado. Que tampoco se observa homogeneidad en el modus operandi de estos supuestos cárteles, integrándose como una misma infracción supuestas conductas radicalmente distintas. Así, por ejemplo, se consideran parte del Cártel del Ferrocarril Convencional, tanto un supuesto reparto sistematizado de licitaciones entre hasta 13 empresas mediante la organización de sorteos periódicos entre ellas, como, por otro lado, un reparto puntual de dos licitaciones entre tres empresas mediante la constitución de una UTE a partes iguales. Que, en el Cártel del AVE, se califican como parte de la misma infracción única conductas tan dispares como, por un lado, los acuerdos MACRO-MICRO - que habrían consistido en un reparto de márgenes mediante la subcontratación y la compra de componentes o suministros a empresas del cártel no adjudicatarias - y, por otro lado, el mero aprovechamiento lógico de recursos de una UTE, por parte de sus socios, para obtener supuestas ventajas competitivas a la hora de concurrir a otras licitaciones.

Que tampoco concurre el requisito de unidad temporal y que del propio relato de la CNMC, periodos prolongados de interrupción en la vida de los supuestos cárteles imputados a SEMI que son totalmente incompatibles con la noción de "infracción continuada": Que en relación con el Cártel del Ferrocarril Convencional, no se aportan elementos de prueba que permitan acreditar supuestos repartos anticompetitivos entre septiembre de 2008 y octubre de 2013 (i.e. durante más de cinco años) y en el cártel del AVE, la propia CNMC admite que no se produjeron repartos de licitaciones entre octubre de 2010 y agosto de 2013 (i.e. durante casi tres años).

Y concluye que lo dicho tiene dos consecuencias, a saber, que la resolución recurrida es nula, ordenándose, en su caso, a la CNMC que emita un nuevo Pliego de Concreción de Hechos en el que se califiquen correctamente cada una de las supuestas conductas anticompetitivas atribuidas a la Compañía; y que las conductas anteriores al 31 de mayo de 2013 se encuentran, en cualquier caso, prescritas, no pudiendo sancionarse a SEMI por su hipotética participación en las mismas incluso si dicha participación se considerara acreditada.

DÉCIMOCUARTO. - Pues bien, en contra de lo sostenido por la recurrente, los hechos en los que la CNMC fundamenta la participación de la recurrente llevan a este Tribunal a concluir que los contactos entre las empresas competidoras implicaban la existencia de un plan común de actuación que permite su integración en las infracciones únicas y continuadas que la resolución impugnada les ha imputado. Y ello porque las conductas realizadas por las empresas sancionadas respondían a un plan preconcebido y a un patrón común de comportamiento que se repitió en las diferentes licitaciones públicas analizadas para mantener así las posiciones de las empresas en el mercado, que, además, presentaban un vínculo de complementariedad que contribuían a la realización de un objetivo conjunto con efectos contrarios a la competencia buscados por

sus autores en el marco de un plan global del que todos los participantes tenían conocimiento (demostrado o presunto).

Así las cosas, existió el plan común descrito en la resolución recurrida y así resulta tanto de las pruebas directas que demuestran los comportamientos ilícitos, tales como los acuerdos de reparto de firmados entre las partes, de los correos electrónicos en ejecución de los acuerdos de reparto, las reuniones entre las empresas y de la información aportada por los clementes así como de las pruebas relativas a la configuración de cuadros y ficheros que contienen información sobre concretos contratos adjudicados, empresas adjudicatarias, importes adjudicados a cada empresa y porcentajes de adjudicación global, en el contexto de los acuerdos entre las empresas. Estos cuadros, en los que aparecen las empresas participantes del cártel, contienen información muy precisa que permitía a las empresas un seguimiento de los acuerdos y confirmar la extensión de los acuerdos a otros contratos sobre los que no se ha podido obtener prueba directa. La conclusión que sostenemos no resulta desvirtuada por el hecho de que los instrumentos utilizados para la consecución del fin común perseguido fueran modulándose en función de las circunstancias concurrentes puesto que, en todos los casos, el objetivo y fin perseguido era el mismo, a saber, el reparto de las licitaciones.

Por lo demás, a la vista de las pruebas obrantes en el expediente administrativo y de los hechos en los que la resolución sancionadora fundamenta la imputación de SEMI hemos de convenir con la CNMC en que la recurrente participó en los acuerdos de reparto y que conoció el plan común, por lo que, en el ejercicio de las facultades sobre libre valoración de la prueba que asisten a la esta Sala, debemos concluir que existen indicios suficientes de la responsabilidad de la entidad actora en las dos infracciones únicas y continuadas que se le imputan.

Así, por lo que se refiere al cartel consistente en el reparto de licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, la misma resolución sistematiza los hechos que acreditan la participación y responsabilidad de SEMI, y lo hace en relación a cada uno de los años por los que se habría prolongado dicha participación.

Pues bien, de los referidos hechos resultan múltiples pruebas - tanto aportadas por el solicitante de clemencia, corroboradas por otros medios de prueba obtenidos en las inspecciones realizadas por la CNMC- que permiten concluir que la recurrente si participó en los acuerdos de reparto de licitaciones públicas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.

A estos efectos, cumple manifestar que ha quedado acreditada su intervención en la reunión que mantuvieron los directivos de COBRA, CYMI, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SIEMENS y VIMAC el 20 de mayo de 2002 en la que acordaron el primer reparto de licitaciones, tal y como consta tal en las anotaciones manuscritas obtenidas en la inspección de ELECTRÉN (folios 1061 a 1063 y 26484 a 26493 del expediente administrativo; en las reuniones del 17 de enero de 2002, (folio 1055 del expediente), entre 2003 y principios de 2004 (folios 1057 a 1059), del 16 de junio de 2005, (folio 1064-1065), en enero y septiembre de 2014 (folios 723, 12758, 12778 y 12779 y 26480 a 26514, 26593 y 26594) y del 3 de noviembre de 2016 (folio 11745).

Consta también acreditado que el acuerdo de 2002 se modificó en 2004 (documento de 10 de febrero de 2004 adoptado por Siemens -folio 26552), obrando en el expediente administrativo el correo electrónico de 27 de febrero de 2004 que el adjunto al Presidente de VIMAC remitió al Director General de ELECTRÉN en el que se analizan una serie de obras adjudicadas, consignándose lo siguiente:

"Guarnizo Reinosa y Fraguas fueron adjudicadas a MOYALE y Bárcena y Torre de la Vega a Cobra + Inabensa.

Creo que estábamos en ese momento: 1 COBRA, 2 MOYALE, 3 ELEC NOR, 4 ELECTRÉN, 5 VIMAC, 6 INABENSA, 7 CYMI, 8 SEMI Y SI MAL NO RECUERDO EL PACTO FUE DE FACTURAR EL 6% DEL TOTAL ENTRE LOS QUE NO FUIMOS ADJUDICATARIOS".

Ha quedado probado que para el seguimiento de los acuerdos, las empresas elaboraban tablas de reparto que periódicamente se intercambiaban, indicando el estado de las licitaciones, con qué baja iba la oferta ganadora de la empresa a la que se asignaba dicha licitación, si había alguna empresa no invitada y corría turno a la siguiente, etc., y tablas con el sumatorio de los importes adjudicados a las empresas desde 2002, al objeto de controlar el total adjudicado a cada empresa (folios 19315 y 19316; folios 1588 a 1591; folios 1601 a 1604; folios 18270 a 18271; 18289 y 18342 y 18344). Que el 20 de agosto de 2004 directivos de ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI y VIMAC intercambiaron un cuadro, actualizado a fecha 29 de julio de 2004, con los importes adjudicados a cada miembro de los acuerdos, incluyendo a CITRACC (entonces BALFOUR), SIEMENS, CYMI, COBRA y MOYALE, por un importe total de 21.372.672,38 €64 (folios 19203 y 19204). Que, en octubre de 2004, los directivos de CITRACC (entonces BALFOUR), COBRA, CYMI, ELECTRÉN, ELEC NOR, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SEMI, SIEMENS y VIMAC analizaron las condiciones del reparto de las licitaciones que iban a ser convocadas por RENFE el 10 de noviembre de 2004 y acordaron la composición de las diversas UTE

que formarían todas ellas para articular el reparto acordado entre dichas empresas, como se constata en los siguientes correos electrónicos de 25 y 26 de octubre de 2004

Es especialmente expresivo de la existencia de acuerdos de reparto es el correo electrónico enviado por SEMI el 28 de septiembre de 2004 a DIRECCION000 ; rdj-dtecnica@electren.es; inst@central.grupocobra.com; DIRECCION001 ; DIRECCION002 ; DIRECCION003 ; Jesús Luis ; DIRECCION004 ; DIRECCION005 ; DIRECCION006 ; DIRECCION007 con el siguiente contenido:

"Tras la apertura de hoy y simulando al tipo la del próximo día 27 del presente entiendo que el orden de elección para las ofertas del próximo día 10/11/04 es el siguiente:

1º ISOLUX WAT

2º SIEMENS

3º ELECTRÉN

4º BBRI

Con lo cual salvo que se diga lo contrario las UTE serían ISOLUX WAT - SIEMENS y ELECTRÉN - BBRI.

Dado que las ofertas llevan sobre D entiendo que es primordial poder empezar a estudiarlas ya.

Si estamos de acuerdo en esto nuestra elección sería la oferta de San Vicente de Castellet.

Espero vuestros comentarios".

"De <Gerencia de Ferrocarriles de CYMI>

Siguiendo tu simulación y a no ser que exista una anulación que no se me haya comunicado, el orden para nosotros es el siguiente:

1º ISOLUX 1.820.321

2º ELECTRÉN 1.993.219

3º CYMI 2.149.349

4º BAFOUR BEXAY 2.159.145

De todas formas, el <Subdirector de Subestaciones y Ferrocarriles de ELECNOR> tiene que confirmarlo".

"Para <Gerencia de Ferrocarriles de CYMI>

La semana pasada se comentó como anulada el expediente de Quintana de Raneros de Siemens".

En el hecho 16 se recoge que "En ese mismo año 2004, consta un documento de fecha 17 diciembre que refleja la existencia de un acuerdo entre las empresas CITRACC, COBRA, CYMI, ELECNOR, ELECTRÉN, ISOLUX, INABENSA, SEMI, SIEMENS, VIMAC, EYM (entonces GUINOVART) y GAVISA para repartirse las licitaciones convocadas por RENFE para la modernización de la catenaria tramo Ripoll-Puigcerdá-Frontera francesa (Exp. NUM002) y tramo Montcada, bifurcación-Vic L/Barcelona-Puigcerdá (Exp. NUM003). El documento refleja las ofertas económicas que deben presentar las empresas a esas dos licitaciones y prevé que ELECTREN e INBENSA deben ser las empresas ganadoras de cada concurso. El documento está firmado por los representantes de las empresas citadas (...).

En el Hecho 17 se recoge que "los contactos entre las citadas empresas se siguieron produciendo a lo largo de 2005. Prueba de ello es el intercambio entre las empresas de datos de las licitaciones repartidas hasta ese momento, tal y como se recoge en varios correos electrónicos de 29 de junio, 4 de julio, 30 de agosto y 2 de septiembre de 2005, recabados en la inspección de ELECNOR. En los citados correos, además, se acredita la existencia de un coordinador, responsable de hacer llegar al resto un cuadrante de las licitaciones. También se evidencia que las empresas siguen manteniendo la estrategia consistente en la existencia de un ranking, tal como se constata en el correo electrónico remitido por ISOLUX el 30 de agosto de 200569:

"De acuerdo con el cuadro actualizado enviado por el coordinador el 23 de agosto y de acuerdo con las invitaciones recibidas hasta la fecha os adjunto cuadrante de concursos y empresas de acuerdo con el posicionamiento actual del ranking, para poder empezar el estudio de los proyectos salvo opinión en contra de alguien. Os agradeceremos que si alguien no está de acuerdo con lo propuesto lo indique rápidamente".

Se añade que, en noviembre de 2005, ha quedado acreditada la existencia de un nuevo de cuadros recopilatorios de las licitaciones repartidas y de los importes de las adjudicaciones a cada una de las empresas.

En relación con las obras licitadas por RNFE en 2007 para el mantenimiento de subestaciones eléctricas en líneas de tren convencionales por cada una de las 6 Direcciones Territoriales del ADIF (1 Norte, 2 Noroeste, 3 Este, 4 Madrid y Centro, 5 Levante y 6 Sur), unas notas manuscritas fechadas el 29 de mayo de 2007 (folio 940 expediente)recabadas en la inspección de COBRA en las que aparecen las empresas ELECNOR, SEMI, SIEMENS, VIMAC, INABENSA, COBRA, ELECTRÉN, ISOLUX, CYMI, MOYALE y CITRACC (entonces BALFOUR) ponen de manifiesto la existencia de acuerdos para importes > 30.000 euros, por direcciones territoriales y que vuelve a aparecer la figura del "coordinador".

Por lo demás, recoge la resolución recurrida en su Hecho 24 que constan repartos entre SEMI y TELICE de determinadas licitaciones convocadas por el ADIF en 2012. Así se acredita en el correo electrónico remitido por el Director de zona de SEMI al Director de Ferrocarriles de SEMI el 6 de junio de 2013, en el que expresamente se admite la existencia de dicho acuerdo, indicando lo siguiente:

"Te adjunto resumen de ofertas de ADIF, en donde se ve las obras que íbamos en acuerdo con TELICE"

En cumplimiento de dicho acuerdo de reparto, el montante total adjudicado a cada una de estas empresas fue para TELICE de 563.844,30 euros - resultando adjudicataria de la primera y la tercera licitación- y para SEMI de 548.583,62 euros -adjudicataria de la segunda y cuarta-.

Para cuadrar dicho reparto entre las empresas en términos monetarios de adjudicación, SEMI y TELICE acordaron que en el contrato de Sustitución de materiales críticos y adecuación de la Catenaria Bembibre-Ponferrada, TELICE subcontrataría a SEMI por un importe de 100.000 euros.

En el año 2013, ha quedado acreditado que COBRA, CYMI, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI, SIEMENS, VIMAC, ALSTOM y EYM coordinaron las ofertas económicas a presentar para la licitación, convocada el 3 de octubre de 2013: servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de la línea aérea de contacto y de convencional (6 lotes) (Expte. NUM004). En concreto, para la zona Centro, el 28 de octubre de 2013 el Delegado de Ferrocarril de ELECNOR propuso al Director de la División de Ferrocarriles de SEMI licitar en UTE el servicio en dicha zona:

"(...) Nuestra idea sería hacer una UTE para la licitación por tajos separados, de tal forma que cada tajo, se corresponda a una zona a mantener (norte y sur), siendo la finalidad que cada uno sigamos haciendo el mantenimiento donde estamos.

Coméntame si estáis de acuerdo y comenzamos a trabajar en esa línea".

Me comentó (Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELECNOR) que es posible que haya una reunión entre instaladores para llegar a algún acuerdo de reparto de zonas o algo así (lo veo muy complicado). Por nuestra parte, este acuerdo prevalecería ante cualquier otro. Cuando quieras lo comentamos, pero quería anticiparte la propuesta" (Correo electrónico de ELECNOR a SEMI de 28 de octubre de 2013 con asunto "MANTENIMIENTO ADIF CENTRO", recabado en las inspecciones de ELECNOR (folios 1985 y 1986) y SEMI (folio 17759).

Avala la existencia de los repartos y la participación en ellos de la recurrente el correo electrónico remitido por el Director de contratación de ELECTRÉN remitió un correo a directivos de SEMI, COBRA, ALSTOM, CYMI y ELECTRÉN, en el que propuso un reparto de las citadas obras de mantenimiento licitadas, tras haberlo valorado con el Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM, adjuntando una propuesta de reparto y la eventual formación de UTE, del siguiente tenor:

"Estimados TODOS:

Adjunto una propuesta de reparto de las obras de Mantenimiento, en lo que considero, un mejor servicio a ADIF...

Comentando el tema con (Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM) él me propone un acercamiento entre las empresas, que sería la 2ª propuesta de reparto, que no se ha desglosado en medios...

¿¿Proponemos un acuerdo entre las empresas para estas ofertas basado en las propuestas de reparto?

En el caso de que os parezca bien deberíamos contestar antes del viernes para empezar a organizar los repartos y/o las UTEs...

Esperando vuestras respuestas, Un saludo"

Como está acreditado que, tras recibir dicha propuesta, el Director de la División de Ferrocarriles de SEMI recriminó al Director de Contratación de ELECTRÉN el haber enviado dicha propuesta vía correo electrónico, a lo que éste respondió reconociendo su error, reformulando su propuesta de reparto de las obras de mantenimiento mediante la constitución de UTE. El 6 de noviembre de 2013, el Delegado de Ferrocarril de ELECNOR retomó la comunicación con el Director de la División de Ferrocarriles de SEMI con respecto a la licitación para la Zona CENTRO, solicitándole la coordinación para la elaboración de la oferta conjunta:



"Supongo que estarás ya por aquí, tenemos que coordinarnos para la preparación de la oferta de mantenimiento centro. Me han comentado que van a sacar una nueva tabla de recursos y presupuestos por zona, pero precisamente, no creo que afecte a centro. Si me pasas tu responsable de ofertas, le pongo en contacto con el mío y vamos avanzando".

Con fecha de 20 de diciembre de 2013, el Director de Contratación de ELECTRÉN propuso al Director de la División de Ferrocarriles de SEMI, al Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELEC NOR y al Director General de ELECTRÉN presentarse en UTE al 33,33% en los lotes 1 Centro, Lote 4 Este y otro lote a definir para repartirse la ejecución de dichos contratos (folios 17820 a 17821).

"Con el fin de agilizar los trámites para la preparación de la documentación y solicitud de avales os propongo (y el que calla otorga)

(..) Y para las obras de Mantenimiento de Catenaria de Adif Convencional:

SERVICIOS DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DE LÍNEA AÉREA DE CONTACTO Y DE LAS SUBESTACIONES EN EL ÁMBITO DE LAS LÍNEAS ELECTRIFICADAS DE RED CONVENCIONAL.

LOTE 1 CENTRO

Semi 33,34 %

ELECTRÉN 33,33 %

Elec nor 33,33 %

LOTE 4 ESTE

ELECTRÉN 33,34 %

Elec nor 33,33 %

Semi 33,33 %

Y OTRO LOTE A DEFINIR

ELECTRÉN 33,33 %

Elec nor 33,34 %

Semi 33,33 %

Y la empresa con la centésima de más es el responsable de "montar" la oferta".

El 5 de agosto de 2014, ADIF convocó una nueva licitación para el mantenimiento de las subestaciones y catenaria de las líneas de ferrocarril convencional (Expte. NUM005), que igualmente fue objeto de reparto por ALSTOM, COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, EYM, INABENSA, SEMI, SIEMENS y TELICE (Información aportada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 723, 12758, 12778 y 12779) y por SIEMENS en su solicitud de reducción del importe de la multa (folio 26480 a 26514).

Como también acreditado que el 12 de diciembre de 2015, el Director de Contratación de ELECTRÉN, el Delegado de Ferrocarriles de ELEC NOR y el Director de la División de Ferrocarriles de SEMI rubricaron un acuerdo escrito para el reparto de dos contratos puntuales licitados por el ADIF en la zona Noreste, relativos a la sustitución del sustentador y pendolado en la línea Barcelona-Blanes- Maçanet y la relativa a la rehabilitación de la catenaria afectada por corrosión marina en la línea de Vilanova. En dicho acuerdo se recoge lo siguiente. En dicho el citado acuerdo se hacía constar lo siguiente:

"Tras las aperturas de las obras abajo referenciadas, los representantes de las empresas citados, acordamos una estrategia para conseguir las adjudicaciones en las mejores circunstancias posibles y posteriormente.

Tras la adjudicación, compartir las obras conseguidas a tercios (33,33%), mediante una UTE por debajo del adjudicatario, sin coeficientes de paso.

Los representantes se comprometen a llevar el acuerdo en los términos acordados, consiguiendo la mayor equidad posible entre los socios y máximo beneficio para las UTEs resultantes.

1. SUSTITUCIÓN DE SUSTENTADOR Y PENDOLADO EN LA LÍNEA BARCELONA-BLANES-MAÇANET.

Expte. NUM001

La estrategia acordada en este caso supone que ELECTRÉN no justifique su baja temeraria, siendo SEMI adjudicatario con su baja del 33,33% y resultando una adjudicación del contrato por 1.036.067,27 € (IVA no incluido) a compartir con la UTE.



2. REHABILITACIÓN DE CATENARIA AFECTADA POR CORROSIÓN MARINA EN LA LÍNEA DE VILANOVA. Expte. NUM006 .

La estrategia acordada en este caso supone que ELECTRÉN y SEMI no justifiquen su baja temeraria, siendo ELECNOR adjudicatario con su baja del 26,73% y resultando una adjudicación del contrato por 1.029.131,78 € (IVA no incluido) a compartir con la UTE."

En marzo de 2016, el Director General de Producción de ELECTRÉN, el Delegado de Ferrocarriles de ELECNOR y el Director de la División de Ferrocarriles SEMI se remitieron ejemplares de dicho acuerdo, emplazándose para la firma del mismo y una posterior comida entre ellos para celebrar el acuerdo.

Para la ejecución los citados acuerdos, directivos de SEMI, ELECTRÉN y ELECNOR compartieron en junio de 2016 los costes de las obras por cada una de las empresas afectadas, para ponerse de acuerdo y facilitar el reparto de márgenes en ambas obras¹¹³. En la citada tabla las empresas reflejaron las ofertas presentadas a dichas licitaciones de ADIF, calculando el coste total, la venta adjudicada (es decir, el importe de la adjudicación de dichas licitaciones) y el margen bruto de beneficios en términos totales.

DÉCIMOQUINTO.- Respecto del cartel AVE los hechos en los que la resolución sancionadora fundamenta la participación de SEMI, también recogen múltiples pruebas - tanto aportadas por el solicitante de clemencia como obtenidas en las inspecciones realizadas por la CNMC- que permiten concluir que la recurrente si participó en acuerdos de reparto de licitaciones para la fabricación, suministro, instalación, mantenimiento y reparación de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de Alta Velocidad .

A estos efectos, cumple manifestar que ha quedado acreditada su intervención en el acuerdo adoptado en abril de 2008, por las empresas COBRA, ELECNOR, SEMI y ELECTRÉN para repartirse 5 licitaciones convocadas en enero y febrero de 2008 para la construcción y mantenimiento de sistemas de electrificación de distintos tramos de diversas líneas de alta velocidad. El acuerdo alcanzado por las citadas empresas establecía, entre otras cosas, lo siguiente (folios 18869 a 18870):

"1. Compartir Producción y Margen del contrato "Subestaciones y CT asociados en el tramo Motilla del Palancar Valencia -Motilla de Palancar Albacete en las siguientes condiciones.

2. La participación de cada una de las empresas será sobre un importe adjudicado:

ELECTRÉN 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

Elecnor 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

Cobra 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

Semi 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

3. Que Cobra y Semi formaran parte de una UTE subcontratista de la UTE adjudicataria sin coeficiente de paso que ejecutara la obra a riesgo y ventura con las participaciones indicadas en el punto 2.

4. Que en caso de que los miembros que firman este acuerdo perteneciente a la UTE adjudicataria no crean conveniente establecer la UTE definida en el apartado 3, se establece subcontratar a Semi y Cobra la participación definida en el apartado 2, en las siguientes condiciones.

5. La Ute adjudicataria o ELECTRÉN o Elecnor harán un contrato a Semi y a Cobra en los siguientes términos:

5.1 Importe: 17.423.730,24 €

5.2 Fecha un mes posterior a la firma del contrato entre la UTE adjudicataria y ADIF y no más tarde del 30 mayo 2008.

5.3 El margen establecido será del 12,85 %.

5.4 La facturación se realizará en cuatro certificaciones con fechas:

30-11-2008

30-05-2009

30-11-2009

30-05-2010

Estas mismas condiciones aplicaran para las licitaciones de SSEE de:

Madrid Motilla.

Barcelona Frontera".



Ex pone la resolución impugnada que, con el fin de repartirse la primera de las licitaciones correspondiente a la "línea de AVE Madrid-Albacete en los tramos Motilla del Palancar (Cuenca)-Valencia y Motilla del Palancar (Cuenca)-Albacete", ELECENOR y ELECTREN fueron en una UTE con ALSTOM e ISOLUX y COBRA y SEMI formaron otra UTE con CITRACC. Resultó adjudicataria la UTE formada por ALSTOM, ISOLUX, ELECENOR y ELECTREN por 84.391.420,67 euros (sin IVA), siendo la participación de ELECENOR y ELECTREN en dicha UTE de un 22% cada una (18.566.112,55 de euros cada una), cantidades que al repartirlas a partes iguales con COBRA y SEMI daba un importe de 9.283.056 de euros para cada una de las citadas 4 empresas. Que en el ámbito del acuerdo alcanzado y tras el anuncio publicado en el BOE de 7 de diciembre de 2009 de la licitación para la "construcción y el mantenimiento de la línea aérea de contacto del Eje Orense Santiago del Corredor Noroeste de Alta Velocidad", COBRA, ELECENOR y SEMI decidieron repartirse esta licitación, aunque desavenencias en ese momento entre ELECENOR y COBRA provocaron que el Subdirector General de Energía de ELECENOR remitiera el 22 de enero de 2010 el siguiente correo electrónico al Director General de Ferrocarriles de COBRA y al Director General de SEMI:

"(...) Como todos sabemos, y debido a ciertas diferencias existentes con ELECENOR en una obra de catenaria convencional en ejecución, COBRA decidió que, a la presentación de la oferta de referencia, "Construcción y mantenimiento de la línea catenaria del eje Orense-Santiago del corredor Noroeste de Alta Velocidad" (BOE de 7 de diciembre de 2009), no acudiéramos COBRA, ELECENOR y SEMI conjuntamente, a pesar de recoger en el texto del correo que dicha oferta estaba contemplada en los acuerdos existentes entre las partes. Que, debido a lo anterior, COBRA Y SEMI presentaron oferta en UTE conjuntamente con BB, y ELECENOR presentó su oferta en solitario.

Da da la larga trayectoria conjunta de las tres Empresas, tanto en la presentación de este tipo de ofertas, como en la ejecución conjunta de los Contratos, además de la tecnología conjunta desarrollada para alta velocidad y de los acuerdos vigentes hasta la fecha, y en previsión de que podamos revertir la actual situación de desacuerdo existente por parte de uno de los socios, y para evitar posibles discrepancias futuras, ELECENOR propone que antes de la apertura de precios de la oferta, se defina el procedimiento a seguir en caso de adjudicación de la obra a alguna de las partes, existiendo dos opciones:

A) En caso de que COBRA-SEMI-BB sean adjudicatarios de la obra, SEMI- COBRA compartirán la suma de sus participaciones en dicho Contrato, a partes iguales con ELECENOR.

En caso de que el adjudicatario fuese ELECENOR, compartirá con SEMI y COBRA el mismo porcentaje que ellos compartirían si fuesen adjudicatarios.

B) El adjudicatario no comparte nada con la otra parte. Como ya ha sido transmitido verbalmente, ELECENOR acepta cualquiera de las opciones que elijáis, poniendo como único requisito que recibamos vuestra contestación antes de la apertura económica de las ofertas, en el entendido de que, de no haber recibido dicha contestación en este plazo, se dará por hecho que no existe compromiso alguno por ninguna de las partes."

Se expone en el Acuerdo Sancionador que, en 2010, las empresas sancionada y entre ellas SEMI aparecen en las siguientes tres 3 licitaciones adjudicadas en el año 2010:

-Licitación para la construcción y mantenimiento de subestaciones eléctricas línea AVE Albacete-Alicante (Campanario, Sax y Montesa y centros de auto transformación asociados y telemando de energía del tramo Albacete-Valencia- Alicante. Fase I: Albacete-La Encina-Alicante y Fase II: Valencia-La Encina, de la Mancha-Comunidad Valenciana-Región de Murcia, Expte: NUM007 .

-Licitación para la construcción y mantenimiento de las catenarias de la línea del AVE Albacete-Alicante, en concreto, del tramo Albacete-Estación de Alicante del Nuevo Acceso Ferroviario de Alta Velocidad de Levante Madrid-Castilla La Mancha-Comunidad Valenciana-Región de Murcia.

-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 francesa. Electrificación (Expte: NUM008). A esta licitación presentaron ofertas más altas las UTE formadas por ALSTOM-ELECTREN (54.568.344,32 de euros), INABENSA-SIEMENS-EYM-AVANZIT (52.285.115,30 de euros), BALFOUR (actualmente CITRACC)-CYMI- ECISA (54.716.296,85 de euros), NEOPUL-ISOLUX-IBERINCO-EMTE (actual COMSA) (53.701.644,14 de oferta la UTE COALVI-GRUPO AMS (41.114.922,46 de euros).

Se recoge en la resolución impugnada que, como señaló ALSTOM en su declaración de clemencia, las empresas adoptaron los acuerdos denominados "Micro-Macro", que consistían en la "preasignación de los márgenes de servicios y de volumen que le corresponderían a cada una de las Empresas participantes en relación a dichos concursos. Que la cuota de participación que implicaba que cada una de las empresas participantes recibía una cuota de valor respecto de los contratos que se adjudicaban en el/los concurso/s asignado/s. Cada una de las empresas participantes podía alcanzar su cuota bien directamente, cuando la

empresa resultaba adjudicataria directa de una o de varias de las licitaciones ("Margen Micro") o indirectamente, al resultar beneficiada por las subcontrataciones que se acordaban para repartir el volumen y los márgenes de las obras acordados ("Margen Macro") (folios (folios 12748).

Obra en el expediente un correo de 15 de marzo de 2011 entre COBRA, ALSTOM, ELEC NOR, ELECTRÉN y SEMI con el siguiente contenido:

"Hola a todos, parece que esto no tiene fin, todos los días hay reuniones, de diferentes grupos de empresas, y lógicamente es difícil llegar a un acuerdo cuando "todas" las empresas tratan de sacar el mayor provecho a costa de los demás.

El espíritu y finalidad del Acuerdo MICRO es que un conjunto de empresas participase a partes iguales en una serie de proyectos, en facturación y margen. En lo referente a la facturación ya se ha comentado que es prácticamente imposible, no así en lo referente al margen, que si puede llevarse a cabo perfectamente.

Los márgenes en el Macro están acordados" (folios 793 a 802 y (folios 1754, 1755 y 18493 a 18496).

Un pormenorizado resumen de los repartos de estas licitaciones fue recogido por el Director de Ferrocarriles y Subestaciones de ELEC NOR, identificando a las empresas COBRA, SEMI, ELEC NOR, CITRACC (entonces Balfour), ALSTOM, ELECTRÉN, CYMI, SIEMENS, INABENSA, ISOLUX, COMSA(entonces EMTE) y NEOPUL (folios 303 a 307) Así, En la licitación de las catenarias, las notas relativas al Microacuerdo establecen que ALSTOM, CITRACC (entonces BALFOUR), COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN y SEMI compartirían la obra con los siguientes porcentajes:

COBRA, ELEC NOR y SEMI: 14,6%

ALSTOM y ELECTRÉN: 22%

CITRACC (entonces BALFOUR): 12%

En cuanto al Macroacuerdo, las anotaciones del Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELEC NOR 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.

En el caso de la licitación de las subestaciones, las anotaciones del Director de Subestaciones y Ferrocarriles sobre el Microacuerdo establecen 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) y para el Macroacuerdo identifica a las empresas de los Grupos 1 y 2, destacando a las 3 empresas que formaron la UTE ACELEC ELECTRÉN (ELT), ALSTOM (ALS) y CYMI y ELECTRÉN, que resultó finalmente adjudicataria, estableciéndose las mismas condiciones que en el caso de la licitación de las catenarias.

Ha quedado acreditada la celebración de reuniones MICRO-MACRO en las sedes de las empresas para acordar todos los aspectos relacionados con la efectiva ejecución de los repartos y compensaciones a realizar en relación con las licitaciones y por lo que respecta a la licitación del Corredor Mediterráneo, queda también constancia por anotaciones manuscritas del Delegado de Subestaciones Interior de ELEC NOR de 14 de octubre de 2010, de una reunión previa entre los miembros de la UTE formada por COBRA-ELEC NOR-SEMI (que sería la adjudicataria de la licitación) para analizar los costes de esta licitación, reflejándose 4 grupos formados por las empresas, que también formarían otras UTE para presentar ofertas en esta licitación. Posteriormente, en un correo electrónico interno de ELEC NOR de 14 de marzo de 2011, se envió el documento que recoge el contenido de los repartos entre ALSTOM, COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN y SEMI -todas ellas empresas pertenecientes a las UTE que resultaron adjudicatarias de las licitaciones, compartiendo a partes iguales tanto la producción como el margen de los contratos, indicándose los importes de la producción y margen que las UTE adjudicatarias de cada contrato cederían a las restantes empresas no adjudicatarias. Considerando lo anterior, se elaboraron unas tablas con los importes que cada empresa aportaba, dividiéndose la suma total a partes iguales entre ALSTOM, COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN y SEMI (folios 1750 a 1753).

Co nsta otra reunión el 3 de octubre de 2011, entre directivos de ALSTOM, CITRACC (entonces BALFOUR), COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI y SIEMENS (folio 17557 recabado en la inspección de SEMI).

En el año 2013, las empresas y entre ellas SEMI, continuando los acuerdos de reparto de las licitaciones de los sistemas de electrificación de las líneas de alta velocidad, 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. Que tras el anuncio de la convocatoria el 1 de agosto de 2013 de la licitación relativa al mantenimiento de la línea aérea de contacto de la línea de AVE Madrid-Barcelona-Frontera francesa, tramo Madrid-Barcelona y tramo de la línea UIC Zaragoza-Huesca, tramo Zaragoza-Tardienta (Expte. NUM009), directivos de SEMI y otras empresas acordaron respetar la cuota de mercado histórica que estas empresas habían venido disfrutando. Para ello calcularon y actualizaron de forma aproximada la cuota que correspondía a cada una de estas empresas (folios 12757, 12773, 12774, 26594 y 26595). Que el 30 de agosto de 2013, el Director de Operaciones de ALSTOM se dirigió al Director de Ofertas de ALSTOM, facilitándole el móvil del Responsable de Ventas en el Área de Mantenimiento Ferroviario de SIEMENS con el fin de que se pusieran en contacto para elaborar un fichero junto con SIEMENS con el siguiente objetivo (folios 11905, 11325, 12822 y 12823).

"El objetivo es crear un fichero con la foto actual de los mantenimientos que este momento hay tanto de SSEE como de Electrificación de las líneas de AV, indicando importes, quien conforman el consorcio, cuando vence los contratos vigentes y % de las empresas que tienen en cada uno de los contratos".

El 4 de septiembre de 2013, el Responsable de Ventas en el Área de Mantenimiento Ferroviario de SIEMENS envió por correo electrónico al Director Comercial de SIEMENS los datos de ese fichero sobre el mercado de electrificación de las líneas de alta velocidad, desglosado en dos documentos: un fichero Excel detallado por proyectos y un documento en formato pdf con el resumen histórico de todos los datos de las empresas que en ese momento formaban parte del acuerdo, entre las que se encontraba SEMI. Para la implementación de los repartos de dichas licitaciones se celebraron una serie de reuniones entre las empresas con el objetivo de calcular de forma aproximada la cuota de mercado histórica y así mantener el statu quo del mercado de mantenimiento de las líneas de alta velocidad en España para los futuros contratos o renovaciones de los próximos cuatro años. Como era habitual, el modo de proceder de las empresas consistía en acordar la composición de distintas UTE que se presentarían a estas licitaciones, acordando las condiciones económicas de las distintas ofertas a presentar por dichas UTE y las ofertas de cobertura de aquéllas no asignadas previamente (folios 12774 y 26298).

Co nstan acreditados acuerdos de reparto, en los que participó SEMI, para la licitación relativa al mantenimiento de la línea aérea de contacto de las líneas de AVE Madrid-Sevilla, La Sagra-Toledo y Córdoba-Málaga (Expte.: NUM010), los acuerdos entre las empresas consistían en presentar ofertas a través de tres UTE:, y respecto de la licitación para el mantenimiento de las subestaciones, centros de autotransformación e instalaciones asociadas de la línea de AVE Madrid-Sevilla, La Sagra-Toledo y Córdoba-Málaga 2014-2018 (Expte: NUM011) así como de la licitación para el mantenimiento de las instalaciones de electrificación (catenaria y subestaciones) de la línea de AVE Madrid-Valladolid y Olmedo-Medina del Campo 2014-2018 (Expte.: NUM012) y la licitación para el mantenimiento de las instalaciones de electrificación (catenaria y subestaciones) de la línea de AVE Madrid-Valencia y bifurcación Albacete-Alicante 2014-2018 (Expte.: NUM013), también mediante la constitución de UTES.

Co mo ejemplo del modo de proceder, destacamos el siguiente correo electrónico de 20 y 23 de enero de 2014, del directivo de SIEMENS, Jefe de Obras de Electrificación de la UTE SILVACAT, a varios directivos de su empresa, entre otros, al Responsable de Ventas en el Área de Mantenimiento Ferroviario, al Responsable de Customer Services de Electrificación Ferroviaria y al Responsable de Ventas de la División Mobility, haciéndoles un primer análisis de la citada licitación. El correo contenía los porcentajes que corresponderían a la UTE que dicha empresa formaría junto con COBRA, ELECNOR, INABENSA, ISOLUX y SEMI -y que debería ser la adjudicataria de eta licitación-, tras los contactos mantenidos con las otras empresas. En el mismo correo se adjunta una tabla explicativa que se transcribe a continuación:

"Hola tal como os dije telefónicamente os adjunto un primer análisis de la oferta referente a los porcentajes SEGÚN PRESUPUESTO DEL CLIENTE, en una primera valoración del pliego y cometarios obtenido en conversaciones telefónicas con los jefes de mantenimiento de las Utes de S/E y Catenaria cuyos tramos están incluidos en esta oferta.

1º.-Porcentaje por técnicas Subestaciones y catenaria: Subestaciones, según el presupuesto del cliente tiene un 40 % del total, no se puede separar totalmente el presupuesto de momento, por lo que podría bajar un puntito aprx.

Catenaria, según el presupuesto del cliente comprende un 60 % del total, podría subir un 1 % aproximadamente.

2º Porcentaje por Empresas y Utes dentro de la técnica de Catenaria

Ute Silvacat, según el presupuesto del cliente tendríamos una media de 24 % del contrato, en los cuatro años si separamos por años y técnicas serian un 52 % el primer año, y la media de los cuatro años por técnica es un 37 %.



Ute Coseval (Madrid - bifurcación y Albacete Alicante), según presupuesto del cliente tendrían una media del 36 % del total del contrato, el primer año será de un 48 % y durante los cuatro años aprx un 63 de media por técnica.

3º presupuesto por empresas:

Hay una duda desde mi punto de Vista ya que Balfour Beatty está realizando el mantenimiento de las calefacciones de aguja y alumbrado de túneles, de los tramos de la competencia, al pasar dichos tramos a la técnica de Subestaciones según este pliego no sé si le darán parte en catenaria ya que solo construyó las instalaciones asociadas.

PORCENTAJE SILVACAT 0,241

PORCENTAJE COSEVAL 0,360

PORCENTAJE SSA incluido OHL 0,168

PORCENTAJE INABENSA 0,072

PORCENTAJE COBRA 0,144

PORCENTAJE SEMI 0,144

PORCENTAJE BALFOUR 0,072

PORCENTAJE OHL 0,04

Estos porcentajes podrían variar en función de las variaciones comentadas.

Os adjunto archivo explicativo (...)"

Co nsta acreditado que ALSTOM, COBRA, CYMI, ELEC NOR, ELECTRÉN, ISOLUX y SEMI acordaron repartirse la licitación convocada el 15 de febrero de 2014 para la construcción de las instalaciones de línea área de contacto (catenarias) y sistemas asociados de la línea AVE Antequera Santa Ana-Granada mediante la presentación de ofertas en diferentes UTE bajo el compromiso de que la UTE adjudicataria subcontrataría a las demás, que presentarían ofertas de cobertura y que ELEC NOR, ELECTRÉN y SEMI acordaron repartirse el contrato para la ejecución de las obras y realización del mantenimiento de los centros de autotransformación y telemando de energía de las subestaciones eléctricas del tramo Monforte-Murcia del Nuevo Acceso Ferroviario de Alta Velocidad Madrid-Castilla-La Mancha- Comunidad Valenciana-Región de Murcia para las subestaciones Monforte-Murcia al presentar una única oferta con la estructura de una UTE para posteriormente repartirse el objeto de la misma a "tercios" (33,34%), y así resulta del correo electrónico de SEMI a ELEC NOR, ELECTRÉN de 2 de septiembre de 2014 con asunto "Subestaciones Monforte- Murcia" (folio 17943), recabado en la inspección de SEMI, a cuyo tenor..

"Buenos días,

Como conclusión de la conversación telefónica de hace unos minutos con (Subdirector Energía ELEC NOR) y (Director Contratación ELECTRÉN), parece que no tiene mucho sentido presentar dos ofertas al concurso del asunto. Las opciones son mantener el acuerdo vigente de las tres empresas y presentar una oferta o romper el acuerdo y que cada uno de nosotros presente la suya independientemente.

Por lo hablado creo que nos encajaría a los tres seguir con la estructura de una UTE a tercios.

Avanzando en esa idea, según el orden de preparación de ofertas, le tocaría a ELECTRÉN coordinar la preparación de la misma, así como ostentar la gerencia y una participación del 33,34% en caso de ser adjudicatarios.

Si tenéis algo en contra decidlo rápido o, en caso contrario, empecemos a trabajar en el reparto de tareas", a lo que SEMI y ELECTOCTREN se mostraron conformes.

ta mbién consta probado que ALSTOM, COBRA, ELEC NOR, ELECTREN, INABENSA, SEMI y SIEMENS decidieron seguir con los acuerdos de reparto en la licitación para el mantenimiento de instalaciones de energía de tracción: Línea Aérea de Contacto, Subestaciones eléctricas y sistemas asociados de Líneas de Alta Velocidad: Madrid-Sevilla, Córdoba-Málaga y La Sagra-Toledo. Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa, Zaragoza-Tardienta y Vandellós-Tarragona. Madrid-Valencia y Bifurcación Albacete-Alicante, Madrid-Valladolid y Ramal Olmedo-Medina del Campo y que para ello conformaron una única UTE con un porcentaje de participación equivalente a su cuota de mercado, la denominada UTE AVE ENERGÍA (folios 12757,12773 y 12774 26594 y25.595).

Es importante destacar que, en su solicitud de reducción del importe de la multa SIEMENS reconoce que su participación en dicha UTE no era imprescindible, en la medida en que solo podía ofrecer a la UTE dos máquinas, y una no cumplía con todos los requisitos del pliego (folios26299, 26512 y 26595).

El 3 de julio de 2014, la Directora de Proyectos de Catenaria de INABENSA envió por correo electrónico a directivos de ELECTRÉN, COBRA, ALSTOM, ELEC NOR, SEMI, SIEMENS e INABENSA, la confirmación de los porcentajes de reparto consensuados para esta UTE.

Se hace constar en la resolución recurrida que tras la adjudicación de la licitación a la UTE AVE ENERGÍA, dicha UTE gestiona la mayor parte de los recursos materiales necesarios para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en las líneas de alta velocidad ferroviaria española, dado que la citada licitación supone dicho mantenimiento por un plazo de 10 años. Que sin embargo, tras una reunión el 31 de marzo de 2015, el Director General de Producción de ELECTRÉN remitió un correo electrónico al Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructuras de ALSTOM, al Director General de Ferrocarriles de COBRA, al Director de la División de Ferrocarriles de SEMI, al Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELEC NOR, al Responsable de Ventas de la División Mobility de SIEMENS, al Director de la División Ferroviaria de INABENSA y al Director General de ELECTRÉN recordándoles las posibles obras de mantenimiento tanto de subestaciones como de catenarias en líneas de alta velocidad que podrían ser repartidas entre ellas en el futuro, adjuntando un fichero Excel en el que se relacionan dichas licitaciones. A estos efectos, se acordó que los medios y recursos que habían sido aportados a la UTE AVE ENERGÍA por las empresas que forman dicha UTE pudieran ser utilizados por esas empresas en la presentación de ofertas a otras licitaciones que fueran convocados en el futuro y que así se confirma en un correo electrónico interno de ALSTOM de 17 de noviembre de 2015 que adjunta un fichero Excel con simulaciones de reparto global entre las citadas 7 empresas, que se identifican por sus iniciales - ALSTOM (A), COBRA (C), ELEC NOR (ELN), ELECTRÉN (ELC), INABENSA (I), SEMI (SE) y SIEMENS (SI)-, en función de las facturaciones obtenidas por cada una de ellas en las licitaciones del mantenimiento de los sistemas de electrificación de las líneas AVE de Valladolid-León, Antequera-Granada y Monforte del Cid-Murcia (folios 12838 a 12846).

Re coge la resolución recurrida que para el uso de los recursos de la UTE AVE ENERGIA se estableció un modus operandi acordado por todos sus miembros que implicaba una facturación del 3% de la producción real de la UTE en el mes anterior, que se instrumentaría mediante un pedido lanzado por esta a los socios por dicho importe, como se constata en este correo remitido en julio de 2015 por SIEMENS a ALSTOM, COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA y SEMI. Así las cosas, los miembros de la UTE AVE ENERGIA acordaron que los recursos así utilizados se compensarían a la UTE con el equivalente al 25% del valor real de dicho recurso (es decir, con una bonificación del 75% sobre su coste real), como se confirma en correos electrónicos internos de ALSTOM de 5 de diciembre de 2015 y que, en aplicación de este acuerdo, se mantuvieron conversaciones en el seno de la UTE AVE ENERGIA (denominada en ocasiones UTE mantenimiento) sobre la utilización de los recursos materiales en relación las siguientes licitaciones para el mantenimiento de las instalaciones de la catenaria y sistemas asociados de la línea de AVE Antequera Santa Ana-Granada (2015) y para el mantenimiento de las instalaciones de la LAC, sistemas asociados de la línea de AVE Monforte del Cid-Murcia y nudo de La Encina-Torrent (2015).

Por lo demás, se consigna en la resolución recurrida que ALSTOM, COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, SEMI y SIEMENS, socias de la UTE AVE ENERGÍA, desarrollaron un mecanismo de reparto de licitaciones de menor cuantía convocadas entre octubre de 2015 y marzo de 2016, en cuya virtud, cuando más de una de estas 7 empresas estaban interesadas en participar en dichas licitaciones, se realizaba un sorteo entre ellas para determinar qué oferta resultaría ganadora y una vez determinada la empresa que debería resultar adjudicataria de la licitación en cuestión, el responsable de la UTE elaboraba el presupuesto o estudio económico de la oferta ganadora y el resto de las empresas elaboraban las ofertas de cobertura o acompañamiento a presentar para asegurar su adjudicación. A cambio de lo anterior, la empresa potencialmente adjudicataria acordaba subcontratar el 95% de valor del trabajo en cuestión a la UTE AVE ENERGÍA, reservándose el 5% como remuneración, siendo repartidas entre los socios de la UTE AVE ENERGÍA la licitación de octubre de 2015 para la acometida al edificio técnico de Venta La Inés , en la que COBRA resultó adjudicataria, subcontratando posteriormente a la UTE AVE ENERGÍA, y la licitación de 17 de marzo de 2016 para la obra del Telemando de seccionadores para talleres, restringida a las empresas de la UTE AVE ENERGÍA, que fue adjudicada a ELECTRÉN, que posteriormente subcontrató a la UTE AVE ENERGÍA.

DECIMOSEXTO.- Respecto de la duración de las infracciones por las que ha sido sancionada SEMI, la representación procesal de la recurrente aduce que las conductas anteriores al 31 de mayo de 2013 que la CNMC incluye como parte de los cárteles del Ferrocarril Convencional y del AVE se encontrarían, en todo caso, prescritas, no pudiendo sancionarse a SEMI por su presunta participación en las misma y que, incluso en el supuesto hipotético en que éstas se considerasen acreditadas, opone la prescripción de las conductas anteriores al 31 de mayo 2013.

Re cuerda que el artículo 68.1 de la LDC, establece que las infracciones muy graves prescriben a los cuatro años, computándose el dies a quo desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de



las infracciones continuadas, desde el día en que éstas hubieran cesado y que el plazo de prescripción de cuatro años se interrumpe, de acuerdo con el artículo 68.3 de la LDC, por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendente al cumplimiento de la LDC, hito que en los expedientes sancionadores tramitados por la CNMC es la notificación del acuerdo de incoación. Que no puede admitirse la calificación de "infracción continuada" respecto de una conducta que se ha interrumpido durante un periodo de tiempo significativo, aunque ésta se tratara de la participación en un cártel.

Pr ecisa, además , en cuanto al momento a partir del cual empieza a contar el plazo de prescripción aplicable, que aunque la representación procesal de la actora considera que dicho momento debiera coincidir con la presentación de la supuesta oferta u ofertas coordinadas por ser éste el último momento en el que puede producirse una competencia por el mercado, los tribunales se han decantado por el momento de la adjudicación del concurso objeto de reparto y que en este sentido se ha pronunciado la Sentencia del TJUE de 14 de enero de 2021, en el asunto C-450/19, - Kilpailu- ja kuluttajavirasto (ECLI: EU:C:2021:10). Así las cosas, se concluye en la demanda que dos repartos anticompetitivos de licitaciones no pueden lógicamente considerarse parte de una misma infracción continuada si ha transcurrido un periodo significativo de tiempo entre la adjudicación de la primera licitación objeto del reparto y el inicio del comportamiento anticompetitivo dirigido a un segundo reparto.

Di cho lo anterior y por lo que se refiere al cartel del ferrocarril convencional, se argumenta en la demanda que se ha producido una interrupción prolongada de hasta casi cinco años en el periodo comprendido entre septiembre de 2008 y 2013, lo que determina la prescripción de las conductas integradas en la primera fase del supuesto cártel comprendida dentro de dicho periodo. Se aduce que los documentos a que se remite la resolución recurrida respecto a ese periodo consiste en documentos anteriores a octubre de 2008 en los que no hay indicios de repartos anticompetitivos posteriores a septiembre de 2008 (párrafo 264 de la Resolución); de documentos internos de COBRA que no recogen más que información pública de los que no cabe extraer indicio alguno de prácticas anticompetitivas (párrafos 265 a 272 de la Resolución); y de un documento interno de ELECNOR con anotaciones manuscritas en el que no se hace referencia a ninguna licitación o empresa (párrafos 273 a 279 de la Resolución).

Se añade que en el periodo comprendido entre septiembre de 2008 y octubre de 2013 (casi cinco años) la CNMC únicamente acredita contactos entre SEMI y TELICE, empresa ajena al supuesto Cártel del Ferrocarril Convencional, que se habrían repartido cuatro licitaciones entre 2012 y 2014. Que, en 2014, TELICE habría cesado su participación en el cártel sin relacionarse ni acordar repartos con ninguna de las otras 10 empresas que supuestamente formaban parte del mismo en ese momento. Explica que, según la CNMC, los supuestos acuerdos bilaterales entre SEMI y TELICE estaban dirigidos a articular repartos "puntuales" solo entre ellas (i.e. sin implicación o afectación alguna para otras empresas) respecto a licitaciones convocadas por ADIF en 2012 pero que aunque se admitiera esa interpretación, es contrario al sentido común e incompatible con los requisitos de la infracción única relativos a la unidad de sujetos activos y al dolo unitario pretender que éstos puedan considerarse parte de un supuesto Cártel del Ferrocarril Convencional entre SEMI y otras 10 empresas tendente al reparto sistemático de licitaciones convocadas en el sector de la electrificación de líneas de tren convencional. Respecto al cartel del AVE se aduce en la demanda la inexistencia de indicio alguno de repartos de licitaciones entre los miembros del supuesto Cártel del AVE entre octubre de 2010 (fecha en que se adjudicó la última de las licitaciones afectadas por los supuestos "Acuerdos MICRO- MACRO"187) y finales de agosto de 2013 (momento del que datarían las primeras evidencias de contactos tendentes al supuesto reparto de cinco licitaciones, la primera de las cuales fue convocada el 1 de agosto de 2013189) y que se reconoce expresamente que no se produjeron repartos de licitaciones endicho periodo por lo que la interrupción del supuesto Cártel del AVE se habría prolongado durante casi tres años, Que la interrupción del supuesto Cártel del AVE entre el 26 de octubre de 2010 - fecha de la última licitación supuestamente cubierta por los "Acuerdos MICRO-MACRO"199 - y el 1 de agosto de 2013 - fecha en que se convoca la primera licitación que habría sido, supuestamente, objeto de reparto desde octubre de 2010, implica que la infracción correspondiente a las conductas integradas en la primera etapa del supuesto cártel debiera considerarse, en todo caso, prescrita al haber transcurrido más de cuatro años desde el final de esta primera etapa y la incoación del Expediente el 31 de mayo de 2017.

Pa ra dar respuesta a la recurrente debemos recordar que la gravedad e intensidad que implica la imputación de una infracción única y continuada desde el año 2002 hasta el año 2016 exige a la CNMC acreditar que efectivamente en ese periodo las sancionadas han realizado actuaciones complementarias que contribuían a la ejecución del plan común que implica una infracción única y continuada .

Co mo ha declarado el Tribunal de Justicia en sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland AIS y otros/ Comisión, párrafo 260, "En el marco de un acuerdo global que dura varios años el transcurso de algunos meses entre las manifestaciones del acuerdo tiene poca importancia. Por el contrario, el hecho de que las diferentes



acciones se inscriban en un "plan conjunto" debido a su objeto idéntico es determinante». En el mismo sentido, (párrafo 98 de la Sentencia de 21 de septiembre de 2006 Nederlandse Federatieve Vereniging/Comisión) advierte que el hecho de que no se haya aportado la prueba de la existencia de la infracción no impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes, de tal forma que "En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continuada".

Pe ro el mismo Tribunal de Justicia manifiesta en la sentencia de 17 de mayo de 2013, en el asunto T-154/2009, Manuli Rubber Industries SpA MRI que "cuando se puede demostrar que la participación de una empresa en la infracción se ha interrumpido y que la infracción cometida por la empresa antes y después de ese período presenta las mismas características, que se han apreciar atendiendo en especial a la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos afectados, de las empresas que han tomado parte en la colusión, de las formas principales de su ejecución, de las personas físicas implicadas por cuenta de las empresas y por último del ámbito geográfico de aplicación de esas prácticas, la infracción considerada debe calificarse como única y continuada. En ese supuesto la Comisión no puede imponer una multa por el período durante el que se interrumpió la infracción."

Ac erca de la determinación del lapso temporal que rompe esa continuidad se ha pronunciado el Tribunal General en sentencia de 19 de mayo de 2010, IMI y otros/Comisión, en el que razona sobre la duración de una infracción continuada y sobre cuándo el período de interrupción en las manifestaciones del acuerdo puede considerarse lo suficientemente prolongado para entender que ya no se trata de una infracción continuada. Declara en tal sentido que " ... si bien el período que media entre dos manifestaciones de un comportamiento infractor es un criterio pertinente para acreditar el carácter continuado de una infracción, no es menos cierto que la cuestión de si dicho período es o no suficientemente prolongado para constituir una interrupción de la infracción no puede examinarse en abstracto. Por el contrario, debe apreciarse en el contexto del funcionamiento de la práctica colusoria de que se trate"; y añade que "... el período de ausencia de contactos o de manifestaciones colusorias por parte de las demandantes asciende a poco más de dieciséis meses, entre el 1 de diciembre de 1994 y el 11 de abril de 1996. Dado que este período excede en más de un año de los intervalos en los que las empresas participantes en la tercera rama del cártel manifestaban habitualmente sus respectivas voluntades de restringir la competencia (...), procede concluir que la Comisión incurrió en un error de Derecho y que es preciso anular la Decisión impugnada en la medida en que declara la responsabilidad de las demandantes por su participación en el cártel entre el 1 de diciembre de 1994 y el 11 de abril de 1996".

Pu es bien, por lo que se refiere al cartel del tren convencional, la resolución sancionadora, para fundamentar la continuidad de la infracción, manifiesta en el Hecho 22 lo siguiente:

"La sistemática descrita de reparto entre las empresas CITRACC, COBRA, CYMI, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SEMI, SIEMENS y VIMAC se mantuvo en los años 2010, 2011 y 2012, tal como reflejan diferentes ficheros que recogen las sucesivas licitaciones convocadas por ADIF en esos años para el mantenimiento de subestaciones eléctricas de líneas de tren convencionales, en los que se detallan los importes de adjudicación, las empresas adjudicatarias y las ofertas a presentar por cada una de las 11 empresas que forman parte de los acuerdos"(Correos electrónicos internos de COBRA de 25 de marzo de 2010 con asunto "ADIF" y documento adjunto "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 25 MAR 10.xls" (folios 18407 a 18408), de 11 de enero de 2011 con asunto "Global Licitaciones Adif Territoriales Provisional 11 Ene 11.xls" y documento adjunto "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 11 ENE 11.xls" (folios 18481 a 18482) y de 11 de enero de 2012, con asunto "ADIF CONVENCIONAL" y documento adjunto "ADJUDICACIONES ADIF CONVENCIONAL.xls" (folios 18561 a 18562), recabados en la inspección de COBRA.

Si n embargo, el examen de los citados ficheros permite constatar que los datos en ellos recogidos se refieren a datos pasados y que, en contra de lo afirmado en la resolución recurrida, no recogen "las ofertas a presentar "por las empresas que formaban parte de los acuerdos de reparto. Así las cosas, no pueden ser consideradas prueba de la participación de recurrente en el cartel a efectos de tener acreditada la continuidad de la infracción en los años 2010 a 2012.

Si n embargo, consta acreditado en autos (hecho 24) el correo electrónico remitido por el Director de zona de SEMI al Director de Ferrocarriles de SEMI el 6 de junio de 2013, en el que se recoge lo siguiente:

"Te adjunto resumen de ofertas de ADIF, en donde se ve las obras que íbamos en acuerdo con TELICE". (Folio 17756 expte).Dicho correo va acompañado de una tabla en la que se recogen las siguientes ofertas:



- SUST.MAT.CRITICOS LAC T/BUSDONGO-PUENTE DE LOS FIERROS Y NUCLEO DE CERCANIAS DE ASTURIAS -, de fecha 20/07/2012.
- REPAR. DEF. INSTALACIONES LAC AFECTADAS POR CONFLICTO MINERIA EN ASTURIAS.T/ÈÑA RUBIA-EL ENTREGO, de fecha 14/09/2012
- REPAR. DEF. INSTALACIONES LAC AFECTADAS POR CONFLICTO MINERIA EN ASTURIAS.T/ABLAÑA-SOTO DE REY, de fecha 4/10/2012
- TRATAMIENTO CATENARIA EN ESTACION ORENSE POR CIRCULACIONES AVE, de fecha de fecha 11/10/2012
- Modernización Catenaria Santas Martas-Villamarco, de fecha 5/11/2012
- Modernización Catenaria PALENCIA-LEON, ENTRE LOS CANTONES 95 Y 98, de fecha, de fecha 20/11/201
- SUSTITUCION HILO CONTACTO EN PK 230/992 AL 240/647 DE LEON-A CORUÑA, de fecha 20/11/2012.
- SUSTITUCION MATERIALES CRITICOS Y ADECUACION CATENARIA BEMBIBRE-PONFERRADA, de fecha 22/11/2012."

La Resolución sancionadora sostiene que estos acuerdos son consecuencia de la posibilidad "acuerdos especiales entre socios " a los que se alude en las anotaciones manuscritas de Elecnor, a las se alude en el HECHO 23, que, sin embargo no se incluye en los hechos en los que de forma expresa fundamenta la participación de SEMI en el cartel examinado , por lo que no pueden ser valoradas por la Sala. Tampoco se argumenta ni explica las razones por las que vincula dicho correo con las citadas anotaciones.

No obstante, el correo interno de SEMI de 6 de junio de 2013 consta la existencia de acuerdos de reparto anticompetitivos y evidencia la continuación del cartel que examinamos desde julio de 2012, fecha en la que se sitúa la primera de las ofertas consignadas en el cuadro Excel que le acompaña.

As í las cosas, en el caso analizado, la interrupción se mantuvo, al menos, desde el 28 de junio de 2008, fecha de las últimas adjudicaciones a la recurrente hasta el anuncio de la oferta de Adif de 20 de julio de 2012 que fue objeto de reparto entre SEMI y Telice, a tenor del citado correo de 6 de junio de 2012, lo que supone un período de prácticamente cuatro años sin que se acredite actividad colusoria alguna .Por otra parte, hasta aquella fecha de 2008, y después de julio de 2012, son muy numerosos y próximos en el tiempo los elementos probatorios recabados por la CNMC, lo que viene a demostrar que la actividad del cártel consistente en el reparto de licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional quedó interrumpida durante un lapso de tiempo suficiente, conforme a los criterios seguidos por la jurisprudencia europea, para romper la continuidad en la infracción. Especialmente si se advierte que la CNMC no ha hecho ningún esfuerzo en acreditar que las especiales características del cártel, o la constancia y permanencia en el tiempo del plan preconcebido, pudieran llevar a considerar lo contrario.

La consecuencia de todo ello es que, rota la continuidad, el período infractor anterior al 12 de julio de 2012 debe entenderse prescrito de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, con las correspondientes consecuencias sobre la cuantificación de la sanción al ser este uno de los criterios utilizados por la propia CNMC para determinarla.

Por lo que se refiere continuidad en cartel del Ave, obra en el expediente un correo de 15 de marzo de 2011 entre COBRA, ALSTOM, ELECNOR, ELECTRÉN y SEMI con el siguiente contenido:

"Hola a todos, parece que esto no tiene fin, todos los días hay reuniones, de diferentes grupos de empresas, y lógicamente es difícil llegar a un acuerdo cuando "todas" las empresas tratan de sacar el mayor provecho a costa de los demás.

El espíritu y finalidad del Acuerdo MICRO es que un conjunto de empresas participasen a partes iguales en una serie de proyectos, en facturación y margen. En lo referente a la facturación ya se ha comentado que es prácticamente imposible, no así en lo referente al margen, que si puede llevarse a cabo perfectamente.

Los márgenes en el Macro están acordados" (folios 793 a 802 y (folios 1754, 1755 y 18493 a 18496).

Un pormenorizado resumen de los repartos de estas licitaciones fue recogido por el Director de Ferrocarriles y Subestaciones de ELECNOR, identificando a las empresas COBRA, SEMI, ELECNOR, CITRACC (entonces Balfour), ALSTOM, ELECTRÉN, CYMI, SIEMENS, INABENSA, ISOLUX, COMSA(entonces EMTE) y NEOPUL (folios 303 a 307) Así, 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 porcentajes:

COBRA, ELECNOR y SEMI: 14,6%

ALSTOM y ELECTRÉN: 22%

CITRACC (entonces BALFOUR): 12%"

Además, ha quedado acreditada la celebración de reuniones MICRO-MACRO en las sedes de las empresas para acordar todos los aspectos relacionados con la efectiva ejecución de los repartos y compensaciones a realizar en relación con las licitaciones y, en concreto, una reunión el 3 de octubre de 2011, entre directivos de ALSTOM, CITRACC (entonces BALFOUR), COBRA, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI y SIEMENS(folio 17557 recabado en la inspección de SEMI).

Así las cosas, no apreciamos ruptura de la confinidad de la infracción y, en consecuencia, no cabe apreciar la prescripción invocada por la recurrente en este cártel.

DECIMOSÉPTIMO-- Continuan do con el examen de los motivos de impugnación, sostiene la recurrente que no existe prueba del carácter anticompetitivo de las conductas imputadas a SEMI y que, en consecuencia, debieron ser estimadas sus alegaciones. Y recuerda el carácter lícito de la constitución de UTEs por no disponer la actora de la capacidad necesaria para concurrir en solitario a las licitaciones.

Así las cosas, debemos analizar si, en este caso concreto, la constitución de las UTEs y la actuación en UTE de las empresas sancionadas era válida y conforme a las reglas de la competencia. Es esta una cuestión esencial dada la importancia que en la operativa de participación en las licitaciones ha tenido la utilización de la Unión Temporal de Empresas lo que aparece destacado en la resolución misma al advertir que la mayoría de las adjudicaciones se hizo bajo esta forma de participación en ejecución del plan común de actuación de las empresas sancionadas.

El análisis de esta cuestión exige partir del hecho de que 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.

Re cordemos que 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 exigirlo 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.

Acercada 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, 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 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".*

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 "(...) la carga de la prueba de los 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". en los artículos 81 y 82 del Tratado (hoy artículos 101 y 102 del TFUE).

También en igual sentido reitera la cita de la antes mencionada sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 que, en su párrafo 92, declara " que para que un acuerdo pueda quedar exento con arreglo al artículo 81.3 TCE (hoy 101.3 del TFUE) es necesario que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, contribución que no puede identificarse con todas las ventajas que las empresas que participan en dicho acuerdo obtienen del acuerdo en relación con su actividad ... sino con ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia Consten y Grundig/Comisión, antes citada, pp. 502 y 503)".

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..."*.

Po r 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"*.

To do 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.

DÉCIMOCTAVO.- Atendiendo a la anterior doctrina jurisprudencial, corresponde ahora a este Tribunal analizar si concurrían razones competitivas que pudieran justificar la intervención de las empresas, entre ellas la recurrente, en forma de UTE en las licitaciones públicas convocadas por diversas administraciones públicas en el mercado analizado en la resolución ahora impugnada. Y para ello debemos determinar si existía una necesidad objetiva que justificase la concurrencia de la recurrente junto con otras empresas bajo este sistema de colaboración entre empresas, tal y como las conceptúa el artículo 7. Uno de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

Pu es bien, a la vista de las pruebas obrantes en autos y a las que ya nos hemos referido, esta Sala no comparte la tesis de la recurrente y, al igual que la CNMC, consideramos que la constitución de las UTEs y la participación a través de esta figura en las licitaciones públicas convocadas no respondían a parámetros de necesidad objetiva ni competitiva y que, con independencia de cual fuera la capacidad individual de SEMI para concurrir a las licitaciones sin necesidad de asociarse con otras empresas, en el caso que examinamos, la configuración de UTEs por las empresas ha sido uno de los instrumentos usados para implementar los acuerdos de reparto.

En este sentido, este Tribunal destaca que en ninguno de los acuerdos de constitución de las UTEs se hacía referencia a la necesidad de su constitución atendiendo a razones técnicas o económicas a la vista de las exigencias de las licitaciones públicas en las que se participaba en forma de UTE. Por el contrario, son numerosos los indicios recabados que avalan esta conclusión.

Po r lo que se refiere al cártel consistente en el reparto de licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, constatamos que la constitución de UTEs respondían a estrategias empresariales y no a necesidades objetivas por razones técnicas o económicas y a título de ejemplo podemos citar el correo electrónico enviado a el 28 de octubre de 2013 por el Delegado de Ferrocarril de ELEC NOR por el que propuso al Director de la División de Ferrocarriles de SEMI licitar en UTE el servicio en dicha zona en los siguientes términos:

"(...) Nuestra idea sería hacer una UTE para la licitación por tajos separados, de tal forma que cada tajo, se corresponda a una zona a mantener (norte y sur), siendo la finalidad que cada uno sigamos haciendo el mantenimiento donde estamos.

Coméntame si estáis de acuerdo y comenzamos a trabajar en esa línea.



Me comentó (Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELECENOR) que es posible que haya una reunión entre instaladores para llegar a algún acuerdo de reparto de zonas o algo así (lo veo muy complicado). Por nuestra parte, este acuerdo prevalecería ante cualquier otro. Cuando quieras lo comentamos, pero quería anticiparte la propuesta" (folios 1985, 1986 y 17759 del expte).

También el correo electrónico remitido por el Director de contratación de ELECTRÉN a directivos de SEMI, COBRA, ALSTOM, CYMI y ELECTRÉN, en el que propuso un reparto de las citadas obras de mantenimiento licitadas, tras haberlo valorado con el Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM, adjuntando un propuesta de reparto y la eventual formación de UTE, del siguiente tenor:

"Estimados TODOS:

Adjunto una propuesta de reparto de las obras de Mantenimiento, en lo que considero, un mejor servicio a ADIF..

Comentando el tema con (Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM) él me propone un acercamiento entre las empresas, que sería la 2ª propuesta de reparto, que no se ha desglosado en medios...

¿¿Proponemos un acuerdo entre las empresas para estas ofertas basado en las propuestas de reparto?

En el caso de que os parezca bien deberíamos contestar antes del viernes para empezar a organizar los repartos y/o las UTEs...

Esperando vuestras respuestas, Un saludo"

Consta acreditado que, tras recibir dicha propuesta, el Director de la División de Ferrocarriles de SEMI recriminó al Director de Contratación de ELECTRÉN el haber enviado dicha propuesta vía correo electrónico, a lo que éste respondió reconociendo su error, reformulando su propuesta de reparto de las obras de mantenimiento mediante la constitución de UTE. El 6 de noviembre de 2013, el Delegado de Ferrocarril de ELECENOR retomó la comunicación con el Director de la División de Ferrocarriles de SEMI con respecto a la licitación para la Zona CENTRO, solicitándole la coordinación para la elaboración de la oferta conjunta.

También podemos citar el acuerdo rubricado el 12 de diciembre de 2015 por el Director de Contratación de ELECTRÉN, el Delegado de Ferrocarriles de ELECENOR y el Director de la División de Ferrocarriles de SEMI para el reparto de dos contratos puntuales licitados por el ADIF en la zona Noreste, relativos a la sustitución del sustentador y pendolado en la línea Barcelona-Blanes- Maçanet y la relativa a la rehabilitación de la catenaria afectada por corrosión marina en la línea de Vilanova . En dicho el citado acuerdo se hacía constar lo siguiente:

"Tras las aperturas de las obras abajo referenciadas, los representantes de las empresas citados, acordamos una estrategia para conseguir las adjudicaciones en las mejores circunstancias posibles y posteriormente.

Tras la adjudicación, compartir las obras conseguidas a tercios (33,33%), mediante una UTE por debajo del adjudicatario, sin coeficientes de paso.

Los representantes se comprometen a llevar el acuerdo en los términos acordados, consiguiendo la mayor equidad posible entre los socios y máximo beneficio para las UTEs resultantes.

1. SUSTITUCIÓN DE SUSTENTADOR Y PENDOLADO EN LA LÍNEA BARCELONA-BLANES-MAÇANET. Expte. NUM001

La estrategia acordada en este caso supone que ELECTRÉN no justifique su baja temeraria, siendo SEMI adjudicatario con su baja del 33,33% y resultando una adjudicación del contrato por 1.036.067,27 € (IVA no incluido) a compartir con la UTE.

2. REHABILITACIÓN DE CATENARIA AFECTADA POR CORROSIÓN MARINA EN LA LÍNEA DE VILANOVA. Expte. NUM006 .

La estrategia acordada en este caso supone que ELECTRÉN y SEMI no justifiquen su baja temeraria, siendo ELECENOR adjudicatario con su baja del 26,73% y resultando una adjudicación del contrato por 1.029.131,78 € (IVA no incluido) a compartir con la UTE."

Y por lo que se refiere al cártel consistente en el reparto de licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, desde abril de 2008 hasta marzo de 2016, también la utilización instrumental de la figura de las UTEs resulta corroborada por la prueba obrante en autos, pudiendo citar, a título de ejemplo, el acuerdo adoptado en abril de 2008, por las empresas COBRA, ELECENOR, SEMI y ELECTRÉN para repartirse 5 licitaciones convocadas en enero y febrero de 2008 para la construcción y mantenimiento de sistemas de electrificación de distintos tramos de diversas líneas de alta velocidad, que establecía, entre otras cosas, lo siguiente (folios 18869 a 18870):

"1. Compartir Producción y Margen del contrato "Subestaciones y CT asociados en el tramo Motilla del Palancar Valencia -Motilla de Palancar Albacete en las siguientes condiciones.

2. La participación de cada una de las empresas será sobre un importe adjudicado:

ELECTRÉN 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

Elecnor 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

Cobra 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

Semi 25 % del 50 % de lo adjudicado es decir 12.236.755,99€ Iva Excluido

3. Que Cobra y Semi formaran parte de una UTE subcontratista de la UTE adjudicataria sin coeficiente de paso que ejecutara la obra a riesgo y ventura con las participaciones indicadas en el punto 2.

4. Que en caso de que los miembros que firman este acuerdo perteneciente a la UTE adjudicataria no crean conveniente establecer la UTE definida en el apartado 3, se establece subcontratar a Semi y Cobra la participación definida en el apartado 2, en las siguientes condiciones.

5. La Ute adjudicataria o ELECTRÉN o Elecnor harán un contrato a Semi y a Cobra en los siguientes términos:

5.1 Importe: 17.423.730,24 €

5.2 Fecha un mes posterior a la firma del contrato entre la UTE adjudicataria y ADIF y no más tarde del 30 mayo 2008.

5.3 El margen establecido será del 12,85 %.

5.4 La facturación se realizará en cuatro certificaciones con fechas:

30-11-2008

30-05-2009

30-11-2009

30-05-2010

Estas mismas condiciones aplicaran para las licitaciones de SSEE de:

Madrid Motilla.

Barcelona Frontera".

También el correo electrónico remitido por el Subdirector General de Energía de ELECNOR el 22 de enero de 2010 al Director General de Ferrocarriles de COBRA y al Director General de SEMI, en el que se consignaba lo siguiente:

"(...) Como todos sabemos, y debido a ciertas diferencias existentes con ELECNOR en una obra de catenaria convencional en ejecución, COBRA decidió que, a la presentación de la oferta de referencia, "Construcción y mantenimiento de la línea catenaria del eje Orense-Santiago del corredor Noroeste de Alta Velocidad" (BOE de 7 de diciembre de 2009), no acudiéramos COBRA, ELECNOR y SEMI conjuntamente, a pesar de recoger en el texto del correo que dicha oferta estaba contemplada en los acuerdos existentes entre las partes. Que, debido a lo anterior, COBRA Y SEMI presentaron oferta en UTE conjuntamente con BB, y ELECNOR presentó su oferta en solitario.

Dada la larga trayectoria conjunta de las tres Empresas, tanto en la presentación de este tipo de ofertas, como en la ejecución conjunta de los Contratos, además de la tecnología conjunta desarrollada para alta velocidad y de los acuerdos vigentes hasta la fecha, y en previsión de que podamos revertir la actual situación de desacuerdo existente por parte de uno de los socios, y para evitar posibles discrepancias futuras, ELECNOR propone que antes de la apertura de precios de la oferta, se defina el procedimiento a seguir en caso de adjudicación de la obra a alguna de las partes, existiendo dos opciones:

A) En caso de que COBRA-SEMI-BB sean adjudicatarios de la obra, SEMI- COBRA compartirán la suma de sus participaciones en dicho Contrato, a partes iguales con ELECNOR.

En caso de que el adjudicatario fuese ELECNOR, compartirá con SEMI y COBRA el mismo porcentaje que ellos compartirían si fuesen adjudicatarios.

B) El adjudicatario no comparte nada con la otra parte. Como ya ha sido transmitido verbalmente, ELECNOR acepta cualquiera de las opciones que elijáis, poniendo como único requisito que recibamos vuestra



contestación antes de la apertura económica de las ofertas, en el entendido de que, de no haber recibido dicha contestación en este plazo, se dará por hecho que no existe compromiso alguno por ninguna de las partes."

También avala la finalidad meramente estratégica de la constitución de las UTEs el correo electrónico de SEMI a ELEC NOR, ELECTRÉN de 2 de septiembre de 2014 con asunto "Subestaciones Monforte- Murcia" (folio 17943), recabado en la inspección de SEMI, a cuyo tenor:

"Buenos días,

Como conclusión de la conversación telefónica de hace unos minutos con (Subdirector Energía ELEC NOR) y (Director Contratación ELECTRÉN), parece que no tiene mucho sentido presentar dos ofertas al concurso del asunto. Las opciones son mantener el acuerdo vigente de las tres empresas y presentar una oferta o romper el acuerdo y que cada uno de nosotros presente la suya independientemente.

Por lo hablado creo que nos encajaría a los tres seguir con la estructura de una UTE a tercios.

Avanzando en esa idea, según el orden de preparación de ofertas, le tocaría a ELECTRÉN coordinar la preparación de la misma, así como ostentar la gerencia y una participación del 33,34% en caso de ser adjudicatarios.

Si tenéis algo en contra decidlo rápido o, en caso contrario, empecemos a trabajar en el reparto de tareas"

Por lo demás otro elemento indiciario que lleva a este Tribunal a entender que, en este caso, las UTEs no eran lícitas desde el punto de vista del derecho de la competencia es que los porcentajes de participación de las distintas empresas en las UTEs no se determinaban ni por los medios técnicos ni por la capacidad económica que pudiera disponer cada una de las empresas participes, como ponen de manifiesto las pruebas obrantes en autos.

Por todo lo expuesto, esta Sala comparte la argumentación dada por la CNMC cuando señala que "la justificación de la conformación de UTE responde así a planteamientos estratégicos de las empresas para asegurarse la adjudicación de los contratos simulando una inexistente intención de concurrir en competencia.

Así las cosas, no son atendibles las explicaciones alternativas ofrecidas por la sociedad recurrente en cuanto vienen a sostener que la constitución de las UTEs vino motivada por la falta de capacidad de SEMI para acudir en solitario y sin el concurso de otras empresas a las licitaciones por cuanto que dicha justificación no se compadece con el comportamiento y con los contactos llevados a cabo por las empresas, y tampoco con el contenido de los correos intercambiados entre SEMI con otras empresas.

DÉCIMONOVENO.- Se opone en la demanda que la resolución realiza una valoración errónea de los supuestos efectos que habrían tenido en el mercado las conductas imputadas.

Pues bien, debemos recordar que las conductas sancionadas se han calificado correctamente como cártel por parte de la CNMC por cuanto que tienen encaje en la definición de cártel dada por la disposición adicional 4.2 de la LDC, tanto en la redacción original de la Ley 15/2007 como en la redacción modificada del RDL 9/2017.

Esta definición de cártel está reiterada, con igual contenido literal, en el Considerando 2 del Reglamento (UE) 2015/1348 de la Comisión, de 3 de agosto de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 773/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE y en el artículo 1, apartado 11, de Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

Así las cosas, estamos ante una infracción por el objeto, de tal suerte que no es necesario que se acredite la producción de efectos en el mercado para considerar que dicha infracción se ha consumado.

No obstante, la acusación de efectos tiene relevancia desde luego en este caso por cuanto ha sido uno de los criterios que la resolución ha tenido en cuenta para cuantificar la multa.

En efecto, dice la CNMC que *"La falta de competencia en las licitaciones públicas ha supuesto un encarecimiento del precio de los contratos que de otra manera no se hubiese producido. Además, el precio es una de las variables que las partes utilizan para diferenciarse del resto de concursantes en la licitación. En última instancia este sobrecoste que paga la administración debe ser soportado por los ciudadanos. Y añade que "al efecto sobre el precio de los contratos, cabe añadir que este tipo de conductas se han producido en un mercado cuyas barreras de entrada son evidentes, si tenemos en cuenta la complejidad de los trabajos relacionados con estos mercados, que limitan significativamente la aparición de nuevos entrantes en los mismos. Por ello, el reparto del mercado entre empresas que ostentan conjuntamente elevados porcentajes de cuota de mercado, como es el caso, tiene el potencial efecto de desincentivar la entrada de nuevos operadores en el mismo".*



A nuestro juicio, la propia configuración de las conductas permite suponer, sin margen de duda, que se han producido efectos nocivos en el mercado, por cuanto que los acuerdos adoptados sí tuvieron efectos en el mercado, ya que los acuerdos de reparto de licitaciones tuvieron como resultado eliminar la incertidumbre entre las empresas imputadas a la hora de establecer su estrategia comercial, permitiendo a dichas empresas adaptar su comportamiento comercial, con el consiguiente perjuicio para ADIF, que convocó la mayor parte de estas licitaciones. En definitiva, los acuerdos de reparto de mercado analizados no sólo tuvieron el objeto de restringir o falsear la competencia, sino que también tenían aptitud para ello, reduciendo la independencia en la toma de decisiones de las empresas participantes al determinar aspectos estratégicos y tácticos de su política corporativa. Esta conclusión no resulta desvirtuada por el hecho de que alguna de las adjudicaciones finalmente no tuviera lugar como consecuencia del desistimiento de DIF, o por las circunstancias de que el órgano adjudicador optara por la oferta presentada por una empresa ajena al cártel. En cualquier caso, los acuerdos adoptados se aplicaron, realizándose un seguimiento continuo de ellos mismos por parte de las empresas participantes.

VIGESIMO.- Para terminar, opone la representación procesal de SEMI que el cálculo de las dos multas que se le han impuesto es inmotivado, infundado y arbitrario, dando lugar a cuantías desproporcionadas.

Ad uce que se desconoce totalmente la ponderación que la CNMC ha realizado, en su caso, de cada uno de los criterios utilizados al cuantificar la sanción impuesta por la presunta participación de SEMI en el Cártel del AVE. Que el tipo sancionador general del 6% parece haberse ajustado atendiendo a "la gravedad y las características de la infracción de las empresas", resultando en un nuevo tipo sancionador individual para cada empresa, respecto del cual no se ha explicado, en modo alguno, la metodología de cálculo utilizada. Añade que según la Resolución, a la sanción resultante al aplicar el tipo sancionador individual sobre el volumen de negocios del año anterior de la Compañía se habría aplicado un ajuste de proporcionalidad únicamente a algunas de las empresas infractoras (entre las que no se incluye SEMI). Que dicho ajuste parece haberse aplicado sólo cuando la sanción resultante para una empresa excede un valor de referencia que, según la CNMC, sería el resultado de sumar al beneficio ilícito obtenido por cada empresa un factor incremental de disuasión pero que no se ha expuesto en la Resolución la fórmula o metodología aplicada para estimar dicho beneficio ilícito presuntamente obtenido por cada empresa, siendo imposible para SEMI conocer el valor de referencia por encima del cual parece haberse aplicado dicho ajuste de proporcionalidad, impidiéndole verificar si el beneficio ilícito aplicado, en su caso, resulta razonable atendiendo a la rentabilidad media del sector o, al menos, comprobar si los cálculos realizados son correctos.

Añade que la metodología seguida en el Cártel del Ferrocarril Convencional es muy similar a la del Cártel del AVE pero que, sin embargo, antes de aplicar el citado ajuste de proporcionalidad, la Resolución hace referencia a un ajuste adicional, aplicable únicamente a aquellas empresas que han sido sancionadas también por el Cártel del AVE, ofreciendo como única explicación que "consiste en una ponderación de la sanción en función del peso que la segunda infracción tiene respecto de la primera.

De staca que aun cuando tanto el PCH como en la PR, así como también en apartados previos de la Resolución, se había referido siempre en primer lugar al Cártel del Ferrocarril Convencional, opte sin embargo por alterar el orden en que cuantifica ambas sanciones en la Resolución de manera que este "ajuste adicional" se aplique al Cártel del Ferrocarril Convencional y no al Cártel del AVE, sin justificación alguna.

Di cho lo anterior denuncia que el Consejo de la CNMC ha calculado las sanciones considerando cifras erróneas de volumen de negocios, lo que conlleva la imposición de multas desproporcionadas. A estos efectos argumenta que la resolución sancionadora, para cuantificar el VNMA ha tomado en consideración la facturación total obtenida por las empresas investigadas en los mercados afectados durante los períodos de vigencia de los presuntos cárteles, lo cual ha producido un sobredimensionamiento del mercado afectado por la infracción que, necesariamente, conlleva la imposición de una sanción a todas luces desproporcionada en relación con el impacto que hubieran podido tener las presuntas prácticas y, por tanto, con el beneficio ilícito que, en su caso, podría haber llegado a obtener SEMI. Y expone que, de conformidad con precedentes anteriores de la CNMC y jurisprudencia relativa a la delimitación del mercado afectado, no debe confundirse el mercado afectado por una presunta infracción con el mercado relevante de producto y geográfico. En este sentido, recuerda que la propia CNMC con anterioridad ha considerado que "el concepto de mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva y que la propia CNMC en la PR acoge esta misma tesis al señalar que, a la hora de determinar la sanción, debe considerarse la efectiva adjudicación o implementación de los proyectos y licitaciones. Por ello entiende que no puede aceptarse el criterio considerado por la Resolución de que la existencia de una práctica apta para restringir, en su caso, la competencia en una licitación concreta (o en



un número limitado de licitaciones) haya podido afectar, en modo alguno, a la competencia en la totalidad de las licitaciones convocadas en los mercados en cuestión y que, en consecuencia, a la hora de calcular las sanciones a imponer a la Compañía, debería haberse tomado como base el importe resultante de la suma de las licitaciones adjudicadas que, presuntamente, habrían sido objeto del reparto anticompetitivo, en lugar de la totalidad del volumen de negocios obtenido por las empresas durante los años en que se desarrollaron las presuntas infracciones y que, por consiguiente, el VNMA de SEMI debería limitarse a los importes de las licitaciones en las que participó la Compañía y que la CNMC considera que habrían sido objeto de reparto anticompetitivo, es decir, aquellas licitaciones listadas en los Anexos I y II de la Resolución, por lo que ascendería a, como máximo, 15.485.915 euros (en vez de 42.961.128 euros) en relación con el Cártel del Ferrocarril Convencional y 103.291.244,89 euros (en vez de 155.096.939 euros) en cuanto al Cártel del AVE.

Añade que la metodología empleada por el Consejo no toma en consideración el carácter multiproducto y multigeográfico de SEMI y que las sanciones impuestas son notablemente excesivas en comparación con los beneficios de la compañía. A estos efectos expone que la CNMC no ha tomado en consideración ninguno de los siguientes factores:

- (i) El VNMA medio anual de SEMI en electrificación de líneas de ferrocarril convencional representa tan sólo el 1,75% de su volumen de negocios total en el año 2018289.
- (ii) El VNMA medio anual de SEMI en electrificación de líneas de AVE representa tan sólo el 10,7% de su volumen de negocios total en el año 2018290.
- (iii) Casi un 30% del volumen de negocios total de SEMI (45 millones de euros) se obtiene fuera de España, a través de establecimientos permanentes o consorcios, que tienen un CIF diferenciado del de SEMI, que ejecutan sus proyectos y tributan fuera de España, pero cuya producción a efectos exclusivamente contables queda integrada en la Cuenta de Resultados de la Compañía.

Así las cosas, concluye que atendiendo a las cifras de facturación y al periodo temporal considerado por la CNMC a la hora de calcular la sanción que impone a SEMI en relación con el Cártel del Ferrocarril Convencional (de 2003 a 2015 para considerar años enteros), el VNMA medio anual de SEMI asciende a 3.224.985,27 euros y en relación con el Cártel del AVE (de 2009 a 2015 para considerar años enteros), el VNMA medio anual de SEMI asciende a 19.778.816,65 euros.

Afirma que la unidad de Ferrocarriles de SEMI representa únicamente una parte relativamente pequeña del total de las actividades desarrolladas por la Compañía, en concreto un 11,66% de media en el periodo 2012-2016. Ello se debe a que SEMI solo utiliza un CIF para desarrollar múltiples actividades de sectores económicos muy diversos: líneas y subestaciones eléctricas, telecomunicaciones, ferrocarriles, energías renovables, proyectos especiales integrados y fabricación de estructuras.

Sostiene que el Consejo de la CNMC ha seguido distinto criterio en resoluciones en otros expedientes similares, en los que se ha tenido en cuenta, entre otros aspectos, la proporción que representa el volumen de negocios medio anual de la empresa en el mercado afectado durante la infracción en relación con su volumen de negocios total, sosteniendo ahora que el único ajuste que tiene cabida a la hora de cuantificar las sanciones es el límite de proporcionalidad, si bien se desconoce cómo se ha calculado.

Considera, además, que las multas impuestas a SEMI son injustas y que si se compara el VNMA de las empresas sancionadas con las multas impuestas se observa que a las empresas monoproducto (y monogeográficas) se les imponen sanciones notablemente inferiores, en especial en relación con el supuesto Cártel del AVE.

Insiste en el carácter desproporcionado de las multas impuestas a SEMI también resulta evidente si se comparan sus cuantías con el beneficio neto obtenido por esta empresa en los últimos ejercicios.

Para terminar afirma que las multas impuestas a SEMI son excesivas por considerarse presuntas prácticas supuestamente ilícitas cuya infracción habría, en todo caso, prescrito y que, atendiendo a lo expuesto, las cuantías de las multas impuestas a SEMI debería recalcularse ajustando el VNMA a las licitaciones que, según la propia Resolución, habrían resultado afectadas por las presuntas prácticas imputadas a SEMI. Esto supone una reducción del VNMA aplicable en relación con el Cártel del Ferrocarril Convencional del 64% y del 89% en cuanto al Cártel del AVE y que además, se debería reducir el VNMA en consonancia con las conductas prescritas, lo que supondría una reducción del 92% del VNMA aplicable en relación con el Cártel del Ferrocarril Convencional y del 97% en cuanto al Cártel del AVE y que, adicionalmente, sería necesario ajustar la cuantía de las multas impuestas a SEMI para tomar en consideración su carácter multiproducto y multigeográfico, no debiendo representar las sanciones impuestas más del 3% del VNMA de la Compañía en cada caso.



Pu es bien, para dar respuesta a las cuestiones planteadas por la recurrente, debemos poner de manifiesto que la Resolución sancionadora recoge que , de acuerdo con lo dispuesto el apartado c) del artículo 63.1 de la LDC, las infracciones muy graves, como las ahora examinadas, podrán ser castigadas con multa de hasta 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa y que, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013), dicho porcentaje ha de aplicarse sobre el volumen total de negocio de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción, debiendo graduarse las multas conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC y atendiendo a su finalidad disuasoria y al principio de proporcionalidad.

A continuación procede a examinar, de manera individualizada para cada una de las tres infracciones sancionadas, los criterios del artículo 64 de la LDC, a cuyo tenor el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: 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 concurren en relación con cada una de las empresas responsables y, teniendo en cuenta que se valoran y se sancionan tres infracciones únicas y continuadas, considera conveniente analizar, en primer lugar, los criterios sancionadores aplicables a las empresas del cártel de reparto de contratos en el mercado de electrificación de líneas de alta velocidad con la finalidad de asegurar simultáneamente los principios de disuasión y proporcionalidad de las sanciones cuando hay varias infracciones en el mismo expediente, lo que requiere empezar por la infracción cuya dimensión -en términos de la facturación total en el mercado afectado durante la conducta- es mayor, lo que permitirá valorar posteriormente el nivel de sanciones necesario en el resto de las infracciones para alcanzar simultáneamente la necesaria disuasión y proporcionalidad.

As í las cosas, respecto del cártel para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, se recoge que se trata de una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en la adopción de acuerdos para el reparto de contratos públicos para la fabricación, suministro, instalación, mantenimiento y reparación de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, licitados principalmente por ADIF , que se ha llevado a cabo en el mercado de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad en España; que el ámbito geográfico en que se han desarrollado las conductas (art. 64.1.c) es el mercado nacional, con afectación al comercio intracomunitario. Que, aunque no se dispone de datos fidedignos sobre cuotas individuales del mercado relevante, la información que obra en el expediente permite concluir 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 este mercado, 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. 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. Añade que las licitaciones afectadas por el cártel fueron licitaciones convocadas por operadores públicos, por lo que se han 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, y, teniendo en cuenta estos criterios, efectúa una valoración general de la infracción de cara a su sanción que se traduce en un tipo sancionador general del 6,0%.

Po r lo que se refiere a SEMI, la duración de su conducta abarcar se fija desde abril de 2008 a marzo de 2016; el volumen de negocio en el mercado afectado (VNMA) se cifra en 155.096.939 y su participación en el VNMA total de la infracción en un 16%. No aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes y atendiendo a que su volumen de negocios total (VNT) en 2018, fue de 184.786.659, fija un tipo sancionador del 6,6%.

A continuación, se explica que para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario llevar a cabo una estimación del beneficio ilícito que cada entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes, y aplicarle un factor incremental de disuasión y que esta estimación se utiliza como valor de referencia, por encima del cual se considera que la multa podría resultar desproporcionada.



Esta estimación del beneficio ilícito que cada entidad infractora podría haber obtenido de la conducta atendiendo a diversos parámetros económicos, como el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad precio de la demanda en el mercado relevante, a partir de datos de las propias empresas infractoras o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como la de los ratios sectoriales de empresas no financieras del Banco de España y que para el caso de SEMI y otras empresas, participantes en esta infracción, el valor de referencia estimado es sustancialmente superior a las sanciones en euros que les corresponden como resultado de aplicar el tipo sancionador determinado para cada una a sus respectivos volúmenes de negocios totales en 2018. Por tanto, puede descartarse que sean desproporcionadas en relación con la efectiva dimensión de la conducta y no requieren de ningún ajuste, imponiéndose a SEMI una multa de 12.195.919.

Por lo que se refiere al cartel para el reparto de contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional, se recoge que se trata de una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en la adopción de acuerdos para el reparto de contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas ferroviarias de tren convencional, que se ha llevado a cabo en el mercado de mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de tren convencional en España; que el ámbito geográfico en que se han desarrollado las conductas (art. 64.1.c) es el mercado nacional, con afectación al comercio intracomunitario. Que, aunque no se dispone de datos fidedignos sobre cuotas individuales del mercado relevante, la información que obra en el expediente permite concluir 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) y que la conducta ha tenido lugar desde mayo de 2002 hasta noviembre de 2016 (art. 64.1.d), independientemente de la concreta participación de cada empresa. Que gran parte de los acuerdos 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. Que, en este mercado, los acuerdos entre las empresas se llevaron a la práctica con un seguimiento continuo que se realizaba tanto en las reuniones presenciales de la "mesa" como a través de la elaboración de tablas de reparto que se intercambiaban las empresas (art. 64.2.c), habiéndose adoptado acuerdos en relación con, al menos, 239 licitaciones, de las que 173 resultaron finalmente adjudicadas y ganadas por empresas del cártel, con un importe total repartido entre las empresas de 134.892.642 euros. Que las licitaciones afectadas por el cártel fueron licitaciones convocadas por operadores públicos, por lo que se han 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 y, teniendo en cuenta estos criterios, efectúa una valoración general de la infracción de cara a su sanción que se traduce en un tipo sancionador general del 6,0%.

Por lo que atañe a SEMI la duración de su conducta se fija desde mayo de 2002 a noviembre de 2016; el volumen de negocio en el mercado afectado (VNMA) se cifra en 42.961.128 y su participación en el VNMA total de la infracción en un 11,6, %. No aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes y atendiendo a que su volumen de negocios total (VNT) en 2018, fue de 184.786.659, fija un tipo sancionador del 6,4%.

A continuación, de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de que "la posibilidad de un doble procedimiento diera lugar a una acumulación de sanciones, una exigencia general de equidad, que se encuentra por lo demás recogida al final del párrafo segundo del artículo 90 del Tratado CECA, requeriría que se tuviera en cuenta cualquier decisión sancionadora anterior al determinar la sanción que en su caso se impusiera" así como de la Comisión Europea en su Decisión de 17 de diciembre de 2002, en el Asunto COMP/37667- Specialty Graphite499, que afirmó que procedía una reducción en una multa posterior debido a que el efecto disuasorio se garantizaba ya con la primera multa, con el fin de garantizar el máximo respeto al principio de proporcionalidad, resuelve la resolución sancionadora que la finalidad disuasoria de las sanciones adicionales correspondientes a las infracciones de menor alcance debe ser modulada y que, en consecuencia, se aplica un ajuste a las sanciones que les corresponderían si se considerara esta infracción de forma aislada, a las empresas participantes en la infracción que ya han sido sancionadas por la primera (COBRA, CYMI, ELEC NOR, ELECTREN, INABENSA, SEMI, SIEMENS, EYM y ALSTOM) y precisa que este consiste en una ponderación de la sanción en función del peso que la segunda infracción tiene respecto de la primera.

Y añade que, no obstante, las sanciones en euros que corresponde imponer aplicando el tipo sancionador total al volumen de negocios total de la empresa en 2018, y aun después de haber aplicado, en su caso, la ponderación explicada a las entidades que ya habían sido sancionadas en la primera infracción de este expediente, para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito



que cada entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes, y aplicarle un factor incremental de disuasión. Que esta estimación se utiliza como valor de referencia, por encima del cual se considera la multa podría resultar desproporcionada pero que respecto de SEMI y otras empresas participantes en esta infracción, el valor de referencia estimado es sustancialmente superior a las sanciones en euros que les corresponden, por lo que puede descartarse que las multas que corresponde imponer a estas otras empresas sean desproporcionadas en relación con la efectiva dimensión de la conducta, por lo que no requieren de ningún ajuste, imponiéndose a SEMI una sanción de 4.250.093 euros,

VIGESIMOPRIMERO. - Con carácter previo a examinar la conformidad a derecho de las sanciones impuestas a SEMI ha de advertirse que este motivo de impugnación, en lo que se refiere al cartel de ferrocarril convencional y en cuanto a la cuantificación de la multa impuesta, tropieza con el hecho de que, conforme a lo razonado antes, el período anterior al 20 de julio de 2012 ha de considerarse prescrito.

De este modo, dicho pronunciamiento afecta a todos los criterios de cuantificación aplicados en relación con el período de duración inicial atribuido al cártel - desde 2002 a 2016.-teniendo en cuenta que la intensidad de la conducta infractora puede no haber sido homogénea a lo largo de toda la vida del cártel, ignorándose la que pudiera corresponder al período descontado. Tanto el volumen de negocios, como el beneficio ilícito, como los efectos en el mercado son conceptos que se ven afectados por la reducción temporal y no necesariamente de un modo lineal.

Co rresponde, por tanto, a la CNMC, en caso de dictar nueva resolución valorar estas circunstancias para adecuar la sanción que correspondería a SEMI en este Cartel y valorar la intensidad antijurídica por el período subsistente y aplicar los criterios de cuantificación que considere oportunos, ajustados en todo caso a la conducta correspondiente a dicho período, que comprende desde el 12 de julio de 2012 hasta 2016.

Po r lo que se refiere a los cárteles del AVE, recordemos que, como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, "La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

Y es que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181).

Po r tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la demandante.

Co mo hemos recogido, aduce la recurrente que la DC debería haber utilizado el VNMA es el correspondiente al importe adjudicado a cada una de las licitaciones afectadas por el cártel y no el del mercado afectado en su totalidad. Sin embargo, la consideración del volumen de negocio de cada empresa en el mercado afectado por las conductas reprochadas como indicador de su cuota de participación en la infracción se ajusta a los criterios interpretativos que, sobre esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, criterios que resume la resolución recurrida de cuyo texto podemos destacar lo siguiente:

- "En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al "volumen de negocios total de la empresa infractora



en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa", concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, "lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen (...). Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constrañe".

A lo dicho cabe añadir que, como se pone de manifiesto en la resolución sancionadora, la decisión de la DC de tomar el VNMA total sin limitarse a las licitaciones concretas es razonable porque el mercado afectado por la infracción no puede limitarse a las ventas relacionadas exclusivamente con las licitaciones objeto de los acuerdos anticompetitivos, ya que los efectos de estas conductas producen una distorsión general de los precios no solo en las licitaciones directamente afectadas, sino en los tres mercados afectados en su totalidad, alejándolos de los que hubieran estado vigentes en el mercado en ausencia de la infracción y sirviendo, además, de referencia para licitaciones futuras.

Respecto del beneficio ilícito potencial como límite de proporcionalidad, como ya hemos consignado, la resolución ha indicado que viene referido a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante, lo que a juicio de la Sala resulta suficiente en la medida en que se trata de una estimación y no de una determinación o "cálculo", ya que supone la necesidad de contemplar escenarios alternativos que no se han dado en la realidad, por lo que las autoridades de competencia deben contar con cierto margen de discrecionalidad al estimar el beneficio ilícito.

Por lo que se refiere a las consideraciones sobre las empresas multiproducto, explica la resolución recurrida que en ningún caso la DC o la Sala de Competencia deciden qué empresas son multiproducto y qué empresas no, para a continuación realizar un ajuste de proporcionalidad a las que considere incluidas en el primer grupo y que por tanto, no pueden ser aceptadas las alegaciones de algunas empresas que piden ser consideradas como empresas multiproducto, ya que, para tales empresas, como para todas, se ha realizado una estimación del límite de proporcionalidad que determina si la sanción que les correspondería recibir podría ser o no desproporcionada. Si en algunos casos la DC no ajustó sus sanciones a la baja es porque las sanciones en euros resultantes de los tipos sancionadores determinados para ellas son inferiores a sus respectivos límites de proporcionalidad y, por tanto, tales sanciones no corren el riesgo de resultar desproporcionadas.

A lo dicho debemos añadir que si se ha justificado que se haya comenzado por cuantificar la sanción correspondiente al Cartel para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, al señalar, como ya hemos consignado que: "teniendo en cuenta que se valoran y se sancionan tres infracciones únicas y continuadas, considera conveniente analizar, en primer lugar, los criterios sancionadores aplicables a las empresas del cártel de reparto de contratos en el mercado de electrificación de líneas de alta velocidad con la finalidad de asegurar simultáneamente los principios de disuasión y proporcionalidad de las sanciones cuando hay varias infracciones en el mismo expediente, lo que requiere empezar por la infracción cuya dimensión -en términos de la facturación total en el mercado afectado durante la conducta- es mayor, lo que permitirá valorar posteriormente el nivel de sanciones necesario en el resto de las infracciones para alcanzar simultáneamente la necesaria disuasión y proporcionalidad".

Y para terminar y por lo que se refiere a las alegaciones relativas a la prescripción, nos remitimos a lo ya resuelto en esta Sentencia.

VI GESIMOSEGUNDO Lo dicho en los anteriores fundamentos nos lleva a la parcial estimación del presente recurso en cuanto debemos anular el acuerdo sancionador en lo que se refiere a la infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE 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 por el periodo comprendido desde 2002 a 20 de julio de 2012, sin que la Sala albergue dudas sobre la antijuridicidad y punibilidad de las conductas probadas en el periodo comprendido entre octubre de julio de 2012 y noviembre de 2016, con las consecuencias punitivas en que un caso proceda. El resto de las pretensiones deben ser desestimadas.

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

VI STOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



Es timar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez , en nombre y representación de la entidad **SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. ("SEMI")**, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada el día 14 de marzo de 2019, en el Expediente número NUM000 , ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÑICAS FERROVIARIAS, por la que se declara responsable a SEMI de participar en dos presuntas infracciones únicas y continuadas del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE"), constitutivas de dos cárteles en el sector de electrificación ferroviaria en España en relación con líneas de tren convencional y líneas de alta velocidad que anulamos por no ser ajustado a derecho en los términos expresados en el fundamento vigésimo segundo de esta sentencia, sin expreso pronunciamiento en costas.

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 firma.

FONDO DOCUMENTAL CEN