



Roj: **SAN 2255/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2255**

Id Cendoj: **28079230062024100253**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/04/2024**

Nº de Recurso: **936/2019**

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: 0000936 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 6934/2019

Demandante: EYM Instalaciones, S.A. ("EYM")

Procurador: D. GERMÁN MARINA GRIMAU

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

SENTENCIA Nº :

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

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticuatro de abril de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **936/2019**, promovido por el Procurador D. Germán Marina Grimau, en nombre y representación de la entidad **EYM Instalaciones, S.A. ("EYM")** 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, respectivamente. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Se



ha personado como codemandada ALMSTON TRANSPORTE SAU, representada por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y ADIF ALTA VELOCIDAD, representada por la procuradora Doña Sharon Rodríguez de Castro Rincón.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

i) Anule la Resolución de 14 de marzo de 2019 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se declara a EyM, y solidariamente a OHL, responsable de dos infracciones constitutivas de un cártel en el mercado la electrificación de tren convencional y de alta velocidad y, en consecuencia, anule la sanción impuesta.

ii) Condene a la demandada a pagar las costas del presente procedimiento.

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.

La representación procesal Alstom ha presentado escrito de contestación a la demanda interesando que una eventual estimación o desestimación, aun parcial, de la demanda en nada debe afectar a la condición de clemente de GC y a la consiguiente exención del pago de la sanción. Por su parte, la representación procesal de ADIF interesa la desestimación de la demanda y la confirmación de la resolución recurrida.

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 21 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 era del siguiente tenor literal:

"Primero. Declarar acreditadas las siguientes infracciones muy graves de los artículos 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE .

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

- 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
- ELECNOR, 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
- ELECNOR, 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
- ELECNOR, 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:

"10. EYM INSTALACIONES, S.A. y OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. (OHL) EYM INSTALACIONES, S.A. (EYM), con domicilio en Madrid, desarrolla proyectos de líneas aéreas de contacto para alta velocidad, tipo CR-220, tipo CR-160, catenaria rígida y catenaria tranviaria y ha participado en los principales proyectos de alta velocidad ejecutados en España, desde la línea de alta velocidad Madrid- Sevilla hasta el último corredor construido Orense-Santiago-Coruña. EYM también cuenta con un departamento dedicado al diseño, obra civil, montaje, pruebas, puesta en servicio y mantenimiento de subestaciones eléctricas, estando especializada en subestaciones de tracción para el suministro de energía eléctrica a líneas ferroviarias¹⁷.

La citada empresa ha tenido distintas denominaciones (CONSTRUCCIONES GUINOVART, S.A., ELECTRIFICACIONES Y MONTAJES GUINOVART, S.A., ELECTRIFICACIONES Y MONTAJES INTEGRALES OHL, S.A. y desde el 22 de octubre de 2010 tiene su denominación actual de EYM INSTALACIONES, S.A.)".

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) nº. 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) Nº 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 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 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. 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, y 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. Que 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 Pública, 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.

Recoge 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, 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.



iii) 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, ELECNOR, COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS en relación con acuerdos entre empresas en los mercados aquí 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, 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.

Pues 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.

Las 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,



-En 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):

EYM

Ha participado en este cártel desde octubre de 2013 hasta septiembre de 2014.

Los primeros hechos en los que aparece esta empresa se refieren al reparto en 2013 del contrato servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de la línea aérea de contacto y de las subestaciones en el ámbito de las líneas electrificadas de la red convencional (Expte. NUM001) (6 lotes) (hechos 26, 27, 30, 37, 38 y Anexo I). En el año 2014 también aparece en acuerdos para el reparto del contrato mantenimiento de las subestaciones y catenaria de las líneas de ferrocarril convencional (Expte. NUM002) (7 lotes) (hechos 40, 43, 44, 45 y 49 y 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).

Consta su participación en el cártel desde mayo de 2010 hasta abril de 2014. EYM se incorporó al cártel a través de los denominados acuerdos MICRO- MACRO, en los que las empresas decidieron repartirse varias licitaciones en el año 2010 (hechos 89 a 113 y Anexo II). En el año 2013 la citada empresa participó en el reparto de varios contratos relativos a este mercado (hechos 115 a 146 y Anexo II). En abril de 2014 la citada empresa dejó de participar en el cártel (hecho 150).

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

1- La vulneración del derecho a la presunción de inocencia; la falta de acreditación de la participación de EYM en la infracción y existencia de una explicación alternativa razonable.

2- La resolución incurre en un error de derecho al calificar las conductas de infracción única y continuada

3- Cualquier actuación de EYM que hubiera tenido lugar en una fecha anterior al 31 de mayo de 2013 debe ser declarada prescrita, al haber transcurrido más de cuatro años antes desde la fecha de incoación del expediente

4- La resolución incurre en errores manifiestos a la hora de calcular las multas y la prohibición de contratar.

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 Elecenor fueron inspecciones exploratorias y no tienen cabida bajo la doctrina del hallazgo casual.

Argumenta la representación procesal de la recurrente 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, 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 denuncia 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 Folio 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 Folio 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, que presentó tras ser inspeccionada y tras haber tenido al Expediente; y cualesquiera otras pruebas, actuaciones o declaraciones que no tengan relación alguna con el proyecto Folio Line, debieran declararse nulas, con las consecuencias que de ello se deriven.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación conviene recoger los siguientes antecedentes que se recogen 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 Folio 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; ELECENOR; ELECTRÉN y su matriz ACS, EYM y su matriz OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. (OHL), GRUPO ISOLUX CORSAN, S.A., INABENSA y su matriz ABENGOA, S.A., INDRA, SEMI y su matriz ACS, NEOPUL y su matriz SACYR, S.A., SIEMENS y su matriz SIEMENS, A.G., y TELICE y su matriz FUENTEBLANDOR HOLDING, S.L. (folios 16954 a 17092).

6.- Las ordenes de investigación utilizadas en las inspecciones en ALSTOM y en ELECENOR, fechadas el 30 de junio de 2016, fueron del siguiente tenor literal:"

"Esta 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.

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.- Co mo ya hemos recogido, la parte recurrente denuncia 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, 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).

Por 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.

Por 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)".*

Pues 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."*

Incluso 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.

Concluimos, 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 las 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 de las recurrentes al especificar, en esta fase preliminar de investigación 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.

Por ello 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) "



Así las cosas, 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.- Si guiendo con el examen de los motivos de impugnación, denuncia la recurrente la vulneración de los derechos de defensa de EyM 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 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.

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, que se ha cumplido. Cuestión distinta es que la resolución sancionadora no haya asumido las alegaciones formuladas por EyM.

SÉPTIMO.- Re chazadas las alegaciones formales invocadas por la recurrente debemos analizar si, como 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.

Pues bien, se aduce en la demanda que la CNMC ha basado gran parte de su imputación 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 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, vulnerando con ello el principio de contradicción, que deriva del artículo 24 CE y el artículo 75.4 de la LPACAP. Este.

Añade que, además, la CNMC ha infringido 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 ELECNOR de las que se derivó el resto del procedimiento.

Y concluye que lo expuesto le ha ocasionado indefensión material a la recurrente 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.

El motivo ha de ser desestimado. 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 inculcados 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.- Re cordemos 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 Partecipazioni (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 Partecipazioni, 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"*.

Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, decíamos: *"(..) es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998/7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999/274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados -cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan"*.

Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que *"est as 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 concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda"*.

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

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

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

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

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que



aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia *Dresdner Bank* y otros/ Comisión apartado 44 *supra*, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], *Aalborg Portland* y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)".

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 probatorio 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 ELECTRÉN 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 adjudicado295 (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. NUM003

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

(...)"

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 la aquí recurrente, señala la resolución recurrida lo siguiente:

" Ha participado en este cártel desde octubre de 2013 hasta septiembre de 2014.

Los primeros hechos en los que aparece esta empresa se refieren al reparto en 2013 del contrato servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de la línea aérea de contacto y de las subestaciones en el ámbito de las líneas electrificadas de la red convencional (Expte. NUM001) (6 lotes) (hechos 26, 27, 30, 37, 38 y Anexo I). En el año 2014 también aparece en acuerdos para el reparto del contrato mantenimiento de las subestaciones y catenaria de las líneas de ferrocarril convencional (Expte. NUM002) (7 lotes) (hechos 40, 43, 44, 45 y 49 y 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, ELECNOR, 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 2010a 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 2010304, reunión de 14de octubre de 20103, reunión de 15 de octubre de 2010306, reunión de 22 de octubre de 2010307, reunión de 29 de octubre de 2010308, reunión de 16 de noviembre de 2010309, reunión de 18 de noviembre de 2010310, reunión de 28 de marzo de 2011311, reunión de 6 de abril de 2011312, reunión de 14 de abril de 2011313, reunión de 3 de octubre de 2011314, reunión de 14 de octubre de 2011315, reunión de 12 de junio de 2012316, reunión septiembre/octubre de 2013317, reunión de 2 diciembre de 2013318, reunión de 25 de junio de 2014319, reunión de 30 de marzo de 2015320.

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, ELECNOR, ELECTRÉN 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 UTEcuya 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 "

Por lo que se refiere en concreto a EYMC, afirma que consta su participación en el cártel desde mayo de 2010 hasta abril de 2014. EYM se incorporó al cártel a través de los denominados acuerdos MICRO- MACRO, en los que las empresas decidieron repartirse varias licitaciones en el año 2010 (hechos 89 a 113 y Anexo II). En el año 2013 la citada empresa participó en el reparto de varios contratos relativos a este mercado (hechos 115 a 146 y Anexo II). En abril de 2014 la citada empresa dejó de participar en el cártel (hecho 150).

DÉCIMOTERCERO. -Pues bien, en el caso examinado la CNMC concluye 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 concurrencia 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 composiciones 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.

Frente a ello, aduce la recurrente que las conductas descritas en el acuerdo sancionador no constituyen una infracción única y continuada calificada como cártel. Que no se acredita la existencia de un supuesto objetivo común, ni de coordenadas espacio-temporales próximas. Tampoco una identidad de sujetos activos durante todos los años investigados.

Añade que cualquier actuación de EyM de las descritas en la resolución sancionadora y que hubiera tenido lugar en una fecha anterior al 31 de mayo de 2013 debe ser declarada prescrita, al haber transcurrido más de cuatro años antes desde la fecha de incoación del expediente (31 de mayo de 2017).

DÉCIMOCUARTO.- Llegados a este punto, examináramos los hechos en los que la resolución recurrida fundamenta la participación de EYM en las infracciones por las que ha sido sancionada, comenzando por la relativa al cuartel de tren convencional.

Pues bien, en los hechos 26 y 27 se recoge que en el año 2013 ADIF decidió agrupar las diversas licitaciones para el mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencionales en una única licitación, convocada el 3 de octubre de 2013: servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de la línea aérea de contacto y de las subestaciones en el ámbito de las líneas electrificadas de la red convencional (6 lotes) (Expte. NUM001). Que pese a la agrupación de las licitaciones en una única, en este contrato se siguen diferenciando 6 zonas geográficas (1 Norte, 2 Noroeste, 3 Este, 4 Madrid y Centro, 5 Levante y 6 Sur). Que esta licitación también fue objeto de reparto por COBRA, CYMI, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI, SIEMENS, VIMAC, ALSTOM y EYM que coordinaron las ofertas económicas a presentar para dicha licitación (información aportada por ALSTOM en su solicitud de exención (folios 722, 12758 y 127789)).

En el hecho 30 se añade que en esta propuesta de reparto de los 6 lotes de la licitación de ADIF en 6 zonas (1 Norte, 2 Noroeste, 3 Este, 4 Madrid y Centro, 5 Levante y 6 Sur del territorio nacional), por un importe de licitación de 6.119.520,35 euros, además de ELECTRÉN, ALSTOM, CYMI, COBRA y SEMI-, constan también en el reparto ELEC NOR, SIEMENS, INABENSA, ISOLUX y EYM, previéndose bajas del 5% -ya que los acuerdos prevén que la empresa o UTE que resultara ganadora debía presentar una oferta con una baja cercana al 5%, mientras que el resto de empresas del acuerdo presentarían ofertas de cobertura en torno al 1% (información aportada por SIEMENS en su solicitud de reducción del importe de la multa (folio 26480 a 26514)), como expresamente se detallada en el cuadro contenido en el folio 11911 del expediente en el se consignan las ofertas de mantenimiento de catenarias para ADIF, se describen las obras, se cifra el importe de la licitación, el posible reparto, el tanto% de baja al concurso, el reparto económico y el reparto total por empresa con dos propuestas y entre las que se incluye a EYM. .

Recoge también la resolución sancionadora que, en relación con este mismo contrato, con fecha 8 de enero de 2014, tuvo lugar una reunión en el Hotel Meliá Castilla de Madrid en la que participaron directivos de ALSTOM, COBRA, ELEC NOR, ELECTREN, INABENSA, SEMI, SIEMENS, EYM y TELICE, en la que se fijaron las bajas y las ofertas económicas que cada una de estas empresas debía presentar al contrato de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de la línea aérea de contacto y de las subestaciones en el ámbito de las líneas electrificadas de la red convencional (6 lotes) y en la que las empresas habrían fijado el importe de las bajas de las ofertas ganadoras, así como las bajas de las ofertas no ganadoras, bastante homogéneas entre sí. Que el sistema consistía en acordar una baja ganadora cercana al 5%, mientras que el resto de empresas harían ofertas de cobertura en torno al 1%, habiendo confirmado ADIF sobre el resultado de dicha licitación que corrobora la ejecución del acuerdo (escrito de ADIF de 26 de mayo de 2017 en contestación al requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia (folios 15851 a 16038). Que para el lote 2 de la zona Noroeste, SIEMENS se presentó en UTE junto con EYM e INABENSA, con una baja del 4,11% (información aportada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 733 a 734) y por Siemens en su solicitud de reducción del importe de la multa (folio 26508)) y que una vez abiertas las ofertas, ALSTOM elaboró un cuadro interno con las presentadas para cada uno de los 6 lotes señalándose el puesto que ocuparía finalmente cada una de las empresas del acuerdo respecto de dichos lotes en el que se reflejan las ofertas de



cobertura que presentan COBRA y la UTE EYM, INABENSA y SIEMENS con bajas de apenas 1,20% y 1,50% (folio 732 a 737 expte).

Se añade que 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. NUM002), que igualmente fue objeto de reparto por ALSTOM, COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, EYM, INABENSA, SEMI, SIEMENS y TELICE con el mismo modus operandi (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)). Que el reparto de dicha licitación, al igual que ocurrió con la licitación anterior de 2013, se cerró en una reunión en septiembre de 2014 en el Hotel Meliá Castilla de Madrid, siguiendo la misma operativa.

Recoge el Acuerdo sancionador que el 18 de septiembre de 2014 a través de un correo electrónico, EYM remitió a SIEMENS el modelo de acuerdo interno que ya tenía consensuado con INABENSA (folios 21358 a 21365), recabado en la inspección de SIEMENS). Que el 25 de septiembre de 2014, el Responsable de Ventas en el Área de Mantenimiento Ferroviario de SIEMENS envió por correo electrónico a EYM e INABENSA los Acuerdos de UTE. Que para el lote 2 se presentaría la UTE de EYM, INABENSA, SIEMENS y TELICE y para los lotes 4 y 6 la UTE de EYM, INABENSA y SIEMENS (Correo electrónico de SIEMENS a EYM, INABENSA y SIEMENS (folios 21471 a 21485)). Que las citadas empresas efectivamente presentaron su oferta en UTE para dichos lotes y que el resto de las empresas del acuerdo presentaron ofertas individuales con bajas inferiores al 1% del presupuesto de licitación y que así se corroboró por ADIF en la información aportada por ADIF en contestación a los requerimientos de información realizados por la Dirección de Competencia (folios 16370 a 16519 expte). Que en relación con el lote 2, se presentó en Ute con SIEMENS, INABENSA y Telice con una baja del 4%. EYM, INABENSA y TELICE (presentando una oferta con una baja del 4%) mientras que otras empresas del acuerdo presentaron ofertas de cobertura, como las de COBRA (con una baja del 0,6%) y ELEC NOR (con una baja del 0,5%), que hizo, en la práctica, que la oferta presentada por NEOPUL (con baja del 14%) fuese considerada temeraria, aunque ADIF finalmente consideró justificada dicha baja y adjudicó este lote a NEOPUL (información aportada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 739 a 743) y por SIEMENS en su solicitud de reducción del importe de la multa (folios 26480 a 26514 y 26556)).

DÉCIMOQUINTO.- En relación con los hechos expuestos, la recurrente cuestiona el contenido incriminatorio de las declaraciones de los clementes. Sostiene que el hecho de participar en licitaciones en Ute no es anticompetitivo y que tampoco lo es el intercambio de correos electrónicos entre las empresas que integran una Ute al objeto de remitirse un borrador de acuerdo. Cuestiona también el valor probatorio de las declaraciones de los elementos respecto de su asistencia a la reunión celebrada en enero de 2014 en el Hotel Meliá de Meliá, que, a su juicio no resulta concluyente. Y añade que los cuadros a que hace referencia la resolución sancionadora son documentos elaborados por terceros ajenos a EYM y, por tanto, sin valor inculpatario para ésta en los acuerdos de reparto.

Dicho o anterior y entrando en la valoración de la prueba, como ya hemos expuesto, las declaraciones de los solicitantes de clemencia no pueden, por este solo hecho, constituir pruebas de cargo, salvo que la coherencia y verosimilitud de relato sea lo suficientemente convincente a los ojos del Tribunal, ni tampoco carecen de valor probatorio alguno, pues, en principio, deben considerarse fiables, especialmente si van acompañadas de indicios concordantes o de elementos de pruebas adicionales.

Pues bien, por lo que ahora interesa, es cierto que la mayor parte de los hechos en los que se fundamenta la participación de la recurrente en cartel del tren convencional provienen de las declaraciones de los clementes. Sin embargo, a juicio de esta Sala, esas declaraciones están avaladas por otras pruebas e indicios también recogidos en el acuerdo sancionador.

Así las cosas, consta acreditado que la recurrente participo en la licitación convocada el 3 de octubre de 2013 en Utes con otras empresas. Es cierto que el simple hecho de concurrir en Ute a una licitación no es en si mismo anticompetitivo. Sin embargo, como ya hemos anticipado, existen otras pruebas que avalan las declaraciones de los clementes. Así, los datos contenidos en el cuadro obrante al folio 11.911 del expediente administrativo corroboran la participación de EYM en acuerdos de reparto con otras empresas en los términos referidos por las clementes.

Por lo que se refiere a la reunión celebrada en el Hotel Meliá en enero de 2014 y a los acuerdos en ella adoptados, las declaraciones de los clementes resultan corroboradas por el cuadro interno elaborado por ALSTOM que obra a los folios 732 a 737 del expediente que acredita que la participación de EYM en los tres lotes de la licitación de 2013 se ajustó a la dinámica y el modus operandi que, según los clementes adoptaron las empresas y entre ellas EYM en la reunión celebrada en el Hotel Meliá de Madrid.

A lo dicho cabe añadir que ADIF, en contestación al requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia sobre el resultado de dicha licitación corroboró la ejecución del acuerdo (folios 15851 a 16038).



Por lo que se refiere al año 2014, también las declaraciones de los clementes resultan avaladas por otros medios de prueba y, en concreto por la contestación de ADIF al requerimiento de información realizado por la Dirección de Competencia sobre el resultado de dicha licitación que corroboró la ejecución de los acuerdos conforme a las declaraciones de los clementes.

DÉCIMOSEXTO.- 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 se limita el acuerdo sancionador a manifestar que EYM se incorporó al cártel a través de los denominados acuerdos MICRO- MACRO, en los que las empresas decidieron repartirse varias licitaciones en el año 2010. Y añade que en el año 2013 la citada empresa participó en el reparto de varios contratos relativos a este mercado. Para avalar estas afirmaciones remite en bloque, respecto del 2010, a 24 hechos consignados en la resolución y respecto de 2013 a 31 hechos del Acuerdo sancionador, sin efectuar valoración alguna ni argumentar su contenido incriminatorio. Ni siquiera acota que concretos hechos de los indicados hace alusión a EYM.

Dicho lo anterior, en apretada síntesis, la participación de EYM en este cartel se fundamenta en la afirmación de que en el año 2010, EYM y otras empresas se incorporaron al acuerdo de reparto alcanzado en 2008 por COBRA, ELECTRÉN, SEMI y ELEC NOR, las empresas SIEMENS, INABENSA, CYMI, VIMAC, EYM, CITRACC (entonces BALFOUR), ISOLUX, DENEQ (antes GAVISIA), ALSTOM, EMTE (actual COMSA), IBERINCO y NEOPUL, con la participación de COSEMEL y que estas 16 empresas 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: NUM004, convocada el 23 de diciembre de 2009 y adjudicada a el 28 de mayo de 2010 a ALMSTOM, CYMI y ELECTREN, presentado las ofertas más altas ELEC NOR, y las UTEs GUINOVART-EYM; CITRACC (entonces BALFOUR)-TELICE, COBRA-SEMI, IBERINCO.ISOLUX-EMTE (actual COMSA), INABENSA- SIEMES y VIMAC-FCC BDANEQ (antes Gavisia)

· 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, también convocada el 23 de diciembre de 2009 y adjudicada el 28 de mayo de 2010 a la UTE COBALSE, formada por COBRA, CITRACC (entonces BALFOUR) y SEMI, presentando ofertas más altas ELEC NOR y las UTEs formadas por EMTE, ISOLUX Y NEOPUL, SIEMENS-EYM-INABENSA; ELECTREM-ALMSTON Y VIMAC-CYMI Y DENEQ(antes GAVISIA), así como la UTE formada por COVALVI y AMS, ajenas a los acuerdos.

· "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: NUM005), convocada el 5 de enero de 2010 y adjudicada el 26 de octubre de 2010. A esta licitación presentaron ofertas más altas las UTEs 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). Esta licitación fue finalmente rescindido por ADIF. al producirse una suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración.

Continúa exponiéndose en la resolución 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 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 y que 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")"(Información aportada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 12748 a 12796).

Respecto del año 2013, refiere el Acuerdo sancionador que las empresas ALSTOM, CITRACC, COBRA, EMTE (actualmente COMSA), CYMI, ELEC NOR, ELECTRÉN, EYM (denominada como su matriz, OHL), INABENSA, ISOLUX, NEOPUL, SEMI y SIEMENS, continuando los acuerdos de reparto de las licitaciones de los sistemas de electrificación de las líneas de alta velocidad -en la que ya no participan VIMAC, DENEQ (antes GAVISIA) e

IBERINCO-, 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.: NUM006), directivos de ALSTOM, ELECTRÉN, ELECNOR, EYM, COBRA, SEMI, INABENSA y SIEMENS acordaron respetar la cuota de mercado histórica que estas empresas habían venido disfrutando. Que para ello calcularon y actualizaron de forma aproximada la cuota que correspondía a cada una de estas empresas (Información aportada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 12757, 12773 y 12774) y por SIEMENS en su solicitud de reducción del importe de la multa (folios 26594 y 26595).

Se remite la Resolución recurrida al fichero elaborado por Siemens con el propósito de confeccionar la foto 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, integrado por un 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 cita a EYM y al correo electrónico interno de Siemens de 4 de septiembre de 2013 en el que se hace constar lo siguiente:

" Te adjunto los datos del mercado de electrificación de LAV.

En el PDF está el resumen.

En el Motilla está considerado el reparto de la UTE y no el reparto con la participación de OHL".

También se hace referencia a lo acordado por la UTE adjudicataria de la construcción y mantenimiento de la línea aérea de contacto entre los tramos Motilla del Palancar-Valencia y Motilla del Palancar-Albacete, formada por INABENSA y SIEMENS y a la inclusión de EYM como subcontratista y a que el porcentaje subcontratado a EYM no había sido incluido en el fichero sobre el mercado de mantenimiento de la electrificación. (Información y correo electrónico interno de SIEMENS de 12 de mayo de 2009 y documento adjunto, aportados por SIEMENS en su solicitud de reducción del importe de la multa (folios 26511, 26512, 26558 y 26559).

Se remite también el acuerdo sancionador a la celebración de reuniones para la implementación de los repartos de dichas licitaciones 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 y que, 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 y en concreto, a una reunión celebrada entre los meses de septiembre y octubre de 2013 en el hotel Meliá Castilla de Madrid a la que, de acuerdo con la información aportada por las clementes, asistieron directivos de SIEMENS, ALSTOM, COBRA, ELECNOR, ELECTRÉN INABENSA, ISOLUX y OHL (Información aportada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 12774) y por SIEMENS en su solicitud de reducción del importe de la multa (folio 26298)

Recoge la resolución sancionadora que respecto de la segunda licitación relativa al mantenimiento de la línea aérea de contacto de las líneas de AVE Madrid-Sevilla, La Sagra-Toledo y Córdoba-Málaga (Expte.: NUM007), convocada el 7 de noviembre de 2013, con un presupuesto de licitación de 15.081.600 de euros (sin IVA), obra en el expediente administrativo (folios 20150) el correo electrónico remitido el 15 de noviembre de 2013, por SIEMENS a DIRECCION000 (empresa matriz de EYM), " María Cristina /Inabensa/Abengoa" < DIRECCION001 el 15 Nov 2013, con el siguiente contenido :

"Hola,

Tenemos que preparar la oferta del asunto que se entrega el día 30/12.

Ya hemos acordado que nos presentamos juntos con el mismo reparto de la vez anterior.

Tenemos que sentarnos para repartir tareas e intentar cerrar la documentación lo antes posible para dejarnos las fiestas libres.

La idea es reutilizar la oferta anterior pero yo no he encontrado la documentación completa, tengo el PAC y MA que debe ser lo que preparamos nosotros.

Si alguno tenéis el índice enviádmelo y yo lo comparo con el concurso actual y hago una propuesta de reparto.

Mirad también que documentación tenéis".

Añade que el 27 de noviembre de 2013, la Jefa del Departamento de Licitación Ferroviaria de INABENSA remitió al entonces Director de la División de Ferrocarriles y al Delegado de Ferrocarriles de SEMI, al Responsable del Departamento Electrificación Ferrocarriles de EYM y al Responsable de Ventas en el Área de Mantenimiento Ferroviario de SIEMENS una propuesta para el reparto de la licitación para el mantenimiento de la línea de alta velocidad Madrid-Sevilla en la que participarían las ya citadas SEMI, SIEMENS, INABENSA y EYM ((folios 17778, 17779, 20153 y 20154), recabado en las inspecciones de SEMI y SIEMENS).

Por lo que se refiere a 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.: NUM008) , convocada el 27 de diciembre de 2013, se expone en la resolución recurrida que se presentaron la UTE formada por INABENSA-SIEMENS, la UTE de CITRACC, COBRA, ELECNOR y SEMI y la UTE formada por ALSTOM, ELECTRÉN y EYM. Que la UTE de ALSTOM, ELECTRÉN y EYM debería haber resultado adjudicataria, al ofertar un precio de 8.793.544 euros, frente a los 8.910.575 euros de la UTE de CITRACC (antes BALFOUR), COBRA, ELECNOR y SEMI y los 8.948.385 euros de la UTE formada por INABENSA-SIEMENS, superiores en precio según lo acordado pero que también el Consejo de Administración de ADIF por acuerdo de 30 de mayo de 2014 anunció el desistimiento del procedimiento de esta adjudicación y explica que las anotaciones manuscritas del Delegado de Subestaciones de ELECNOR recogen de manera detallada la implementación del reparto económico que realizaron las empresas, cómo fijaron el porcentaje en que debía quedar la baja de la oferta ganadora (que quedó fijado entre 2,8 % y 3,2%), cuál debía ser el de la 2ª oferta (entre 0 y 1,5 %); qué empresas debían presentar las ofertas de cobertura o acompañamiento y que todas esas circunstancias se cumplieron en todas las ofertas de estas licitaciones por parte de las empresas y que así se puede observar en una de las tablas elaboradas de 22 de enero de 2014 y en las anotaciones realizadas por el Delegado de Subestaciones de ELECNOR (folios 505 a 509 expte) .

DECIMOSÉPTIMO.- Pues bien, a la vista del contenido de los hechos a los que se remite la resolución recurrida, la Sala concluye que no puede estimarse acreditada la participación de EYM en el cartel del AVE por las razones que pasamos a exponer

La afirmación de que EYM se sumara en 2010 a los acuerdos Macro-Micro, que constituye el presupuesto en el que la resolución sancionadora fundamenta la participación de la recurrente en los acuerdos de reparto en el cartel del Ave no puede tenerse por acreditada por cuanto que no aparece en el resumen manuscrito de los repartos elaborado por el Director de Ferrocarriles y Subestaciones de ELECNOR, ni en ninguno de los cuatros grupos a los que se hace mención en ellas. Tampoco hay documento que respalde que posteriormente se diferenciaron ya 5 grupos y no 4, como se afirma en la resolución sancionadora y que en ellos se incluyera a EYM.

Por lo demás, cumple manifestar que las declaraciones de los clementes, no han podido ser examinadas y valoradas por la Sala dado que la CNMC no ha remitido el expediente en los términos en que fue solicitado mediante providencia de fecha 22 de marzo de 2023. Así las cosas, el valor probatorio de dichas manifestaciones requiere que sean avaladas por otros indicios o medios de prueba. Pues bien, examinando el contenido de los hechos a los que se remite la resolución sancionadora, concluimos que, por sí mismos no adveran a efectos probatorios lo declarado por los clementes. A lo dicho cabe añadir que ninguna valoración al respecto realiza el acuerdo recurrido. Así las cosas, no consta acreditado que EYM participar en acuerdos de reparto en 2013 y que la simple participación en UTEs no tiene por sí solo carácter anticompetitivo, resultando a estos efectos insuficientes las meras referencias al fichero elaborado por Siemens o al correo electrónico interno de Siemens de 4 de septiembre de 2013 en el que se hace constar que "En el Motilla está considerado el reparto de la UTE y no el reparto con la participación de OHL", ni las referencias a la inclusión de EYM como subcontratista por la UTE adjudicataria de la construcción y mantenimiento de la línea aérea de contacto entre los tramos Motilla del Palancar-Valencia y Motilla del Palancar-Albacete, formada por INABENSA y SIEMENS.

Tampoco consta acreditada más allá de las declaraciones de clemencia la participación de EYM en ninguna reunión de repartos.

Por lo demás, la simple remisión a los correos electrónicos y las anotaciones manuscritas del Delegado de Subestaciones de ELECNOR, que se consignan en los hechos a los que se remite el Acuerdo sancionador, no permite concluir que la conducta de EYM se inscriba en el plan común de la infracción única continuada consistente 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.

DÉCIMOCTAVO.- Así las cosas, continuaremos el examen de los motivos de impugnación articulados en la demanda respecto del tren convencional.



Pues bien, convenimos con la resolución sancionadora en que los contactos entre las empresas competidoras implicaba la existencia de un plan común de actuación que permite su integración en la infracción única y continuada del tren convencional. 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, presentando, además, 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 que demuestran los comportamientos ilícitos, tales como los acuerdos de reparto, correos electrónicos en ejecución de los acuerdos de reparto, reuniones entre las empresas y como 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 y que avalan la información facilitada por los clementes. 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 perseguidos 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 recabadas obrantes en el expediente administrativo, a las que ya nos hemos referido, hemos de convenir con la CNMC en que la recurrente participó en los acuerdos de reparto y que conoció el plan común en el cartel del tren convencional, 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 dicha infracción.

Por lo que se refiere a la identidad de los sujetos participantes a efectos de su calificación como "únicas y continuadas", convenimos con la CNMC en 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 y 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 en que existe 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 prolongado periodo de tiempo.

A lo dicho cabe añadir que la calificación de una infracción como única no exige que todas las empresas participen de todas y cada una de las conductas que configuran la infracción, ya que el elemento esencial es la voluntad común de conseguir un objetivo de carácter anticompetitivo, que puede ser llevado a cabo a través de una o varias conductas integrantes de una misma infracción y así, el hecho de que no todas las empresas estén presentes en todas las conductas concertadas acreditadas no priva de unidad a la infracción, y no contraviene ningún derecho de defensa de las empresas el que se les impute la participación en una infracción única y continuada, siempre y cuando se individualice tal responsabilidad conforme a los hechos acreditados a efectos de la cuantificación de la sanción.

DÉCIMONOVENO- Sostiene la recurrente que existe una explicación económica de las decisiones adoptadas. A tal efecto recuerda que la ley no prohíbe la concurrencia a licitaciones públicas en forma de UTE. Y que una de las razones por las que EyM decidió concurrir a las licitaciones a través de UTE es el hecho de no disponer de las clasificaciones de contratistas del Estado requeridas en las propias licitaciones y que, si uno de los socios de la UTE cuenta con esta clasificación, esto permite a los demás socios de la UTE concurrir a la licitación. Que otra razón por la que EyM opta en ocasiones por presentarse en forma de UTE a una licitación es la carencia de medios suficientes, ya sean humanos o técnicos, para adecuarse a las necesidades de la entidad contratante. EyM, con una cuota de mercado inferior al 2%, en muchas ocasiones no dispone del capital humano o de la maquinaria especializada necesaria para cumplir con los requisitos técnicos de la licitación por sí misma. Añade que las empresas del sector de la electrificación ferroviaria por regla general requieren mucha mano de obra y que sería excesivamente gravoso para una sola empresa hacer frente a esta demanda de recursos humanos. Por ello, las empresas del sector se presentan en UTEs para así poder establecer rotaciones que les permitan cubrir los turnos de trabajo de todos los proyectos en marcha, sin necesidad de sobredimensionar su



plantilla y que, además, concurrir en forma de UTE a una licitación permite a las empresas reducir los posibles riesgos. En resumen, sostiene que que las empresas no pueden generar de forma individual y que su uso por parte de EyM ha respondido a criterios de estrategia empresarial y es totalmente lícito. La CNMC no dispone de elementos que acrediten que EyM haya utilizado la figura de las UTEs de forma fraudulenta o ilícita.

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.

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 sumarisimo 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.

Acerca de la aplicación y de la incidencia que sobre la participación de UTEs en procedimientos de licitación tiene la Comunicación sobre acuerdos de cooperación horizontal se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso núm. 1363/2020, que recopila y sistematiza la doctrina del Tribunal de Justicia sobre esta materia. Razona dicha sentencia, en cuanto a la referida Comunicación, que "... es oportuno reiterar aquí lo señalado por esta Sala en la ya citada sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), seguida luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices. Como señalábamos en aquellas ocasiones, las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales. Así lo destacan las STJUE de 14 de junio de 2011, Pflaiderer (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 disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exime de la prohibición establecida en el artículo 101.1, es necesario que se cumplan acumulativamente los cuatro requisitos anotados, a saber: 1º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate".

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): "Com pete 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), que

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

No obstante, y atendidos los términos en que se planteaba la controversia que analiza el Tribunal Supremo, concluye lo siguiente: "Ahora bien, es obligado señalar que en el presente recurso de casación -igual que en



el proceso de instancia- no ha existido en realidad controversia sobre la interpretación que debe darse a los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.3 TFUE , ni sobre la jurisprudencia que los interpreta y aplica. Más bien al contrario, la sentencia recurrida en casación hace diversas referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo en relación con tales preceptos, sin que los recurrentes en casación hayan manifestado discrepancias con las nociones y categorías jurídicas a que se refiere la sentencia. Donde las recurrentes discrepan de la sentencia recurrida es en la valoración que en ella se hace de los datos y elementos de prueba disponibles, y, en definitiva, en la delimitación de las circunstancias fácticas concurrentes en el caso concreto que se examina...".

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

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

VIGESIMO -. At endiendo 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.

Pues 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 UTE 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 EYM 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.

Otro elemento indiciario que lleva a este Tribunal a entender que, en este caso, las UTEs no eran licitas 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 partícipes, 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 EYM para acudir en solitario y sin el concurso de otras empresas a las licitaciones por cuanto que dicha justificación no se compadece con los comportamientos desplegado por las empresas.

VIGÉSIMOPRIMERO.-- Pa ra terminar, opone la representación procesal de SEMI que la Resolución se ha basado en criterios erróneos a la hora de calcular la multa impuesta.

Expone que la CNMC no ha tenido en cuenta la cuota de EyM en el mercado de la electrificación en España, inferior al 2% y que, en su caso, su grado de participación habría sido indiscutiblemente menor al de los demás supuestos participantes.

Que tampoco ha tenido en cuenta la limitada participación en el tiempo de EyM de tan solo 11 meses (desde octubre de 2013 hasta septiembre de 2014) para el supuesto reparto de licitaciones para el mantenimiento



del tren convencional (en contraposición con los 175 meses de duración total que la Resolución atribuye a esta supuesta conducta) y de 47 meses (desde mayo de 2010 hasta abril de 2014)¹ para el supuesto reparto relacionado con líneas de tren de alta velocidad (en contraposición con los 96 meses de duración total que la Resolución atribuye a esta supuesta conducta).

Que pese a todo ello la Resolución impone a EyM un tipo sancionador del 6% para ambas conductas, esto es, un porcentaje similar al establecido para el resto de empresas sancionadas, que oscila entre el 6 y el 7%.

Añade que incluso de entenderse formó parte del supuesto cártel, nos encontramos en un supuesto de competencia "por el mercado" en el que la competencia solo existe en momentos puntuales (en el momento de la celebración de las licitaciones), por lo que el cálculo de la multa sería incorrecto al haber considerado una duración superior.

Que tampoco acredita la CNMC los efectos de la infracción (art. 64.1.e LDC), ni los supuestos beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de aquellas (art. 64.1.f LDC) y afirma que la supuesta conducta de EyM no produjo efectos negativos y que el pretendido análisis de efectos de la Resolución es en realidad inexistente.

Destaca que el volumen de negocios de EyM en el mercado de la prestación e servicios de electrificación y electromecánica ferroviaria en relación con el tren convencional fue inexistente (igual a cero euros) durante el periodo en el que la Resolución atribuye a EyM su supuesta participación y que, por tanto, el posible beneficio ilícito obtenido es también inexistente y que la consecuencia lógica de esto debería ser la no imposición de multa alguna en relación con esta conducta, ya que no ha obtenido ningún tipo de beneficio por su supuesta participación en ella. Que, sin embargo, la CNMC decide imponer a EyM "una sanción proporcional y disuasoria a tanto alzado de 90.000 euros, teniendo en cuenta su tamaño y la duración de la conducta en relación con el resto de participantes en la infracción, especialmente los de volumen de negocios total semejante".

Denuncia que la resolución no indica cuáles son esos participantes que tienen un volumen de negocios total "semejante" al de EyM. Y que de los propios datos recogidos en la resolución se resulta que no hay ninguna empresa con el mismo volumen de negocios que EyM, o con un volumen de negocios similar, desconociéndose, por ello, el baremo o criterio utilizado para la determinación del importe de la sanción correspondiente a EyM, lo que es motivo, en sí mismo, para considerar que la sanción es improcedente, por generar una clara indefensión a esta parte.

Dicho lo anterior opone que la CNMC no está facultada para imponer una sanción a tanto alzado. Si el volumen de negocios de EyM en el mercado afectado es igual a cero euros, la consecuencia de ello tiene que ser, inevitablemente y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC, la ausencia de multa alguna.

Por lo demás, defiende la improcedencia de aplicar la prohibición de contratar a EyM

VIGÉSIMOSEGUNDO.- Con carácter previo a examinar la conformidad a derecho de las sanciones impuestas a EYM cumple reiterar que la Sala no ha estimado acreditada la participación de EYM en el cartel del AVE.

Así las cosas, el debate queda limitado a la sanción impuesta por su participación en el cartel del tren convencional.

Dicho lo anterior por lo que se refiere a este cartel, 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"*.

Pues bien, en el caso examinado, la resolución sancionadora, la sanción a EYM por su participación en el cartel del tren convencional se fundamenta en los siguientes términos:

" En el caso de EYM, al tratarse de una empresa que no ha generado volumen de negocios en el mercado afectado, se fija una sanción proporcional y disuasoria a tanto alzado de 90.000 euros, teniendo en cuenta su tamaño y la



duración de la conducta en relación con el resto de participantes en la infracción, especialmente los de volumen de negocios total semejante."

Así las cosas, dando respuesta a la demanda cumple manifestar que la Sala 3º del Tribunal Supremo del 19 de mayo de 2021 (ROJ: STS 2037/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2037) ha declarado que una empresa puede ser sancionada por su participación en un cartel, incluso aunque no haya operado en el mercado principal de referencia, lo que tiene como consecuencia evidente que no ha participado en porcentaje alguno en la infracción colusoria cometida en dicho mercado. Y ello tiene pleno sentido en la medida en que su participación en los hechos haya facilitado y contribuido la comisión de la infracción, aunque su participación en el cártel no le haya supuesto un beneficio en el principal mercado de referencia. Que no hay nada en la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en los acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos y que no cabe deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiera únicamente, bien a las empresas activas en el mercado afectado por las restricciones de la competencia o incluso en los mercados anteriores, posteriores o similares a dicho mercado, bien a las empresas que limiten su autonomía de comportamiento en un mercado determinado en virtud de un acuerdo o de una práctica concertada. En efecto, es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes y de que sólo el comportamiento comercial de una de ellas resulte afectado por los términos de los pactos de que se trate. Resultaría así que la participación activa en una práctica restrictiva constituye un supuesto punible ex artículos 1 LDC y 101 TFUE, incluso si el partícipe activo no forma parte del mercado de referencia, sea en este caso por su condición de partícipe en un mercado conexo.

En consecuencia, el hecho de EYM que hubiera generado volumen de negocios en el mercado afectado no proyecta las consecuencias pretendidas en la demanda.

No obstante, hemos de convenir con la recurrente en la falta de motivación de la sanción impuesta por cuanto que aun dice atender en al tamaño y a la duración de la conducta de EYM en relación con el resto de participantes en la infracción, especialmente los de volumen de negocios total semejante, no explicita a que otras empresas participantes en el cartel se refiere.

Y en lo que respecta a la alegación de la no aplicación a EYM de la prohibición, cumple manifestar que el Abogado del Estado se muestra conforme con las alegaciones de la recurrente y concluye que, de acuerdo con su participación en la conducta declarada en la resolución impugnada, la prohibición de contratar no resultaría aplicable a EYM.

VIGÉSIMOTERCERO- Lo expuesto determina la estimación del presente recurso, a los efectos de anular la resolución recurrida en cuanto a la participación de EYM en el cartel del tren convencional y de anular la sanción impuesta en el cartel del tren convencional por falta de motivación, sin hacer pronunciamiento sobre el pago de costas procesales.

Todo ello, sin imposición de costas.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo promovido por el Procurador D. Germán Marina Grimau, en nombre y representación de la entidad **EYM Instalaciones, S.A. ("EYM")** 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 ELECTROMECAÓNICAS 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 cártel en el sector de electrificación ferroviaria en España en relación con líneas de tren convencional y líneas de alta velocidad, respectivamente en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Vigésimotercero de la presente resolución. Sin costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.



Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ