



Roj: **SAN 2022/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2022**

Id Cendoj: **28079230062024100228**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/04/2024**

Nº de Recurso: **907/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000907 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 6803/2019

Demandante: SACYR NEOPUL, S.A. Sucursal en España y SACYR, S.A

Procurador: D. CARLOS PIÑEIRA DE CAMPOS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

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

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

Madrid, a veinticuatro de abril de dos mil veinticuatro.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **907/2019**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Piñeira de Campos que actúa en nombre y en representación de las mercantiles **SACYR NEOPUL, S.A.** Sucursal en España y SACYR, S.A., contra la Resolución dictada en fecha 14 de marzo de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0598/16, ELECTRIFICACION Y ELECTROMECHANICAS FERROVIARIAS. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como partes codemandadas han comparecido la entidad ADIF ALTA VELOCIDAD representada por la Procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Castro Rincón, así como la mercantil ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U. representada por el Procurador D. Germán Marina Grimau.



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 de esta Sala que dicte sentencia estimatoria por la que

" con estimación del presente recurso contencioso-administrativo:

(i) Se declare la disconformidad a Derecho y, en consecuencia, anule íntegramente la Resolución objeto de recurso, en todo lo que se refiere a SACYR NEOPUL S.A.

SUCURSAL EN ESPAÑA y SACYR, S.A.

(ii) A título estrictamente subsidiario, se declare la disconformidad a Derecho y, en consecuencia, declare la nulidad parcial de la Resolución en lo referido a la comisión por NEOPUL de una infracción única y continuada con duración entre 2010 y 2014, declarando prescrita cualquier eventual infracción de la LDC anterior a 27 de abril de 2013, y obligando a la CNMC a un recálculo a la baja de la sanción impuesta a mis representadas.

(iii) También a título estrictamente subsidiario, se declare la disconformidad a Derecho y, en consecuencia, anule el Resuelve Segundo de la Resolución objeto del presente recurso, obligando a la CNMC a recalcular a la baja el importe de sanción impuesta a SACYR NEOPUL S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA (de la que se hace responsable solidaria a SACYR S.A.), dado el carácter injustificado y desproporcionado del importe fijado como sanción por la CNMC en la citada Resolución".

SEGUNDO. Tanto el Abogado del Estado como la defensa de la entidad codemandada presentaron sus respectivos escritos de contestación a la demanda en los que suplicaban se dicte sentencia por la que se acuerde confirmar el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO. Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 14 de febrero de 2024.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso-administrativo la entidad actora SACYR NEOPUL, S.A. Sucursal en España (en adelante, NEOPUL) y SACYR, S.A. impugna la Resolución dictada en fecha 14 de marzo de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0598/16, ELECTRIFICACION Y ELECTROMECHANICAS FERROVIARIAS.

La referida resolución impone a la entidad SACYR NEOPUL, S.A. una sanción de multa por importe de 762.362 euros por la comisión de una infracción única y continuada por su participación, junto con otras empresas competidoras, en prácticas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE que, según la CNMC, obedecían a una estrategia y finalidad común consistentes, en relación con la recurrente, en la adopción de acuerdos de reparto de contratos para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad. Asimismo, se declaró la responsabilidad solidaria de su matriz SACYR, S.A.

Concretamente, en relación con la entidad recurrente SACYR NEOPUL, S.A., la CNMC refiere en la resolución sancionadora que *"es una sociedad portuguesa constituida en 1983, cuya actividad principal se centra en la ingeniería y construcción de infraestructuras ferroviarias: construcción de vías o estructura de suelo, instalación de sistemas de electrificación (catenaria) y en lo que se refiere a las subestaciones, se dedica a su mantenimiento en la red ferroviaria convencional de España"*. Y sanciona a la mercantil NEOPUL por su participación, junto con otras empresas competidoras, en el 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 por el periodo que va desde el mes de mayo de 2010 hasta el mes de abril de 2014. Y, en relación con la concreta imputación que la resolución impugnada efectúa para NEOPUL, se indica que: *"Consta su participación en el cartel a través de los denominados acuerdos MICRO-MACRO, en los que las empresas decidieron varias licitaciones en el año 2010 (hechos 89 a 97 y Anexo II). En los años 2013 y 2014 la citada empresa participo en el reparto de varios contratos relativos a este mercado (hechos 115 a 131 y Anexo II). Finalmente, la citada empresa dejo de participar en el cartel en abril de 2014 (hechos 150)"*.

Conductas que se han calificado como infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007 constitutivas de una infracción única y continuada al considerarse que las conductas de los imputados se



ejecutaban como integrantes de un mismo plan y de un comportamiento común dirigido al reparto fraudulento de las licitaciones alterando las pujas en los contratos relativos a la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.

SEGUNDO. En el escrito de demanda presentado por la entidad recurrente se solicita la nulidad de la resolución sancionadora y, subsidiariamente, que se declare la vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la sanción de multa y que, en consecuencia, se anule la sanción de multa o se reduzca el importe de la multa impuesta. Y para ello efectúa las siguientes consideraciones.

Refiere defectos formales durante la tramitación del procedimiento sancionador que, a su juicio, determinan la nulidad de la resolución sancionadora. En este sentido refiere que, la resolución sancionadora impugnada se ha dictado en un procedimiento sancionador caducado y ello porque niega efectos suspensivos del plazo de duración del procedimiento sancionador a la suspensión acordada en fecha 31 de enero de 2019 por el Consejo de la CNMC.

En cuanto al fondo, alega la vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia porque entiende que se le ha sancionado sin que exista una sola prueba que permita acreditar que podía tener conocimiento del plan común acordado por otras empresas en el año 2008. En este sentido expone que no existe ni tampoco se cita ni se identifica de ningún modo en la resolución impugnada evidencia alguna de que tuviera algún contacto - ya sea personal, telefónico, por correo electrónico, etc.- con sus competidores que permitiera materializar una eventual coordinación anticompetitiva de comportamientos acordando el contenido de las ofertas de las licitaciones (o bien ganadoras o bien de supuesta cobertura a las ofertas ganadoras de terceros). Y añade que tampoco se indica en la resolución impugnada, ni existe evidencia alguna en todo el expediente administrativo, de que NEOPUL haya participado en alguna de las numerosas reuniones celebradas entre competidores en las que se habría acordado y desarrollado el supuesto reparto de licitaciones públicas convocadas por ADIF. Y, además, refiere que tampoco existe prueba de que NEOPUL haya ejecutado o se haya beneficiado de los supuestos acuerdos anticompetitivos descritos por la CNMC en la resolución impugnada ya que, aunque se le acusa de formar parte de UTEs que han presentado "ofertas de cobertura" previamente pactadas con competidores, nada se acredita respecto a la obtención por su parte de los supuestos importes repartidos por los ganadores de cada licitación.

E incluso señala que ha aportado ante la CNMC pruebas que demuestran la utilización completamente legítima por su parte del instrumento de la UTE para concurrir a las licitaciones que la CNMC ha considerado que han sido objeto de coordinación anticompetitiva por parte de NEOPUL y otras empresas, entre 2010 y 2014.

Además, refiere que, en todo caso, su conducta estaría prescrita.

Finaliza su defensa alegando la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción de multa, así como la vulneración del principio de proporcionalidad que determina la nulidad de la sanción de multa impuesta o, subsidiariamente, la reducción del importe de la multa.

Por el contrario, el Abogado del Estado, así como la defensa de la entidad codemandada interesan en sus respectivos escritos de contestación a la demanda la desestimación del recurso interpuesto porque consideran que la entidad recurrente si ha participado en las conductas imputadas y, además, conocía que formaba parte del plan común junto con las empresas competidoras pues participaba en las licitaciones convocadas a través de UTEs de colaboración.

TERCERO. Debemos iniciar el análisis por los defectos formales invocados por la recurrente en su escrito de demanda determinante de nulidad de la resolución sancionadora.

En este sentido, invoca la nulidad de la resolución sancionadora indicando que cuando se ha dictado y se ha notificado a la mercantil recurrente ya había transcurrido el plazo de duración para la tramitación del procedimiento sancionador con la consecuencia de que se estaba en ese momento ante un procedimiento administrativo caducado. Y ello porque niega efecto suspensivo a la suspensión del plazo de duración del procedimiento sancionador acordada por el Consejo de la CNMC en fecha 31 de enero de 2019 al amparo del artículo 37.1.a) de la LDC con el fin de requerir a las empresas información relativa a su volumen de negocios total del año 2018 para poder cuantificar el importe de la sanción de multa. A su juicio, esa suspensión es inadmisibles porque carece de motivación y porque pone de relieve que la misma no fue sino una instrumentalización artificiosa del instituto de la suspensión puesto que no existía ninguna razón real justificativa porque es ese un trámite ordinario que pudo y debió hacerse dentro del plazo máximo de resolución y, según expone, ya se pudo el 1 de enero de 2019, fecha en la que ya se sabía que el expediente sancionador iba a resolverse en el año 2019. Y, por ello, concluye que ese plazo suspensivo no debería computarse a efectos de impedir la declaración de la caducidad.

Como ya hemos indicado la suspensión que se discute se efectuó por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC para requerir a las empresas información relativa a su volumen de negocios total del año 2018 ya que, aunque ya se había solicitado con anterioridad el volumen de negocios correspondiente al año 2017, no obstante *"el artículo 63.1 de la LDC exige que el cálculo de la sanción se realice teniendo en cuenta el volumen de negocios del año inmediatamente anterior al de la fecha de la sanción, motivo por el cual se hace necesario requerir nuevamente a las empresas para que aporten el volumen de negocios correspondiente al año 2018. La consideración del nuevo volumen de negocios para el cálculo de la sanción podría suponer una variación del importe final de las sanciones propuesto por la Dirección de Competencia en aquellos casos en los que haya diferencias entre un año y otro. Por otro lado, como ya ha tenido ocasión de resolver esta Sala en anteriores resoluciones, para aquellas empresas que han podido participar en dos o más las infracciones objeto del expediente podría resultar procedente, en aplicación del principio de proporcionalidad, ajustar la cuantía de las sanciones tomando en consideración las multas acumuladas de todas las infracciones. Ello, además, teniendo en cuenta la finalidad disuasoria que persiguen las sanciones que impone esta Sala"*.

La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC entiende que la petición del volumen de negocios correspondiente al ejercicio 2018 era un elemento de juicio necesario para resolver y se apoyó en el artículo 37.1.a) de la LDC que dispone que el plazo para resolver el expediente sancionador puede suspenderse mediante resolución motivada: *"Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios [...]"*.

Esta Sala discrepa de la tesis de la recurrente. Entendemos que la decisión de la CNMC acordando la suspensión que ahora se discute no se ha adoptado de manera fraudulenta ni arbitraria por cuanto que la solicitud a las empresas de su volumen de negocios correspondiente al ejercicio 2018 es una información imprescindible para cuantificar el importe de la sanción de multa. Y rechazamos esa alegación teniendo en cuenta los razonamientos jurídicos recogidos en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 15 de febrero de 2021 (recurso de casación nº 7363/2019) que interpreta el artículo 37.1.a) de la LDC a los efectos de determinar si la apertura del plazo extraordinario previsto en dicho precepto queda reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso concreto que no se pudieron recabar en el plazo ordinario, o si ampara también el requerimiento de actuaciones establecidas como obligatorias por las normas de competencia para el procedimiento sancionador y que pudieron realizarse en el período ordinario. Y, en este sentido, el Tribunal Supremo declaró que: *"La Ley no establece que este motivo de suspensión solo puede ser utilizado para reclamar documentos o actuaciones cuya necesidad se ha manifestado de forma inesperada y excepcional, excluyéndose aquellas actuaciones que solicita información o la práctica de diligencias que normalmente son necesarias en la tramitación de este tipo de procedimientos pero que no han sido practicadas antes de la finalización del plazo ordinario para resolver. La suspensión, según dicho precepto, procede cuando se precise la aportación de documentos y otros elementos de juicio que resulten "necesarios" para dictar la resolución oportuna"*. Además, el Tribunal Supremo, en relación con la petición de información a las empresas del volumen de negocios que tuvieron en el ejercicio anterior al de la imposición de sanción, dijo que: *"Se trataba, por tanto, de una información relevante que resultaba necesaria para la imposición de la sanción. Lo determinante de la licitud de los requerimientos y consiguiente suspensión no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes sino que la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo. En STS nº 650/2018, de 23 de abril de 2018 (recurso 608/2016) este Tribunal ha rechazado las suspensiones ficticias, aquellas que se utilizan "como un mero ardid para eludir la caducidad de un procedimiento concreto. Si así ocurre, la suspensión así acordada (y el plazo suspensivo que de ella deriva) habrá de considerarse fraudulenta y por tanto no impedirá la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (ex art. 6.4 CC), de forma que esa suspensión no podrá impedir la producción y declaración de la caducidad del expediente"*.

Y, en este caso, no existen elementos que permitan sostener que la información solicitada y la consiguiente suspensión acordada fuese fraudulenta por entender que tan solo trataba de alargar el plazo de resolución del procedimiento para evitar la caducidad del procedimiento.

La circunstancia de que tales documentos pudieron reclamarse con anterioridad es insuficiente para apreciar que la suspensión perseguía una finalidad ilegítima.

En esa Sentencia el Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial: *"que la posibilidad de suspender el plazo para resolver el expediente, prevista en el art. 37.*

1.a) de la LDC ("Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios [...]"), procede cuando se precise la aportación de

documentos y otros elementos de juicio que resulten "necesarios" para dictar la resolución oportuna. Lo determinante no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes, sino que la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo".

CUARTO. Rechazada la alegación formal invocada por la recurrente debemos analizar si, como refiere la CNMC, las empresas sancionadas -entre ellas, la recurrente- han actuado de forma concertada realizando prácticas colusorias constitutivas de una infracción única y continuada consistentes en la adopción de acuerdos para el reparto de contratos públicos para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.

En la resolución impugnada se recogen diversas prácticas anticompetitivas que la CNMC ha clasificado en tres tipos de cárteles: (i) cártel para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad; (ii) cártel para el reparto de contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional; y (iii) cártel para el reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad. Pero, en el caso examinado, únicamente se ha sancionado a la recurrente por su participación en el cártel para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad y será este el único que se analizará en esta sentencia.

En relación con este cártel, tal como se recoge en la resolución sancionadora, las empresas competidoras sancionadas adoptaron acuerdos de reparto de contratos entre los años 2008 a 2016 como integrantes de una estrategia global común entre las empresas participantes. Concretamente, en la resolución impugnada se indica que en el mes de abril de 2008 las empresas COBRA, ELECNOR, SEMI y ELECTREN adoptaron acuerdos para repartirse 5 licitaciones convocadas en enero y febrero de 2008 para la construcción y mantenimiento de sistemas de electrificación de distintos tramos de diversas líneas de alta velocidad. Acuerdos cuyo contenido, según la CNMC, no podían calificarse como competitivos ya que, entre otras cuestiones, se dice que las cuatro empresas acordaron repartirse a partes iguales el 50% del precio del contrato: bien porque formaban parte de la UTE adjudicataria o bien porque entraban en contacto a través de la subcontratación. Conductas que se reproducen en licitaciones convocadas en fechas posteriores, tales como la línea de AVE Madrid-Albacete en los tramos de Motilla del Palancar (Cuenca)-Valencia y Motilla del Palancar (Cuenca)-Albacete; proyecto constructivo y mantenimiento de las subestaciones y centros de autotransformación y telemando de energía de la línea de AVE Madrid-Albacete en el tramo Torrejón de Velasco (Madrid)-Motilla del Palancar (Cuenca)-Valencia; construcción y mantenimiento de la catenaria Motilla del Palancar (Cuenca)-Valencia y Motilla del Palancar (Cuenca)-Albacete.

Además, en la resolución impugnada se indica que esa distribución y reparto entre las empresas participantes se recoge en el cuadro remitido en el correo electrónico de 22 de mayo de 2008 por el Director General de Ferrocarriles de la empresa COBRA al responsable del Área de Servicios Industriales del Grupo ACS (COBRA-ELECTREN y SEMI) (folios 18286-18287 del expediente) en el que se identificaba la participación directa (formal) de las empresas y la participación real (acordada en privado) de todas las empresas en cada una de las referidas licitaciones. Acuerdos que, según la CNMC, también se acreditan con el correo electrónico remitido el 22 de enero de 2010 por el Subdirector General de Energía de la mercantil ELECNOR al Director General de Ferrocarriles de la mercantil COBRA y al Director General de la mercantil SEMI (folio 18345 del expediente) en el que, entre otras cuestiones, se indica la oferta contemplada en *"los acuerdos existentes entre las partes"*.

Asimismo, en la resolución impugnada se señala que en el año 2010 se incorporaron otras empresas, tales como SIEMENS, INABENSA, CYMI, VIMAC, EYM, CITRAC (entonces BALFOUR), ISOLUX, DENEQ (antes GAVISA), ALSTOM, EMTE (actual COMSA), IBERINCO y NEOPUL. A partir de esa fecha los acuerdos de reparto de las licitaciones se ejecutaban a través de los llamados acuerdos MICRO-MACRO que la CNMC, atendiendo a la declaración de clemencia presentada por la empresa ALSTOM, entiende que *"para estos contratos 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 con dicho concurso. 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 los concursos asignados. Cada una de las empresas participantes podía alcanzar su cuota bien directamente, cuando la empresa resultaba adjudicataria directa de una o de varias de las licitaciones (Margen Micro) o indirectamente, al resultar beneficiaria por las subcontrataciones que se acordaban para repartir el volumen y los márgenes de las obras acordados (Margen Macro)"*. El objetivo de esos acuerdos se constata en el correo electrónico de 15 de marzo de 2011 enviado

entre las empresas COBRA, ALSTOM, ELEC NOR, ELECTREN y SEMI en el que se indicaba que *"el espíritu y finalidad del Acuerdo MICRO es que un conjunto de empresas participasen a partes iguales en una serie de proyectos en facturación y margen"* (folios 18493 a 18496 del expediente). Repartos que, según refiere la resolución sancionadora y atendiendo al resumen recogido y manuscrito por el Director de Ferrocarriles y Subestaciones de ELEC NOR, se realizaban a través de cuatro grupos estando en el grupo 1 las empresas COBRA, SEMI, ELEC NOR; en el grupo 2 las empresas ALSTOM; ELECTREN y CYMI; en el grupo 3 las empresas SIEMENS e INABESA y en el grupo 4 las empresas ISOLUX, EMTE y NEOPUL. Acuerdos que la CNMC entiende que continuaron hasta marzo del año 2016.

Del relato expuesto, esta Sala diferencia dos grupos de empresas a efectos de participación y de conocimiento del plan anticompetitivo pues ello puede tener transcendencia en la imputación concreta que afecte a cada empresa. Así, se constata un grupo formado por las empresas que actuaban de forma concertada ya desde el año 2008 y que se mantuvieron hasta el final y un segundo grupo formado por las empresas que se incorporaron a ese plan con posterioridad, concretamente en el mes de mayo del año 2010 con ocasión de los llamados acuerdos MICRO-MACRO también referidos.

Esta Sala, al igual que la CNMC, considera que el comportamiento anteriormente descrito evidencia una actuación concertada contraria a la competencia que perseguía una estrategia común de actuación en las licitaciones tendentes al reparto del mercado alterando las pujas a través de prácticas concertadas realizadas entre las empresas participantes en las licitaciones.

En definitiva, esta Sala entiende que esas conductas suponían la ejecución de un plan global de actuación tendente al reparto del mercado entre las empresas que ha implicado un comportamiento común y reiterado en el tiempo consistente en la repetición de alianzas entre el grupo de empresas sancionadas con el objeto de colaborar y de participar de forma conjunta y anticompetitiva en las licitaciones convocadas por ADIF. Comportamientos que constituyen conductas colusorias prohibidas en el artículo 1.1 de la LDC en cuanto que dicho precepto prohíbe acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia lo que permite su calificación como infracción por el objeto en la medida en que por su naturaleza podían impedir, restringir o falsear la competencia toda vez que, atendiendo al contenido de los acuerdos, a los objetivos que pretendían alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se adoptaron poseían un grado de nocividad suficiente como para poder considerarse una restricción de la competencia "por el objeto" en el sentido del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, lo cual, tal como se recoge por el Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de marzo de 2018, hace innecesario examinar los efectos anticompetitivos producidos en el mercado.

QUINTO. Como ya hemos indicado, la CNMC ha sancionado a la mercantil recurrente, NEOPUL, por su participación en el cártel para el reparto de licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, desde mayo de 2010 hasta abril de 2014 incorporándose, según la CNMC, al plan común con la adopción de los Acuerdos MICRO-MACRO antes aludidos cuyas peculiaridades mencionaremos ahora.

En este sentido, en la resolución impugnada se indica que NEOPUL, junto con otras empresas, entre ellas ALSTOM, ISOLUX y COMSA, se incorporó en el año 2010 al cártel que ya venía funcionando desde años anteriores, tras convocar ADIF tres importantes licitaciones relativas a la obra y el mantenimiento de las subestaciones eléctricas y las catenarias de la línea de alta velocidad Albacete-Alicante y del Corredor Mediterráneo. La CNMC consideró que en, relación con dichas licitaciones, las empresas participantes, entre ellas, NEOPUL, acordaron un reparto a partes iguales en facturación y margen de esas licitaciones constituyendo UTEs que concurrirían a esas licitaciones y las UTEs adjudicatarias cedían un importe de la producción y margen de beneficio a las no adjudicatarias que presentarían ofertas de cobertura o de acompañamiento. Incluso, ante las dificultades que apreciaron las empresas participantes para repartirse la facturación de los contratos al contar con distintas estructuras de costes, las empresas del cártel acordaron con posterioridad los márgenes resultantes de cada licitación. Y, de este modo, las empresas participantes en el plan común que se presentaban en forma de UTE y que resultaban adjudicatarias se repartían la producción de cada contrato, compensando al resto de empresas mediante la subcontratación o la compra de componentes y/o suministros.

La CNMC considera que esos repartos quedan acreditados en (i) los documentos manuscritos -folios 18869 y 18870 del expediente- donde se clasificaban a las empresas en cuatro grupos, constando NEOPUL en el grupo denominado G4, y en el que se recogía el proceso de reparto ideado para esas 3 licitaciones determinando el Grupo que debía ser el ganador en cada una de ellas y cuáles eran los Grupos encargados de cubrir la oferta; (ii) en el correo electrónico interno de SIEMENS de 4 de septiembre de 2013 (folios 20104 a 20106 del expediente) en el que se adjuntaba un fichero Excel en el que se recogía un resumen histórico de los datos de todas las empresas que hasta ese momento formaban parte del plan común acordado; (iii) en los documentos



elaborados por el Delegado de Subestaciones de ELEC NOR con las tablas de reparto para dichas licitaciones convocadas por ADIF en 2013 pactadas, en principio, en las reuniones de coordinación celebradas.

SEXTO. Una vez que esta Sala ha constatado que los comportamientos realizados por las empresas sancionadas son anticompetitivos, debemos ahora analizar si existe prueba que permita concluir que efectivamente la mercantil recurrente sancionada conocía o podía conocer que con su participación en las licitaciones a través de UTEs implicaba su participación y conocimiento del plan común relatado y que, al igual que la CNMC, hemos entendido que es anticompetitivo.

Respecto de la mercantil recurrente, la CNMC le ha sancionado por su participación en el 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 desde mayo del año 2010 -fecha en la que se adoptaron los acuerdos MICRO-MACRO- hasta abril del año 2014, fecha esta en la que la propia CNMC entendió que se había separado expresamente de la actuación conjunta porque la presentación de una oferta tan competitiva por parte de la UTE formada por VIMAC, EMTE (actualmente, COMSA) y NEOPUL que, además, resultó adjudicataria de la licitación convocada en fecha 15 de febrero de 2014 para la construcción de las instalaciones de línea área de contacto (catenarias) y sistemas asociados de la línea AVE Antequera Santa Ana-Granada, llevo a la CNMC a referir que *"hace presuponer que estas dos empresas -EMTE y NEOPUL- había puesto fin a su participación en los acuerdos en abril de 2014"*.

En definitiva, la infracción que se imputa es una infracción única y continuada por su participación en el plan común desde mayo de 2010 hasta abril de 2014, fecha esta en la que la propia CNMC entendió que el comportamiento de la recurrente permitía concluir que en esa fecha la entidad NEOPUL se había separado del plan común.

Sin embargo, la recurrente niega su participación y conocimiento del plan anticompetitivo imputado porque considera que la presentación en forma de UTEs junto con otras empresas en algunas de las licitaciones convocadas eran licitas y respondían a criterios competitivos. Además, niega que esa forma de participación en las licitaciones implique, sin que vaya acompañada de otros datos, que tenga conocimiento de los Acuerdos MICRO-MACRO adoptados ya que no figura su asistencia a ninguna reunión, ni consta que haya emitido ni recibido ningún correo de las empresas competidoras en el periodo imputado que permita concluir que esa forma de participación implicaba tener conocimiento del plan común anticompetitivo sancionado.

Corresponde, por tanto, a este Tribunal analizar la existencia de las pruebas que han llevado a la CNMC a concluir que NEOPUL conocía y participaba en las estrategias que formaban parte del plan común anticompetitivo creado por las empresas sancionadas limitando artificialmente la competencia entre las mismas. Esta Sala ya ha indicado en numerosas sentencias que en el ámbito analizado es difícil encontrar pruebas directas que acrediten la existencia de acuerdos anticompetitivos entre empresas competidoras y que lo normal es que para

la acreditación de la existencia de esas conductas colusorias la CNMC acuda a la prueba de los indicios. En este sentido, ya decíamos en la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2016 (recurso nº 551/13) que en este ámbito 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, en la 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"*. Por tanto, lo habitual es acudir a la prueba de indicios aceptada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, eso sí siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador y se encuentren en directa relación con las consecuencias que pretenden extraerse de los mismos. Hasta el punto de que para



que la prueba de presunciones pueda desvirtuar la presunción de inocencia es necesario que los indicios no se basen 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. Por tanto, la prueba de indicios no puede suponer que la CNMC alcance la conclusión de prácticas concertadas apoyándose en suposiciones y en interpretaciones basadas en indicios que carecen de relación directa con el hecho que se quiere acreditar.

Concretamente, en relación con NEOPUL, la resolución sancionadora justifica su responsabilidad indicando: *"Consta su participación en el cártel desde mayo de 2010 hasta abril de 2014. NEOPUL se incorporó al cártel a través de los denominados Acuerdos MICRO-MACRO, en los que las empresas decidieron varias licitaciones en el año 2010 (hechos 89 a 97 y Anexo II). En los años 2013 y 2014 la citada empresa participó en el reparto de varios contratos relativos a este mercado (hechos 115, 119, 126, 127 y Anexo II). Finalmente, la citada empresa dejó de participar en el cártel en abril de 2014 (hecho 150)".*

A esta Sala le llama la atención la técnica utilizada por la CNMC para justificar la concreta imputación de la recurrente, NEOPUL, en cuanto que, como hemos reflejado, se ha limitado a recoger de forma global hechos designados de forma numérica lo que ha supuesto una remisión en bloque a determinados hechos recogidos en la resolución impugnada cuando lo deseable y correcto es que hubiera efectuado una concreta conexión de los hechos a los que se remite con los actos concretos de participación de la recurrente dando respuesta, además, a las razones que había invocado en su defensa en vía administrativa para desvirtuar su imputación a través de esos hechos. Además, esta técnica o sistema de imputación implica que esta Sala deba limitar su revisión a la acreditación de los hechos designados en bloque a los que se ha remitido respecto de NEOPUL dejando fuera el análisis de cualquier otra forma de acreditación del cártel que no se ha mencionado en esa remisión en bloque a los hechos.

Pues bien, en relación con el año 2010 la resolución sancionadora, respecto de NEOPUL, justifica su imputación remitiéndose en bloque a los hechos 89 a 96 que se corresponden con las licitaciones convocadas por ADIF en el año 2010 en las que respecto de la recurrente consta su participación en la:

- Licitación para la "construcción y mantenimiento de las catenarias de la línea del AVE Albacete-Alicante, en concreto el tramo Albacete-Estación de Alicante del Nuevo Acceso Ferroviario de Alta Velocidad de Levante Madrid-Castilla La Mancha-Comunidad Valenciana-Región de Murcia" convocada el 23 de diciembre de 2009 y adjudicada el 28 de mayo de 2010 a la UTE COBALSE formada por COBRA, CITRACC y SEMI. En esa licitación participó la recurrente formando parte de la UTE junto con ISOLUX y EMTE (actual, COMSA) presentado una oferta muy alta. Licitación en la que la ejecución de las obras finalizó el 16 de agosto de 2013 y el contrato de mantenimiento finalizó el 30 de junio de 2015.

- Licitación para "la construcción y mantenimiento de las subestaciones y las catenarias de las líneas del Corredor Mediterráneo, que comprendía las obras del proyecto conexión ferroviaria Corredor Mediterráneo línea de alta velocidad Madrid-Barcelona-Frontera francesa" convocada el 5 de enero de 2010 y adjudicada el 26 de octubre de 2010 a la UTE formada por las empresas COBRA, ELECENOR y SEMI. Licitación en la que intervinieron otras empresas formando parte de UTEs con ofertas más altas y, entre ellas, la UTE formada por NEOPUL, ISOLUX, IBERINCO y EMTE (actual COMSA). Este contrato fue rescindido por ADIF al producirse una suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración.

Y el hecho 97 al que se remite la imputación de NEOPUL por sus actuaciones en el año 2010 se refiere al resumen de los repartos de estas licitaciones recogidos por el Director de Ferrocarriles y Subestaciones de ELECENOR en el que NEOPUL figura incluido en el grupo 4 junto con EMTE (actual COMSA) y ISOLUX.

Destacamos que, en relación con la imputación efectuada por la CNMC respecto de NEOPUL, no se incluyen respecto del año 2010 los hechos en los que se habla de las tablas de reparto elaboradas por el Director de la Unidad de Negocio de Electrificación de SIEMENS que se mencionan en los hechos 102 y 103, ni a las reuniones celebradas en octubre de 2010 -hechos 105, 106, 107-, en noviembre de 2010 -hecho 109-, en abril de 2011 -hecho 111- ni a la reunión de junio de 2012 -hecho 114-. Y esa falta de mención impide a esta Sala, como ya hemos indicado, su análisis como hechos que puedan constituir prueba de la imputación de NEOPUL.

En relación con su participación en los años 2013 y 2014 la resolución sancionadora también se remite en bloque a los hechos 115, 119, 126 y 127 y Anexo II. Concretamente, los hechos 126 y 127 se refieren a las licitaciones convocadas en las que NEOPUL participó en forma de UTE en la licitación para el "mantenimiento de la línea área de contacto de las líneas de AVE Madrid-Sevilla, La Sagra-Toledo y Córdoba-Málaga" convocada el 7 de noviembre de 2013 en la que participaron tres UTEs: una formada por SEMI, SIEMENS, INABENSA y EYM; una segunda formada por COBRA, ELECENOR y ELECTREN que era la que debía resultar adjudicataria y una tercera formada por ALSTOM, EMTE (actual COMSA), ISOLUX y NEOPUL presentando ofertas muy elevadas.



Sin embargo, no hubo adjudicación porque el Consejo de Administración del ADIF por acuerdo de 30 de mayo de 2014 anunció el desistimiento del procedimiento de adjudicación de esta licitación.

Y el hecho 119 se refiere a un fichero excell detallado por proyectos con los datos de las empresas elaborado por el Responsable de Ventas en el Área de Mantenimiento Ferroviario de SIEMENS.

Finalmente para el año 2014 la resolución se refiere al hecho 150 que afecta a la Licitación para la "construcción de las instalaciones de línea área de contacto (catenarias) y sistemas asociados de la Línea AVE Antequera Santa Ana- Granada" convocada el 15 de febrero de 2014 en la que resultó adjudicataria la UTE formada por EMTE (actual COMSA), VIMAC Y NEOPUL que presentaron una oferta por un precio notablemente inferior lo que llevo a la CNMC a entender que la presentación de una oferta tan competitiva permitía presuponer que las empresa EMTE y NEOPUL habrían puesto fin a su participación en los acuerdos desde el mes de abril de 2014.

Como ya hemos referido del contenido de los hechos imputados, las pruebas que han llevado a la CNMC a concluir que NEOPUL conocía el plan común colusorio era porque participaba en las licitaciones convocadas en forma de UTE junto con otras empresas en cuanto que implicaban la ejecución de los Acuerdos MICRO-MACRO adoptados y porque, además, estaba incluido en un fichero elaborado por el Responsable de Ventas en el Área de Mantenimiento Ferroviario de SIEMENS. Y corresponde a esta Sala analizar si esa concreta imputación permite concluir que NEOPUL participaba en las licitaciones conociendo la existencia del plan común acordado en el mercado analizado. Y ello porque en el caso de NEOPUL no existe constancia de que asistiera a alguna de las reuniones referidas en la resolución impugnada en el periodo imputado, ni tampoco existe constancia de que emitiera o de que recibiera algún correo electrónico de las empresas participantes en el plan común.

Es cierto que el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en fecha 24 de junio de 2015 indica que puede imputarse la comisión de una infracción única y continuada aunque solo se haya participado en uno de los comportamientos contrarios a la competencia, pero exige que esa participación suponga tener conocimiento de la existencia del plan común anticompetitivo. En este sentido, dicha sentencia recoge que: *"...una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente solo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de esta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 43 y jurisprudencia citada)".*

Por tanto, debemos ahora analizar si la participación de la recurrente en las licitaciones en forma de UTEs constituye por si sola prueba que permita concluir que ello implicaba tener conocimiento de los comportamientos anticompetitivos que se habían plasmado en los Acuerdos MICRO-MACRO adoptados por empresas competidoras.

La empresa sancionada niega que la participación junto con otras empresas en forma de UTE se debiera a la ejecución de un plan común ya que si hubiera sido así se hubiera presentado a todas las licitaciones convocadas y no solo a algunas o, al menos, este dato no se ha motivado por la CNMC.

SÉPTIMO. Llegados a este punto debemos analizar si, en este caso concreto, la constitución de las UTEs y la actuación en UTE de la empresa NEOPUL sancionada 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 al advertir que las adjudicaciones se hicieron 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.

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 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"*.

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

De acuerdo con esta caracterización, en la Sentencia dictada en fecha 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"*.

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 la 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, Pfleiderer (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, C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión*



(C-520/09 P, Rec. p. I-8901 apartado 88), conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta. Ahora bien, tales directrices, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia. Podemos, por tanto, referir que el artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que hemos transcrito con anterioridad (antiguo artículo 81.3 TCE) debe interpretarse en el sentido de que contiene una excepción a lo establecido en los dos apartados anteriores; y sobre el significado y alcance de tal excepción existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial del TJUE de la que hicimos reseña en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, FF.JJ. 8º y 9º) a la que antes nos hemos referido. Siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Justicia, en esa sentencia citada de 17 de septiembre de 2018 señalábamos (F.J. 8º) que, a efectos de determinar la adecuación o desconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exime de la prohibición establecida en el artículo 101.1, es necesario que se cumplan acumulativamente los cuatro requisitos anotados".

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

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

Por ello, y en cuanto a la formación de doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, declara que *"Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala considera que, puesto que no existen cuestiones jurídicas a dilucidar; y dado que las cuestiones de hecho quedan excluidas del recurso de casación (artículo 87 bis. 1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), no siendo revisable en casación la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, no resulta necesario modificar, completar ni matizar la jurisprudencia que hemos dejado reseñada en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia".* Todo lo cual evidencia, en definitiva, la necesidad de realizar un análisis en cada supuesto que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes, no solo de las empresas que participan en la licitación, sino de las condiciones de esta en la medida en que puedan determinar la necesidad objetiva o indispensabilidad de concurrir en una UTE.

OCTAVO. Atendiendo a la anterior doctrina jurisprudencial, corresponde ahora a este Tribunal analizar si efectivamente existe en el caso analizado pruebas que permitan concluir, como así ha entendido la CNMC, que la participación de la recurrente en forma de UTE respondía a razones anticompetitivas.

Como la imputación efectuada por la CNMC respecto de NEOPUL se ha limitado, como ya hemos indicado, a la mera remisión en bloque a hechos, ello impide a esta Sala conocer las razones que, en este caso concreto,



han llevado a la CNMC a entender que la participación de NEOPUL en las licitaciones en forma de UTE era una actuación anticompetitiva que, además, le había permitido conocer la existencia del plan común anticompetitivo. Y ello porque entendemos que para que se pueda concluir que la empresa ahora recurrente conocía el plan común anticompetitivo no es suficiente con que la CNMC se limite a mencionar, sin más explicaciones ni otros datos ni otras pruebas, que en su caso concreto su participación en forma de UTE implicaba ya una forma de ejecutar el plan común cuando, como es el caso de la recurrente, la CNMC no ha valorado que respecto de la recurrente no constaba su asistencia a ninguna reunión con las otras empresas, ni tampoco constaba que hubiera recibido ni emitido un solo correo electrónico de las otras empresas. Todo lo cual, debió llevar a la CNMC a ser más exigente en cuanto a la motivación de porque las UTEs en las que intervino la recurrente eran efectivamente anticompetitivas cuando, además, la recurrente en vía administrativa expuso respecto de cada una de las licitaciones las razones técnicas y económicas que, a su juicio, justificaban su participación en forma de UTE dada la imposibilidad de hacerlo de forma individual -folios 30635 a 30984 del expediente-. Razones que no se han analizado por la CNMC porque no consta al respecto ninguna respuesta concreta ya que, aunque existe en la resolución un apartado concreto que da respuesta a las alegaciones efectuadas por las sancionadas respecto de la necesidad de acudir en UTE a las licitaciones, lo cierto es que es un mero relato genérico sobre el carácter anticompetitivo de las UTEs sin ninguna mención concreta respecto de NEOPUL a diferencia de otras empresas a las que si se refiere. Además, en ese apartado la resolución contiene dos párrafos que reafirman el criterio de este Tribunal cuando la propia CNMC parece admitir que en algunos casos las UTEs analizadas podían estar justificadas. En este sentido destacamos los siguientes párrafos en los que la propia CNMC admite que: *"Pero incluso aun en el supuesto de que se obviara el contenido de los acuerdos y contactos acreditados entre las empresas, la presentación en UTE a los contratos analizados, en gran parte de los supuestos no estaría justificada por motivos de necesidad objetiva de las empresas"* y añade que *"Los datos que obran en el expediente arrojan la conclusión de que las empresas aquí sancionadas tenían capacidad individual suficiente para concurrir a las licitaciones o, al menos, a un número significativo de ellas, sin la necesidad de asociarse con otras empresas"*.

A la vista de lo expuesto, este Tribunal llega a la conclusión de que la CNMC no ha aportado respecto de la recurrente prueba de cargo suficiente que permita concluir que efectivamente con su participación en forma de UTE en las licitaciones conocía el plan común. No entendemos que sea motivación suficiente que la CNMC refiera que su actuación es anticompetitiva porque ha participado en forma de UTE y que ello responde al mecanismo de actuación del plan común cuando, como es el caso, esa ha sido la única participación del recurrente porque, como ya hemos indicado, no consta su asistencia a reuniones ni consta que haya mantenido contactos con otras empresas porque no existe prueba de que haya recibido o enviado correos y, además, indicó en vía administrativa razones técnicas y económicas respecto del carácter lícito de su participación concreta en forma de UTE que no han obtenido respuesta por parte de la CNMC mas allá de menciones genéricas y amplias que pueden servir para cualquier empresa olvidándose así de la individualización de la responsabilidad que corresponde a cada empresa sancionada.

Todo ello nos lleva a concluir que la CNMC no ha aportado prueba de cargo suficiente respecto de NEOPUL que permita concluir que conocía la existencia del plan anticompetitivo y, por tanto, debemos estimar el presente recurso contencioso-administrativo acordando la nulidad de la resolución sancionadora impugnada en lo que afecta a la recurrente así como a la empresa matriz respecto de la cual se había declarado su responsabilidad solidaria. Y ello porque tal como hemos indicado anteriormente, las pruebas de indicios serán pruebas de cargo validas si los indicios no se basan 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.

NOVENO. La estimación del recurso implica la condena en costas a las partes demandadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **907/2019**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Piñeira de Campos que actúa en nombre y en representación de las mercantiles **SACYR NEOPUL, S.A. Sucursal en España y SACYR, S.A.**, contra la Resolución dictada en fecha 14 de marzo de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0598/16, ELECTRIFICACION Y ELECTROMECHANICAS FERROVIARIAS que le impuso una sanción de multa por importe de 762.363 de euros. Resolución que ahora anulamos porque entendemos que no es conforme con el ordenamiento jurídico en todo aquello que afecta a las mercantiles recurrentes.



Se imponen a las partes demandadas las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ