



Roj: **SAN 2259/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2259**

Id Cendoj: **28079230062024100256**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/04/2024**

Nº de Recurso: **950/2019**

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: 0000950 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 6996/2019

Demandante: D. Evelio

Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ALMSTON TRANSPORTE SAU Y ADIF ALTA VELOCIDAD

Abogado Del Estado

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

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

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticuatro de abril de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **950/2019**, promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de **D. Evelio** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada el día 14 de marzo de 2019, en el Expediente número NUM000 , ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, por la que se declara responsable al recurrente 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 tres cárteles en el sector de electrificación ferroviaria en España en relación con líneas de tren convencional y líneas de alta velocidad, respectivamente. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Se han personado como



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

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 "*sedicte sentencia declarando la nulidad de la Resolución atendiendo a las siguientes consideraciones:*

I.- Por constituir las inspecciones realizadas en las sedes de ALSTOM y ELECNO, en el mes de julio de 2016, inspecciones de carácter exploratorio o "fishing expeditions", infringiéndose los principios de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (artículos 18 CE y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), así como los derechos de defensa y de presunción de inocencia del Sr. Evelio (artículo 24 CE) y los artículos 27 Ley 3/2013 y 49 LDC (relativos, respectivamente, a las facultades de inspección de la CNMC y a la iniciación de los procedimientos sancionadores tramitados por ésta). En consecuencia, todas las actuaciones, pruebas o declaraciones posteriores a estas inspecciones que no tengan relación con el Proyecto Follo Line, en particular, la segunda ronda de inspecciones llevadas a cabo en las sedes de COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS, así como las declaraciones posteriores de ALSTOM y SIEMENS en el contexto de sus solicitudes de clemencia, son también nulas de pleno Derecho en virtud de la doctrina de los frutos del árbol envenenado;

II.- Por haberse calificado, de forma contraria a Derecho, las supuestas conductas imputadas al Sr. Evelio como dos infracciones únicas y continuadas, infringiéndose el principio de legalidad consagrado por el artículo 25 CE;

III.- Por imponerse sanciones al Sr. Evelio por hechos que habrían tenido lugar con anterioridad al 3 de enero de 2014, al encontrarse prescritas las supuestas infracciones, infringiéndose el artículo 68 de la LDC, así como los principios de legalidad y tutela judicial efectiva establecidos por los artículos 24 y 25 de la CE;

IV.- Por sancionarse una serie de supuestos ilícitos posteriores al mes de enero de 2014, que no han sido acreditados, infringiéndose los artículos 1 de la LDC y 101 TFUE, las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas, la presunción de inocencia y la interdicción de la arbitrariedad, reconocidas, entre otros, por los artículos 24 y 9 CE.

V.- Finalmente, derivado de todo lo anterior, por haberse aplicado de forma incorrecta al recurrente el artículo 63.2 de la LDC al no haberse acreditado la condición de representante legal o directivo de mi representado, al menos con anterioridad al 1 de diciembre de 2012, ni el carácter culpable o antijurídico de su participación en las conductas investigadas.

Subsidiariamente, que se declaren contrarias a Derecho las multas impuestas por la Resolución al Sr. Evelio, fijándose sus importes en un máximo de 3.725 euros, atendiendo a las consideraciones contenidas en el FJM Quinto, al haber sido cuantificadas por la CNMC violando el artículo 64 de la LDC, el principio de proporcionalidad (artículo 9 CE) y el deber de motivación (artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y artículo 24 CE)."

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

TERCERO. - Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 28 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 ELECTROMECAÑICAS FERROVIARIAS, por la que se declara responsable a D. Sebastián, en su condición de Dir. de Subestaciones y Ferrocarriles, 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
- ELEC NOR, S.A.: 13.300.000 euros
- EYM INSTALACIONES, S.A.: 358.740 euros
- ISOLUX INGENIERIA, S.A.: 4.000.563 euros
- INSTALACIONES INABENSA, S.A.: 8.200.000 euros
- NEOPUL SOCIEDADE DE ESTUDOS E CONSTRUÇOES, S.A.: 762.362 euros
- SIEMENS, S.A.: 16.200.000 euros

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

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

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

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

Tercero. Imponer las siguientes sanciones (ACUMULADAS) a los directivos de las empresas anteriormente citadas al tiempo de cometerse la infracción, en atención a la responsabilidad atribuida en el fundamento cuarto de la presente resolución:



- D. Jesús Luis , Presidente de ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U.: 57.400 euros
- D. Jose Pedro , Director General y de Ofertas de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U: 57.400 euros
- D. Juan Enrique , Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM TRANSPORTE, S.A.U.: 40.900 euros
- D. Pedro Francisco , Director General de Ferrocarriles de COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A.: 59.100 euros
- D. Agustín , Director General Instalaciones de COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A.: 50.200 euros
- D. Alejo , Director de Desarrollo y Delegado de la Zona Centro de CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A.: 23.700 euros
- D. Anselmo , Director General ELECTRÉN, S.A: 55.800 euros
- D. Armando , Director General de Producción de ELECTRÉN, S.A.:59.800 euros -
- D. Evelio , Director División Ferrocarriles de la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES, S.A.: 52.000 euros
- D. Sebastián , Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELEC NOR, S.A: 46.800 euros
- D. Benito , Subdirector General de Energía de ELEC NOR, S.A.: 27.000 euros
- D. Casimiro , Director de la División Ferroviaria de INSTALACIONES INABENSA, S.A.: 47.600 euros
- D. Claudio , Director de Proyectos Ferroviarios de INDRA SISTEMAS, S.A.: 43.200 euros
- D. Dionisio , Responsable de Ventas de la División Mobility de SIEMENS, S.A.: 45.100 euros."

La multa impuesta a D. Evelio , Director División Ferrocarriles de la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES, S.A.por importe acumulado de 52.000 euros, queda desglosada en los siguientes conceptos:

- CÁRTEL DE ELECTRIFICACION AVE: 39.600 EUROS.
- CARTEL DE LECTRRTIFICACION TREN CONVENCIONAL: 12.400 EUROS.

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida recoge 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 a raíz de la aprobación de la citada Ley, el monopolio público en infraestructuras y prestación de servicio de transporte ferroviario, que estaba desde 1941 gestionado por RENFE, se escindió en dos nuevas empresas públicas: el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), que es el órgano competente para la administración de la Red Ferroviaria de Interés General (RFIG), y Renfe- Operadora, encargada de la prestación del servicio de transporte y que posteriormente, mediante el Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios, se produjo una reestructuración y RENFE pasó a componerse de cuatro sociedades mercantiles estatales (RENFE Viajeros, RENFE Mercancías, RENFE Fabricación y Mantenimiento y RENFE Alquiler de Material Ferroviario) más la entidad pública empresarial RENFE-Operadora. Que además, el Real Decreto-ley 15/2013, de 13 de diciembre, sobre reestructuración de la entidad pública empresarial ADIF, dividió al gestor de infraestructuras. Que por una parte se creó ADIF-Alta Velocidad que tiene a su cargo la administración de la red de alta velocidad y la construcción y administración



de las nuevas líneas que se le encomienden y que, por otra, ADIF siguió con la administración de la red ferroviaria convencional. Añade que en España el marco fundamental de la reglamentación lo constituye el Reglamento General de Circulación (RGC), aprobado por Real Decreto 664/2015, de 17 de enero y modificado por Real Decreto 1011/2017, de 1 de diciembre de 2017, junto con las Normas Específicas de Circulación (NEC) y que la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (LSF), incorpora al ordenamiento español las nuevas normas contenidas en la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de noviembre de 2012, que aunque mantiene un buen número de los preceptos de la Ley 39/2003, por razones de certeza y claridad y para facilitar la más correcta interpretación de sus mandatos, deroga la Ley 39/2003. La Ley 38/2015 ha sufrido una modificación parcial en virtud del Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados.

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

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

Tras ello, aborda la delimitación del mercado de producto, señalando que las prácticas investigadas en este expediente abarcan la fabricación, suministro, instalación y/o mantenimiento y reparación de sistemas de electrificación - incluyendo líneas aéreas de contacto o catenarias, alimentación eléctrica, subestaciones eléctricas y otros componentes que aseguren el suministro eléctrico y su mantenimiento y de equipos electromecánicos de líneas ferroviarias de tren convencional y alta velocidad y se muestra conforme con la DC en la definición de los mercados afectados por las conductas objeto de análisis en este expediente, en la que realiza las siguientes divisiones de mercados por productos, distinguiendo, por un lado, mercados que afectan a trenes de alta velocidad y convencionales, y por otro lado a mercados que afectan a los sistemas de electrificación y equipos de electromecánica.

Los mercados así definidos son los siguientes:

- i) Mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.
- ii) Construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.
- 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 definidos y de los requerimientos de información a las empresas incoadas, a ADIF, a la Secretaría General de



Infraestructuras del Ministerio de Fomento y a la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía. Añade que los acuerdos se han producido en relación con contratos públicos que, salvo una excepción (proyecto Follo Line), afectan a la infraestructura ferroviaria de nuestro país. Que los acuerdos han tenido por objeto el reparto de licitaciones que afectan, por un lado, al mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, por otro lado, a la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad y, por último, a la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad.

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

A continuación, se exponen los hechos acreditados más destacados obtenidos por la Dirección de Competencia a lo largo de la instrucción del expediente que, siguiendo el esquema de la propuesta de resolución, se estructuran en los siguientes tres grandes bloques que relatan la existencia de acuerdos y contactos entre empresas competidoras en los mercados afectados:

- Hechos acreditados en relación con licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.

- Hechos acreditados en relación con licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.

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

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 de los directivos y representantes legales de las empresas, recoge, por lo que se refiere al aquí recurrente, lo siguiente:

D. Evelio, Director División Ferrocarriles de SEMI:

- Por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, desde octubre de 2013 hasta abril de 2016.

- Su participación en la infracción de la empresa a la que representa queda acreditada en hechos del año 2013 (hechos 28, 29, 31, 34, 35, 36), del año 2015 (hecho 52) y del año 2016 (hecho 53).

- Por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, desde octubre de 2010 hasta marzo de 2016.



- Su participación en la infracción de la empresa a la que representa queda acreditada en hechos del año 2010 (folios 18475 a 18477), del año 2011 (folios 1754 y 1755, 1776, 1777, 18500 y 1850, 17738 y 17739), del año 2013 (hechos 116 y 128), del año 2014 (hechos 144, 152, 159, 160, 165 y folios 17215 y 20972, 20984, 20999 a 21003 y 17227 a 17231, 21040 a 21043, 17949 y 17951, 17945, 18716 y 18717) y del año 2015 (hechos 173, 182 y 187 y folios 21523 y 21525)

TERCERO. - En su escrito de formalización de la demanda, la representación procesal del recurrente opone los siguientes motivos de impugnación:

1- Nulidad de las inspecciones en ALSTOM y ELECENOR e infracción de las garantías del procedimiento sancionador. Vulneración del derecho del sr. Evelio a un proceso público con todas las garantías y existencia de indefensión material.

2- Nulidad del procedimiento sancionador de la CNMC por haberse vulnerado los derechos de defensa y el principio de presunción de inocencia del sr. Evelio .

3- Incorrecta calificación como infracción por objeto de las UTES en cuya constitución participó el sr. Evelio en nombre de SEMI en el marco de las licitaciones investigada.

4- La resolución declara la responsabilidad individual del sr. Evelio sin que concurren los requisitos del artículo 63.2 de la LDC.

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

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

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

CUARTO. - Por lo que se refiere a los motivos de impugnación que denuncian la nulidad de las inspecciones en ALSTOM y ELECENOR, a la infracción de las garantías del procedimiento sancionador, a la vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías y la existencia de indefensión material y a la incorrecta calificación como infracción por objeto de las UTES en el marco de las licitaciones investigada así como a la errónea valoración de los supuestos efectos que habrían tenido en el mercado las conductas imputadas, nos remitimos a lo resuelto en la sentencia dictada en el Procedimiento 896/2019 interpuesto por la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. ("SEMI").

Dicho lo anterior, cumple manifestar que la citada sentencia estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por SEMI a los efectos de declarar prescritas las conductas anticompetitivas acreditadas en el periodo comprendido desde 2002 hasta julio de 2012, modificando la duración de la infracción única y continuada que ha le había sido imputada por su participación en la infracción única y continuada 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, con las consecuencias que ello haya de proyectar en la sanción impuesta por dicha infracción que se anula.

QUINTO. - Continuando con el examen de los motivos de impugnación, en el escrito de formalización de la demanda, se opone que el sr. Evelio ocupó hasta finales del año 2012 una de las posiciones de jefe de obra de SEMI, no siendo nombrado Director de Ferrocarriles de SEMI hasta el 1 de diciembre de 2012 y que, por tanto, hasta dicha fecha no concurriría en ningún caso el elemento subjetivo del tipo previsto en el artículo 63.2 de la LDC.

Manifiesta el recurrente que la Resolución impugnada se limita a señalar en este sentido que el Sr. Evelio ya disfrutaba de un "alto grado de autonomía e independencia" que "no se correspondería con las limitadas funciones de un jefe de obra", basándose para ello únicamente en el hecho de que el sr. Evelio consta como remitente y destinatario de correos electrónicos vinculados a SEMI, así como en su participación en supuestas reuniones con otras empresas. El Sr. Evelio no niega su participación en contactos relativos a la constitución de UTEs con anterioridad a su nombramiento como Director de Ferrocarriles de SEMI pero se aduce que la Resolución obvia que su participación en estos contactos cuando ejercía aún el cargo de jefe de obra tuvo lugar siempre siguiendo las instrucciones concretas que le daba al respecto su superior jerárquico, D. Valeriano , no contando con ningún tipo de poder de decisión al respecto. En este sentido, señala que un jefe de obra ni siquiera está apoderado para la firma de los contratos a los que hace referencia la Resolución y, por tanto, no podría haber tenido control alguno sobre las ofertas presentadas por SEMI y que, en consecuencia, no puede admitirse que, como afirma la Resolución, la mera participación del Sr. Evelio en contactos y reuniones



con otras empresas pruebe por sí misma que ejercía ya funciones directivas cuando aún era un jefe de obra. Denuncia que, en la práctica, la postura que adopta la CNMC deja sin efecto la exigencia de que concurra el elemento subjetivo el tipo previsto en el artículo 63.2 de la LDC, ya que supone permitir que sean declarados responsables a título individual trabajadores que no ejercen cargos directivos ni cuentan con suficiente nivel de autonomía, por el simple hecho de que se vean involucrados en conductas potencialmente anticompetitivas bajo las órdenes de sus superiores jerárquicos.

A estos efectos cita la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 1 de octubre, FJ 3, a cuyo tenor:

"(...) es esta condición de representante legal o directivo la que marca el corte hacia abajo en la exigencia de responsabilidad a las personas físicas integradas en la organización de las personas jurídicas infractoras, evitando así que tengan que responder por su conducta en relación con el acuerdo o decisión anticompetitivo el personal que ocupe cargos técnicos, administrativos o de menos cualificación de la persona jurídica infractora".

Por todo lo expuesto, se aduce que, con anterioridad al 1 de diciembre de 2012, fecha en que empezó a ejercer el cargo de Director de Ferrocarriles de SEMI, el Sr. Evelio no puede ser considerado, en modo alguno, responsable individual de una infracción de la normativa de competencia conforme al artículo 63.2 de la LDC.

Por lo demás refiere que la Resolución sanciona a título individual al Sr. Evelio por su presunta participación en dos infracciones muy graves, aportando como única motivación para ello una mera enumeración de hechos.

Dicho lo anterior objeta que la CNMC le ha extendido de forma automática la imputación de SEMI, vulnerando el principio de legalidad dispuesto en el artículo 25.1 de la Constitución y recuerda que, como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de octubre de 2019 la aplicación del artículo 63.2 de la LDC exige que la CNMC acredite el cumplimiento de los requisitos de antijuridicidad y culpabilidad y que no es suficiente que la CNMC acredite la intervención del sr. Evelio en una conducta ilícita - por ejemplo, demostrando que el Sr. Evelio participó en comunicaciones en las que presuntamente se sugeriría una propuesta de reparto de una licitación, sino que es preciso demostrar que éste era consciente de tal proposición y que intervino en la misma y que por ello resulta contrario a Derecho que la CNMC atribuya al Sr. Evelio la participación en supuestos repartos de licitaciones por el mero hecho de que, como Director de Ferrocarriles de SEMI, alcanzara acuerdos de licitación conjunta en UTE con otras empresas, sin que exista prueba alguna de que fuera consciente de que estas prácticas pudieran llegar a representar ningún tipo de restricción de la competencia.

SEXTO. - A la vista de lo expuesto, conviene recordar el contenido de la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sección 3 del 01 de octubre de 2019 (ROJ: STS 3044/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3044), en cuyo Fundamento de Derecho Tercero, recoge lo siguiente:

"De las sanciones a los representantes legales y personas que integran los órganos directivos.

El artículo 63.2 de la LDC establece lo siguiente: " Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

Esta Sala ya ha establecido una doctrina jurisprudencial sobre el sujeto activo de la infracción del artículo 63.2 de la LDC , de "las personas que integran los órganos directivos", en las sentencias 430/2019, de 28 de marzo (casación 6360/2017) y 483/2019, de 9 de abril (casación 4118/2017).

"(...)

La intervención en el acuerdo o decisión infractora solo será sancionable al amparo del artículo 63.2 LDC si es realizada por determinados sujetos, los representantes legales o los órganos directivos de la empresa infractora, mientras que, si es realizada por sujetos distintos, sean cual fuere la importancia de dicha intervención, quedará fuera del ámbito de aplicación del indicado precepto.

Es, por tanto, la condición de representante legal o directivo, exigida por el artículo 63.2 LDC , determinante de la responsabilidad que establece el indicado precepto legal. Como decíamos en la sentencia de esta Sala de esta misma fecha (recurso 5280/2018), es esta condición de representante legal o directivo la que marca el corte hacia debajo en la exigencia de responsabilidad a las personas físicas integradas en la organización de las personas jurídicas infractoras, evitando así que tengan que responder por su conducta en relación con el acuerdo o decisión anticompetitivo el personal que ocupe cargos técnicos, administrativos o de menor cualificación de la persona jurídica infractora.

La aplicación de las consecuencias sancionadoras previstas por el artículo 63.2 de la LDC exigirá, naturalmente, que además del cumplimiento del requisito de tipicidad, concretado en la intervención en el acuerdo o decisión anticompetitivos de los sujetos activos precisados por el precepto, concurren también los requisitos



de antijuricidad y singularmente de culpabilidad, pues como ha insistido numerosas veces este Tribunal, la responsabilidad objetiva o por el resultado no se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, sino que el elemento de culpabilidad es un requisito imprescindible del derecho administrativo sancionador, de conformidad con los artículos 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público .

Queda por decir que si bien la intervención en el acuerdo o decisión del representante legal y de los directivos de la empresa infractora es sancionable conforme al artículo 63.2 LDC , de conformidad con lo anteriormente razonado, la mayor o menor importancia o relevancia de esa intervención tendrá proyección, en su caso, sobre las consecuencias sancionadoras que se asignen a la conducta infractora, a decidir en el momento de la individualización o cuantificación de la multa prevista en dicho precepto legal.

Así lo ha venido manteniendo esta Sala de forma reiterada, entre otras en la sentencia de 18 de julio de 2016 (recurso 2946/2013 , "Productores de Uva y Vinos de Jerez"), en la que hemos señalado que la participación y distinto grado de protagonismo del sujeto en la conducta infractora tiene su reflejo en la individualización de la sanción (...)."

Y añade que la LDC no contiene una definición de qué deba entenderse por órgano directivo, a los efectos de la aplicación del precepto que examinamos, pero esa falta de definición no constituye un obstáculo desde la perspectiva del artículo 25 CE , pues se trata de un concepto de concreción razonablemente factible, en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que cumple por ello las exigencias de legalidad en materia sancionadora de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 151/1997, FD 3º y 218/2005, FD 3º).

Pues bien, en el caso que examinamos, el recurrente ha sido sancionado en su condición de Director División Ferrocarriles de SEMI:

- Por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, desde octubre de 2013 hasta abril de 2016, participación que queda acreditada en hechos del año 2013 (hechos 28, 29, 31, 34, 35, 36), del año 2015 (hecho 52) y del año 2016 (hecho 53).

- Por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, desde octubre de 2010 hasta marzo de 2016, participación que queda acreditada en hechos del año 2010 (folios 18475 a 18477), del año 2011 (folios 1754 y 1755, 1776, 1777, 18500 y 1850, 17738 y 17739), del año 2013 (hechos 116 y 128), del año 2014 (hechos 144, 152, 159, 160, 165 y folios 17215 y 20972, 20984, 20999 a 21003 y 17227 a 17231, 21040 a 21043, 17949 y 17951, 17945, 18716 y 18717) y del año 2015 (hechos 173, 182 y 187 y folios 21523 y 21525), sin tener en cuenta que no ostentó dicho cargo hasta el 1 de diciembre de 2012, por lo que no se puede imputar responsabilidad en virtud de su de su condición de Director de División de Ferrocarriles hasta entonces.

Por lo demás cumple manifestar que no cuestiona el recurrente en su demanda que el cargo que ostentaba desde diciembre de 2012 de Director de División de Ferrocarriles revestía las características propias de "órgano directivo" por lo que damos por acreditada la concurrencia del primer presupuesto a la que la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2019 anuda la responsabilidad de las personas físicas integradas en la organización de las personas jurídicas infractoras, al amparo del artículo 63.2LDC desde 2012.

Así las cosas, examinaremos, a continuación, la intervención del sr. Evelio en los cárteles por los que ha sido sancionado, comenzando por el cartel cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.

SÉPTIMO. - Pues bien, recordemos de nuevo que la resolución recurrida sanciona a D. Evelio , Director División Ferrocarriles de SEMI por su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, desde octubre de 2013 hasta abril de 2016 y precisa que su participación en la infracción de la empresa a la que representa queda acreditada en el año 2013 en los hechos 28, 29, 31, 34, 35 y 36, en el año 2015 en el hecho 52 y en el año 2016 en el hecho 53.

Pues bien, ha quedado probado en el expediente administrativo el correo electrónico de ELECNOR a SEMI de 28 de octubre de 2013 con asunto "MANTENIMIENTO ADIF CENTRO", recabado en las inspecciones de ELECNOR (folios 1985 y 1986) y SEMI (folio 17759), por el que el Delegado de Ferrocarril de ELECNOR propuso al Director de la División de Ferrocarriles de SEMI licitar en UTE el servicio en dicha zona, con el siguiente tenor literal:



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

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

Me comentó (Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELECENOR) que es posible que haya una reunión entre instaladores para llegar a algún acuerdo de reparto de zonas o algo así (lo veo muy complicado). Por nuestra parte, este acuerdo prevalecería ante cualquier otro. Cuando quieras lo comentamos, pero quería anticiparte la propuesta" (hecho 28 de la resolución sancionadora).

Obra en las actuaciones el correo remitido por el Director de contratación de ELECTRÉN al Director de la División de Ferrocarriles de SEMI y a otros directivos de COBRA, ALSTOM, CYMI y ELECTRÉN, el 28 de octubre de 2013, en el que propuso un reparto de las citadas obras de mantenimiento licitadas, tras haberlo valorado con el Director General de la Unidad de Sistemas e Infraestructura de ALSTOM, adjuntando una propuesta de reparto y la eventual formación de UTE:

"Estimados TODOS:

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

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

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

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

Esperando vuestras respuestas, Un saludo" (Hecho 29 de la resolución).

Consta acreditado que tras recibir dicha propuesta, el Director de la División de Ferrocarriles de SEMI recriminó al Director de Contratación de ELECTRÉN el haber enviado dicha propuesta vía correo electrónico, a lo que éste respondió reconociendo su error: "Perdona, he cometido un error, efectivamente NO debería haber ido en la red." (Hecho 31) y que un día después, el 6 de noviembre de 2013, el Delegado de Ferrocarril de ELECENOR retomó la comunicación con el Director de la División de Ferrocarriles de SEMI con respecto a la licitación para la Zona CENTRO, solicitándole la coordinación para la elaboración de la oferta conjunta:

"Supongo que estarás ya por aquí, tenemos que coordinarnos para la preparación de la oferta de mantenimiento centro. Me han comentado que van a sacar una nueva tabla de recursos y presupuestos por zona, pero precisamente, no creo que afecte a centro. Si me pasas tu responsable de ofertas, le pongo en contacto con el mío y vamos avanzando". (Hecho 34)

Además, se recoge que el 6 de noviembre de 2013, el Delegado de Ferrocarril de ELECENOR retomó la comunicación con el Director de la División de Ferrocarriles de SEMI con respecto a la licitación para la Zona CENTRO, solicitándole la coordinación para la elaboración de la oferta conjunta:

"Su pongo que estarás ya por aquí, tenemos que coordinarnos para la preparación de la oferta de mantenimiento centro. Me han comentado que van a sacar una nueva tabla de recursos y presupuestos por zona, pero precisamente, no creo que afecte a centro. Si me pasas tu responsable de ofertas, le pongo en contacto con el mío y vamos avanzando" (hecho 34). Y que, con fecha de 20 de diciembre de 2013, el Director de Contratación de ELECTRÉN propuso al Director de la División de Ferrocarriles de SEMI, al Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELECENOR y al Director General de ELECTRÉN presentarse en UTE al 33,33% en los lotes 1 Centro, Lote 4 Este y otro lote a definir para repartirse la ejecución de dichos contratos:

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

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

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

LOTE 1 CENTRO

Semi 33,34 %

ELECTRÉN 33,33 %



Elecnor 33,33 %

LOTE 4 ESTE

ELECTRÉN 33,34 %

Elecnor 33,33 %

Semi 33,33 %

Y OTRO LOTE A DEFINIR

ELECTRÉN 33,33 %

Elecnor 33,34 %

Semi 33,33 %

Y la empresa con la centésima de más es el responsable de "montar" la oferta" (Hecho 35)

Ha quedado acreditado que el Jefe de la División Líneas Aéreas de Contacto Convencionales y Metropolitanos de SEMI remitió un correo interno el 26 de diciembre de 2013 planteando la necesidad de aclarar dicha propuesta para hacerla de modo individual o en UTE para los lotes mencionados de la citada licitación y que el Director de la División de Ferrocarriles de SEMI contestó al citado correo indicando lo siguiente:

"No hay UTE. Vamos por libre y haremos ute con Elecnor si nos dan el centro a cualquiera de los dos. Nos podemos presentar a centro, noroeste y sur o este. De las dos últimas vamos a presentar la de la zona este.

Un saludo"

Por su parte, la participación del recurrente en el cártel examinado en el año 2015, queda acreditada en el acuerdo suscrito por ELECTRÉN, ELECNOR y SEMI para el reparto de las licitaciones de ADIF Expte. NUM001 y Expte. NUM002 de 12 de diciembre de 2015 (folios 1155 a 1157), recabado en la inspección realizada en la sede de SEMI, a cuyo tenor:

"tras las aperturas de las obras abajo referenciadas, los representantes de las empresas citados, acordamos una estrategia para conseguir las adjudicaciones en las mejores circunstancias posibles y posteriormente, tras la adjudicación, compartir las obras conseguidas a tercios (33,33%), mediante una ute por debajo del adjudicatario, sin coeficientes de paso. los representantes se comprometen a llevar el acuerdo en los términos acordados, consiguiendo la mayor equidad posible entre los socios y máximo beneficio para las utes resultantes.

1. sustitución de sustentador y pendolado en la línea barcelona-blanes-maçanet. expte. NUM001 la estrategia acordada en este caso supone que electrén no justifique su baja temeraria, siendo semi adjudicatario con su baja del 33,33% y resultando una adjudicación del contrato por 1.036.067,27 € (iva no incluido) a compartir con la ute.

2. rehabilitación de catenaria afectada por corrosión marina en la línea de vilanova. expte. NUM002 .

La estrategia acordada en este caso supone que electrén y semi no justifiquen su baja temeraria, siendo elecnor adjudicatario con su baja del 26,73% y resultando una adjudicación del contrato por 1.029.131,78 € (iva no incluido) a compartir con la ute" (Hecho 52)

También ha quedado acreditada la intervención del recurrente en el cartel que examinamos y así en marzo de 2016, el Director General de Producción de ELECTRÉN, el Delegado de Ferrocarriles de ELECNOR y el Director de la División de Ferrocarriles SEMI se remitieron ejemplares de dicho acuerdo, emplazándose para la firma del mismo y una posterior comida entre ellos para celebrar el acuerdo. 1(Hecho 56) (Correo electrónico de ELECNOR a ELECTRÉN y SEMI de 12 de diciembre de 2015 con asunto "Acuerdo para compartir obras de ADIF en TARRAGONA" (folio 18159); correo electrónico de ELECNOR a ELECTRÉN y SEMI de 31 de marzo de 2016 con asunto "ACUERDO PARA COMPARTIR OBRAS DE ADIF EN TARRAGONA" (folios 18156, 18157, 18158 y 18160) y correo electrónico de SEMI a ELECNOR y ELECTRÉN de 31 de marzo de 2016 con asunto "RE:ACUERDO PARA COMPARTIR OBRAS DE ADIF EN TARRAGONA" (folio 18160), recabados en la inspección de SEMI.

OCTAVO.- Por lo que se refiere a su participación en el cártel de reparto de licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de los sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, que la resolución le imputa desde octubre de 2010 hasta marzo de 2016, debemos reiterar que no puede ser sancionado por su participación como directivo hasta el 1 de diciembre de 2012 pues hasta ese momento no ostentaba el cargo de director división ferrocarriles.

Pues bien, acotada su responsabilidad a partir de esa fecha, recoge la resolución sancionadora que el Presidente y el Director General de ALSTOM, el Director General de ELECTRÉN, el Director de Subestaciones



y Ferrocarriles de ELEC NOR, el Delegado de EYM, el Director General de Ferrocarriles de COBRA, el Director de División de Ferrocarriles de SEMI, el Director de la División Ferroviaria de INABENSA y el Responsable de Ventas de la División Mobility de SIEMENS, 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 acordaron respetar la cuota de mercado histórica que estas empresas habían venido disfrutando y que para ello calcularon y actualizaron de forma aproximada la cuota que correspondía a cada una de estas empresas. Esta información se dice 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) no ha podido ser constatada por esta Sala.

Consigna así mismo la resolución 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 17195 a 17203 recabado en la inspección de ELECTRÉN).

Con relación al año 2014, se hace mención en el hecho 144 a que el 28 de enero de 2014, el Director de la División de Ferrocarriles de SEMI envió un correo electrónico a directivos de COBRA, ELEC NOR, INABENSA, ISOLUX y SIEMENS, informándoles de los porcentajes de la citada UTE SILVACAT (folios 17858, 20300 y 20301), recabado en las inspecciones de SEMI y SIEMENS.

En el hecho 152, se recoge que las empresas ELEC NOR, ELECTRÉN y SEMI acordaron repartirse el contrato al presentar una única oferta con la estructura de una UTE para posteriormente repartirse el objeto de la misma a "tercios" (33,34%:

"Buenos días,

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

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

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

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

Un saludo.

Director división Ferrocarriles SEMI" (folio 17943, recabado en la inspección de SEMI

En el hecho 159 se hace constar que tras el anuncio de la licitación el 10 de junio de 2014, el 23 de junio de 2014 el Director General de Producción de ELECTRÉN convocó al Director de la División de Ferrocarriles de SEMI y a otros directivos de la UTE EUROCAT (de COBRA), COBRA, SIEMENS e INABENSA a una reunión el 25 de junio en la sede de ELECTRÉN, con el siguiente orden del día 208:

"1. -Consensuar participación actual de cada empresa según los mantenimientos en vigor.

2. -Establecer posibles escenarios de reparto en base a varios criterios que se fijarán en dicha reunión".

En el Hecho 160 se añade que tras la reunión celebrada el 25 de junio de 2014 entre los directivos 209 de ELECTRÉN, COBRA, SEMI, SIEMENS, INABENSA y ALSTOM210, en la que acordaron los repartos de la licitación, se intercambiaron información, enviando el Director General de Producción de ELECTRÉN un correo electrónico ese mismo día a los anteriores directivos, adjuntando los documentos consensuados durante dicha reunión, denominados REPARTO MANTENIMIENTOS 1.pdf y REPARTO MANTENIMIENTOS 2.pdf, respectivamente:

"Buenos días, adjunto remito documentos modificados según el dato facilitado por ALSTOM y lo acordado en la reunión de esta mañana."

Por su parte, en el hecho 165 se consigna que el 3 de julio de 2014, la Directora de Proyectos de Catenaria de INABENSA envió por correo electrónico a directivos 215 de ELECTRÉN, COBRA, ALSTOM, ELEC NOR, SEMI, SIEMENS e INABENSA, la confirmación de los porcentajes de reparto consensuados para la UTE mantenimiento.

Y en relación el año 2015, en el hecho 173 se hace referencia a que para el uso de los recursos de la UTE AVE ENERGIA se estableció un modus operandi acordado por todos sus miembros. El mismo implicaba una facturación del 3% de la producción real de la UTE en el mes anterior. Se instrumentaría mediante un pedido lanzado por esta a los socios por dicho importe, como se constata en este correo remitido en julio de 2015 por SIEMENS a ALSTOM, COBRA, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA y SEMI

"Estimados todos,

Habiendo recibido el OK de todos los socios propongo lo siguiente:

Cada mes se facturará el 3% de la producción real de la UTE en el mes anterior. Dato que aportará la administración a cada socio respetando el porcentaje accionarial en la UTE.

Inicialmente la administración de la UTE lanzará un pedido a cada socio por el 3% del importe del canon (sin incluir los variables) siguiendo un criterio de prudencia.

Os ruego de nuevo validéis esta forma de proceder si os parece oportuna

Un saludo y gracias por la agilidad en vuestras respuestas (...)" Correo electrónico de SIEMENS a ALSTOM, COBRA, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA y SEMI de 15 y 16 de julio de 2015, y los recibidos en contestación a éstos de COBRA a ALSTOM, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA, SEMI y SIEMENS de 16 de julio de 2015 y de SEMI a ALSTOM, COBRA, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA y SIEMENS de 16 de julio de 2015, con asunto "RE: Propuesta de reparto del 3% en concepto de gastos de estructura UTE MANTENIMIENTO AVE ENERGIA: CONCRETANDO EL MODUS OPERANDI", recabados en las inspecciones de ELECTRÉN (folios 17256 a 17258), SEMI (folios 17997 a 17803) y SIEMENS.

NOVENO.- A la vista de todo lo expuesto podemos concluir que ha quedado acreditada la intervención del recurrente, en su condición de directivo de SEMI en las dos infracciones por las que ha sido sancionado. Por lo demás, el conocimiento de la ilicitud de su conducta resulta del contenido de las pruebas que hemos referido, suficientemente expresivas del carácter anticompetitivo de los acuerdos y de las conductas desplegadas por SEMI.

Así lo avala la respuesta dada por el recurrente a la propuesta realizada por el Director de contratación de ELECTRÉN en el correo electrónico de 28 de octubre de 2013 con asunto "OBRAS DE MANTENIMIENTO" a cuyo tenor:

"Estimados TODOS:

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

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

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

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

Esperando vuestras respuestas, Un saludo"

Pues bien, el aquí recurrente se limitó recriminar al Director de Contratación de ELECTRÉN el haber enviado dicha propuesta vía correo electrónico, no su contenido, a lo que éste respondió reconociendo su error., lo que pone de manifiesto que conocía el carácter anticompetitivo de la propuesta, del que por tanto, no convenía dejar constancia.

DÉCIMO. - Examinaremos, a continuación, el motivo de impugnación que denuncia que la Resolución sancionadora no motiva debidamente el cálculo de las multas impuestas, siendo sus importes arbitrarios y desproporcionados.

Pues bien, para dar respuesta a este motivo de impugnación conviene recordar que la resolución sancionadora fundamenta las sanciones impuestas a las personas físicas en los siguientes términos:

"6.4. Criterios de determinación y sanción a imponer a las personas físicas declaradas responsables

El artículo 63.2 de la LDC limita a un máximo de 60.000 euros la sanción a imponer a los representantes legales o personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión objeto de sanción.

El deber general de ponderar los principios de proporcionalidad y disuasión que debe presidir cualquier actuación en esta materia se hace todavía más exigente cuando hay que pronunciarse sobre expedientes sancionadores de conductas respecto de las cuales la Dirección de Competencia propone la sanción a personas físicas.



Para la determinación de la sanción, primero han de tenerse en cuenta criterios objetivos, como la gravedad y demás rasgos característicos de la infracción, tal y como se han descrito en los apartados anteriores. Estos criterios pueden resumirse de forma sintética mediante la comparación entre el tipo sancionador total que corresponde a sus empresas en función de la gravedad de la conducta y de su participación en la infracción, y el límite legal máximo del 10% que establece el artículo 63 de la LDC .

Después, han de tenerse en cuenta criterios subjetivos, entre los que destacan la duración de la participación de cada directivo y el nivel jerárquico de su puesto dentro de la organización. En cuanto al nivel jerárquico de su puesto dentro de la organización, este segundo criterio de carácter subjetivo se ha traducido en anteriores expedientes sancionadores en la agrupación de los directivos en dos categorías, el de directivos de nivel 1, con mayor capacidad de decisión, y el grupo de directivos de nivel 2, con puestos directivos con un nivel de autonomía más limitado.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, procede analizar de manera individualizada los criterios para el cálculo de la sanción que corresponde a cada uno de los directivos por su responsabilidad en cada una de las infracciones referidas"

Así, por cuanto se refiere al Cárnel para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad se recoge que D. Evelio , Director División Ferrocarriles de SEMI, a la que se ha aplicado un tipo sancionador total del 6,4% y a quien se atribuye una participación en la infracción de 66 meses, se le impone una sanción de 39.600 euros.

Por su parte, en el cartel para el reparto de contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional se consigna que D. Evelio , Director División Ferrocarriles de SEMI, a la que se ha aplicado un tipo sancionador total del 6,6% y a quien se atribuye una participación en la infracción de 30 meses, se le impone una sanción de 12.400 euros.

Así las cosas, la resolución sancionadora se ha limitado a exponer con carácter general los criterios objetivos y subjetivos que ha tomado en consideración para individualizar la sanción a imponer a los directivos. Sin embargo, no ha explicitado, ni argumentado en qué medida cada uno de los parámetros considerados se ha traducido en la sanción impuesta a cada uno de ellos. Por lo expuesto, a juicio de la Sala (Sección 6ª), la individualización de la sanción impuesta al recurrente carece de la necesaria motivación, lo que determina la estimación de la demanda en orden a anular la sanción impuesta a D. Evelio .

UNDÉCIMO.- Lo expuesto determina la estimación del presente recurso, a los efectos de anular las sanciones que le han sido impuestas por falta de motivación, sin hacer pronunciamiento sobre el pago de costas procesales.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de **D. Evelio** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictada el día 14 de marzo de 2019, en el Expediente número NUM000 , ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, por la que se declara responsable al recurrente 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 tres cárteles en el sector de electrificación ferroviaria en España en relación con líneas de tren convencional y líneas de alta velocidad, respectivamente, a los efectos de anular las sanciones que le han sido impuestas por falta de motivación, sin hacer pronunciamiento sobre el pago de costas procesales.

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.