



Roj: **SAN 2199/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2199**

Id Cendoj: **28079230062024100239**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/04/2024**

Nº de Recurso: **931/2019**

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: 0000931 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 6913/2019

Demandante: COMSA INSTALACIONES Y SISTEMAS INDUSTRIALES, S.A.U. y COMSA CORPORACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, S.L.

Procurador: D. JACOBO DE GANDARILLAS MARTOS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

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

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^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiséis 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. **931/2019**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Jacobo de Gandarillas Martos que actúa en nombre y en representación de las mercantiles **COMSA INSTALACIONES Y SISTEMAS INDUSTRIALES, S.A.U. y COMSA CORPORACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, S.L.**, 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 NUM000 , ELECTRIFICACION Y ELECTROMECAICAS FERROVIARIAS. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. Y como partes codemandadas han comparecido la mercantil ALSTOM



TRANSPORTE, S.A.U. representada por el Procurador D. Germán Marina Grimau y la entidad ADIF ALTA VELOCIDAD representada por la Procuradora Dña. 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 de esta Sala que dicte sentencia estimatoria por la que se *"declare nula la precitada Resolución mediante la cual se impone a COMSA una sanción consistente en multa por importe de dos millones ochocientos mil euros (2.800.000 €) o, subsidiariamente, anule esta última"*.

SEGUNDO. El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en el que suplicaba se dicte sentencia que confirme 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 21 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 COMSA INSTALACIONES Y SISTEMAS INDUSTRIALES, S.A.U. y COMSA CORPORACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, S.L. (en adelante, COMSA) 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 NUM000 , ELECTRIFICACION Y ELECTROMECANICAS FERROVIARIAS.

La referida resolución impone a la entidad COMSA INSTALACIONES Y SISTEMAS INDUSTRIALES, S.A. una sanción de multa por importe de 2.800.000 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. Además, se declaró la responsabilidad solidaria de su matriz COMSA, CORPORACION DE INFRAESTRUCTURAS, S.L.

Concretamente, en relación con la entidad recurrente COMSA, la resolución sancionadora indica que *"es la sucesora en cuanto a la actividad de las empresas EMTE, S.AU. y EMTE NORTE, S.L. y en la medida en que COMSA es la sucesora de EMTE procede imputar a la primera la responsabilidad de autoría de EMTE"*. Y sanciona a la mercantil COMSA 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. Recogiéndose en la resolución impugnada que: *"EMTE (actual COMSA) se incorporó al cartel a través de los denominados acuerdos MICRO-MACRO, en los que las empresas decidieron repartirse varias licitaciones en el año 2010. Cabe destacar, en relación con estos acuerdos que, en el año 2012, consta una reunión en la que participó esta empresa para tratar aspectos de los acuerdos. En los años 2013 y 2014 la citada empresa participó en el reparto de varios contratos relativos a este mercado. La citada empresa habría puesto fin a su participación en el cartel en abril de 2014"*.

Conductas que se han calificado por la CNMC como infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia constitutivas de una infracción única y continuada al considerarse que las conductas 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 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 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 a la primera y a la tercera suspensión del plazo de duración del procedimiento sancionador acordadas por la Dirección de Competencia y por el Consejo de la CNMC, respectivamente.

Además, alega que se le ha ocasionado indefensión porque la Dirección de Competencia no admitió la práctica de la prueba propuesta consistente en la declaración de los directivos de la mercantil denunciante ALSTOM ya que esa declaración, según expone, le hubiera permitido demostrar que la recurrente no conocía la existencia del plan común colusorio sancionado a partir del año 2013.

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 acredite que, con su participación en algunas licitaciones en el año 2010 a través de UTEs, pudo tener conocimiento del plan acordado inicialmente por otras empresas en el año 2008. En todo caso refiere que, sin necesidad de analizar los hechos imputados de los años 2010 a 2012, no consta su participación en ninguna licitación convocada en el año 2013 lo cual implica que su conducta estaría prescrita porque cuando se le notificó el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador ya había transcurrido el plazo de prescripción de 4 años.

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 en su escrito de contestación a la demanda interesa la desestimación del recurso interpuesto porque considera que la entidad recurrente ha participado en las conductas imputadas y conocía que formaba parte de un plan común con su participación 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 determinantes de nulidad de la resolución sancionadora impugnada.

En primer lugar, invoca la nulidad de la resolución sancionadora indicando que se ha dictado y notificado cuando el plazo de duración de la tramitación del procedimiento sancionador ya había transcurrido con la consecuencia de que el procedimiento administrativo estaba caducado. Y ello porque niega efecto suspensivo tanto a la primera suspensión acordada el 23 de abril de 2018 por la Dirección de Competencia como a la tercera suspensión acordada el 31 de enero de 2019 por el Consejo de la CNMC al amparo de lo dispuesto en el artículo 37 de la LDC durante la tramitación del procedimiento sancionador. A su juicio, esas suspensiones son inadmisibles porque no se basan en motivos que justifiquen una ampliación del plazo para resolver.

La primera suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento sancionador se acordó en fecha 23 de abril de 2018 apoyándose la Dirección de Competencia en el artículo 37.1.d) de la LDC toda vez que las empresas SEMI, COBRA y CYMI y, posteriormente, el Sr. Higinio habían interpuesto un recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra la denegación de la solicitud de confidencialidad de la información aportada al expediente por dichas empresas en contestación a los requerimientos de información realizados por la Dirección de Competencia para determinar el volumen de negocios. Aunque admite que la autoridad de competencia está facultada para suspender el plazo máximo en los supuestos en los que se interponga un recurso administrativo o judicial contra una Resolución de la Dirección de Competencia, no obstante, refiere que esa suspensión no es automática ni obligatoria ya que el artículo 37.1.d) de la LDC solo especifica que "podrá" suspenderse mediante resolución motivada el plazo máximo de resolución. Y, a su juicio, la CNMC no ha justificado en forma alguna los motivos que le han llevado a considerar que el recurso interpuesto por SEMI, CYMI y COBRA primero, y por Don Higinio después, justificaban la suspensión de los plazos de duración del expediente sancionador cuando esos recursos solo afectaban a un número pequeño de afectados y a un número reducido de documentos del expediente. Y añade que la discusión en relación con la confidencialidad de algunos datos no revestía la trascendencia necesaria como para suspender una garantía esencial de los procedimientos sancionadores como es su plazo máximo de duración, especialmente si se tiene en cuenta que los datos en cuestión no impedían en modo alguno la normal continuación de la tramitación del expediente sancionador puesto que se pudo haber paralizado tan solo la incorporación de dichos documentos a la versión pública del mismo durante el plazo en el que se tardase en resolver el recurso presentado.

Esta Sala no comparte las afirmaciones de la recurrente. La Dirección de Competencia acordó la referida suspensión apoyándose en la previsión recogida en el artículo 37.1.d) de la LDC que faculta para suspender la tramitación del procedimiento sancionador por la mera interposición del recurso previsto en el artículo 47 de la LDC. Suspensión que, además, en este caso, se ha justificado no solo con arreglo al ejercicio de la citada potestad sino que, en el acuerdo de suspensión se recogieron las razones que justificaban la suspensión en el

caso analizado al decir expresamente que: *"teniendo en cuenta el estado procedimental en el que se encuentra el citado expediente y la garantía en todo momento de la defensa de sus intereses por las entidades incoadas, se considera pertinente suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento haciendo uso de la potestad prevista en el artículo 37.1.d) de la LDC ..."*.

En consecuencia, esta Sala declara que, en este caso, el ejercicio por parte de la Dirección de Competencia de la potestad de suspensión no es arbitraria por cuanto que ha indicado las razones que, en ese momento, justificaban la suspensión y era precisamente el estado procedimental en que se encontraban las actuaciones administrativas en cuanto que el siguiente trámite procedimental era el dictado de la propuesta de resolución en la que se propone a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC el importe de la sanción de multa para lo cual era esencial resolver previamente los recursos planteados respecto de la solicitud de declaración de confidencialidad de algunos datos proporcionados por las empresas impugnantes así como por el Sr. Higinio que precisamente afectaban al volumen de negocios que se había solicitado.

Por tanto, entendemos que el acuerdo de suspensión está suficientemente motivado por cuanto recoge cuales han sido las razones que han justificado su adopción; cuestión distinta es que esas razones no se compartan por la recurrente, pero ello no supone ni arbitrariedad ni falta de motivación en la decisión de suspensión examinada. Y, además, no podemos entender que sea una suspensión caprichosa o arbitraria ya que se apoya por una parte (i) en el estado procedimental en el que se encontraba el procedimiento administrativo - fase de propuesta de resolución en la que se propone el importe de la multa atendiendo a los datos económicos respecto de los cuales se había denegado la confidencial- y por otra parte (ii) en el derecho de defensa de las empresas y del Sr. Higinio en cuanto que se consideró que era prioritario suspender los plazos de duración del procedimiento administrativo hasta que se resolvieran sus peticiones consistentes en que se declarara la confidencialidad de determinada documentación que habían aportado al expediente sancionador.

CUARTO. Asimismo, niega efectos suspensivos 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 para requerir a las empresas información relativa a su volumen de negocios total en el año 2018 con el fin de poder cuantificar el importe de las sanciones. 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 ya que es ese un trámite ordinario que pudo y debió hacerse dentro del plazo máximo de resolución y, según expone, pudo hacerse ya desde el 1 de enero de 2019, fecha en la que ya se sabía que el expediente sancionador se iba a resolver 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 en el año 2018 ya que, aunque ya 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 porque 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"*. Ad emás, 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 antes 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".

QUINTO. Asimismo, la recurrente apoya la nulidad de la resolución sancionadora indicando que se le ha ocasionado indefensión por cuanto que la Dirección de Competencia no admitió las pruebas que había propuesto en vía administrativa consistentes en la declaración de los directivos de la empresa denunciante ALSTOM y que consideraba esencial para demostrar que no tuvo participación en ninguna licitación convocada en el año 2013 lo cual permitiría acreditar que, en cualquier caso, su conducta estaría prescrita.

La Dirección de Competencia denegó la práctica de la prueba solicitada porque entendió que la información que se pretendía obtener con esa prueba no aportaba ningún valor añadido a la información detallada y ya aportada al expediente tanto por ALSTOM como por SIEMENS en sus respectivas solicitudes de clemencia atendiendo al nivel de detalle de las declaraciones aportadas por las solicitantes de clemencia, así como a la identidad de los directivos de ambas empresas que habían realizado dichas declaraciones.

Esta Sala rechaza la alegación de indefensión referida por la recurrente acogiendo la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo en relación con el rechazo de las pruebas propuestas en la vía administrativa y concluimos que, en el supuesto de autos, la CNMC ha rechazado de manera motivada la práctica de las pruebas propuestas por COMSA y no apreciamos arbitrariedad porque se ha denegado refiriendo que no iba a proporcionar valor añadido a la extensa prueba documental aportada por las empresas denunciadas. Justificación que aunque no se comparta por la recurrente, lo cierto es que, en ningún caso, la denegación acordada comporta indefensión material determinante de nulidad de la actuación administrativa impugnada. En este sentido, el Tribunal Constitucional en las sentencias 37/2000, 19/2001 y 133/2003,



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

Asimismo, el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 22 de febrero de 2013, rec. 4934/2009, se pronuncia sobre el alcance del derecho de defensa y la denegación de prueba oportunamente solicitada. Y si bien lo hace en relación con el proceso judicial, en la medida en que en los procedimientos administrativos sancionadores está en juego también el artículo 24 de la Constitución, resulta trasladable a dicho ámbito. Concretamente, en la citada sentencia se dice que: "El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, que consagra el artículo 24.2 de la Constitución , según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 74/2004, de 22 de abril , que es objeto de reiteración, en términos sustanciales, en las sentencias 165/2004, de 4 de octubre , 3/2005, de 17 de enero , 244/2005, de 10 de octubre , 30/2007, de 12 de febrero y 22/2008, de 31 de enero , tiene el siguiente significado y contenido constitucionales:

«a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y practica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio ; 211/1991, de 11 de noviembre ; 233/1992, de 14 de diciembre ; 351/1993, de 29 de noviembre ; 131/1995, de 11 de septiembre ; 1/1996, de 15 de enero ; 116/1997, de 23 de junio ; 190/1997, de 10 de noviembre ; 198/1997, de 24 de noviembre ; 205/1998, de 26 de octubre ; 232/1998, de 1 de diciembre ; 96/2000, de 10 de abril , FJ 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi (STC 26/2000, de 31 de enero , FJ 2).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre ; 212/1990, de 20 de diciembre ; 87/1992, de 8 de junio ; 94/1992, de 11 de junio ; 1/1996 ; 190/1997 ; 52/1998, de 3 de marzo ; 26/2000 , FJ 2), siendo solo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio ; 233/1992, de 14 de diciembre ; 89/1995, de 6 de junio ; 131/1995 ; 164/1996, de 28 de octubre ; 189/1996, de 25 de noviembre ; 89/1997, de 10 de noviembre ; 190/1997 ; 96/2000 , FJ 2).

c) Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este Tribunal solo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre, FJ 2 ; 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2 ; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2 ; 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5 ; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3 ; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 5 ; 237/1999, de 20 de diciembre, FJ 3 ; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2 ; 78/2001, de 26 de marzo , FJ 3).

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa" (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2 ; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3 ; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5 ; 26/2000, FJ 2 ; 45/2000 , FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. (SSTC 1/1996, de 15 de enero ; 164/1996, de 28 de octubre ; 218/1997, de 4 de diciembre ; 45/2000 , FJ 2).

e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987,



de 30 de septiembre, FJ 3 ; 131/1995, de 11 de septiembre , FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3 ; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2 ; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3 ; 357/1993, de 29 de noviembre , FJ 2), ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8 ; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3 ; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2 ; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2 ; 45/2000, FJ 2 ; 69/2001, de 17 de marzo , FJ 28)".

En análogo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2003, recurso núm. 4996/1998, señala que *«Conforme a la doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes que, como elemento inseparable del derecho mismo a la defensa, opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado y consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal que no podría desconocer ni obstaculizar su efectivo ejercicio, sin que ello implique, como recuerda el Tribunal Constitucional «desapoderar a los órganos jurisdiccionales de la competencia que les es propia para apreciar la pertinencia, por relación al thema decidendi, de las pruebas propuestas, ni liberar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan. Pero basta con que la inejecución sea imputable al órgano judicial y la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa para que, en principio, el supuesto quede cubierto por la garantía constitucional» (STC 59/1991, de 14 de marzo , F. 2). El derecho de toda persona a quien se atribuye la comisión de una infracción disciplinaria a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 de la Constitución) no es un derecho ilimitado, que obligue al Instructor del expediente a admitir y practicar todas pruebas que el interesado proponga. El derecho no resulta vulnerado si las pruebas que se rechazaron eran innecesarias para el enjuiciamiento de la falta disciplinaria, o los datos de hecho que se pretendía acreditar con ellas figuraban suficientemente justificados en el expediente disciplinario. Como ha reconocido también esta Sala y Sección en las precedentes sentencias de 24 de noviembre de 1999 y 24 de febrero de 2003 , las denunciadas denegaciones y omisiones de pruebas al respecto, no impiden ni implican infracción del artículo 24.2 de la Constitución , que, justamente, alude a pruebas pertinentes, en el sentido de relevantes, lo que conduce a la conclusión de que la sentencia recurrida no es nula de pleno derecho, en este punto, como se desprende de una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, reflejada, por ejemplo, en sentencias como las de 27 de septiembre de 1988 , 23 de enero y 22 de febrero de 1989 , 15 de febrero de 1990 y 29 de noviembre de 1993 , entre otras, que excluyen de tal derecho a la utilización de pruebas a aquellas que no se relacionan con el objeto del proceso, o que sean impertinentes, inútiles, innecesarias o inidóneas, o que no guardan conexión con aquel, tomando en cuenta su genuino contenido, delimitado aquí por el Acuerdo originario impugnado. En todo caso, en materia de valoración probatoria, ha declarado esta Sala que la interpretación de la voluntad manifestada en los dictámenes, en los informes y en los documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo, es una labor que corresponde a la Sala de instancia y la revisión que de esa previa valoración de la prueba en su conjunto hacia el Tribunal a quo, no tiene cabida objetiva en sede casacional después de la Ley 10/92, de 30 de abril, pues como ha reiterado la jurisprudencia de este Tribunal (en sentencias de 25 de enero , 8 y 26 de mayo , 2 de diciembre de 1989 , 2 y 13 de marzo de 1990 , 11 de marzo , 7 de mayo y 30 de julio de 1991 , 7 y 20 de mayo de 1994) , han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles la casación cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, pues la Sala de casación ha de atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la sentencia de instancia. Es doctrina reiterada y constante de esta Sala, que no es procedente en el recurso de casación hacer un supuesto de la cuestión, dada la naturaleza extraordinaria y específica que reviste el recurso, que no permite proceder en el a una revisión de las pruebas, convirtiéndolo en una tercera instancia, y este recurso no consiste en contraponer el resultado probatorio al que llega subjetivamente el recurrente, al obtenido por la Sala de instancia, no habiéndose alegado como infringidos preceptos o jurisprudencia en que se contengan criterios específicos para la valoración de la prueba sometida a la sana crítica, como han reconocido las sentencias de la Sala Tercera, Sección Quinta del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994 , de la Sala Tercera, Sección Segunda, de 27 de mayo de 1994 , de la Sección Séptima de la Sala Tercera de 28 de diciembre de 1994 y 21 de marzo de 1995 y de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de 14 de octubre de 1994 , entre otras sentencias".*

SEXTO. 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 cosas, 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 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 dice que, en el año 2010 se incorporaron otras empresas, tales como SIEMENS, INABENSA, CYMI, VIMAC, EYM, CITRAC (entonces BALFOUR), ISOLUX, DNEO (antes GAVISIA), ALSTOM, EMTE (actual COMSA), IBERINCO y NEOPUL. Indicando que en 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, ELECNOR, 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 ELECNOR, se realizaban a través de cuatro grupos estando en el grupo 1 las empresas COBRA, SEMI, ELECNOR; en el grupo 2 las empresas ALSTOM; ELECTREN y CYMI; en el grupo 3 las empresas SIEMENS e INABENSA y en el grupo 4 las empresas ISOLUX, EMTE y NEOPUL. Acuerdos 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 ya que 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. Entendemos que, ese comportamiento es anticompetitivo porque la homogeneidad de funcionamiento ha permitido a las empresas obtener una cierta estabilidad en los contratos durante largos periodos de tiempo toda vez que la dinámica era repetitiva y las empresas acababan sistematizando el comportamiento. Y ello, además, permite considerar que no se trataba de una conducta puntual o esporádica y fruto del normal funcionamiento del mercado, sino más bien de un plan ideado por las empresas para falsear la competencia y adoptar decisiones anticompetitivas.

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 han 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.

SÉPTIMO. Como ya hemos indicado, la CNMC ha sancionado a la mercantil recurrente, COMSA, 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 y que mencionaremos ahora algunas de sus peculiaridades.

En este sentido, en la resolución impugnada se indica que COMSA, 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, COMSA, acordaron un reparto a partes iguales en facturación y margen de esas licitaciones constituyendo UTEs que concurrirían a esas licitaciones, cediendo las UTEs adjudicatarias 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 de dichas licitaciones 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 COMSA 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 ELECNOR con las tablas de reparto para dichas licitaciones convocadas por ADIF en 2013 pactadas, en principio, en las reuniones de coordinación celebradas.

OCTAVO. 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, llevó 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"*.

Sin embargo, la CNMC ha considerado que la mercantil recurrente conocía la existencia del plan común porque participaba en forma de UTE en las licitaciones convocadas en el año 2010 tras los acuerdos MICRO-MACRO y que la CNMC ha entendido que eran UTEs de mera colaboración de la UTE adjudicataria ya que, previamente se había pactado quien resultaría adjudicataria de esa concreta licitación recibiendo a cambio las UTEs no adjudicatarias una compensación económica que se recogía en las tablas de reparto que elaboraba el Director de la Unidad de Negocio de Electrificación de SIEMNES, así como en el fichero excell elaborado por el responsable de ventas en el área de mantenimiento ferroviario de SIEMENS a solicitud del Director de Operaciones de ALSTOM que se elaboró con *"el objetivo es crear un fichero con la foto actual de los mantenimientos que este momento hay tanto de SSEE como de electrificación de las líneas de AVE, indicando importes, quienes conforman el consorcio, cuando vencen los contratos vigentes y % de las empresas que tienen en cada uno de los contratos"*.

La CNMC insiste en que esa forma de actuación solo es entendible porque forman parte de un plan común de actuación e integrador de las distintas conductas colusorias al tener las empresas competidoras sancionadas un comportamiento común que perseguía una estrategia común de actuación que era anticompetitiva.

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 competitivo de la recurrente solo podía interpretarse como que 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 las licitaciones convocadas forma de UTEs era lícita y respondía a criterios competitivos. Y añade que, en todo caso, esa concreta forma de participación en las licitaciones no implicaba que tuviera o pudiera tener conocimiento de los Acuerdos MICRO-MACRO adoptados ya que, no consta que haya emitido ni recibido ningún correo de las empresas competidoras en el periodo imputado que permita concluir que la mera 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 COMSA 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. Pruebas que, como ya decíamos en la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2016 (recurso nº 551/13) 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"*.



Concretamente, en relación con COMSA, la resolución sancionadora justifica su responsabilidad diciendo: *"EMTE (actual COMSA) se incorporó al cártel a través de los denominados acuerdos MICRO-MACRO, en los que las empresas decidieron repartirse varias licitaciones en el año 2010 (hechos 89 a 113 y Anexo II). Cabe destacar, en relación con estos acuerdos que, en el año 2012, consta una reunión en la que participó esta empresa para tratar aspectos de los acuerdos (hecho 114). 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). La citada empresa habría puesto fin a su participación en el cártel en abril de 2014 (hecho 150)".*

Por tanto, 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. Y consta que en el periodo imputado participó en varias licitaciones junto con otras empresas en forma de UTEs tales como las convocadas en el año 2010:

-Licitación para la "construcción y mantenimiento de subestaciones eléctricas línea AVE Albacete-Alicante" convocada el 23 de diciembre de 2009 y adjudicada el 28 de mayo de 2010 a la UTE ACELEC y en la que la recurrente participo en forma de UTE junto con IBERINCO e ISOLUX presentando una oferta muy alta. El plazo de finalización de ejecución de las obras fue el 16 de mayo de 2013 y la finalización del contrato de mantenimiento fue el 16 de mayo de 2017.

-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 participo también la recurrente formando parte de la UTE junto con ISOLUX y NEOPUL presentado una oferta muy alta. Licitación cuyo plazo de ejecución de las obras finalizó el 16 de agosto de 2013 y el contrato de mantenimiento finalizaba el 30 de junio de 2015.

Esta Sala considera que la participación de la recurrente en las licitaciones referidas en forma de UTEs respondían al mecanismo de actuación del plan acordado y que, además, ha quedado acreditado que conocía. Y ello porque, en este caso, además de la participación de la recurrente en forma de UTEs existe un elemento probatorio importante que permite a esta Sala alcanzar la convicción de que efectivamente COMSA al participar en las licitaciones en forma de UTE conocía la existencia del plan común como así lo acredita su asistencia a la reunión celebrada en fecha 12 de junio de 2012 -folios 454 y 455 del expediente administrativo-. En esa reunión consta la asistencia del Sr. Paulino en nombre de COMSA junto con otras empresas en la que se acordó, siguiendo la mecánica de actuación de los acuerdos MICRO-MACRO adoptados, la distribución de la facturación de los pedidos a la UTE ACELEC indicándose, entre otras cuestiones, que EMTE (actual COMSA) facturaría 1.420.000 euros a ISOLUX y que INABENSA facturaría 1.420.000 euros a EMTE (actual COMSA). El contenido de esa reunión es bastante significativo de que los acuerdos y, por tanto, la participación en su caso en forma de UTEs respondían a la ejecución del mecanismo del plan común adoptado que la mercantil recurrente conocía, al menos, por su asistencia a esa reunión.

Por ello, este Tribunal, con arreglo a los hechos referidos, concluye que la recurrente conocía la existencia del plan común de actuación porque, tal como se dice en la sentencia de 24 de junio de 2015 del Tribunal de Justicia, *"...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 cártel 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)".*

NOVENO. Por otra parte, la recurrente niega su participación en el plan anticompetitivo imputado a partir del año 2013 porque no figura en ninguna reunión celebrada en ese año, ni tampoco en ninguna de las licitaciones convocadas a partir del año 2013, ni aparece mencionada en ningún correo ni tampoco en ninguna declaración de la mercantil denunciante, ALSTOM. Y de ello concluye que, incluso, sin necesidad de analizar las conductas llevadas a cabo en los años 2010 a 2012, su conducta estaría prescrita.

Esta Sala no comparte la alegación de ruptura de la continuidad de la infracción única y continuada imputada y, en consecuencia, no admitimos la alegación de prescripción invocada. En relación con esta cuestión, debemos destacar que a la recurrente se le ha imputado una infracción única y continuada cometida desde mayo



del 2010 hasta abril de 2014 por su participación en los acuerdos de reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad. Acuerdos de reparto que las empresas competidoras llevaron a cabo realizando diversas conductas antes relatadas y no solo a través de su participación en las licitaciones en forma de UTE, como así quiere limitarlo la recurrente con su alegación de prescripción al indicar que su conducta habría prescrito porque no consta su participación en ninguna licitación convocada en el año 2013. Además, la imputación de una infracción única y continuada no impide que se le pueda imputar esa continuidad en un periodo de tiempo concreto, aunque no conste la realización por parte del imputado de una actuación concreta durante un periodo de tiempo que, por su duración, no se entienda como interrupción de la continuidad salvo que, conste su concreta y expresa separación del plan común.

No compartimos la tesis de la recurrente cuando indica que la fecha de la reunión a la que asistió en junio de 2012 es la última fecha de su intervención en la infracción única y continuada imputada hasta abril de 2014. No apreciamos su alegación de ruptura de la continuidad porque la infracción imputada no se agota, en el caso de las licitaciones imputadas, con la mera participación en las licitaciones. Recordemos que la infracción imputada ha sido por la adopción de acuerdos para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad que, de acuerdo con el sistema de funcionamiento del cártel antes relatado, no se limitaba a la participación en las licitaciones en forma de UTEs de colaboración ya que, si no resultaban adjudicatarias como consecuencia de la ejecución de los acuerdos adoptados, recibían de las adjudicatarias una compensación mediante la compra de componentes y suministros durante la ejecución del contrato adjudicado. En definitiva, en el caso analizado, la conducta anticompetitiva imputada no se ha agotado con la mera participación en las licitaciones sino que, en este caso, los acuerdos de repartos imputados se mantuvieron en el tiempo, al menos, hasta que finalizó el plazo de ejecución de las obras en las que habían participado. Y, en el caso examinado, las licitaciones convocadas en el año 2010 y en las que la recurrente participó agotaban el plazo de ejecución de las obras en los meses de mayo y agosto de 2013 y hasta entonces se mantenía el sistema de compensación acordado. Por lo que no existe ruptura en la continuidad de la infracción imputada ni, por tanto, prescripción.

DÉCIMO. Finalmente, la entidad actora impugna el sistema de determinación de la sanción de multa porque, según expone, carece de motivación y es desproporcionada.

En la determinación del importe de la sanción de multa, tal como se recoge en la resolución impugnada, la CNMC ha tenido en cuenta los criterios fijados en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se indicaba que los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC debían concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador que debían individualizarse en función de la gravedad de las conductas y especifica que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que debe calcularse el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción, no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. Y dentro de ese arco sancionador la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa responsable, el alcance de la infracción, su duración, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.

Criterios estos que la CNMC ha recogido y especificado en la resolución impugnada en la que la infracción analizada se ha calificado como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, en el caso analizado el volumen de negocios del año 2018. Y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica, por lo que dicho porcentaje, el 10%, debe reservarse como respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría.

En esa labor, la CNMC en la resolución impugnada ha indicado que existen factores que permiten considerar la conducta como especialmente lesiva y dañina dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC y en este sentido expone que tiene en cuenta las características del mercado afectado que es el mercado de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad; las características del mercado geográfico afectado por la infracción que es el mercado nacional, con afectación al comercio intracomunitario; atiende también a la duración de la participación en la conducta que en el caso de la recurrente es desde mayo de 2010 hasta el mes de abril de 2014. Razones que han llevado a la CNMC a justificar que el tipo sancionador global se fije, con carácter general, en el 6%.



A la vista de lo expuesto, este Tribunal entiende que el sistema seguido por la CNMC para cuantificar el importe de la multa permite valorar e individualizar la densidad antijurídica de la conducta de cada una de las empresas para poder así individualizar el tipo sancionador que debe aplicarse a cada empresa en la determinación del importe final de las multas que deba imponerse a cada una de las empresas.

La resolución, además, individualiza las multas, diciendo que, en relación con algunas empresas, entre ellas COMSA, la aplicación del tipo sancionador del 6% fijado con carácter general exige que el importe de la multa se ajuste a la baja para evitar que puedan resultar desproporcionadas en relación con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas que se han tenido en cuenta por la CNMC son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo y no podemos apreciar que, en aplicación de esta doctrina, la resolución impugnada haya incurrido en la falta de motivación que denuncia la parte recurrente puesto que el interesado conoce los motivos y criterios que han llevado a la CNMC a fijar el importe concreto de la sanción de multa. Y, aunque la recurrente refiere que desconoce porque se le ha aplicado el tipo sancionador del 6%, lo cierto es que esa determinación concreta no solo tiene amparo en el artículo 63 de la LDC que fija el máximo en el porcentaje del 10% sino que la CNMC, en el ejercicio de su potestad sancionadora, ha justificado porque los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC apreciados todos ellos en su conjunto llevan a la aplicación del tipo sancionador del 6%. Y como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)".

Tampoco apreciamos vulneración en el principio de proporcionalidad porque entendemos que, en este caso, aunque se había previsto la aplicación del tipo sancionador del 6% la CNMC ha considerado que el importe de la multa que podría obtenerse aplicando ese tipo sancionador al volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio 2018 sería muy desproporcionado y por ello reduce el importe que podría haberse obtenido para adaptarlo al principio de proporcionalidad. Lo cual hace difícil que podamos concluir que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad.

DECIMOPRIMERO. La íntegra desestimación del recurso implica la condena en costas a la entidad recurrente de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **931/2019**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Jacobo de Gandarillas Martos que actúa en nombre y en representación de las mercantiles **COMSA INSTALACIONES Y SISTEMAS INDUSTRIALES, S.A.U. y COMSA CORPORACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, S.L.**, 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 NUM000 , ELECTRIFICACION Y ELECTROMECHANICAS FERROVIARIAS. Resolución que ahora confirmamos porque entendemos que es conforme con el ordenamiento jurídico en todo aquello que afecta a la recurrente.

Se imponen a la parte actora 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.