



Roj: **SAN 2262/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2262**

Id Cendoj: **28079230062024100258**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/04/2024**

Nº de Recurso: **938/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000938 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06946/2019

Demandante: INABENSA S.A

Procurador: D^a. PATRICIA ROSCH IGLESIAS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ADIF ALTA VELOCIDAD , ALSTOM TRANSPORTE SAU

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

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 veintinueve de abril de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 938/19 promovido por la Procuradora D^a. Patricia Rosch Iglesias, en nombre y representación de **INABENSA S.A**, contra la resolución de 14 de marzo de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción total de 11.563.359 euros de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de dos infracciones únicas y continuadas consistentes en repartos de licitaciones.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



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 ésta Sala, se dicte sentencia por la que, con expresa condena en costas a la Administración demandada, acuerde estimar el presente recurso y en consecuencia :

" (i) anule íntegramente la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 14 de marzo de 2019, recaída en el expediente NUM000 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS, por ser contraria a Derecho; y

(ii) subsidiariamente, anule parcialmente la Resolución recurrida en lo que concierne al cálculo de la sanción, acordando su reducción sustancial de conformidad con lo expuesto en los Fundamentos de Derecho Tercero, Cuarto y Quinto de esta demanda."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- La Procuradora D^a Sharon Rodríguez de Castro, en nombre y representación de ADIF AV presentó escrito de contestación solicitando la desestimación de la demanda con imposición de costas a la actora.

CUARTO.- Mediante auto de 17 de diciembre de 2020, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 11.563.359, euros, se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo, por unidos los documentos aportados con los escritos de demanda y contestación, se fijó día para la ratificación de la prueba pericial de la actora que se llevó a cabo y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

QUINTO.- Un a vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 31 de enero de 2024, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 28 de febrero de 2024, en que tuvo lugar, si bien la deliberación se prolongó en sesiones sucesivas.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón **Castillo** Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de la resolución de 14 de marzo de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción total de 11.563.359 euros de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de dos infracciones únicas y continuadas consistentes en repartos de licitaciones .

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente " NUM000 , Electrificación y electromecánica ferroviaria," 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:

INSTALACIONES INABENSA, S.A y solidariamente a su matriz ABENGOA, S.A.

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:

INSTALACIONES INABENSA, S.A. y solidariamente a su matriz ABENGOA, 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:*

- *INSTALACIONES INABENSA, S.A.: 8.200.000 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:*

- *INSTALACIONES INABENSA, S.A 3.363.359 euros".*

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1) El 4 de mayo de 2016, la empresa ALSTOM, S.A. presentó ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia una solicitud de exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, subsidiariamente, de reducción de su importe, a los efectos del artículo 66 de la citada Ley. Ponía en conocimiento de la CNMC la posible comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, y la solicitud de exención se refería a las eventuales sanciones derivadas del acuerdo para la manipulación y reparto de un proyecto de electrificación y electromecánica ferroviarios, denominado Follo Line, en el que habría participado una filial de ALSTOM, S.A. En la solicitud de exención, junto con la documentación presentada, se incorporaba información y elementos de prueba de la infracción.

2) A la vista de la información remitida, la DC inició una información reservada y, con fecha 1 de julio de 2016, concedió la exención condicional a ALSTOM, S.A. y sus filiales, en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC, por haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que posibilitaban la realización de una inspección en relación con la infracción comunicada.

3) Los días 11 a 13 de julio de 2016, la DC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de ALSTOM y ELECNOR, S.A. (ELECNOR) y los días 18 a 20 de enero de 2017 en las sedes de COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A., (COBRA), ELECTRÉN S.A., (ELECTRÉN), SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MONTAJES, S.A. (SEMI) y SIEMENS, S.A. (SIEMENS).

4) A partir de la información obtenida en dichas inspecciones, y de la aportada por ALSTOM, la DC acordó con fecha 30 de mayo de 2017, la incoación del expediente NUM000 Electrificación y Electromecánica Ferroviarias, contra las empresas ALSTOM y su matriz ALSTOM, S.A., COBRA y su matriz ACS, COMSA y su matriz COMSA CORPORACION DE INFRAESTRUCTURAS, S.L., CITRACC y su matriz DELEJOR13, S.L.U., CONTROL Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (CYMI) y su matriz ACS, COSEMEL; ELECNOR; ELECTRÉN y su matriz ACS, EYM y su matriz OBRASCON HUARTE LAIN, S.A. (OHL), GRUPO ISOLUX CORSAN, S.A., INABENSA y su matriz ABENGOA, S.A., INDRA, SEMI y su matriz ACS, NEOPUL y su matriz SACYR,S.A., SIEMENS y su matriz SIEMENS, A.G., y TELICE y su matriz FUENTEBLANDOR HOLDING, S.L.

5) El 10 de noviembre de 2017, SIEMENS, S.A. presentó una solicitud de reducción del importe de la multa a los efectos del artículo 66 de la LDC, y en relación con las prácticas llevadas a cabo en el mercado español para la fabricación, instalación, suministro y mantenimiento de sistemas de electrificación ferroviarios.

6) Con fecha 21 de diciembre de 2017, la DC amplió el acuerdo de incoación a ISOLUX INGENIERÍA, S.A. y a quince directivos de empresas ya incoadas por su participación en las conductas investigadas en este expediente: directivos de ALSTOM: D. Eulalio, D. Clemente y D. Eutimio; de COBRA: D. Everardo y D. Faustino; de CYMI: D. Feliciano; de ELECTRÉN: D. Felix y D. Francisco; de SEMI: D. Gabino; de CITRACC: D. Genaro; de ELECNOR: D. Gervasio y D. Gregorio; de INABENSA: D. Hermenegildo; de INDRA: D. Hilario y de SIEMENS: D. Hugo.

7) Con fecha 26 de febrero de 2018, el Instructor formuló pliego de concreción de hechos conforme a lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Pliego del que se dio oportuno traslado a las empresas y directivos interesados, quienes presentaron frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

8) Tras las actuaciones e incidencias que refleja el expediente administrativo, con fecha 19 de julio de 2018, se acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento; y el 22 de agosto siguiente, el Director de la Dirección de Competencia adoptó la propuesta de resolución, que fue elevada, junto con las alegaciones de las empresas y directivos, a la Sala de Competencia que acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE.



9) El 31 de enero de 2019, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año 2018, quedando suspendido el plazo máximo para resolver el procedimiento en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC; plazo que fue ampliado a solicitud de varios interesados por cinco días. Y, una vez levantado, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó la resolución que ahora se impugna el 14 de marzo de 2019.

SEGUNDO.- Con carácter general, la resolución recurrida expone 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. Básicamente, un sistema de electrificación ferroviaria comprende el conjunto de elementos que provee energía a las unidades de tracción eléctrica de un ferrocarril, sean éstas locomotoras o formaciones autopropulsadas, para que puedan desplazarse sin utilizar motores de combustión.

Por tanto, un sistema de electrificación comprende tres grandes bloques: i) líneas de alta tensión para alimentación del sistema desde la red de transporte, ii) subestaciones transformadoras y/o acondicionadoras de la tensión y iii) líneas de alimentación de energía al material móvil y circuito de retorno.

En cuanto al mercado afectado, y tras describir el marco normativo, identifica el mercado de producto con el de 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.

Hace diversas consideraciones acerca de cada uno de estos conceptos, de las características de las redes convencional y de alta velocidad, y de la definición que ha hecho de este tipo de mercados la Comisión Europea en diversas operaciones de concentración, para concluir que Sala de Competencia de la CNMC se muestra conforme con la Dirección de Competencia en la definición de los mercados afectados por las conductas objeto de análisis en el expediente en cuestión, en la que distingue, 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, de tal forma que los mercados así definidos serían los siguientes:

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

Desde el punto de vista de la demanda, destaca la posición de ADIF y la extensión de las líneas que gestiona tanto en red convencional como en Alta Velocidad; pone de relieve que las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia, Andalucía y País Vasco han creado un órgano similar al gestor de infraestructuras para la construcción y gestión de nuevas infraestructuras de su competencia y, en algunos casos, también para la explotación; y que, además de las administraciones públicas, la demanda de este tipo de servicios también puede proceder de empresas privadas que han sido adjudicatarias de los contratos para la construcción de líneas de alta velocidad y requieren acudir a la subcontratación de otras empresas para acometer las obras y servicios relativos a los sistemas de electrificación y elementos electromecánicos.

En cuanto a la oferta, existirían más de veinte empresas activas en estos mercados, con expresa referencia a ALSTOM, SIEMENS, COBRA, ELECNOR, SEMI, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, EIFAGE, EYM, TELICE, VIMAC, S.A., FCC, SEI, NEOPUL, CYMI, ACCIONA, COMSA y CITRACC, todas ellas homologadas por ADIF.

Por último, y desde el punto de vista geográfico, el mercado afectado abarcaría todo el territorio nacional, si bien se cumpliría el criterio de afectación al comercio intracomunitario que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE.

TERCERO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, del siguiente modo:

INABENSA, con domicilio en Sevilla, dispone de un área de ingeniería, desarrollando proyectos llave en mano, que incluyen el diseño, suministro, montaje, puesta en servicio y mantenimiento de instalaciones eléctricas asociadas a ferrocarril de uso convencional y de alta velocidad, mercancías, metro, tranvía y monorraíl. Dispone de tecnología propia de catenaria de alta velocidad de hasta 350km/h (CAVE) y Tkmx (hasta 160km/h) y ofrece subestaciones de tracción y centros de auto-transformación en corriente alterna de 25kv para líneas de alta



velocidad, de corriente continua, tracción para metro, en superficie y en subterráneo, para tranvías, trolebuses, etc., diseñando catenarias y subestaciones de tracción, edificios técnicos, obra civil, instalaciones auxiliares, etc.

ABENGOA, S.A. es la matriz última de INABENSA al 99,99%, participando en las decisiones de carácter estratégico a través de un sistema de autorizaciones

CUARTO.- La investigación realizada por la CNMC permitió acreditar, según la resolución recurrida, una serie de acuerdos de repartos de licitaciones entre las empresas sancionadas en cada uno de los tres mercados antes indicados. Así resulta, dice, de la prueba proporcionada en las solicitudes de clemencia de ALSTOM y SIEMENS, en la documentación intervenida en las inspecciones de las sedes de ALSTOM, ELECNO, COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS 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.

De la información obtenida deduce la existencia de acuerdos 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.

Por esa razón, la resolución recurrida distingue tres grandes grupos de conductas ilícitas por la existencia de acuerdos de reparto de licitaciones que entienda constitutivas de cartel en relación con:

licitaciones públicas convocadas para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.

licitaciones públicas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.

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

QUINTO.- En su demanda, la parte recurrente denuncia, en síntesis, la caducidad del procedimiento sancionador porque la resolución recurrida se adoptó y notificó a INABENSA el 22 de marzo de 2019, esto es, transcurridos 3 días desde el término del plazo máximo de resolución del procedimiento.

Censura la calificación de la participación de INABENSA en acuerdos de UTE como restricciones por objeto sin que la CNMC haya acreditado que las UTEs en las que intervino no respondieran a criterios de lógica empresarial.

Denuncia la ausencia de prueba que desvirtúe la presunción de inocencia de INABENSA porque la imputación de las dos infracciones únicas y continuadas se basa exclusivamente en las declaraciones realizadas por ALSTOM y SIEMENS en sus solicitudes de exención y reducción del importe de la sanción que carecen del valor probatorio que les atribuye la resolución recurrida; y en una serie de documentos de terceros de los que no consta que INABENSA haya podido tener conocimiento o documentos que hacen referencia simplemente a contactos legítimos entre los miembros de las distintas UTEs a los efectos de preparar las ofertas a presentar en determinadas licitaciones.

Destaca la ausencia de pruebas acerca del intercambio de información entre INABENSA y el resto de empresa investigadas.

Rechaza la calificación de las infracciones imputadas a INABENSA como únicas y continuadas porque las empresas que conformaron los pretendidos cárteles cuya participación se imputa a INABENSA no siguieron un patrón común de conducta durante las infracciones imputadas ni participaron en todas las conductas que se les atribuyen. Además, los pretendidos cárteles se habrían mantenido inactivos durante largos periodos de tiempo, por lo que, las distintas conductas que se atribuyen a Inabensa deberían considerarse infracciones diferentes.

Subsidiariamente, considera que las conductas anteriores a mayo de 2013 (cuatro años antes de la incoación del procedimiento sancionador, en mayo de 2017) habrían prescrito.



En cuanto a la sanción, denuncia su desproporción y falta de motivación.

Expone que la Resolución recurrida incurre en varios errores a la hora de calcular las sanciones que se imponen a INABENSA, porque tiene en cuenta unas cifras erróneas del volumen de negocios de INABENSA que resulta afectado por cada uno de los pretendidos cárteles. Además, la resolución ha omitido cualquier consideración sobre la condición de empresa multiproducto de la actora.

Destaca la errónea apreciación de los efectos de la conducta de INABENSA

y tampoco prueba o justifica los supuestos efectos producidos por las conductas que se le atribuyen por su supuesta participación en las infracciones que se le imputan.

Tampoco se motiva el cálculo de los tipos sancionadores aplicables a INABENSA o el resto de compañías investigadas.

Las menciones genéricas que se hacen al cálculo del importe de la sanción no aclaran las razones por las que se aplican a INABENSA unos tipos sancionadores del 6,1% y 6,5% y no otros menores, cuando su cuota de mercado y la duración de su participación en las infracciones es menor que la de otras entidades que han recibido un reproche sancionador inferior.

La Resolución recurrida no explica en modo alguno por qué se impone a INABENSA un tipo sancionador del 6,1% en relación con su supuesta participación en un cartel en relación con las líneas de alta velocidad, que apenas difiere del tipo sancionador que se propone para las empresas que supuestamente habrían tomado parte en los acuerdos macro/micro con anterioridad al 2010, o que habrían desempeñado un papel más relevante en la supuesta coordinación del resto de empresas, y que es incluso superior al de otras empresas que ostentan mayores cuotas de mercado, como por ejemplo, SIEMENS o ELEC NOR.

Denuncia, por último, la falta de audiencia a la hora de imponerle la prohibición de contratar.

SEXTO.- Entrando a examinar los motivos impugnatorios, plantea en primer lugar INABENSA, la caducidad del procedimiento sancionador porque el expediente NUM000 fue incoado el 30 de mayo de 2017, de manera que el último día del plazo para dictar la resolución y notificarla, vencía inicialmente el 30 de noviembre de 2018.

La resolución impugnada fue dictada el 14 de marzo de 2019, y notificada a las partes electrónicamente con fecha 22 de marzo de 2019 (folios 42839-42840 y 43363).

Ahora bien, el plazo fue suspendido en tres ocasiones por un total de 130 días (79 + 30 + 21 días), por lo que sumados esos días desde el 30 de noviembre de 2018, el plazo de caducidad vencía el 9 de abril de 2019, 17 días después de la fecha de notificación de la resolución sancionadora a la actora (22 de marzo de 2019).

INABENSA cuestiona únicamente dos de dichas suspensiones en su recurso: la primera (interposición de recursos administrativos previstos en el art. 47 LDC) de forma parcial, considerando que debe estimarse suspendido el plazo durante 78 días y no 79 (los días 1 y 2 de mayo eran festivos).

Y la tercera (suspensión por solicitud del volumen de negocio de las empresas) por completo, no contabilizando los 21 días de suspensión del expediente debidos a la misma.

Pues bien, respecto de esta tercera suspensión hay que tener en cuenta que el plazo para resolver y notificar fue suspendido por tercera vez por el requerimiento a la actora de su volumen de negocios total en España en 2018, dato imprescindible para proceder al cálculo de la sanción, mediante acuerdo de requerimiento de información de 31 de enero de 2019 (folios 41457-41460).

En dicho Acuerdo de 31 de enero de 2019, tras la cita de los artículos 37.1.a) y 39.1 LDC, y 28.1 de la Ley 3/2013, la Sala de Competencia motivaba la suspensión acordada en los siguientes términos:

" Con carácter previo a este acuerdo, el órgano instructor ha requerido a las empresas incoadas información relativa a su volumen de negocios total en el año 2017 y a partir de esos datos ha calculado la sanción que, a su juicio, correspondería imponer a cada una de las empresas.

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."

El citado Acuerdo fue notificado a las empresas el mismo día 31 de enero (folios 41462-41463, otorgándolas un plazo de diez días hábiles para contestar al mismo. A solicitud de varios interesados se acordó la ampliación de dicho plazo por un periodo de 5 días hábiles adicionales, manteniendo la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar la resolución durante dicha ampliación.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2020, rec.3721/2019, 5 de octubre de 2020, rec.4034/2019 y 19 de octubre de 2020, rec.4144/2019 han declarado 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."

En el presente caso, como se ha expuesto, era necesario requerir de nuevo a las empresas para que aportasen el volumen de negocios correspondiente al año 2018 y poder así calcular el importe de la sanción a imponer. Además, existían varias empresas que al haber participado en más de dos infracciones dicho dato resultaba especialmente relevante para ajustar las sanciones finalmente impuestas al principio de proporcionalidad.

Por lo tanto, la suspensión del procedimiento para requerir a las empresas el volumen de negocio del ejercicio 2018 se encuentra motivado y amparado por la interpretación del Tribunal Supremo y no discutiéndose la segunda suspensión, debe rechazarse la alegación de la caducidad del procedimiento.

SÉPTIMO. - En relación con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, debemos señalar que las solicitudes de clemencia de ALSTOM y SIEMENS se formulan por estas dos empresas, como personas jurídicas, sin perjuicio de la opinión que puedan formular algunos de sus directivos acerca de los hechos en que se funda la clemencia.

Lo relevante es el valor probatorio que pueda tener la declaración de clemencia y si esa declaración o los hechos que contiene se ven confirmados con otros elementos probatorios como en este caso sucede, con la documental intervenida en las inspecciones y la que resulta de los requerimientos de información. La prueba de la intervención de INABENSA en los dos carteles resulta no solo de la declaración de determinados directivos sino del conjunto de la valoración de la prueba obtenida en las inspecciones realizadas en las sedes de ALSTOM, ELECNOR, COBRA, ELECTRÉN, SEMI y SIEMENS cotejada con la información obtenida de los requerimientos realizados a tal efecto a las propias 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.

A partir de ahí, las manifestaciones de los directivos no desvirtúan los datos objetivos que reflejan los acuerdos de reparto de las licitaciones. Prueba de ello es que la resolución sanciona a los propios directivos.

La demanda cuestiona la eficacia probatoria de los documentos aportados por el solicitante de clemencia, pero ha de recordarse que, como declara el Tribunal General de la UE en sentencia de 5 de junio de 2012, Asunto T-214/16.

"60 En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión, T109/02 , T118/02 , T122/02 , T125/02 , T126/02 , T128/02 , T129/02 , T132/02 y T136/02, Rec. p.II947, apartado 166, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado59)".

61 Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas si no es respaldada por otros elementos probatorios (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión, T38/02 , Rec. p.II4407, apartado 285, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartado293).



62R 39; Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 54 supra, apartado 220, y Peróxidos Orgánicos/Comisión, citada en el apartado 59 supra, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 53 supra, apartados 62 y 295).

(...)

69 A este respecto, ha de recordarse que, como resulta de la jurisprudencia citada en los apartados 58 a 60 supra, las declaraciones realizadas en el marco de la política de clemencia desempeñan un papel importante. Estas declaraciones efectuadas en nombre de empresas revisten un valor probatorio nada desdeñable, por cuanto implican riesgos jurídicos y económicos considerables (véase, asimismo, la sentencia del Tribunal de 24 de marzo de 2011, Aalberts Industries y otros/Comisión, T385/06, Rec. p.II1223, apartado 47). No obstante, de la jurisprudencia citada en los apartados 59 y 61 supra se deduce también que las declaraciones realizadas por empresas acusadas en el marco de las solicitudes formuladas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación deben apreciarse con prudencia y, cuando se ponen en entredicho, en general, no pueden considerarse suficientemente probatorias sin ser corroboradas".

Pues bien, los hechos que resultan de las manifestaciones y de los documentos aportados por los solicitantes de la exención y de la reducción de la multa, ALSTOM y SIMEMENS, respectivamente, que toma en consideración la resolución impugnada, son del todo coherentes con las numerosas pruebas adicionales recogidas en el expediente y a las que haremos referencia a continuación, lo que permite concluir que la comisión de las infracciones por parte de INABENSA ha sido suficientemente acreditada.

A lo anterior debemos añadir las peculiaridades que presenta la prueba de esta clase de infracciones.

En sentencia de esta Sección de 27 de junio de 2022, recurso núm. 297/2017, hemos señalado lo siguiente: "Vistas las diferentes posturas que mantienen ambas partes, debemos, entonces, examinar si efectivamente existen pruebas que permitan dar por acreditada la participación de la recurrente en la infracción única y continuada imputada. Y, en este sentido, ya en sentencia de fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, decíamos que: "En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1988, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, decíamos: "(...) es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998/7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999/274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados -cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".

Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que "estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda".

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OPM, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que: "Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto



entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)".

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

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

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

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)".

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de fecha 12 de diciembre de 2014 declara en el asunto T-562/08 que "... en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada)".

En términos similares se pronuncia la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 19 de Junio de 2015, rec. 649/13, sobre el alcance de esta clase de prueba.

Por lo demás, las alegaciones de INABENSA han merecido contestación expresa en la resolución, y así en el apartado 5.3, bajo la rúbrica *Alegaciones en relación con la participación individual de las empresas*, se abordan específicamente las invocadas por INABENSA (letra g). Además, se tienen en cuenta las formuladas por la misma recurrente, y se les da igualmente respuesta, en el apartado 5.4, sobre la necesidad de acudir en UTE a las licitaciones; y en el apartado 5.8 se abordan las relacionadas con la motivación de la propuesta de sanción elaborada por la Dirección de Competencia (motivación, ajuste de proporcionalidad y la existencia de empresas multiproducto, proporcionalidad de la sanción, volumen de negocios en el mercado afectado).

Por tanto, no puede compartirse la afirmación de que la CNMC no ha tenido en cuenta sus alegaciones. Cuestión distinta es que las haya rechazado de acuerdo con las razones que expone en los referidos apartados, y que la afectada no esté conforme con ello.

Por lo demás, las explicaciones alternativas ofrecidas por la demandante no consiguen alterar la convicción de esta Sala acerca de su participación activa en los acuerdos sancionados a la vista de la contundencia y claridad del material probatorio descrito, que excluye cualquier otra explicación acerca de la voluntad de las empresas intervinientes distinta de la de repartirse las licitaciones.

OCTAVO.- INABENSA cuestiona las pruebas utilizadas por la CNMC que entiende insuficientes para considerar acreditada su participación en las conductas que se le imputan.

Como hemos visto, la resolución atribuye a INABENSA la participación en dos infracciones constitutivas de cártel.

No obstante, antes de analizar si, en efecto, existe prueba de cargo suficiente frente a la entidad actora, debe hacerse una consideración sobre la sistemática de la resolución recurrida que, entendemos, tiene indudable relevancia sobre esta cuestión.

La resolución de 14 de marzo de 2019 rubrica su apartado IV como *HECHOS ACREDITADOS*, y en el mismo se relacionan los hechos acreditativos de los acuerdos de reparto de contratos que se sancionan, tanto los relativos a las líneas de tren convencional, como a las de alta velocidad.

Sin embargo, la misma resolución limita dicha responsabilidad de manera expresa en el apartado 4.7 (que titula "*Responsabilidad individual de las empresas*") de sus *FUNDAMENTOS DE DERECHO*.

En ese apartado, respecto de la empresa actora y en cuanto a su participación en el cártel para el reparto de contratos de mantenimiento sistemas eléctricos en líneas de tren convencional, la resolución dice, literalmente, lo siguiente:

"b) INABENSA

Ha participado en este cártel desde mayo de 2002 hasta septiembre de 2014. INABENSA aparece como parte integrante del acuerdo de reparto de licitaciones al que llegaron las empresas en el año 2002 (hechos 1 a 12). En ejecución del citado acuerdo y sus modificaciones, la citada empresa ha participado prácticamente cada año en acuerdos de reparto de licitaciones públicas en relación con este mercado y en constantes intercambios de información entre las empresas de cara a asegurar la correcta implementación de los acuerdos alcanzados entre las mismas (hechos 1 a 20, 22, 27, 30, 37, 38, 40, 43, 44, 45 y Anexo I). "

Hacemos esta precisión porque entendemos que la única prueba que cabe analizar para determinar si, ante la denuncia de INABENSA, se ha acreditado suficientemente su participación en la comisión de las infracciones que se le atribuyen es la que refleja dicho apartado.

Y ello porque ha sido la misma CNMC la que de manera explícita ha limitado la prueba de la intervención de la recurrente en los acuerdos de reparto de contratos a la que menciona en el apartado 4.7, y que relaciona con cada uno de los años que cita. Al margen entonces de que en el apartado *HECHOS ACREDITADOS* pudiera incluir otros que se refieran también a la conducta de INABENSA.

Pues bien, en cuanto a la :

A) infracción 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, señala la resolución que, consta su participación en el cártel desde mayo de 2010 hasta marzo de 2016, y precisa que INABENSA entró a formar parte del cártel en el año 2010 a través de los denominados acuerdos MICRO-MACRO (hechos 89 a 114 y Anexo II). En relación con estos contratos en los años 2011 y 2012 INABENSA participó en 3 reuniones para analizar la correcta ejecución de los acuerdos (hechos 111 y 114).

Estos acuerdos consistían en la "preasignación de los márgenes de servicios y de volumen que le corresponderían a cada una de las Empresas participantes en relación a dichos concursos. La cuota de participación que implicaba que cada una de las empresas participantes recibía una cuota de valor respecto de los contratos que se adjudicaban en el/los concurso/s asignado/s. Cada una de las empresas participantes podía alcanzar su cuota bien directamente, cuando la empresa resultaba adjudicataria directa de una o de varias de las licitaciones ("Margen Micro") o indirectamente, al resultar beneficiada por las subcontrataciones que se acordaban para repartir el volumen y los márgenes de las obras acordados ("Margen Macro").

En relación con estos contratos, en los años 2011 y 2012, INABENSA participó en 3 reuniones para analizar la correcta ejecución de los acuerdos (hechos 111 y 114) y determinar el reparto del 6% del diferencial. Documento incluido en "Agenda 2011-2012" (folio 580), recabado en la inspección de ELEC NOR..

Menciona la resolución, la reunión de 12 de junio de 2012, que tenía por objeto tratar la facturación de pedidos a la UTE ACELEC, estableciendo que ELEC NOR facturaría 1.420.000 de euros a INABENSA y 1.114.000 de euros a ISOLUX, ésta, por su parte, facturaría 2.534.000 de euros a ELEC NOR, EMTE (actualmente COMSA) facturaría 1.420.000 de euros a ISOLUX e INABENSA 1.420.000 de euros a EMTE (actualmente COMSA), como se recoge en un cuadro Documentación incluida en la carpeta "Cuaderno Julio 2012 ACELEC" (folios 454 y 455), recabada en la inspección de ELEC NOR.

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



Finalmente, como miembro de la UTE AVE ENERGÍA, a partir del año 2015 formó parte de los acuerdos para el reparto de varios contratos entre las empresas integrantes de la citada UTE, utilizando los recursos de la misma para la presentación de ofertas a estas licitaciones (hechos 169 a 191 y Anexo II).

En marzo de 2016, los socios de la UTE AVE ENERGÍA se repartieron la obra del Telemando de seccionadores para talleres (hecho 191).

La constatación de tales hechos, que resulta de los documentos del expediente que la misma resolución indica de manera pormenorizada, evidencia que dicha participación se produjo en efecto.

Como decimos, las circunstancias que relata la resolución en los hechos citados vienen avaladas por los folios del expediente que se mencionan, y que se vinculan con cada uno de ellos.

En cuanto a la:

B) Infracción consistente en el reparto de licitaciones en el mercado para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional.

La resolución recurrida sitúa la participación de INABENSA en este cartel desde mayo de 2002 hasta septiembre de 2014, destacando que INABENSA es una de las empresas que aparece como parte integrante del acuerdo de reparto de licitaciones al que llegaron las empresas en el año 2002, hechos 1 a 12 de la resolución.

Destaca que en ejecución del referido acuerdo y de sus modificaciones posteriores, habría "*... participado prácticamente cada año en acuerdos de reparto de licitaciones públicas en relación con este mercado y en constantes intercambios de información entre las empresas de cara a asegurar la correcta implementación de los acuerdos (hechos 1 a 20, 22, 27, 30, 37, 38, 40, 43, 44, 45 y Anexo I)*".

También en este caso la documentación a la que se remite la CNMC en los hechos citados es muy ilustrativa de la intervención de INABENSA en los hechos que se le atribuyen.

Sin ánimo de ser exhaustivos, puede citarse el cuadro que el 20 de agosto de 2004, intercambiaron directivos de ELECENOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI y VIMAC con los importes adjudicados a cada miembro de los acuerdos, incluyendo a BALFOUR (después CITRACC), SIEMENS, CYMI, COBRA y MOYALE. Acuerdo que obra en el correo electrónico de ELECENOR a ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI y VIMAC de fecha 20 de agosto de 2004, folios 19203 y 19204, obtenido en la inspección de SIEMENS.

Es igualmente expresivo el contenido de los correos electrónicos de 25 y 26 de octubre de 2004 (folios 19306 a 19308) intercambiados entre ISOLUX, CITRACC, CYMI, COBRA, ELECENOR, ELECTRÉN, INABENSA, MOYALE, SEMI, SIEMENS y VIMAC, acordando el orden de elección de las diferentes empresas licitadoras; o el documento de fecha 17 diciembre, que refleja la existencia de un acuerdo entre las empresas CITRACC, COBRA, CYMI, ELECENOR, ELECTRÉN, ISOLUX, INABENSA, SEMI, SIEMENS, VIMAC, EYM (entonces GUINOVART) y GAVISA para repartirse las licitaciones convocadas por RENFE para la modernización de la catenaria tramo Ripoll-Puigcerdá-Frontera francesa y tramo Montcada, bifurcación-Vic L/Barcelona-Puigcerdá (folios 1057 a 1059), y en cual se indican las ofertas económicas que debían presentar las empresas a esas dos licitaciones, con la previsión de que ELECTREN e INBENSA debían ser las empresas adjudicatarias de cada uno de los dos concursos. El documento aparece firmado por los representantes de cada una de las empresas intervinientes, también por el de INABENSA.

Los documentos referidos permiten a esta Sala, en el ejercicio de las facultades que le asisten para la libre valoración de la prueba, tener por acreditado que INABENSA tomó parte activa en la conducta sancionada.

Por lo demás, no se trata de dar mayor o menor veracidad al relato del solicitante de clemencia sino de constatar, mediante su simple lectura pues obran en el expediente, el contenido de documentos concretos cuya autenticidad no se cuestiona, tan explícito como el que hemos expuesto.

El relato de hechos de la resolución refleja también la participación de INABENSA en los diferentes años por los que se extendió el cártel de líneas de tren convencional, y creemos innecesario reproducir aquí todos y cada uno de los documentos en los que se justifica dicha participación.

Baste recordar algunos como el cuadro actualizado de noviembre de 2005 (adjunto al correo electrónico de ELECENOR a CITRACC, CYMI, COBRA, ELECTRÉN, INABENSA, MOYALE, ISOLUX, SEMI, SIEMENS, y VIMAC de 22 de noviembre de 2005, con asunto "Actualización Cuadro", (folios 943 a 951), que recopila las licitaciones repartidas entre ellas hasta esa fecha, así como los importes de las licitaciones adjudicadas a cada una de las empresas hasta el 23 de noviembre de 2005; las notas manuscritas fechadas en 29 de mayo de 2007 (folio 940) recabadas en la inspección de COBRA en las que aparecen las empresas ELECENOR, SEMI, SIEMENS, VIMAC, INABENSA, COBRA, ELECTRÉN, ISOLUX, CYMI, MOYALE y CITRACC(entonces BALFOUR) y la adopción de los acuerdos sobre reparto por volúmenes de obra y por direcciones territoriales.

Pueden citarse asimismo en 2008 y 2009, los correos electrónicos de SEMI a CITRACC, CYMI, COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SIEMENS y VIMAC de 3 de marzo de 2008 (folios 1588 a 1591) y de 8 de mayo de 2008 con asunto "ACTUALIZACIÓN CUADRO 01" y documento adjunto "07-05-29 LICITACIONES ADIF TERRITORIALE 01 NORTE (folios 1601 a 1604); o el documento "07-05-29 LICITACIONES ADIF TERRITORIALE 03 ESTE (Barcelona, Tarragona, Zaragoza) adjunto al correo electrónico de SEMI a CITRACC, CYMI, COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SIEMENS y VIMAC de 15 de abril de 2008 con asunto "ACTUALIZACIÓN CUADRO 03" (folios 18270 a 18271), fichero Excel de 17 de septiembre de 2008 "15-10-2004 LICITACIONES ADIF.xls" (folio 18289) y fichero Excel de 30 de noviembre de 2009 "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 30 NOV 2009.xls" (folios 18342 y 18344), donde aparecen las licitaciones repartidas entre las 11 empresas que fueron obtenidos, en la inspección realizada en la sede de COBRA.

La prueba de que la operativa de reparto habría continuado en los años 2010, 2011 y 2012 la constituyen los correos electrónicos internos de COBRA de 25 de marzo de 2010 con asunto "ADIF" y documento adjunto "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 25 MAR 10.xls" (folios 18407 a 18408), de 11 de enero de 2011 con asunto "Global Licitaciones Adif Territoriales Provisional 11 Ene 11.xls" y documento adjunto "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 11 ENE 11.xls" (folios 18481 a 18482) y de 11 de enero de 2012, con asunto "ADIF CONVENCIONAL" y documento adjunto "ADJUDICACIONES ADIF CONVENCIONAL.xls" (folios 18561 a 18562), obtenidos en la inspección de COBRA.

Asimismo, la participación en la conducta infractora en el año 2013 resulta acreditada en relación a la única licitación convocada por ADIF el 3 de octubre de ese año en la cual se agrupaban las licitaciones para el mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencionales diferenciando las 6 zonas (1 Norte, 2 Noroeste, 3 Este, 4 Madrid y Centro, 5 Levante y 6 Sur), que fueron licitadas por lotes, significándose que se mantuvieron los repartos por zonas entre las empresas licitadoras que acudieron en UTE, resultando significativo el correo enviado por ELECTRÉN el 29 de octubre de 2013, a las distintas empresas concertadas, entre ellas INABENSA, que obra al folio 17766 con el siguiente contenido:

" 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 Clemente el 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"

Y otro tanto habría sucedido en la licitación de 5 de agosto de 2014, convocada por ADIF para el mantenimiento de las subestaciones y catenaria de las líneas de ferrocarril convencional (Expte. 2.14/28520.0140), y que habría sido objeto de reparto por ALSTOM, COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, EYM, INABENSA, SEMI, SIEMENS y TELICE acordado en una reunión en septiembre de 2014 en el Hotel Meliá Castilla de Madrid, conviniendo que la suma total de los lotes se dividiera entre las empresas que participaban en el reparto, valorando como criterio de asignación la presencia en el lugar y la idoneidad técnica de cada una de ellas en relación con los trabajos a realizar. Lo que estaría corroborado por la información suministrada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 723, 12758, 12778 y 12779) y por SIEMENS en su petición de reducción de su importe (folios 26480 a 26514).

Valorando en conjunto ese material probatorio, la Sala no alberga duda de la participación de INABENSA en las conductas descritas y, con ello, de la comisión de las dos infracciones que se le imputan, por lo que debemos rechazar la vulneración del principio de presunción de inocencia y la falta de acreditación suficiente de la comisión de las infracciones por parte de la actora.

NOVENO.- Afirma INABENSA que resulta incorrecta la calificación de las conductas que se le atribuyen como dos infracciones únicas y continuadas, y ello al no concurrir los requisitos a los que la jurisprudencia, nacional y europea, condiciona dicha calificación.

Sin embargo, debemos rechazar el planteamiento de la actora a la vista de las pruebas acumuladas frente a INABENSA en el expediente y a las que nos hemos referido antes, que evidencian su participación en las dos infracciones que se le atribuyen con conductas concretas que se han ido reiterando a lo largo del período infractor (respecto del reparto de licitaciones en líneas ferroviarias de alta velocidad, desde mayo de 2010 hasta marzo 2016; y en tren convencional, desde mayo de 2002 hasta septiembre de 2014)



La continuidad es indudable, por la proximidad de los acuerdos acreditados, como resulta del análisis de la prueba anteriormente expuesto que permite constatar que prácticamente en todos los años en los que se prolongaron las infracciones existe prueba de la participación de INABENSA en las conductas sancionadas.

Por otra parte, coincidimos en la apreciación de la CNMC de que, en el caso de licitaciones públicas, los acuerdos de reparto se concluyen antes de la adjudicación de los contratos de tal forma que dichos acuerdos prolongan su eficacia durante su ejecución, sin que sea necesario adoptar otros de manera tan frecuente.

Recordábamos, por lo demás, en la reciente sentencia de 28 de diciembre de 2023, recurso núm. 131/2018, la jurisprudencia europea sobre esta cuestión:

"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia dictada en fecha 24 junio 2015, asunto C-263/2013 refiere lo que es una infracción única y continuada al señalar lo siguiente:

"156. Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE , apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto», debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 41 y la jurisprudencia citada).

157. Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucediendo se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/ Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 42 y la jurisprudencia citada)".

Y la Sentencia de 17 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 116) Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

"a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta(...). ... si no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas (véanse las sentencias del Tribunal de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión, T- 43/92, Rec. p. II-441, apartado 79 , y de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04 , Rec. p. II-4441, apartado 51, y la jurisprudencia citada)".

Frente a lo afirmado por la entidad actora, concurren en el presente caso, las notas que caracterizan a esta clase de infracciones pues la dinámica y naturaleza de las conductas, su prolongación en el tiempo y la existencia de un objetivo común resultan sin duda acreditados a la vista de la prueba recabada a lo largo del expediente.

En efecto, la existencia de un objetivo común perseguido por las entidades sancionadas se advierte en la voluntad de repartirse las licitaciones públicas, falseando la libre competencia y garantizándose las adjudicaciones en la forma, porcentaje y condiciones convenidas por las empresas participantes. En el caso de



INABENSA, además, es notable el número de licitaciones acordadas en las que ha intervenido, contribuyendo a la estabilidad de los pactos y a su prolongación en el tiempo. Son precisamente dichas características (estabilidad y prolongación en el tiempo) las que ponen de manifiesto el interés que para las empresas participantes suponía el mantenimiento de los acuerdos de reparto y los beneficios que les reportaban pues, de otro modo, no se habrían reiterado a lo largo de un período tan extenso.

No obstante, mantiene la recurrente como uno de los motivos de su demanda la ausencia de unidad temporal, afirmando que *"...no existe ninguna prueba en el expediente acerca de la elaboración e intercambio de estas tablas con posterioridad a noviembre de 2009"*.

A lo que anuda la consecuencia de la prescripción de las conductas anteriores a octubre de 2013.

Ha de decirse, no obstante, que la misma demandante admite que podría estarse como inicio de la interrupción de la conducta a la fecha de adjudicación de la licitación en la que se concertaron las empresas, es decir, el 12 de mayo de 2009, y no la de presentación de licitaciones. El lapso temporal por el que se habría entonces prolongado la interrupción, a su juicio, sería de mayo de 2009 a octubre de 2013.

La CNMC aduce, por contra, que en el período 2008 y 2009 la conducta anticompetitiva de INABENSA se habría acreditado con los correos electrónicos de SEMI a CITRACC, CYMI, COBRA, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SIEMENS y VIMAC de 3 de marzo de 2008 (folios 1588 a 1591) y de 8 de mayo de 2008 con asunto "ACTUALIZACIÓN CUADRO 01" y documento adjunto "07-05-29 LICITACIONES ADIF TERRITORIALE 01 NORTE (folios 1601 a 1604); el documento "07-05-29 LICITACIONES ADIF TERRITORIALE 03 ESTE (Barcelona, Tarragona, Zaragoza) adjunto al correo de correo electrónico de SEMI a CITRACC, CYMI, COBRA, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SIEMENS y VIMAC de 15 de abril de 2008 con asunto "ACTUALIZACIÓN CUADRO 03" (folios 18270 a 18271), fichero Excel de 17 de septiembre de 2008 "15-10-2004 LICITACIONES ADIF.xls" (folio18289) y fichero Excel de 30 de noviembre de 2009 "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 30 NOV 2009.xls" (folios 18342 y 18344), que fueron obtenidos, precisamente, en la inspección realizada en la sede de COBRA.

Y la prueba del mantenimiento de la operativa de reparto en los años 2010, 2011 y 2012 la constituirían los correos electrónicos internos de COBRA de 25 de marzo de 2010 con asunto "ADIF" y documento adjunto "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 25 MAR 10.xls" (folios 18407 a 18408), de 11 de enero de 2011 con asunto "Global Licitaciones Adif Territoriales Provisional 11 Ene 11.xls" y documento adjunto "LICITACIONES ADIF TERRITORIALES PROVISIONAL 11 ENE 11.xls" (folios 18481 a 18482) y de 11 de enero de 2012, con asunto "ADIF CONVENCIONAL" y documento adjunto "ADJUDICACIONES ADIF CONVENCIONAL.xls" (folios 18561 a 18562), obtenidos en la inspección de la empresa actora.

En concreto, en el hecho 22 de la resolución se razona, literalmente, de este modo:

" La sistemática descrita de reparto entre las empresas CITRACC, COBRA, CYMI, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SEMI, SIEMENS y VIMAC se mantuvo en los años 2010, 2011 y 2012, tal como reflejan diferentes ficheros que recogen las sucesivas licitaciones convocadas por ADIF en esos años para el mantenimiento de subestaciones eléctricas de líneas de tren convencionales, en los que se detallan los importes de adjudicación, las empresas adjudicatarias y las ofertas a presentar por cada una de las 11 empresas que forman parte de los acuerdos".

De acreditarse que, en efecto, tales ficheros prueban la existencia de acuerdos sobre el reparto de licitaciones en ese período, es obvio que la continuidad se habría mantenido, impidiendo por tanto la prescripción que invoca INABENSA.

Sin embargo, un atento examen del contenido de esos ficheros no permite llegar de ninguna manera a dicha conclusión pues, en todos los casos, los correos a los que se adjuntan las tablas Excel son de fecha posterior a las licitaciones que reflejan estas, de manera que solo contienen, como pone de relieve INABENSA, hechos pasados y públicos.

La resolución no explica por qué afirma que *"La sistemática descrita de reparto entre las empresas CITRACC, COBRA, CYMI, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, MOYALE, SEMI, SIEMENS y VIMAC se mantuvo en los años 2010, 2011 y 2012..."*, y que ello lo reflejan los ficheros adjuntados a los correos

Es más, la CNMC afirma, literalmente, que en los ficheros se incluyen *"... las ofertas a presentar por cada una de las 11 empresas que forman parte de los acuerdos"*.

En realidad, lo que recogen los ficheros son las ofertas efectivamente presentadas, tiene un indudable alcance incriminatorio ya que presume que existía un acuerdo previo entre las empresas en relación a la presentación de las ofertas, lo que no se deduce de ninguna manera de los ficheros.



Podría la CNMC haber incorporado algún razonamiento que permitiese concluir de manera inequívoca que las ofertas presentadas (que es, insistimos, el contenido de los ficheros), habían sido previamente convenidas entre las empresas. Razonamiento que no existe, resultando insuficiente la mera afirmación apodíctica de que mantenían la sistemática de reparto, sin más consideraciones, ni pruebas adicionales.

Por otra parte, y como argumenta la recurrente, es destacable que en los ficheros Excel aparezca información no solo las empresas incoadas, sino de todas las empresas que se presentaron a las licitaciones y a cuya información no habría podido acceder INABENSA antes de publicitarse.

La consecuencia de todo ello es que, ante la falta de prueba de la comisión de la infracción en el período comprendido entre 12 de mayo de 2009, fecha de adjudicación de la última licitación en la cual estaría probada la concertación, y octubre de 2013, en el que consta el reparto de las licitaciones convocadas por ADIF en ese año, es decir, durante más de cuatro años, deben considerarse prescritos los hechos atribuidos a INABENSA anteriores a esta última fecha, con las consecuencias que de ello hayan de seguirse.

A esta conclusión no se opone el documento consistente en las anotaciones manuscritas del Delegado de Subestaciones de Interior de ELEC NOR de 21 de noviembre de 2011 que obra al folio 447 del expediente administrativo, y que se incluían en la carpeta "Cuaderno Folios 17-11-11" recabada en la inspección de esta empresa. Con independencia de que, como argumenta INABENSA, ese documento solo serviría para probar los esfuerzos del autor del documento para llegar a un acuerdo, pero no acredita que esa voluntad se hubiera compartido con INABENSA ni siquiera que esta la conociese.

Pero es que, además, este documento se incluye en el apartado 23 del relato de hechos probados de la resolución, apartado que la misma resolución no incluye entre los que determinan la responsabilidad de INABENSA (como hemos visto, y respecto del cártel de tren convencional, apartado 4.7.1.b, tales hechos son el (1 a 20, 22, 27, 30, 37, 38, 40, 43, 44, 45 y Anexo I)).

Se trata, ha de insistirse de un documento claramente incriminatorio, pero solo para ELEC NOR y que demuestra su continuidad infractora. Este hecho 23 que se limita a describir el contenido del documento no se cita en la resolución recurrida para imputar a las demás empresas sancionadas en el cartel del tren convencional (COBRA, INABENSA.....).

DÉCIMO.- En cuanto a la interrupción de la continuidad en las infracciones calificadas por la autoridad de competencia como únicas y continuadas a consecuencia del transcurso de un lapso de tiempo durante el cual no se acredita ninguna conducta infractora nos hemos pronunciado, entre otras muchas, en sentencia de 19 mayo 2023, rec. núm. 24/2018, en la que hemos señalado lo siguiente:

"Si partimos de que sí estamos ante una infracción del artículo 101 del TFUE única y continuada, esta calificación tiene importantes consecuencias en la imputación de la conducta en el ámbito temporal, ya que permite presumir que la infracción o la participación de una empresa no se ha interrumpido, aunque no se disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto, como apuntaba la STG 17 de mayo de 2013, T14 7/09 y T148/09 Trelleborg, (apartado 61). Con la infracción única y continuada se presume que, a pesar de periodos de aparente inactividad o donde no es posible desplegar toda la carga probatoria, la infracción continúe permitiendo la imputación de la responsabilidad por todo ese periodo de latencia; y « [n]o impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continua [...]», como se constata en las STJUE 11 de enero de 2008, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, (apartados 57, 97 y 98), STJUE de 7 de enero de 2004 Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartado 260), y STG Trelleborg, (apartado 59).

Esta circunstancia permite la imposición de una multa por la totalidad del periodo de infracción considerado y determina la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción, a saber, la fecha en la que la infracción continua ha finalizado, STG Trelleborg, (apartado 62).

Se plantea un problema en los casos en los que, o bien la empresa ha dejado de participar en la conducta durante un tiempo o bien no existe prueba de su participación, sin que conste un expreso apartamiento de la conducta colusoria llevada a cabo por el cártel. Cuando esto ocurre es necesario fijar cuánto tiempo se considera razonable como para considerar interrumpido el carácter «continuo» de la infracción. Estamos ante



un casuismo al que no se le puede dar una respuesta apriorística, pero en la STG Trelleborg se establece un tiempo aproximado a los dos años « [I]a Comisión no dispone de ninguna prueba de la implicación de las demandantes en esos contactos multilaterales durante el período intermedio, que duró más de dos años, o de que hubieran participado en las reuniones que tuvieron lugar con objeto de reactivar el cartel, ni siquiera que hubieran tenido conocimiento de ellas [...]» (apartado 66), periodo durante el que no existieron « [I]ndicios objetivos y concordantes que permitan apreciar la implicación de las demandantes en los contactos mantenidos durante el período de crisis del cartel [...]» (apartado 68). No obstante, este periodo de tiempo tiene un valor o meramente indicativo, por lo casuístico de las situaciones a tratar, por no lo obliga a valorar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes ante la ausencia de un pronunciamiento público y expreso de apartamiento del cartel, STJUE Comisión/Anic Partecipazioni, (apartado 50)".

En el presente caso hemos constatado en el anterior fundamento de derecho que no existe prueba alguna de la participación de la actora en el cártel en los años 2010, 2011 y 2012, lo que rompe el nexo temporal en la continuidad, lo que implica además la prescripción de lo que pudo ser su participación en el cártel en el año 2002, puesto que cuando se incoó el procedimiento sancionador habían transcurrido más de cuatro años respecto de esos primeros hechos.

La indebida imputación temporal de la infracción, a pesar de que constatamos la antijuridicidad de la conducta en el periodo indicado, en la medida que ha incidido en la cuantificación de la sanción impuesta, nos llevan a la estimación parcial del recurso con la anulación del acuerdo sancionador, en cuanto a la infracción relativa al tren convencional hasta octubre de 2013 sin perjuicio de las consecuencias que de ello se deriven.

De este modo, procede estimar parcialmente el recurso y anular la resolución recurrida en cuanto ha sancionado a INABENSA por la comisión de la infracción relativa al reparto de licitaciones en el tren convencional durante un período en realidad prescrito, sin perjuicio de que subsista la antijuridicidad de su conducta por el resto del tiempo de duración de la infracción, es decir, desde octubre de 2013 hasta septiembre de 2014, con las consecuencias que de ello se deriven.

DÉCIMOPRIMERO - Afirma INABENSA que también en el cártel de AVE y respecto de la licitación del contrato de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de las líneas aéreas de contacto y de las subestaciones en el ámbito de las líneas electrificadas de red convencional (6 lotes) no aparece entre los destinatarios del correo de 28 de octubre de 2013 que remite ELECTREN a SEMI, COBRA, ALSTOM, CYMI y ELECTRÉN, en el que propuso un reparto de las citadas obras de mantenimiento licitadas.

Efectivamente no figura en ese correo pero está acreditada su participación en el reparto de esa licitación como lo acredita su intervención en la reunión de 8 de enero de 2014, que tuvo lugar en el Hotel Meliá Castilla de Madrid en la que se fijaron las bajas y las ofertas económicas que cada una de estas empresas debía presentar al contrato de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de la línea aérea de contacto y de las subestaciones en el ámbito de las líneas electrificadas de la red convencional (6 lotes). En dicha reunión, las empresas habrían fijado el importe de las bajas de las ofertas ganadoras, así como las bajas de las ofertas no ganadoras, bastante homogéneas entre sí. Información aportada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folio 12779) y por SIEMENS en su solicitud de reducción del importe de la multa (folio 26593 y 26594).

Para el lote 2 de la zona Noroeste, SIEMENS se presentó en UTE junto con EYM e INABENSA, con una baja del 4,11% y para el lote 5, la UTE presentó una oferta de cobertura con bajas de 1,50%.

Rechaza también INABENSA la participación que le atribuye la CNMC en el reparto de la licitación convocada por ADIF el 5 de agosto de 2014, para el mantenimiento de las subestaciones y catenaria de las líneas de ferrocarril convencional (Expte. 2.14/28520.0140), porque se basa en las declaraciones de ALSTOM y en tres correos de 18 de septiembre de 2014 que se limitan a los socios de una UTE y a aspectos operativos y no constituyen prueba, a su juicio, de la participación de INABENSA en un acuerdo ilícito.

Sin embargo, los hechos 41 a 46 describen la mecánica seguida y además consta un cuadro aportado por SIEMENS que refleja la estrategia de presentación de ofertas de las empresas en relación con los lotes del contrato de referencia (folio 26556)

Por lo demás, estos hechos acreditarían el seguimiento de licitaciones ya repartidas lo que implica la continuidad de la conducta colusoria en la medida en que se mantuvieron acuerdos entre las empresas incoadas dirigidos, precisamente, a asegurar la plena efectividad de los repartos mediante el seguimiento de su ejecución, asegurándose esta y, por ejemplo, el efectivo reparto del 6% de diferencial en su día convenido.

DÉCILOSEGUNDO - Cuestiona asimismo INABENSA su supuesta participación en UTES irregulares, que menciona respecto de cinco licitaciones en 2013 que le atribuye la resolución así como de la licitación convocada por ADIF el 10 de junio de 2014, el denominado Contrato País y censura que la resolución recurrida



no haya analizado las especiales características de dicha licitación y si la participación de INABENSA era necesaria en función de los medios técnicos y de personal requeridos para concurrir a dicha licitación.

Recuerda que las UTEs constituyen un mecanismo legítimo de colaboración empresarial, expresamente reconocido en la Ley de Contratos del Sector Público, que las UTEs obedecían en realidad a la imposibilidad de las empresas de concurrir de manera individual a las licitaciones por carecer de capacidad para dar cumplimiento a las exigencias del contrato.

Esta circunstancia estaría acreditada con el informe pericial T- Ingenia aportado, según el cual, INABENSA aportaba un valor añadido en la valoración de la oferta técnica a presentar por los socios de la UTE AVE ENERGÍA ya que disponía de experiencia adquirida y personal en las líneas de alta velocidad. Aportaba también dresinas y conductores con habilitación reconocida por ADIF para conducirlos.

Es cierto que las UTEs no suponen en sí mismas una restricción de la competencia y pueden, por el contrario, contribuir a asegurar esta, especialmente en los procesos de licitaciones en los que, de no acudir a dicha forma de colaboración, algunas empresas no podrían participar en los mismos. Es decir, la utilización de UTE para participar en procedimientos de licitación puede, en algunas ocasiones, tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de empresas que pongan en común recursos complementarios.

Las UTEs se rigen por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, cuyo artículo 2 revela ya la preocupación del legislador por la incidencia que la actividad de estas formas organizativas puede tener en materia fiscal y de defensa de la competencia, por lo que previene que tanto las UTEs deben estar sometidas a vigilancia permanente por parte de las autoridades de ambos ámbitos: "Las actividades y repercusiones económicas de las Agrupaciones de Empresas y Uniones Temporales de Empresas serán objeto de especial vigilancia por el Ministerio de Hacienda, para constatar si su actividad se ha dedicado exclusivamente al cumplimiento del objeto para el que fueran constituidas. El cumplimiento de esta función se realizará por la Inspección Financiera Tributaria, sin perjuicio, y con independencia de la aplicación por los Organismos o Tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia".

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

De acuerdo con esta caracterización, en la Sentencia de 30 de julio de 2018, recurso núm. 566/2016, ya decíamos que la UTE implica un sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, sin que esta colaboración tenga personalidad jurídica. También en la de 15 de octubre de 2012, F.J. 5º, advertíamos que "la creación de UTEs en sí mismas no constituyen un acuerdo anticompetitivo y los acuerdos para su formación deben analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se producen".

Y para examinar las posibles restricciones a la competencia generadas por la concurrencia bajo el sistema de colaboración que suponen las UTEs debemos partir de lo establecido en el párrafo 237 de la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 14 de enero de 2011), según el cual, "Por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente (...)".



La explicación que incorpora la propia Comunicación es particularmente esclarecedora al añadir en este mismo apartado que "Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1".

Apunta de este modo, como criterio determinante para enjuiciar el alcance anticompetitivo de la UTE, el de su necesidad objetiva o la indispensabilidad de esta forma organizativa de modo que, si la intervención de varias empresas bajo una UTE es necesaria, objetivamente, para que puedan participar en una licitación -por exigirlo así razones económicas, geográficas, técnicas o de otra índole-, se entiende que los acuerdos que puedan adoptar encaminados a tomar parte en la misma no resultan anticompetitivos, y ello por el hecho de que las empresas no son competidoras entre sí, pues no podrían concurrir de manera individual.

Acerca de la aplicación y de la incidencia que sobre la participación de UTEs en procedimientos de licitación tiene la Comunicación sobre acuerdos de cooperación horizontal se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso núm. 1363/2020, que recopila y sistematiza la doctrina del Tribunal de Justicia sobre esta materia. Razona dicha sentencia, en cuanto a la referida Comunicación, que "... es oportuno reiterar aquí lo señalado por esta Sala en la ya citada sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), seguida luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices. Como señalábamos en aquellas ocasiones, las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales.

Así lo destacan las STJUE de 14 de junio de 2011, Pfleiderer (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 21; en un sentido similar también la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión (C-520/09 P, Rec. p. I-8901 apartado 88), conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta. Ahora bien, tales directrices, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia. Podemos, por tanto, referir que el artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que hemos transcrito con anterioridad (antiguo artículo 81.3 TCE) debe interpretarse en el sentido de que contiene una excepción a lo establecido en los dos apartados anteriores; y sobre el significado y alcance de tal excepción existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial del TJUE de la que hicimos reseña en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, FF.JJ. 8º y 9º) a la que antes nos hemos referido. Siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Justicia, en esa sentencia citada de 17 de septiembre de 2018 señalábamos (F.J. 8º) que, a efectos de determinar la adecuación o disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exige de la prohibición establecida en el artículo 101.1, es necesario que se cumplan acumulativamente los cuatro requisitos anotados, a saber: 1º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate".

Además, el Tribunal Supremo aborda la cuestión de a quién corresponde justificar la concurrencia de los requisitos que autorizan la aplicación del artículo 81.3 -101.3 del Tratado-, y se remite en esto a la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P). En dicha sentencia el Tribunal de Justicia hace las consideraciones siguientes:

"78. La Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia aplicó erróneamente la jurisprudencia relativa al reparto de la carga de la prueba y al grado de prueba exigido en el marco del artículo 81 CE, apartado 3. Censura el apartado 242 de la sentencia recurrida, así como los apartados 269 y 303 de dicha sentencia, que remiten a la jurisprudencia, a los criterios y a los principios aplicables al control de las concentraciones. Ahora bien, a su juicio, no existe ninguna analogía entre el examen de los efectos contrarios a la competencia de una concentración y el de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 3.

79. A diferencia de los asuntos sobre concentraciones en los que, según la Comisión, las partes notificantes no soportan ninguna carga de la prueba particular, es reiterada jurisprudencia que, en el contexto de la referida disposición, corresponde a las empresas interesadas presentar a la Comisión pruebas que demuestren que el acuerdo cumple los requisitos establecidos por dicha disposición. La Comisión invoca, para fundamentar su demostración, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión (56/64 y 58/64, Rec. p. 429), así como de 17 de septiembre de 1985, Ford-Werke y Ford of Europe/Comisión (25/84 y 26/84, Rec. p. 2725).



(...)

82. Es necesario señalar, por un lado, que, en los apartados 233 a 236 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia recordó la jurisprudencia, los principios y los criterios que rigen la carga de la prueba y el grado de prueba exigido en lo que respecta a la petición de exención con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3. Puso de manifiesto, acertadamente, que corresponde a quien invoca dicha disposición demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren los requisitos exigidos para obtener una exención (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 45).

83. Por tanto, la carga de la prueba incumbe a la empresa que solicita que se le aplique la exención con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3. Sin embargo, los elementos de hecho que invoca dicha empresa pueden obligar a la otra parte a dar una explicación o una justificación sin la cual es posible concluir que se ha satisfecho la carga de la prueba (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 279)".

El Tribunal Supremo transcribe además el siguiente párrafo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de enero de 2004 (asunto T-67/01): "Compete a la empresa solicitante aportar todos los elementos acreditativos necesarios para demostrar la justificación económica de una exención y demostrar que satisface cada uno de los cuatro requisitos exigidos por el artículo 81 CE, apartado 3, que tienen carácter cumulativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBVB/Comisión, antes citada, apartados 52 y 61, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1992, Publishers Association/Comisión, T-66/89, Rec. p. II-1995, apartado 69). Asimismo, corresponde a esta empresa demostrar que las restricciones causadas a la competencia cumplen los objetivos que persigue el artículo 81 CE, apartado 3, y que estos últimos no pueden alcanzarse sin dichas restricciones (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, Compagnie générale maritime y otros/Comisión, T-86/95, Rec. p. II-1011, apartado 381)".

Y, en esa misma línea, recuerda que la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal señala en su apartado 48 que cuando en un caso concreto se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia a efectos del artículo 101.1 del Tratado, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3, añadiendo la misma Comunicación, con cita del artículo 2 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas "(...) la carga de la prueba de los dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es". en los artículos 81 y 82 del Tratado (hoy artículos 101 y 102 del TFUE), que También en igual sentido reitera la cita de la antes mencionada sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 que, en su párrafo 92, declara que para que un acuerdo pueda quedar exento con arreglo al artículo 81.3 TCE (hoy 101.3 del TFUE) es necesario que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, contribución que no puede identificarse con todas las ventajas que las empresas que participan en dicho acuerdo obtienen del acuerdo en relación con su actividad "... sino con ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia Consten y Grundig/Comisión, antes citada, pp. 502 y 503)".

Resulta necesario, por tanto, realizar un análisis en cada supuesto que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes, no solo de las empresas que participan en la licitación, sino de las condiciones de esta en la medida en que puedan determinar la necesidad objetiva o indispensabilidad de concurrir en una UTE.

DÉCIMOTERCERO.- Atendiendo a la anterior doctrina jurisprudencial, corresponde ahora a este Tribunal analizar si concurrían razones que pudieran justificar la participación de las empresas, entre ellas la recurrente, en forma de UTE en las licitaciones, para lo que resulta imprescindible comprobar si existía una necesidad objetiva de acudir a este sistema de colaboración entre empresas, tal y como las conceptúa el artículo 7. Uno de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

Esta Sala no comparte la tesis de la recurrente y, al igual que la CNMC, consideramos que la constitución de las UTEs y la participación a través de ellas no respondía a necesidades técnicas o económicas, y menos aún competitivas, teniendo en cuenta que las entidades que utilizan la UTE son quienes tienen la carga de acreditar tales necesidades.

INABENSA no ha aportado ni un solo acuerdo de constitución de las UTEs en las que participó en el que se haga referencia a la necesidad de colaboración por exigencias técnicas o económicas, exigencias y necesidades que pretende acreditar después con los informes aportados que en ningún caso consiguen desvirtuar la razón verdadera que trasciende de dichos acuerdos, cual era concertar el reparto de las licitaciones, eludiendo la libre competencia.

La prueba de la utilización de las UTEs para esa finalidad instrumental es abundante en el expediente, y aparece reflejada en la resolución.

A solo título de ejemplo, podemos citar los acuerdos de 2013 para el reparto de 5 licitaciones para el mantenimiento de los sistemas de electrificación de las líneas del AVE que se describen en los hechos 115 y siguientes de la resolución recurrida en el que el modo de proceder de las empresas consistía en acordar la composición de distintas UTE que se presentarían a estas licitaciones, acordando las condiciones económicas de las distintas ofertas a presentar por dichas UTE y las ofertas de cobertura de aquéllas no asignadas previamente.

Por esa razón, las consideraciones acerca de la posibilidad de concurrir bajo la forma de Uniones Temporales de Empresas y el prolijo análisis sobre la legalidad de esa fórmula y su carácter pro competitivo o las consideraciones acerca de la falta de capacidad de la actora para concurrir en solitario a las licitaciones, carecen de virtualidad a la vista de los acuerdos concretos concluidos en el seno de las UTEs entre las empresas incoadas, absolutamente innecesarios para su finalidad, lo que sugiere que tenían un objetivo instrumental para posibilitar los acuerdos anticompetitivos y ofrecer una apariencia de legalidad.

La alegación de que la participación en forma de UTE se debía a las exigencias técnicas y económicas de los pliegos de las licitaciones resulta contradictoria con el comportamiento de las empresas, que pactaban su participación porcentual en el seno de las UTEs al margen de cualquier consideración sobre su respectiva capacidad técnica o económica.

El informe de ADIF, de 8 de febrero de 2018 (folio 28409) revela que, a partir de una solvencia económica y técnica de carácter general bastaba estar en posesión de homologaciones y autorizaciones oficiales sin mayores niveles técnicos.

Por otra parte, el informe pericial de la actora no desvirtúa el hecho acreditado de que la integración de INABENSA en la UTE AVE ENERGIA era innecesaria desde el punto de vista de los elementos técnicos que aquella pudiera aportar y solo se justificaba con el fin de mantener las cuotas de mercado. Un ejemplo de ello se deduce del correo que remite el 25 de junio de 2014, INABENSA a ELECTREN, COBRA, SEMI, SIEMENSA y ALSTOM (folio 17212) en el que se aprecia como el porcentaje en la UTE no responde a su aportación técnica sino al porcentaje que se tiene en el mercado:

" hemos revisado en otro vistazo el cuadrante de contratos de Mantenimiento en vigor y con las cifras de partida de las SSEE Barna-Figueras y para sacar el importe año no parece que se haya dividido el total entre los 3 años de contrato.

Entonces matizamos que dividiendo en los 3 años de duración este contrato, el importe anual correcto sale en 1.394.016.56 € correspondiendo a INABENSA 557.606 € en lugar de 446.620.40 no sé lo que afecta a nuestro % real. También cambiaría el importe de SIEMENS en la misma proporción. Disculpar que no lo hayamos comentado antes, pero llegamos a tiempo para este ajuste".

DÉCIMOCUARTO. Censura INABENSA el análisis de los efectos de las infracciones en el mercado que realiza la resolución sancionadora.

La resolución recurrida distingue cada una de las infracciones y así,

En el cártel de reparto de licitaciones para el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, destaca que entre los años 2002 a 2011 las empresas partícipes en este cártel adoptaron acuerdos de reparto sobre un total de 195 licitaciones, que supone el 82% del total de las licitaciones convocadas entre 2002 y 2016.

En un total de 88 de esas licitaciones (el 45,12%) hubo también ofertas de empresas ajenas a este cártel, resultando éstas adjudicatarias en 35 licitaciones.

Sobre esos datos observa un claro aumento del porcentaje de bajas cuando concurren en la licitación, junto con las empresas del cártel, otras empresas ajenas al mismo. En este caso la administración ha pagado en total un 22% menos del presupuesto inicialmente previsto. En cambio, en aquellas licitaciones en las no ha habido concurrencia de terceras empresas ajenas al cártel, el porcentaje total de variación del presupuesto ha sido únicamente del 1%. Por otro lado, de las 23 licitaciones afectadas por diferentes acuerdos específicos desde 2012 a 2016, 4 de ellas (el 17,39%) fueron adjudicadas a empresas que no formaban parte del cártel, por un importe de 7.041.210,77€ y 13 lo fueron a empresas del cártel, por 12.119.539,78€, siendo los otros 6 restantes objeto de desistimiento por ADIF.

En el cártel para el reparto de licitaciones convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, de las 24 licitaciones



objeto de reparto por las empresas del cártel, 4 de ellas fueron adjudicadas a empresas que no fueron parte del cártel por un importe total de 173.578.049€ y 14 a empresas del cártel por importe 837.836.625 euros (6 licitaciones fueron finalmente desistidas). En estas licitaciones en las que concurren empresas del cártel y ajenas al cártel, la diferencia total entre el importe presupuestado y el adjudicado fue del 23,1%. Este dato contrasta con el de las licitaciones en las que únicamente concurren empresas del cártel, en las que la baja total fue del 1,9%.

En el cártel de reparto de licitaciones convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, desde marzo de 2012 a diciembre de 2015, de las 7 licitaciones que fueron objeto de acuerdos de reparto por el cártel, 5 de ellas fueron adjudicadas a INDRA, ELECENOR o ALSTOM, ya que no existieron otras ofertas diferentes a las suyas. Sin embargo, en los dos contratos en el que hubo concurrencia competitiva con otras empresas, la adjudicación fue a parar a empresas ajenas al cártel. La ausencia de competencia entre las empresas encareció nuevamente el precio de los contratos tanto para la administración pública como para otras entidades privadas en el caso del proyecto Follo Line.

A juicio de la Sala, el análisis de efectos que realiza la resolución sancionadora es suficiente, tratándose de una infracción por objeto pues revela el incremento de precio que ha supuesto para la Administración el reparto ilícito de licitaciones.

La recurrente pretende cuestionar el cálculo realizado para poner de manifiesto que la conclusión a la que llega la CNMC es errónea.

Sin embargo, la CNMC destaca que en el tren convencional entre los años 2002 a 2011 las empresas partícipes en este cártel adoptaron acuerdos de reparto sobre un total de 195 licitaciones, que supone el 82% del total de las licitaciones convocadas entre 2002 y 2016, muestra suficientemente representativa.

Añade la CNMC que el reparto del mercado entre empresas que ostentan conjuntamente elevados porcentajes de cuota de mercado, como es el caso, tiene el potencial efecto de desincentivar la entrada de nuevos operadores en el mismo, apreciación que resulta razonable a la vista de los datos objetivos de la cuota de mercado de las empresas intervinientes así como la complejidad técnica de las tareas objeto de las licitaciones, factores que unidos a su ilícito reparto entre ellas, dificulta sobremanera la entrada de nuevos competidores.

DECIMOQUINTO. - La resolución recurrida cuantifica la sanción siguiendo los criterios establecidos por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013.

Los criterios utilizados para ello son los descritos en el art. 64 de la Ley 15/2007 y sirven para fijar un tipo sancionador general del 6% en los dos primeros carteles y del 4,5% en el tercero. A partir de ahí, para individualizar la conducta, la resolución tiene en cuenta su duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en el total del volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción. Tiene en cuenta además que algunas empresas han participado en varias conductas, caso de INABENSA, por lo que merecen un mayor reproche sancionador.

La resolución concluye que las prácticas analizadas constituyen tres infracciones únicas y continuadas de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE que son calificados como cártel, infracciones muy graves (art. 62.4 a) y, por tanto, pueden ser castigadas con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total (VNT) de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art 63.1c), esto es, 2018.

Explica la resolución que, al sancionarse tres infracciones únicas y continuadas, es conveniente analizar, en primer lugar, los criterios sancionadores aplicables a las empresas del cártel de reparto de contratos en el mercado de electrificación de líneas de alta velocidad porque es la infracción cuya dimensión - en términos de la facturación total en el mercado afectado durante la conducta- es mayor y ello permitirá valorar posteriormente el nivel de las sanciones a imponer en el resto de las infracciones para alcanzar la necesaria disuasión y proporcionalidad.

Respecto del cártel para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad, la resolución enumera los criterios aplicados para la valoración general de esta infracción (art. 64.1 LDC) y fija el tipo sancionador general en el 6,0%.

Tras tomar en consideración los factores singulares de INABENSA fija el tipo sancionador total antes del ajuste de proporcionalidad aplicado a INABENSA en un 6,1%, es decir, un poco mayor que el tipo sancionador general, lo que refleja su grado de participación en la conducta que resulta adecuado si se compara con los tipos sancionadores más elevados que se impusieron a COBRA (6,7%), ELECENOR (6,3 %), ELECTREN



(6,3%), INABENSA (6,1%) ISOLUX (6,1%), SEMI (6,6%) y SIEMENS (6,5%), todas ellas empresas con una mayor participación en la facturación en el mercado afectado durante la infracción. A ello hay que añadir, el ajuste de proporcionalidad aplicado a INABENSA pues de haberse aplicado el tipo sancionador total fijado (6,0%) a su volumen de negocios total en 2018, hubiera resultado una multa muy superior a la finalmente impuesta.

No advierte la Sala, por ello, falta de motivación del tipo sancionador que resulta de los criterios anteriores ni desproporción, pues la sanción que resulta es consecuencia de tener el mayor volumen de negocio en 2018.

Lo propio sucede respecto del cartel relativo al tren convencional, pues se parte, en la resolución recurrida de la duración de la conducta de ELEC NOR, de mayo de 2002 a septiembre de 2014, criterio que ha de verse afectado por lo resuelto en esta sentencia respecto de la prescripción de parte de esta conducta

El tipo sancionador total aplicado fue un 6,5% igual que COBRA y menor que el de ELECTREN (7,0%), CYMI y ELEC NOR con 6,6%, dado su mayor grado de participación en la infracción, a lo que se añade el ajuste de proporcionalidad que se le ha practicado al haber sido sancionada por una conducta previa del mismo expediente.

Estos cálculos venían referidos a la sanción impuesta, ha de insistirse, antes de la prescripción apreciada por la Sala.

Los criterios utilizados para cuantificar la sanción son los descritos en el art. 64 de la Ley 15/2007 y sirven para fijar un tipo sancionador general, en el caso del cartel de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad y en el del tren convencional del 6,0% y del 4,5% en el de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad. A partir de ahí, para individualizar la conducta, la resolución tiene en cuenta su duración individual, el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en el total del volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción. Tiene en cuenta además que algunas empresas han participado en varias conductas por lo que merecen un mayor reproche sancionador.

Por lo tanto, la cuantificación de la multa no carece de motivación pues explica el proceso seguido para su determinación con sujeción a los criterios del art. 64 de la Ley 15/2007 y tampoco resulta desproporcionada a la vista de sus circunstancias. No apreciamos desproporcionalidad entre los márgenes de los tipos sancionadores aplicados a las empresas sancionadas que obligase a corregir criterios arbitrarios o no razonados de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora.

Por lo demás, hemos declarado en varias sentencias, así, las de 7 de abril de 2022, recurso 34/2018 o 18 de junio de 2021, recurso 523/2016, que « los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC- Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 123/81). [...]».

La condición de empresa multiproducto se ha tenido en cuenta para ajustar a la baja la sanción que inicialmente resultaría en el cartel de líneas de alta velocidad y en el cartel de tren convencional se ha tomado en consideración, para reducir la sanción, el hecho de que INABENSA ya había sido sancionada por el cartel de alta velocidad, por lo que debe rechazarse la alegación de desproporción de la sanción

DECIMOSEXTO. Finalmente, sostiene la actora que la resolución debe anularse en lo que respecta a la prohibición de contratar, toda vez que la CNMC no permitió alegar sobre la concurrencia de la prohibición y el traslado de la Resolución a la JCCPE, causándole así indefensión.

El artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), dispone que quedan sujetos a prohibición de contratar con las entidades que forman parte del sector público las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia.

La resolución recurrida explica que la mencionada norma fue introducida en el ordenamiento jurídico, con el texto hoy vigente, por medio de la disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que modificó los artículos 60 y 61 del entonces vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 22 de octubre de 2015(503).



Expone la resolución que la duración de la conducta ilícita se ha extendido más allá del 22 de octubre de 2015, sin perjuicio de la diferente participación de cada una de las empresas en dicha infracción.

Por lo tanto, la resolución recurrida en cuanto aprecia la concurrencia de esta medida por la comisión de una infracción grave en materia de falseamiento de derecho de la competencia es conforme a derecho por cuanto distingue la diferente participación de cada empresa en la infracción.

En el caso de INABENSA su participación ha tenido lugar:

En virtud de la prescripción apreciada, desde octubre de 2013 a septiembre de 2014 en el cártel para el reparto de contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional.

-Desde mayo de 2010 hasta marzo de 2016 respecto al cártel para el reparto de contratos de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad.

Solo respecto de esta segunda infracción la conducta imputada a INABENSA continuó después de la entrada en vigor del art. 71.1.b) de la Ley 9/2017, si bien la determinación del alcance y duración de la prohibición de contratar a INABENSA corresponde a la Junta de Contratación del Estado.

Procede, en consecuencia la estimación parcial del recurso con la consiguiente anulación de la resolución recurrida únicamente en cuanto a la infracción 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, que por efecto de la prescripción apreciada subsiste únicamente en el periodo octubre de 2013 a septiembre de 2014, con las consecuencias punitivas que procedan y con desestimación del recurso en lo demás.

DECIMOSÉPTIMO- No se hace especial imposición de las costas causadas atendido el pronunciamiento parcialmente estimatorio del recurso y teniendo en cuenta lo dispuesto para estos casos en el artículo 139.1 de la Ley reguladora

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

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por la Procurador D^a. Patricia Rosch Iglesias, en nombre y representación de **INABENSA S.A.**, contra la resolución de 14 de marzo de 2019, dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se le impone una sanción total de 11.563.359 euros de multa, por la infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por la comisión de dos infracciones únicas y continuadas consistentes en repartos de licitaciones, resolución que anulamos, únicamente, en cuanto a la infracción y sanción correspondiente al tren convencional en los términos del Fundamento de Derecho Décimo, con desestimación del recurso en lo demás.

Sin imposición de costas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.